

UNIVERSIDAD ANTONIO RUIZ DE MONTOYA

Facultad de Ciencias Sociales



DAÑO MORAL Y DAÑO A LA PERSONA VINCULACIÓN Y COEXISTENCIA

Tesis para optar al Título Profesional de Abogada

Presenta la Bachiller

CRYSTAL TALIA HOYLE CAVERO

Presidente: Gloria María Armestar Bravo

Asesor: Carlos Calderón Puertas

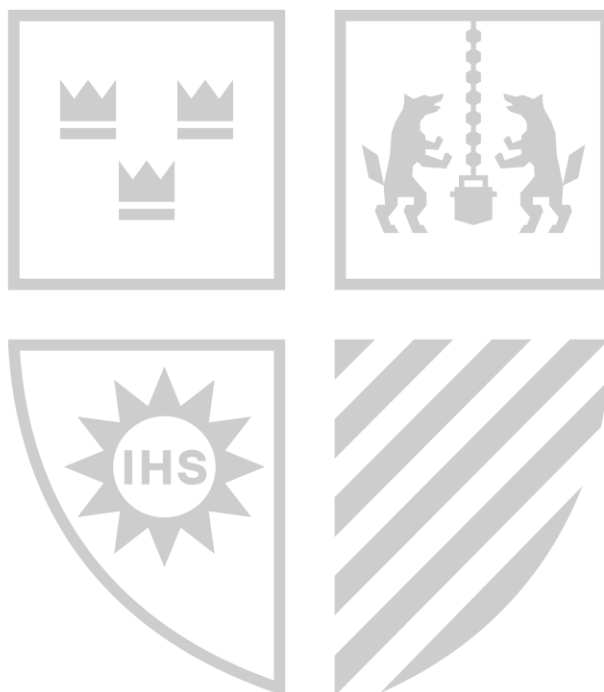
Lectora: Amelia Alva Arévalo

Lima – Perú

Diciembre 2021

DEDICATORIA

A mamá, por creer en mí.



RESUMEN

La presente tesis tiene como finalidad realizar un análisis sobre la vinculación entre daño moral y daño a la persona con el propósito de evaluar la viabilidad de una coexistencia armoniosa. Para ello, se revisará tanto doctrina como jurisprudencia.

Históricamente, el daño moral tiene asidero en el ordenamiento jurídico peruano dado el estrecho vínculo entre este último y la vertiente de Francia en que se establece un concepto amplio del daño moral, claro está, también existe un sentido estricto. Por otro lado, la importación del daño a la persona, entendido desde la óptica de la filosofía existencialista y el personalismo jurídico, vino desde Italia, donde el concepto se gestó durante un contexto de posguerra en que se reevaluaba el lugar del ser humano no solo en el Derecho, sino en el mundo. Son dos las categorías a que refieren la división del daño a la persona: por el ente afectado y por las consecuencias, dentro de las que se incluye las voces de daño subjetivo, daño biológico, daño a la salud (o bienestar), daño a la libertad, daño objetivo, daño personal y daño extrapersonal.

Palabras clave:

Responsabilidad civil extracontractual, daño moral, daño a la persona, libertad, proyecto de vida, inmaterial.

ABSTRACT

This thesis aim is to analyze the connection between the notions of “moral damage” and “damage to the person” with the purpose of evaluating their harmonious coexistence. For this, both doctrine and jurisprudence will be read through.

Historically, the “moral damage” has its rooting in the Peruvian legal system given the correlation between the former and the French slope in which it is established a wide concept of “moral damage”, clear it is, there is also a strict sense (pain and suffering). On the other hand, the importation of the “damage to the person”, understood from the optic of existential philosophy and “legal personalism”, came from Italy, where the concept came to be in a postwar context where the place of the human being was reevaluated not only in Law, but in the world. Two are the categories to which the division of “damage to the person” refers: by the affected entity and by the consequences, which includes the voices of “subjective damage”, “biological damage”, “health damage” (or wellbeing), “damage to liberty”, “objective damage”, “personal damage” and “extra personal damage”.

Keywords:

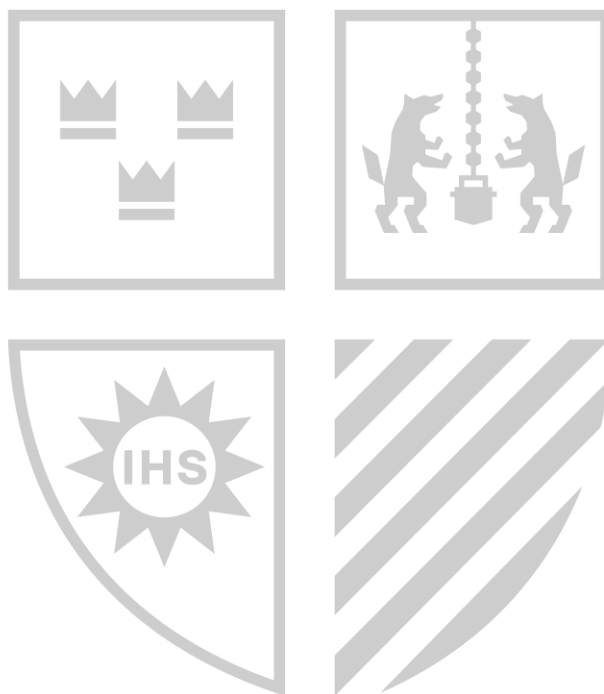
Tort Law, moral damage, damage to the person, liberty, life project, immaterial.

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN.....	11
CAPÍTULO I: RESPONSABILIDAD CIVIL: CONFIGURACIÓN Y TIPOS.....	13
1.1. Noción de las Obligaciones.....	14
1.1.1. Fuentes de las Obligaciones.....	14
1.1.2. Inejecución de Obligaciones.....	15
1.2. El concepto de Responsabilidad Civil.....	17
1.2.1. Definición del concepto.....	17
1.3. Elementos constitutivos de la Responsabilidad Civil.....	21
1.3.1. Antijuricidad, conducta antijurídica, injusticia del daño y daño injusto.....	22
1.3.2. Daño resarcible, daño reparable.....	23
1.3.3. Nexo causal, relación de causalidad.....	29
1.3.4. Factor de atribución, criterio de imputación.....	32
1.4. Funciones de la Responsabilidad Civil.....	34
1.5. Responsabilidad Extracontractual.....	37
1.5.1. Concepto de Responsabilidad Extracontractual.....	37
1.5.2. Antecedente: Responsabilidad Aquiliana.....	38
1.5.3. El daño resarcible en la responsabilidad extracontractual.....	40
1.5.4. Perspectivas sobre el Daño Extracontractual.....	41
CAPÍTULO II: 1985 CC.....	45
2.1. Material y Patrimonial; Inmaterial y Extrapatrimonial.....	45
2.2. Antecedentes del Daño Moral.....	46
2.2.1. Grecia y Roma.....	47

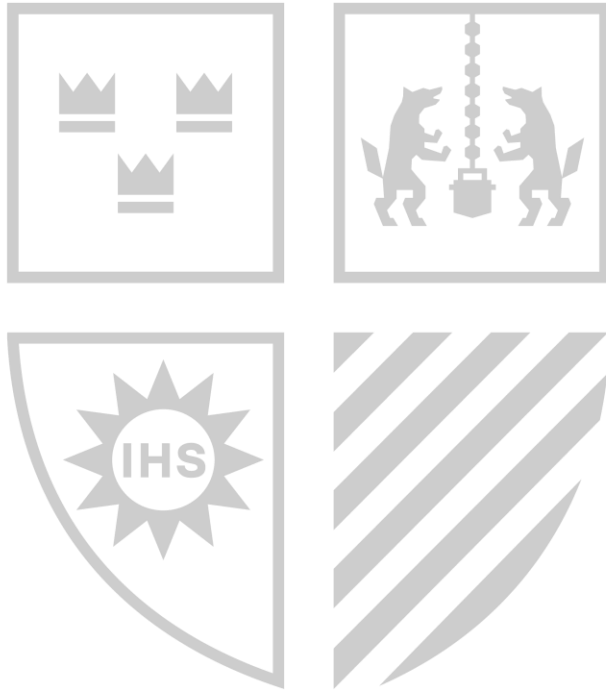
2.3. Controversia, perspectivas.....	54
2.3.1. Comisión Reformadora del Código Civil de 1936.....	56
2.3.2. Fernández Sessarego, Parte I.....	58
2.3.3. El cambio ofrecido.....	61
2.3.4. De Trazegnies.....	62
2.3.5. León Barandiarán.....	67
2.3.6. Fernández Sessarego, Parte II.....	68
2.3.7. Fernández Cruz.....	73
2.3.8. El daño al proyecto de vida.....	75
2.3.9. León Hilario.....	85
2.3.10. Juan Espinoza Espinoza.....	87
2.3.11. Alfredo García.....	90
2.4. Derecho comparado, un breve recuento.....	93
2.4.1. España.....	93
2.4.2. Francia.....	93
2.4.3. Italia.....	94
2.4.4. Alemania.....	96
2.4.5. Argentina.....	98
2.5. El camino recorrido: ¿vinculación y coexistencia?.....	99
2.5.1. ¿Por qué subsisten?.....	99
CAPÍTULO III: JURISPRUDENCIA SOBRE LA MATERIA ¿QUÉ PUEDE DECIRNOS?	102
3.1. Sobre el quantum indemnizatorio.....	102
3.2. Jurisprudencia.....	104
3.2.1. Casación N°2890-2013-Ica.....	105
3.2.2. Casación N°4393-2013-La Libertad.....	107
3.2.3. Casación N°3716-2015-Lambayeque.....	109
3.2.4. Casación N°4716-2016-Lima.....	111
3.2.5. Casación N°4967-2013-Lambayeque.....	115
3.2.6. Casación N°1714-2018-Lima.....	117
3.2.7. Casación N°4983-2013-Lima.....	119
3.2.8. Casación N°2775-2012-Lambayeque.....	123

3.2.9. Casación N°2249-2017-Ucayali.....	126
3.2.10. III Pleno Casatorio.....	131
3.2.11. Sentencia CIDH: Caso María Elena Loayza Tamayo.....	135
3.3. A manera de cierre.....	138
CONCLUSIONES.....	145
BIBLIOGRAFÍA.....	147



ÍNDICE DE TABLAS

Tabla N°01 Características del daño.....	25
Tabla N°02 Elementos comunes tradicionales de la Responsabilidad Civil.....	34
Tabla N°03 Sistematización del Daño a la Persona por la naturaleza del ente afectado.....	71
Tabla N°04 criterios para evaluar el monto indemnizatorio.....	104
Tabla N°05 Casación N°2890-2013-Ica.....	105
Tabla N°06 Casación N°4393-2013-La Libertad.....	108
Tabla N°07 Casación N°3716-2015-Lambayeque.....	110
Tabla N°08 Casación N°4716-2016-Lima.....	112
Tabla N°09 Casación N°4967-2013-Lambayeque.....	115
Tabla N°10 Casación N°1714-2018-Lima.....	117
Tabla N°11 Casación N°4983-2013-Lima.....	119
Tabla N°12 Casación N°2775-2012-Lambayeque.....	123
Tabla N°13 Casación N°2249-2017-Ucayali.....	126
Tabla N°14 III Pleno Casatorio Civil (2010).....	131
Tabla N°15 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos – Caso María Elena Loayza Tamayo (1998).....	136



INTRODUCCIÓN

La presente tesis tiene como finalidad analizar el daño extrapatrimonial e incidir de manera específica en la dificultad doctrinal y jurisprudencial que surge al tratar los conceptos de daño moral y daño a la persona. Para ello, se realizará una revisión de las vertientes que sostienen ambos conceptos. Es decir, se busca comprender la naturaleza de estos conceptos en la actualidad, ¿son voces autónomas? ¿Género y especie? Si fuera así, ¿cuál sería el género y cuál la especie? Tal vez hay identidad en los conceptos, es decir, funcionan como términos intercambiables y sólo varía las denominaciones. O tal vez haya un discurso que debe primar sobre el otro, si fuera así, ¿es menester aceptar todo el discurso?

Si fueran términos intercambiables habría que definir si el debate se reduciría a lo que en su tiempo De Trazegnies denominó “guerra de etiquetas” o si este fuese legítimamente un debate de sistematización.

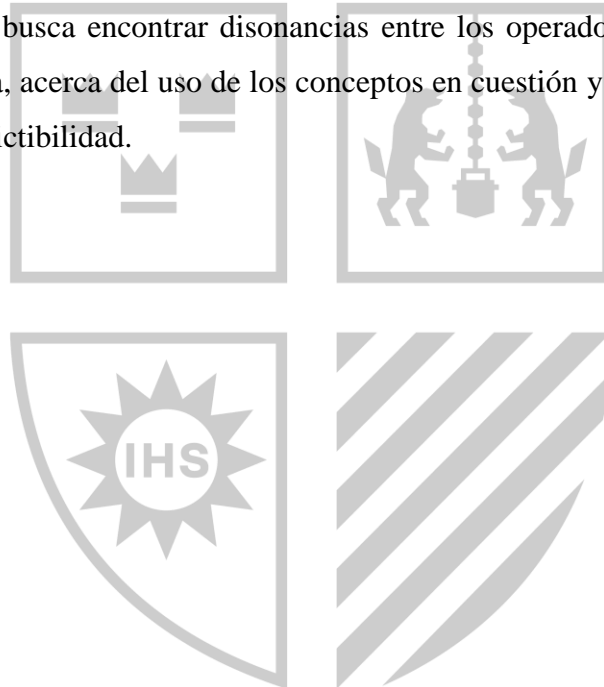
No ocurre de igual manera si es que son tanto términos como conceptos distintos, es decir, voces completamente autónomas, no solo por razones de lógica dentro de la teoría (habría colisión entre ellas vistas desde sus versiones amplias), sino por la dificultad que esta divergencia presenta en lo material, en la jurisprudencia, ya que al no haber un criterio uniforme no hay predictibilidad. Por lo que el punto de interés aquí es evaluar cuál es la vinculación entre los conceptos y discursos del daño moral y el daño a la persona, y si la posibilidad de una coexistencia es viable. En ese sentido, de acuerdo con el material consultado y bajo las limitaciones existentes, la hipótesis de la presente tesis trabajará sobre la base de la premisa de que ambos tipos de daño se originan sobre un presupuesto común, así, el resultado favorable debería proponer que uno absorba al otro.

Por ello, se dedicará el primer capítulo a establecer los fundamentos, ya que sin bases no se puede construir. En dicho capítulo se abordará la noción de Responsabilidad

Civil, la suma división de esta acompañada de las voces de unificación. Se incidirá en los elementos para configurarla desde la inejecución de obligaciones y la responsabilidad extracontractual, con especial énfasis en el daño.

El segundo capítulo trabajará el tema que nos convoca, la vinculación entre el daño moral y el daño a la persona. Para esto se dedicará un breve recuento histórico con el fin de acercar los por qué y para qué de cada uno y cómo se entienden en la actualidad desde la óptica de destacados miembros de la doctrina nacional y, eventualmente, internacional.

Por último, el tercer capítulo servirá como portal a la realidad. En él se analizará jurisprudencia para comprender cómo se emplea lo establecido por la ley y lo desarrollado por la doctrina. Se busca encontrar disonancias entre los operadores de la justicia, de instancia a instancia, acerca del uso de los conceptos en cuestión y cómo esta influye en el principio de predictibilidad.



CAPÍTULO I: RESPONSABILIDAD CIVIL, CONFIGURACIÓN Y TIPOS

Una persona va cruzando el césped en el parque de su vecindad cuando, de pronto, algo impacta contra su rostro. No sabe qué la golpeó, dos personas se acercan y elaboran exaltadas disculpas, resulta que aquello que impactó contra su rostro es una pelota de tenis y quienes se excusan son una madre y su hijo, resulta también que esta persona perdió temporalmente la capacidad de respirar por la nariz junto con un diente, tiene un ojo morado y el párpado roto con el vidrio de los antiguos lentes de sol, reliquia familiar, invaluable e irremplazable. No es su día de suerte, eso está claro, pero ¿qué sucede ahora? ¿Qué puede hacer esta persona? Desorientada, la madre la apura hacia su auto para conducirla al hospital más cercano. El médico le informa que es necesario realizarle un procedimiento ambulatorio, mejorará en dos semanas, pero los gastos son costosos y la madre no quiere pagarlos, la persona afectada no previó este accidente, y nadie en su posición podría haberlo hecho más que quien lanzó la pelota de tenis. Eso no es todo, dentro de dos días la persona afectada tiene una importante presentación en el trabajo. Es de esta manera como la persona afectada decide, junto a su fiel abogado(a), demandar por daños y perjuicios, específicamente por responsabilidad civil extracontractual.

Es común escuchar que nadie está libre de un accidente y, en cierta medida, todos hemos estado involucrados directa o indirectamente en uno. Si bien el ejemplo previamente desarrollado puede parecer descabellado, este no puede sostener batalla alguna con la realidad, pero cumple con el propósito de servir como ejemplo bastante gráfico. Es por este motivo que el tema que ocupará a esta investigación es el de la responsabilidad civil y su eje central será la responsabilidad civil extracontractual. Para lograr este propósito es menester abordar y comprender qué es la responsabilidad civil y cómo es posible configurar alguno de sus supuestos, no obstante, se otorgará las primeras

líneas a la primera parte del Libro VI, obligaciones con la finalidad de revisar cómo se genera la responsabilidad.

1.1. Noción de las Obligaciones

Partamos de la idea que postula Fernández Cruz¹, quien define la obligación partiendo de un presupuesto: la necesidad de procurarse un bien o utilidad que le falta a través de la cooperación para la satisfacción de su necesidad. Por otro lado, Castillo Freyre y Osterling compactan la definición a: “La obligación civil es un deber jurídico” (Castillo y Osterling, 2001, p. 130). Además, los citados autores señalan cinco elementos que componen la naturaleza jurídica de las obligaciones civiles “Débito, crédito, prestación, vínculo jurídico o relación jurídica, con su atributo de exigibilidad, y patrimonialidad” (Castillo y Osterling, 2001, p. 139).

Así, la característica principal de las obligaciones es la patrimonialidad de estas, y de acuerdo, con lo previamente citado es posible concluir en que resultan ser un *vínculo* entre al menos dos partes (acreedor y deudor) y cabe acotar que el Libro VI del Código Civil de 1984 contempla nueve (09) tipos de obligaciones, éstas son: dar, hacer, no hacer, alternativas, facultativas, divisibles, indivisibles, mancomunadas y solidarias.

Acompañemos lo afirmado con una reflexión indispensable y reciente sobre la responsabilidad civil como un fenómeno de afectación patrimonial, propuesta por Fernández Cruz

el concepto de responsabilidad trasciende la esfera del deber obligatorio (obligación), de manera tal que puede afirmarse que existe <<responsabilidad>> ante la configuración de cualquier situación jurídica de subordinación que implique la satisfacción o el servicio de un interés ajeno, normalmente conocidas como <<situaciones jurídicas subjetivas pasivas o de desventaja>> siendo que, desde nuestra perspectiva, esto es lo que determinará la configuración de la responsabilidad civil (Fernández Cruz, 2019, p. 19).

1.1.1. Fuentes de las obligaciones

¹ Véase Fernández Cruz, G. (1994). *La obligación: apuntes para una dogmática jurídica del concepto*. Referencia completa en la bibliografía de esta tesis.

El ejemplo que encabeza esta sección rescata superficialmente que las fuentes de las obligaciones son aquellos negocios o actos jurídicos que contienen en sí mismos prestaciones generadoras de obligaciones. Recordemos que el Libro VII del Código Civil de 1984, contempla como fuentes: el contrato (y sus distintas tipificaciones y derivados), el juego y la apuesta, la gestión de negocios, el enriquecimiento sin causa y la promesa unilateral (Código Civil, 1984).

Es posible concluir a partir de lo antes expuesto que, si las fuentes de las obligaciones generan la obligación, existe otro evento que debe, por conexión lógica, producir la inejecución de cada una de ellas. Así es, tal *evento* se denomina *incumplimiento* y es importante de destacar para dar paso al siguiente apartado.

1.1.2. Inejecución de Obligaciones

Uno de los asuntos más importantes del fuero interno de la señora Z resulta ser el arrendamiento de un local por tres (03) días para realizar un importante evento exclusivo, la Sra. Z es una de las promesas en el mundo del arte y en dos meses presentará su galería en un local prestigioso por ser uno adaptable a las necesidades del arrendatario. Y esto es importante, debido a que ella no solo es artista especializada en pintura al óleo foto-realista, sino que su galería es una experiencia inmersiva, utiliza arreglos musicales compuestos por ella misma, por lo que las salas *deben funcionar a la perfección*. Para esta empresa la Sra. Z necesitará firmar un contrato, establecer una obligación recíproca junto al dueño del local.

Llegada la fecha del evento y luego de haber realizado diversas inspecciones al local y a los insumos necesarios para su función (siendo la última una semana antes) ocurre que los seis (06) amplificadores que necesita no se encuentran en el local, tampoco están las luces intermitentes, ambos objetos proporcionados por contrato por el arrendador y a dos (02) horas de iniciar su evento ¿qué puede hacer la Sra. Z? Una amiga cercana a ella le sugiere arrendar a una empresa especializada los aparatos necesarios, lo hace de esta forma, pero debe retrasar la apertura por cuatro (04) horas, ciertamente esto afectará su imagen y recaudaciones.

Lo que ocurrió fue que el arrendador decidió realizar un negocio paralelo con otro cliente, una discoteca que necesitaba urgentemente los equipos que faltaron el día de apertura de su evento. El arrendador insiste en que los equipos son parte del negocio original y por eso al siguiente día estarán ahí, la Sra. Z lo confronta diciendo que no permitirá eso y que tiene un nuevo contrato por los equipos de la confiable empresa que la salvó del apuro ¿cómo resolverá este conflicto?

Pues lo hará haciendo uso de un gran instrumento que el ordenamiento jurídico tiene previsto: *la inejecución de las obligaciones*. Instrumento diseñado específicamente para este tipo de percances que resultan en perjuicio para alguna (o ambas) de las partes que intervinieron en la fuente de la obligación pactada.

a. La Inejecución



El incumplimiento de las obligaciones es la vulneración a la institución del Derecho de Obligaciones, esto es, sea de parte del acreedor o del deudor la prestación no fue satisfecha. El incumplimiento puede ser total, parcial, tardío o defectuoso, además, es necesario realizar la debida diferenciación entre incumplimiento ocasionado por dolo y el ocasionado por culpa. Asimismo, el daño causado relacionado a la inejecución de obligaciones se establece a partir de tres diferentes supuestos, derivados del *incumplimiento* antes mencionado, son: dolo, culpa leve y culpa inexcusable (Osterling, 1986). Estos supuestos se encuentran previstos por el Código Civil de 1984 en los artículos 1318, 1319 y 1320, estos serán desarrollados en el apartado correspondiente.

De esta manera, el incumplimiento, respecto a la inejecución de obligaciones, puede ser causado por dolo o culpa, respecto de este punto divergente Osterling explica que

El dolo existe pues cuando el deudor tiene conciencia de no cumplir su obligación, sea con el propósito de causar un daño al acreedor o no. Y esta característica, justamente, hace al dolo diferente de la culpa. En la culpa no hay intención de no cumplir; el deudor no ejecuta su obligación por descuido o negligencia. En el dolo hay mala fe; en la culpa no (Osterling, 1986, p. 352).

En efecto, como desarrolla Osterling el dolo implica una subyacente intención o voluntad de incumplir la obligación, causando daño o no al acreedor. Sin embargo, esta

no es la premisa cuando el incumplimiento es ocasionado debido a la culpa, esta sugiere que el deudor no pretendía causar daño, solo incurre en la inejecución de la obligación debido a algún tipo de descuido o negligencia (culpa leve o inexcusable). El Código Civil de 1984 es claro respecto a las diferencias conceptuales y materiales entre dolo, culpa leve y culpa inexcusable. Señala el artículo 1318 que “Procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación” (Código Civil, 1984, art. 1318), por otro lado, el artículo 1320 señala “Actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”, por último, el artículo 1319 explica: “Incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación” (C.C., 1984, art. 1319).

En conclusión, las obligaciones refieren al campo patrimonial de las relaciones jurídicas. Se encuentran contenidas en prestaciones que, a su vez, generan fuentes de las obligaciones (v.gr. el contrato) y que responden a un deber jurídico cuyo verificado incumplimiento por: dolo, culpa leve o culpa inexcusable, activa el mecanismo jurídico de inejecución de las obligaciones el cual permitirá remediar el daño patrimonial y el daño extrapatrimonial, si lo hubiere.

Dado que en el ejemplo de apertura de sección el dueño del local incurre en culpa inexcusable (por negligencia grave), esta resulta en el incumplimiento parcial del contrato efectuado entre la Sra. Z y él, ello permite dejar sin efecto las cláusulas que evidentemente la perjudicaron. Así, en el fuero jurídico, la Sra. Z podría optar por: a) aceptar el remedio que propone el dueño, b) dejar sin efecto las cláusulas del contrato que la perjudicaron, c) resolverlo por completo o d) llegar a un acuerdo sobre los nuevos alcances del contrato

1.2. El concepto de Responsabilidad Civil

1.2.1. Definición del concepto

Para comprender la responsabilidad civil se debe especificar por qué es importante y particularmente por qué es relevante el concepto de *responsabilidad* en el mundo jurídico². Primero, la responsabilidad jurídica es aquella institución a través de la

² Así, es menester señalar que en el Derecho Positivo puede encontrarse tres (03) sistemas que subsumirían las manifestaciones de la responsabilidad: 1) responsabilidad sancionatoria o penal, 2) responsabilidad civil

cual el Estado garantiza que cualquier daño –mientras sea acreditado- pueda ser reparado o indemnizado, entendiéndose por este concepto que existe “una concreta reacción del ordenamiento jurídico frente a una contravención, es decir, frente a la violación de las reglas, preceptos, normas de las distintas ramas del derecho” (León Hilario, 2016, p. 31). Por lo tanto, el ordenamiento jurídico tiene previstos diversos mecanismos de reacción ante las diferentes formas de daño, uno de estos mecanismos es la responsabilidad civil.

En segundo lugar, la responsabilidad civil es la institución jurídica que se encarga de resarcir un daño causado. Son dos las vertientes que derivan de ella: la responsabilidad civil contractual (inejecución de obligaciones) y la responsabilidad civil extracontractual. Tercero, como concepto fundamental, Taboada sostiene como función principal de la responsabilidad civil, que

está referida al aspecto fundamental de **indemnizar los daños ocasionados en la vida de relación a los particulares**³, bien se trate de daños producidos como:

- consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria (principalmente contractual), o
- resultado de una conducta, sin que exista entre los sujetos ningún vínculo de orden obligacional (Taboada, 2000, p. 15).

En similar sentido, León Hilario, englobando lo comentado al respecto por diferentes autores, refiere al sentido jurídico de la responsabilidad definiéndola como

la situación del sujeto al que le toca experimentar, concretamente, las consecuencias, para él desventajosas, que una norma prevé y le impone atendiendo a la verificación de un determinado presupuesto.

Dichas consecuencias desventajosas manifiestan la reacción del ordenamiento jurídico frente a un hecho que se considera legalmente reprochable, por atentar contra intereses ajenos o de la colectividad en general (León Hilario, 2007, p. 49).

La responsabilidad civil en materia de inejecución de obligaciones responde específicamente al derecho de obligaciones –como lo señala su denominación propia-. Esta premisa es especialmente importante debido a la naturaleza del *origen* del daño causado, es decir, el aspecto particular de esta vertiente refiere a la relación jurídica preexistente entre quien ocasiona el daño (autor) y quien lo sufre (víctima). La relación

subjetiva, y 3) responsabilidad civil objetiva. Véase Sanz, A. (2000). p. 29. Referencia completa en la bibliografía de esta tesis.

³ El resaltado es del autor.

preexistente es necesaria para configurar un supuesto de inejecución de obligaciones, es posible que se ocasione el daño al vulnerar alguna de las fuentes de las obligaciones, que, de acuerdo con el Código Civil de 1984 son: el contrato, la gestión de negocios, el enriquecimiento sin causa y la promesa unilateral.

Es decir, la responsabilidad civil en materia de inejecución de obligaciones parte de la idea de que existe una obligación preexistente y, ante el incumplimiento de esta, ya sea total, parcial, tardío o defectuoso, se activa un mecanismo de tutela establecido para proteger el interés de la parte manifiestamente dañada; mecanismo contemplado en el artículo 1314 y siguientes del Código Civil.

Por otro lado, la responsabilidad civil extracontractual es aquella vertiente que se encarga del daño producido sin que medie relación preexistente. La naturaleza de esta vertiente indemnizatoria proviene de la trasgresión a dos principios: 1. *Neminem laedere* (no dañar a nadie) y 2. *alterum non laedere* (no dañar a otro), es decir, del deber genérico de no causar daño, deber encontrado en el artículo 1969 del Código Civil.

Así, la responsabilidad extracontractual

se trata del sometimiento a la sanción que el ordenamiento jurídico prevé contra los actos ilícitos civiles, lesivos de los intereses de las personas, y más específicamente, lesivos de la integridad de las situaciones subjetivas protegidas *erga omnes* por el ordenamiento (León Hilario, 2007, p. 50).

Sobre este punto se observa tal y como señala Vidal que

la responsabilidad civil tiene dos regímenes diferenciados, el que regula el resarcimiento del daño causado por la inejecución de las obligaciones contractuales que vinculan al autor y la víctima y el que regula la indemnización por el evento dañoso que se constituye en la causa generatriz de la relación jurídica que emerge entre el autor y la víctima (Vidal, 2001, p. 396).

Cabe señalar que los regímenes, entendidos desde la perspectiva de Vidal, son tradicionalmente concebidos como diferenciados, sin embargo, es menester mencionar el intento de unificación de la responsabilidad civil.

Por otro lado, Taboada desarrolla que

Durante muchísimo tiempo se debatió arduamente en la doctrina de los diferentes sistemas jurídicos el problema referido a la **unidad de la responsabilidad civil** (...). Según el criterio tradicional deben mantenerse como ámbitos separados la

responsabilidad civil contractual de la responsabilidad extracontractual, en la medida que el origen del daño causado difiere en un caso y en el otro. Y, es ésta, justamente la posición actual del Código Civil peruano, que ha regulado **por separado** ambos aspectos de la responsabilidad civil. Por el contrario, la doctrina moderna, y desde hace mucho tiempo, es unánime en que la responsabilidad civil **es única**, y que existen solamente algunas diferencias de matiz entre la responsabilidad contractual y la extracontractual (...) en nuestro concepto (...) la responsabilidad civil en el sistema jurídico es una sola, y que se estudie ambas clases de responsabilidad en base a elementos comunes, señalando con toda claridad, las diferencias de matiz, tanto en el ámbito teórico como en el ámbito normativo. (Taboada, 2000, pp. 15 - 16)⁴.

Por otro lado, León Hilario explica que

A la luz, por un lado, del superficial examen de ciertas diversidades en la regulación de ambas figuras, que se consideraban irrelevantes e incongruentes en el nivel de la práctica, y por otro lado, de la identificación de elementos comunes, se pretendía articular un esquema de normas comunes para los dos tipos de responsabilidad civil.

(...) de conformidad con la terminología argentina: el “hecho antijurídico”, el “daño”, la “relación causal” entre hecho y daño, y el “factor de atribución de responsabilidad” (León Hilario, 2007, p. 59).

Sobre ello, Espinoza comenta que

en la responsabilidad civil por incumplimiento de las obligaciones se vulnera también un derecho (el de crédito). Por consiguiente tanto en este tipo de responsabilidad como en la responsabilidad extra-contractual o aquiliana se lesionan derechos o legítimos intereses y ello refuerza la posición que sostiene que la responsabilidad civil es una sola y no se justifica una disparidad de tratamiento frente a la reacción por un daño ocasionado. Lejos de identificar el derecho de la responsabilidad civil como un “derecho de daños”, lo entiendo como una “técnica de tutela civil” de las situaciones jurídicas de los sujetos de derecho (...) debemos dejar de percibir a la responsabilidad civil como un instrumento (eminentemente) sancionador: no olvidemos que fue a través de la responsabilidad civil que la jurisprudencia “descubrió” el principio del abuso del derecho, así como los derechos a la privacidad o a la identidad (Espinoza, 2016, p. 53).

Además, Espinoza comenta que el sistema utilizado por el Código Civil es binario (Espinoza, 2016, p. 76), sin embargo, es de la opinión de que

Siendo consecuente con mi pensamiento, creo que debería irse hacia la unificación: ello no significa generar un único régimen de responsabilidad civil, sino contar con una parte general común a la contractual y a la extra-contractual y, además, con una parte específica

⁴ El resaltado es del autor.

que regule aspectos particulares (como mora o cláusula penal en el caso de la denominada responsabilidad civil contractual) (Espinoza, 2016, p. 76).

Así, en la doctrina peruana⁵ no hay criterios completamente coincidentes, matices más, matices menos. No es necesario atender a la teoría de la unificación para los propósitos de esta investigación, sin embargo, es importante destacar que, más allá de los elementos comunes (que presentan sus propias divergencias), los regímenes son tradicional y actualmente *distintos* en tanto a función, plazos de prescripción y caducidad, remedios y resarcimiento.

1.3. Elementos constitutivos de la Responsabilidad Civil

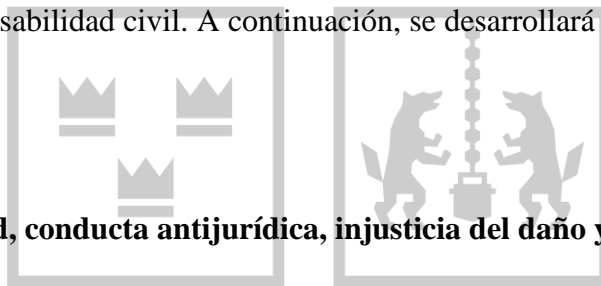
Para activar el mecanismo de responsabilidad civil, es decir, para imputar daños a una persona, debe evaluarse ciertos requisitos. Si estos elementos convergen, son acreditados y posibles de verificar, entonces puede establecerse que se está frente a un supuesto de inejecución de obligaciones o responsabilidad civil extracontractual. Tradicionalmente, los elementos indispensables son: a) hecho antijurídico, b) daño causado, c) nexo causal, y d) factor atribución.

Por otro lado, desde la Teoría de la Responsabilidad de Fernández Cruz, los requisitos varían, siendo estos: i) el daño, ii) el hecho generador, iii) la relación de causalidad y iv) los criterios de imputación (Fernández Cruz, 2019). De esta forma Fernández Cruz postula y fundamenta requisitos no tan distintos de los tradicionales, a los que agrega contenido que respalda la perspectiva adoptada para cada uno de ellos, así se pretende lograr un examen riguroso al momento de decidir si un daño sufrido es o no resarcible.

En similar sentido, Espinoza sostiene que los elementos constitutivos de la responsabilidad civil son: a) imputabilidad; b) la ilicitud o antijuricidad; c) el factor de atribución; d) el nexo causal; y, e) el daño (Espinoza, 2016, p. 103).

⁵ Se ha referido a los autores León Hilario y Espinoza Espinoza. Sin embargo, el debate no se agota con estos dos autores, en este caso se empleó sus razonamientos, para más información sobre el tema, se anima a consultar autores como: André Tunc, Giovanna Visintini, Luigi De Corsaro, Renato Scognamiglio, entre otros.

Considerados los párrafos anteriores, es necesario insistir en que son los elementos tradicionales los que fueron aceptados como requisito *a priori* para que exista responsabilidad y, por lo tanto, el daño sea resarcible. Sobre ello, la Casación lab. N°15086-2015 ICA (sobre medidas de higiene laboral inoportunas) señala que son elementos de la Responsabilidad Civil Extracontractual: a) la antijuridicidad, b) el daño causado, c) la relación causal, y d) los factores de atribución (Casación N°13-2017-Lima SCP). En similar sentido, la Casación 3470-2015, Lima Norte, indica los mismos cuatro elementos conformantes de la responsabilidad civil (antijuridicidad, factor de atribución, nexo causal o relación de causalidad, y, el daño). De igual manera, otras diferentes casaciones llegan a la misma conclusión: existen cuatro elementos necesarios para configurar la responsabilidad civil. A continuación, se desarrollará brevemente cada uno de ellos.



1.3.1. Antijuridicidad, conducta antijurídica, injusticia del daño y daño injusto

En palabras de Taboada la antijuridicidad o conducta antijurídica “es cuando contraviene una norma prohibitiva, y cuando la conducta viola el sistema jurídico en su totalidad⁶, en el sentido de afectar los valores o principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico” (Taboada, 2000, p. 17). Este requisito es fundamental para activar el mecanismo de responsabilidad civil debido a que la conducta realizada debe ser contraria a aquello establecido como tutela jurídica, debe ser contrario a la protección de: normas imperativas, orden público y buenas costumbres. Es menester enfatizar una no tan sutil diferencia entre antijuridicidad e imputabilidad, como explica Mercado la antijuridicidad es “un supuesto distinto a la imputabilidad. La primera nos dice si el hecho jurídico, constituido por la acción y el daño, es o no conforme al derecho; la segunda, si el daño puede atribuirse jurídicamente al titular de la acción” (Mercado, 1988, p. 71).

En similar sentido, Espinoza desarrolla los conceptos de antijuridicidad o ilicitud y refiere sobre estos a la constatación de que el daño causado no está permitido (énfasis en este punto, debido a que la conducta no debe estar prohibida, sino solo no permitida) por el ordenamiento jurídico (Espinoza, 2016, p. 103).

⁶ El texto original se encuentra resaltado por el autor.

Una versión más reciente es aquella elaborada por Fernández Cruz, quien explica sobre la noción de antijuricidad que señalarla como

un elemento de la responsabilidad civil implica desconocer que existen, de un lado, supuestos de responsabilidad civil que derivan de hechos calificables como antijurídicos que pueden ser de naturaleza diversa; pero, principalmente, implica ignorar que existen supuestos de responsabilidad civil que derivan de hechos no antijurídicos (Fernández Cruz, 2019, p. 123).

De esta manera, Fernández Cruz recuerda que existen daños a los que denomina “hecho neutro” y “hecho nocivo” (Fernández Cruz, 2019, p. 124). Estos serían, según el autor y la doctrina que consulta, daños que si bien no son antijurídicos sí generan supuestos de responsabilidad civil y, por lo tanto, no encajan como parte del elemento antijuricidad.

En consecuencia, dice Fernández Cruz,

la sola constatación de la existencia de hechos que no son antijurídicos pero que están en posibilidad de generar responsabilidad civil, es prueba suficiente para la negación de la antijuricidad como único supuesto generador de responsabilidad civil. (...) Hoy por hoy, la responsabilidad civil es una reacción al daño injusto, donde la responsabilidad civil puede darse en supuestos en los que no hay ningún acto contrario a derecho, por lo que no puede afirmarse, sin entrar en equívocos, que la antijuricidad sea un elemento de la responsabilidad civil (Fernández Cruz, 2019, p. 125).

Sin perjuicio de lo antes mencionado, la antijuricidad, en cualquiera de sus acepciones, configura el primer requisito necesario para verificar que realmente exista una contravención a la normativa jurídica y se configura por el hecho lesivo mismo, el peso del concepto no recae directamente sobre el sujeto que lo configuró sino en el carácter de vulneración del hecho o conducta.

1.3.2. Daño resarcible, daño reparable

El daño causado refiere directamente a la afectación ocasionada por la conducta dañosa. Taboada explica el concepto de daño causado como “la lesión a todo derecho subjetivo, en el sentido de interés jurídicamente protegido del individuo en su vida de relación, que en cuanto protegido por el ordenamiento jurídico, se convierte justamente en derecho subjetivo, esto es un derecho en el sentido formal y técnico de la expresión” (Taboada, 2000, p. 18). En similar sentido, Beltrán y Carreón afirman que el daño causado

o consecuencia dañosa es el “menoscabo a un interés jurídicamente tutelado” (Beltrán y Carreón, 2016, p. 69) que “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” (Beltrán y Carreón, 2016, p. 69).

A todo ello, es imperativo agregar la siguiente reflexión elaborada por Fernández Cruz

Ahora bien, ¿qué es el daño? El daño, que deriva de la expresión latina *demere*, es sinónimo de menguar, disminuir. De ahí que el vocablo daño significa, en una primera aproximación, detrimento, decremento, menoscabo, lesión o perjuicio. Desde un punto de vista amplio el daño se puede definir, en función de su contenido etimológico, como todo detrimento, menoscabo o lesión que sufre un individuo, persona o ente en su integridad o en su patrimonio, así como en sus derechos de la personalidad (Fernández Cruz, 2019, p. 63).

Entre los autores no hay diferencias significativas en el contenido del concepto de daño. Cabe, abordar, previo a realizar el análisis de los requisitos del daño, las nociones de daño evento y daño consecuencia. En ese orden de cosas, Espinoza elabora que

en experiencia jurídica italiana, se distingue el **daño-evento** (lesión del interés tutelado) del **daño-consecuencia** (daño emergente, lucro cesante y daño moral). Estas dos acepciones de daño pueden, como, coincidir. Sin embargo, confundir estos conceptos diversos de daño equivale a mezclar problemas jurídicos diversos: el problema de la injusticia de la lesión, aquel de la individualización del responsable o el de la selección de los perjuicios resarcibles (Espinoza, 2016, p. 300)⁷.

En semejante sentido, Fernández Cruz manifiesta que

Es especialmente importante identificar *prima facie* en la problemática de la clasificación de los daños la perspectiva de doble causalidad que subyace en toda fenomenología dañosa: existe siempre un primer nivel o nexo de causalidad, que es propiamente material, que une el hecho generador con el daño como resultado. Este daño, como resultado, es el que se denomina <<daño evento>>, que es siempre una consecuencia material del hecho dañoso (Fernández Cruz, 2019, p. 101),

Es decir, los daños tienen dos instancias o niveles, siendo el primero material y directamente vinculado con el evento generador. Por otro lado, continúa el autor,

existe un segundo nivel o nexo de causalidad, que retrata los efectos económicos negativos que ha producido el daño evento, y que es también un nexo de causalidad fáctica, pero puramente económica: el daño evento produce efectos patrimoniales

⁷ El resaltado es del autor.

perjudiciales para la víctima, lo que se conoce como <<daño consecuencia>> (Fernández Cruz, 2019, p. 101 – 102).

Y el segundo, daño consecuencia, refiere a los efectos económicos producidos a partir del daño evento.

a. Requisitos del daño resarcible

Es menester recordar entonces que, para ser configurado, y posteriormente resarcido, el daño causado debe cumplir con ciertas características, indiscutiblemente la más importante es que este daño sea uno ilegítimo.

Sobre el daño ilegítimo, Manzanares señala que “los caracteres que debe tener el daño para poder ser reparado” (Manzanares, 2008, p. 120 – 136) son:

Tabla N°01: Características del daño

Daño					
Cierto	Actual	Futuro	Eventual	Indirecto	Continuado

Tabla de elaboración propia sobre la base de los elementos citados por Manzanares.

Por otro lado, Fernández Cruz explica que el daño resarcible debe tener los siguientes requisitos: certeza, subsistencia, especialidad e injusticia (Fernández Cruz, 2019, 64 - 84), a continuación, cada uno de ellos.

- a. Certeza del daño: De Trazegnies desarrolla que “el daño, cualquiera que sea su naturaleza, debe ser cierto si quiere aspirar a una reparación; presente o futuro, pero cierto” (De Trazegnies, 2001, T.II, p. 17). En similar sentido, Fernández Cruz explica que la certeza tiene dos planos de comprobación, la certeza fáctica y la certeza lógica. La primera refiere a que el daño se haya producido en el plano fáctico y sea comprobable; la segunda, al daño como consecuencia lógica y necesaria del hecho generador (Fernández Cruz, 2019, p. 64).
- b. Subsistencia del daño: refiere a que el daño no haya sido ya resarcido o reparado, es decir, que no haya intervenido un resarcimiento sea por la parte que cometió el daño o una empresa aseguradora, esto es porque –explica

Fernández Cruz- la existencia del seguro determina la compensación del daño (Fernández Cruz, 2019, p. 68).

- a. Reparación civil en sede penal: para la determinación de la indemnización por daños y perjuicios, es necesario realizar la respectiva concordancia con el artículo 93 del Código Penal (Fernández Cruz, 2019, p. 70), el que señala lo subsecuente sobre la reparación civil:

“La reparación comprende:

1. La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y
2. La indemnización de los daños y perjuicios” (Código Penal, art. 93).

- c. Especialidad del daño: refiere a la identificación de dos elementos: 1. el interés tutelado y afectado por el daño, 2. al titular de tal interés. Señala Fernández Cruz, que, al momento de identificar al titular, es necesario tener en cuenta las perspectivas: sistémica y diádica de la responsabilidad civil (Fernández Cruz, 2019, pp. 75 – 77).
- d. Injusticia del daño: “regido bajo un criterio de atipicidad, es hoy el nuevo criterio de selección de los intereses merecedores de tutela y es el elemento que decide el otorgamiento de la tutela resarcitoria” (Fernández Cruz, 2019, pp. 54). Asimismo, la injusticia del daño se contrapone a las situaciones de irresponsabilidad en el Código Civil: “(i) el ejercicio irregular de un derecho; (ii) la legítima defensa; y, (iii) el estado de necesidad” (Fernández Cruz, 2019, pp. 55). Es decir, este requisito presupone que los daños resarcibles son aquellos que son injustamente sufridos, esto, sobre la base del artículo 1971 (que establece qué daños no son resarcibles).

Así, según Fernández Cruz, estos cuatro (04) requisitos del daño deben convergir para que este sea el primer momento de análisis, encontrar al responsable; seguido por un segundo momento, analizar la imputabilidad.

b. Tipos de Daño

- **Respecto de los Sistemas: Subjetivo y Objetivo**

Taboada explica sobre la responsabilidad extracontractual que

hay dos sistemas de responsabilidad civil extracontractual en la legislación comparada y en la doctrina universal y también en el Código Civil peruano: **el sistema subjetivo y el sistema objetivo**, cada uno de ellos construido o fundamentado sobre diferentes factores de atribución. Por ello los factores de atribución de los sistemas subjetivos reciben también la calificación de factores de atribución subjetivos y los correspondientes a los factores de atribución de los sistemas objetivos merecen la calificación de factores de atribución objetivos (Taboada, 2000, p. 85)⁸.

Es menester recabar un poco en la historia. El Código Civil de 1852 disponía de dos artículos pertinentes para esta investigación: 2191: “Cualquiera que por sus hechos, descuido ó imprudencia cause un perjuicio á otro, está obligado á subsanarlo” (Código Civil, 1852, art. 2191); y 2210: “El que sin culpa alguna, causa daño, no está obligado a la reparación. No se hallan en este caso los que voluntariamente se han privado del uso de la razón, y en ese estado causan daños á otro en su persona o en sus bienes” (Código Civil, 1852, art. 2210). Ambas redacciones articulan un sistema subjetivo exclusivo al consignar la exoneración de responsabilidad si no existe culpa en el artículo 2210.

Por otro lado, el artículo 1136 del Código Civil de 1936 permite una lectura más amplia, en tanto se ocupaba del deber genérico de no causar daño, pero, al no hallarse el artículo 2210 o alguno con similares términos, era posible estimar tres supuestos independientes entre ellos, como menciona De Trazegnies, siendo: el descuido, la imprudencia, y los simples hechos (De Trazegnies, 2005, p. 212); De Trazegnies continúa indicando que “esta formulación era muy insuficiente porque no precisaba qué hechos podían dar lugar a responsabilidad por sí mismos” (De Trazegnies, 2005, p. 212). Años más tarde, la diferencia se encontraría mejor dibujada en el Código Civil de 1984 con los artículos 1969 y 1970.

La formulación es distinta desde lo semántico, destacando el contraste entre los artículos 1136 y 1969, el último inicia: “Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor” (Código Civil, 1984, art. 1969). La Comisión Reformadora del Código Civil de 1984 recoge la idea de *culpa*, en tanto esta refiere a la conducta del sujeto, un concepto

⁸ El resaltado es del autor.

eminentemente subjetivo. De esta manera, aunque ambos artículos permiten entrever que las causales para activar alguno de ellos son el dolo y la culpa (esta última en sus dos configuraciones, leve e inexcusable), el articulado del segundo es bastante más claro.

Por todo ello, nótese que este sistema se motiva sobre la base de la culpabilidad del autor, la conducta generadora del daño. El sistema subjetivo, respecto de la Responsabilidad por Inejecución de Obligaciones, tiene tres matices: culpa leve, culpa grave o inexcusable y dolo (Taboada, 2000, p. 20). En tanto a la responsabilidad extracontractual, el sistema subjetivo se recoge en la cláusula general, artículo 1969 del Código Civil, y su definición no es ajena al enfoque económico, como señala De Trazegnies, “La responsabilidad subjetiva o teoría de la culpa coloca el peso económico del daño en quien considera culpable de haber producido tal daño” (De Trazegnies, 2005, p. 209), asimismo, si el culpable -explica De Trazegnies-

es la propia víctima, ésta se queda sin reparación: lo que equivale a decir que el peso económico del daño lo asume ella misma. Si el culpable es el causante material, el peso económico se traslada a dicho causante por la vía de la obligación de pagar una reparación (De Trazegnies, 2005, p. 210).

Tómese ahora el segundo artículo en discusión, el artículo 1970. Consignado como el sistema objetivo, el Código Civil de 1984, lo aborda de esta manera: “Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo” (Código Civil, 1984, art. 1970). Sin duda alguna, es mucho más claro que los alcances posibles de entrever al interpretar el artículo 2191 del código anterior. Asimismo, el sistema objetivo no opera exclusivamente sobre la base de la culpa, sino que despliega dos situaciones: un bien riesgoso o una actividad peligrosa; responde al riesgo creado (Taboada, 2000, p. 20).

Llegado este momento, es menester destacar la reflexión elaborada por De Trazegnies, miembro integrante de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1984. Capítulo de Responsabilidad Extracontractual:

la responsabilidad objetiva no podía estar ausente del Derecho peruano y que, por tanto, si bien la culpa es siempre un principio individualizador de responsabilidad, en muchos casos hay circunstancias en las que debemos recurrir a alguna de las formas de objetivación de la responsabilidad debido a que quizá la culpa nunca es clara (como sucede en gran parte de los accidentes de tránsito) o porque la probanza de la culpa es muy difícil y costosa para el hombre común y corriente (como sucede en los accidentes aéreos, en los daños ambientales o en otros casos que exigen pruebas técnicas muy

especializadas que quedan fuera del alcance del damnificado). Por consiguiente, al lado de la responsabilidad por culpa debían existir formas de responsabilidad sin culpa (De Trazegnies, 2005, p. 213).

Al exponer sus ideas, De Trazegnies no olvida las situaciones que tiñen la vida cotidiana: los costos de los accidentes, el hombre común y la distribución del riesgo, ideas altamente estudiadas y por economistas del Derecho y en tendencia en aquella y en esta época. Pero esto tendrá que ser abordado en otro momento y otro espacio.

1.3.3. Nexo causal, relación de causalidad

El nexo o relación causal es entendido como “el nexo que existe entre el hecho determinante del daño y el daño propiamente dicho” (Beltrán y Carreón, 2016, p. 42). Sobre este requisito es menester realizar una discriminación entre causa física y causa jurídica. Para esta empresa es necesario incidir en que la causa jurídica no responde únicamente a un hecho acontecido en la realidad física –como sí lo hace la causa física–, es una relación de causalidad entre la tipificación de la conducta y el daño efectivamente producido (Taboada, 2000, p. 19).

Asimismo, es importante mencionar que, si bien existen diferentes teorías sobre el nexo causal (la teoría de la causa eficiente, la teoría de la causa preponderante, la teoría de la causa próxima la teoría de la causa adecuada y la teoría de la *conditio sine qua non*) el Código Civil peruano vigente (1984) contempla dos teorías para cada rama de la responsabilidad: *consecuencia inmediata* o *causalidad próxima* (por inexecución de obligaciones) y *causa adecuada* (responsabilidad extracontractual).

La primera teoría, consecuencia inmediata, se encuentra consignada en el segundo párrafo del artículo 1321, este señala que “El resarcimiento por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inexecución” (Código Civil, 1984, art. 1321), artículo desafiado por el 1314, en que se establece la no imputación de responsabilidad al deudor por estos criterios si se prueba debida diligencia.

Asimismo, el Código Civil (1984) refiere sobre la teoría de la causa adecuada en el artículo 1985 al desarrollar 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* (...). (Código Civil, 1984, art. 1985)⁹.

Sobre este punto, Beltrán expone sobre el método de análisis de la Teoría de la Causa Adecuada que:

debe realizarse una apreciación de los hechos a partir de la «regularidad de su ocurrencia», es decir, conforme con lo que acostumbra suceder en la vida misma. En otros términos, se realiza un análisis de la acción (entiéndase «condición») teniendo ésta que ser idónea para producir el efecto en circunstancias generales, es por ello que no puede ser utilizado el criterio de la causalidad adecuada en el estudio de «efectos anormales o particulares» (Beltrán, 2004, p. 262).

Por lo tanto, la teoría contemplada y desarrollada por el Código Civil en materia de responsabilidad extracontractual, es la de causalidad adecuada. Esta teoría comprende como causa a aquella que provoca o produce el hecho dañoso en términos de idoneidad y no inmediatez, no es una teoría de causa – efecto en términos de proximidad sino de secuencia lógica. Bullard ilustra esta idea a partir del Análisis Económico del Derecho, él elabora que:

la causalidad adecuada se relaciona directamente con la predictibilidad del daño, es decir con la capacidad del actor de identificar, al momento de llevar a cabo su conducta, cuáles pueden ser las posibles consecuencias (...) busca que se identifique como causa de un daño aquella que normalmente hubiera ocasionado ese tipo de daños en particular. Se busca identificar comportamientos que incrementa las posibilidades de un tipo de un accidente (Bullard, 2006, p. 740).

Entonces, la causa adecuada es aquella sin la cual el hecho dañoso no pudo haber ocurrido y por esto, conserva una naturaleza previsible, se espera que por esa conducta específica ocurra un resultado específico, son condiciones que deben manifestarse “en la actividad que tiene como consecuencia normal y de esperarse, determinado tipo de daño” (Bullard, 2006, p. 709).

Otro punto necesario de destacar es aquel que el Código Civil elabora como *ruptura o fractura del nexa causal* al explicar que los hechos conocidos como *hechos de Dios y hechos del Príncipe*, respectivamente, se encuentran previstos en los artículos

⁹ El resaltado es nuestro.

1315 y 1972. El artículo 1315, dispone que “Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso” (Código Civil, 1984, art. 1315). Sobre este, en el ámbito de inejecución de obligaciones, Castillo y Rivas señalan que:

Nuestro legislador ha establecido que el caso fortuito o fuerza mayor significa que no hay culpa. En ese orden de ideas, se puede sostener que, más allá de si el proceder del deudor fue diligente o negligente, si se llegase a demostrar que el incumplimiento se debe a un caso fortuito o de fuerza mayor, entonces no hubo culpa alguna por parte del deudor (Castillo y Rivas, 2014, p. 137).

Asimismo, el artículo 1316, comentado por Yuri Vega Mere, “se refiere al impedimento que hace imposible de manera transitoria o definitiva la ejecución de la prestación y sustenta la irresponsabilidad del obligado en la mediación de una causa no imputable” (Vega, 2003, p. 848). Por lo que este artículo también libraría responsabilidad al deudor por imposibilidad sobreviniente, debidamente probada.

Entre otros, es necesario advertir los siguientes artículos: 1314, 1972, sobre la no imputación de responsabilidad por parte del deudor y la ruptura del nexo causal, respectivamente. El primero (1314) establece que “Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso” (Código Civil, 1984, art. 1314), esto quiere decir que el deudor debe demostrar que actuó con diligencia; es posible notar que este artículo no aborda propiamente la fractura del nexo causal como sí lo hace el artículo posterior (1315), sin embargo, vale citarlo para contextualizar y señalar que esta es una forma como la inejecución de una obligación no es imputable al deudor. Por otro lado, el artículo 1972 desarrolla que “En los casos del Artículo 1970, el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de tercero o de la imprudencia de quien padece el daño” (Código Civil, 1984, art. 1972). Para comprender este artículo es necesario acompañar su lectura con los artículos 1969 y 1970 en los que se establece lo siguiente: “Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor” (Código Civil, 1984, art. 1969) y “Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo” (Código Civil, 1984, art. 1970). Es decir, el artículo 1972 hace

hincapié en la exoneración de responsabilidad extracontractual debido a fractura del nexo causal y para efectos del artículo 1970 indicando que solo puede ocurrir si el supuesto de hecho dañoso refiere a una actividad peligrosa o a un bien riesgoso, como explica De Trazegnies

(...) una fractura del nexo causal afecta la responsabilidad cualquiera que sea el factor de atribución empleado: culpa o riesgo. No podemos, entonces, decir que estos casos de fractura causal mencionados en el artículo 1972 sólo eliminan la responsabilidad por riesgo (artículo 1970) pero no la responsabilidad por culpa (artículo 1969) (De Trazegnies, 2001, T. I, p. 326).

Sin duda son artículos conexos; la formulación del artículo 1972 destaca -a modo de recordatorio o hincapié- la exoneración de responsabilidad en el artículo 1970 por lo que es menester tener una lectura comprensiva y sistemática de ellos. La no imputación de responsabilidad o exoneración de ella debido a supuestos de ruptura de nexo causal o por debida diligencia opera tanto para ambos: 1970 y 1969.

1.3.4. Factor de atribución, criterio de imputación

De acuerdo con Taboada, quien hace uso del término “factores de atribución”, estos, son aquellos que determinan si existe o no un supuesto de responsabilidad civil (Taboada, 2000, p. 20). En similar sentido, Espinoza comenta que el factor de atribución es “el supuesto justificante de la atribución de responsabilidad del sujeto” (Espinoza, 2016, p. 103).

Concretando el concepto, Bullard explica que

la causalidad adecuada guarda relación con el factor de atribución. Por ejemplo si el factor de atribución es la culpa, la consecuencia debe estar en relación de causalidad adecuada con el tipo de daños (...). Por otro lado, si estuviéramos frente a un factor de atribución objetivo (como por ejemplo el riesgo) la adecuación debe darse con el tipo de riesgo generado (Bullard, 2006, p. 740).

Es necesario ocupar nuevamente unas líneas para abordar el uso de términos. Cabe entonces, destacar que este punto no varía en contenido, sin embargo, cambia de denominación. Tradicionalmente se encuentra el término factor de atribución, pero doctrina (no) tan reciente propone utilizar criterio de imputación.

Para León Hilario

Lo correcto, sin embargo, no es hablar de “factores de atribución”, sino de “criterios de imputación”, o sea, de guías o pautas que permiten justificar la imposición de la obligación resarcitoria en cada caso. Son criterios mediante los cuales se responde la pregunta: ¿Por qué en el caso analizado el ordenamiento reacciona concediendo un resarcimiento al damnificado? O: ¿Por qué en el caso analizado no se ha determinado que lo que corresponde y es justo es que los daños se mantengan en la esfera del propio damnificado? (León Hilario, 2016, p. 104).

El artículo 1969 del Código Civil contempla el sistema subjetivo “Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor” (Código Civil, 1984, art. 1969).

De esta forma existen dos clases de factores de atribución: subjetivo y objetivo. Ambos, inejecución de obligaciones y responsabilidad extracontractual admiten los dos sistemas de atribución de responsabilidad: subjetivo y objetivo, bajo supuestos diferentes (Espinoza, 2016, p. 67), así, Espinoza explica que el Código Civil contempla la diferencia de la siguiente manera¹⁰:

Inejecución de obligaciones

- Subjetivo: (art. 1321 c.c.) Dolo, culpa inexcusable o culpa leve (art. 1314 c.c.)
Parámetro de la diligencia ordinaria requerida
- Objetivo (art. 1325 c.c.) Responsabilidad del deudor si se hace valer por un tercero (art. 1315 c.c.)
Caso fortuito o fuerza mayor

Extracontractual

- Subjetivo (art. 1969 c.c.) Dolo o culpa
- Objetivo
 - (art. 1970 c.c.) Bien o ejercicio de una actividad riesgosos o peligrosos
 - (art. 1976 c.c.) Responsabilidad del representante legal del incapaz sin discernimiento
 - (art. 1979 c.c.) Responsabilidad del dueño del animal
 - (art. 1980 c.c.) Responsabilidad del dueño del edificio
 - (art. 1981 c.c.) Responsabilidad del principal

¹⁰ Esquema elaborado sobre la base del cuadro en: Espinoza, J. (2016). p. 67. Referencia completa en la bibliografía de esta tesis.

Por este motivo la responsabilidad es irrogada de forma diferente a cada uno de los sistemas si y solo si incurrió con los requisitos específicos de cada uno, además, estos sistemas no son inclusivos, esto es, si el daño se presenta en uno, no puede atribuírsele el otro. A continuación, se desarrollará brevemente cada uno de ellos debido a que coadyuvarán a comprender las nociones generales de la responsabilidad civil, concretamente la responsabilidad extracontractual.

Por lo tanto y a modo de recapitulación, es posible afirmar que cuatro (04) son los elementos constitutivos tradicionales y comunes a la Responsabilidad Civil, esto son: antijuricidad, daño causado, nexo causal y factores de atribución. Es necesario destacar que, si bien estos elementos son comunes, existen matices diferenciadores que se trataron previamente de forma superficial y sutil y serán el punto central del último apartado específico correspondiente a este apartado general.

Tabla N°02, Elementos comunes tradicionales de la Responsabilidad Civil

Elementos Comunes de la Responsabilidad Civil	Antijuricidad / Injusticia del Daño	Daño Resarcible	Nexo Causal	Criterios de Imputación
	Elemento ilícito e ilegítimo.	Existencia de daño real, certero, en el presente o futuro.	Relación causa – efecto entre el hecho generador y el daño.	Supuesto que justifica la responsabilidad del autor del daño.

Tabla de elaboración propia sobre la base de lo previamente desarrollado (consolidación de ideas de autores citados)

1.4. Funciones de la Responsabilidad Civil

El modelo económico influye en más ámbitos que la economía; de igual manera lo hace el énfasis sobre la persona. Las funciones de la responsabilidad civil no son ajenas al modelo, surgen de este y se extienden -como el Derecho mismo- con vocación de trascendencia y raíces en la realidad.

En el "derecho continental", por ejemplo, es importante el aporte que realiza la doctrina italiana, la cual entiende (y no se discute hoy) que la responsabilidad civil debe ser vista desde dos perspectivas: i) una micro-económica, que permite comprobar la forma cómo se manifiestan los elementos de la responsabilidad civil en una vinculación intersubjetiva;

y, ii) otra macro-económica, a partir de la cual se persigue analizar las funciones de la responsabilidad civil, según el modelo económico que se tome como referencia (Salvi, C. citado en, Fernández Cruz, 2001, p. 12).

Así pues, la responsabilidad civil, al igual que sus funciones evoluciona de la mano de la realidad y el modelo que se tiene y al que se aspira llegar. Respecto a ello, Fernández Cruz desarrolla que la Responsabilidad Civil, desde una perspectiva diádica o micro-sistémica, cumpliría en esencia tres (03) funciones:

a) Satisfactoria; como garantía de consecución de los intereses que merecieron juridicidad por el orden jurídico, incluida la reparación del daño, cuando éste se ha hecho presente, en su carácter de fenómeno exógeno al interés.

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

c) Distributiva; presente sólo cuando el daño ha afectado un interés tutelado, cuya función consistirá - como su propio nombre lo indica- en distribuir entre determinados sujetos el costo de su actividad, induciendo de esta manera a una regulación espontánea acorde con los lineamientos macro-económicos perseguidos. De esta manera, esta función servirá para la aplicación de los justificativos teóricos del traspaso del peso económico del daño de la víctima al responsable, a través de los denominados "factores atributivos de responsabilidad" (Fernández Cruz, 2001, pp. 32 - 33)

Además, señala el autor, que, si se toma como punto de partida la perspectiva sistémica o macro-económica, las funciones de la Responsabilidad Civil serían las dos (02) siguientes: i) Una función de incentivo o desincentivo de actividades; y, ii) Una función preventiva (Fernández Cruz, 2001, p. 33). La función de incentivo o desincentivo refiere a la visión solidarística de la responsabilidad por la cual la pregunta que persiste es si se puede encontrar alguna razón para negar el resarcimiento a las víctimas (Fernández Cruz, 2001, p. 22). Así, "Esta visión solidarística de la responsabilidad estará siempre subordinada a la necesidad de incentivar o no el desarrollo de una actividad" (Fernández Cruz, 2001, p. 22). Respecto del segundo punto, es necesario mencionar dos conceptos que surgen a partir de esta función: *deterrence* y *cheapest cost avoider*. El primero refiere a la *disuasión*, propone Salvi que queda ligada "no al peso de la amenaza de la responsabilidad respecto a específicos comportamientos dañosos, sino a la incidencia de las reglas resarcitorias sobre la asignación de los recursos a través del

mercado” (Salvi, citado por Fernández Cruz, 2001, p. 23). En cuanto al *cheapest cost avoider*, la parte que evita daños al menor coste, Espinoza explica que

es un criterio objetivo que consiste en atribuir la responsabilidad a quien se encuentra en una mejor posición para asumir los costos que emiten los daños. No debe confundirse con el *deep pocket*, que es un criterio objetivo en el cual se le atribuye la responsabilidad a quien tiene una mejor posición económica (Espinoza, 2016, p. 216).

En similar sentido, Bullard explica que desde la óptica del Análisis Económico del Derecho son tres (03) las funciones de la Responsabilidad Civil en el Perú:

(i) la primera, es la desincentivación de accidentes o la reducción de la gravedad o cantidad de accidentes (que CALABRESI llama la reducción de los <<costos primarios>>), lo cual se logra a través de internalizar las externalidades que genera la conducta humana; (ii) el segundo, es compensar a la víctima en aquellos casos donde la transferencia del daño reduce sufrimiento social (reducción de los <<costos secundarios>>); y eso se logra, teóricamente, a través de la famosa Teoría de la Difusión Social del Riesgo de la que habla Fernando DE TRAZEGNIES o a través de la teoría del *deep pocket* o bolsillo profundo; que busca que las personas con más recursos sean las que asuman el costo del accidente; esas teorías reflejan una idea compensatoria; y (iii) en tercer lugar, la reducción de los costos administrativos del sistema (<<costos terciarios>>), es decir, el intentar que el sistema de transferencia de daños no sea costoso; básicamente me refiero al sistema judicial, al sistema de abogados. Se trata de que el sistema permita transferir los daños en aquellos supuestos en los que pueda hacerse a un costo razonable (Bullard, 2006, pp. 708 – 709).

Morales Hervías, siguiendo lo propuesto por Di Majo, explica que la función de la responsabilidad civil es doble, así

en el caso de los daños morales es “compuesta”, porque, por un lado, se tiende a brindar una forma de satisfacción y/o gratificación a la víctima del hecho ilícito, en el sentido de asegurarle un **beneficio económico** (...) y, por otro lado, para **sancionar** el comportamiento del responsable de la infracción (Di Majo, 2003, p. 252 y p. 254) (Morales, 2020, p. 87)¹¹.

Espinoza, por otro lado, comparte la distinción entre las funciones de la responsabilidad civil tradicionales y nuevas realizada por Guido Alpa (Alpa citado por Espinoza, 2016, p. 55), estas son:

¹¹ El resaltado es del autor.

- a) la de reaccionar contra el acto ilícito dañino, a fin de resarcir a los sujetos a los cuales el daño ha sido causado;
 - b) la de retornar el *status quo* ante en el cual la víctima se encontraba antes de sufrir el perjuicio;
 - c) la de reafirmar el poder sancionatorio (o “punitivo”) del Estado y
 - d) la de “disuasión” a cualquiera que intente, voluntaria o culposamente, cometer actos perjudiciales para terceros.
- Frente a estas, agrega nuevas funciones, tales como:
- e) la distribución de las pérdidas y
 - f) la asignación de costos

Prosigue comentando, desde la perspectiva del análisis económico del derecho, que “el problema en la responsabilidad civil no se circunscribe a sancionar al dañante” (Espinoza, 2016, p. 55), sino que es un problema de equilibrio entre el dañado y el dañante (Espinoza, 2016, pp. 55 – 56). De esta forma, el análisis económico del Derecho busca minimizar los costos sociales a través de un enfoque preventivo.

1.5. Responsabilidad Extracontractual

1.5.1. Concepto de Responsabilidad Extracontractual

Los elementos de la responsabilidad civil: 1. Antijuricidad (injusticia del daño o daño injusto), 2. Daño causado, 3. Nexo causal y 4. Factor de atribución (criterio de imputación), deben encontrarse presentes para que esta pueda ser reparada.

Se mencionó al inicio de esta investigación que para la noción de responsabilidad extracontractual el daño ocasionado no se agota en la existencia o inexistencia de una relación obligacional entre víctima y responsable. Es decir, para configurar un supuesto de responsabilidad extracontractual la existencia de una *relación preexistente* (sea contractual o derivada de alguna otra fuente de obligación) entre quien ocasiona el daño y quien lo sufre, es innecesaria. Esta categoría se sostiene únicamente sobre el deber genérico de no causar daño a otro (*alterum non laedere*), de ello deriva que este razonamiento se apoye sobre la relación de causalidad entre el evento generador y daño ocasionado.

1.5.2. Antecedente: Responsabilidad Aquiliana

El fundamento de la responsabilidad civil se gesta con las concepciones de aquello que más adelante sería la responsabilidad penal. En efecto, como desarrolla Vidal en torno al delito en la Responsabilidad Civil del Derecho Romano, este “fue resultado de las prescripciones de la Ley de las XII Tablas y de la Ley Aquilia, pero muy lejos de lo delictual que posteriormente vendría a ser el fundamento de la responsabilidad penal” (Vidal, 2001, pp. 390 – 391).

Sobre ella, Espinosa de Rueda menciona que

Se puede afirmar que la Lex Aquilia (464 ab.V.C. o 287 a de C.) sienta como principio general el de la responsabilidad por el daño que se causa a otro; comienza, pues, en ese momento la aplicación de lo que hoy denominamos teoría de la responsabilidad (Espinosa de Rueda, 1986, p. 44).

Asimismo, Sánchez elabora que

Si bien la *Lex Aquilia* representó un momento paradigmático en la historia del Derecho de Daños, no fue el primer cuerpo legislativo que tuvo por objeto sancionar determinadas conductas que causaban un daño a un bien ajeno. Ya desde el siglo IV a. C. la Ley de las XII Tablas había previsto específicos supuestos de daños patrimoniales, tales como el daño causado por animales (*actio de pauperie*), la tala injustificada de árboles ajenos (*actio de arboribus succisis*), el incendio de edificios o sembrados ajenos (*actio aedium incensarum*), el pastar o dañar de noche predios ajenos (*actio de pastu pecoris*), y la lesión física a un esclavo (*os fractum*), entre otros (Giofredi, 1980, p. 4; Valditara, 2005, p. 3; Corbino, 2005, p. 23; Cursi, 2010, p. 3) (Sánchez, 2018, p. 166).

Cabe destacar este tipo de responsabilidad –aquiliana- debido a sus orígenes históricos, o tal vez mejor dicho debido a aquello en lo que se diluyó, además de ser un criterio uniformador inicial sobre el daño extracontractual. Sin abordar el derivado directo -la responsabilidad penal-, la responsabilidad civil obtuvo en buena medida la imperativa necesidad de separar el tipo de factor atribuible al responsable del daño, es decir, si el criterio imputable resulta en uno subjetivo u objetivo. Sobre este punto, Vidal desarrolla que “En su origen histórico, pues, la responsabilidad aquiliana era una responsabilidad objetiva, mientras que la que originaba la inejecución de obligaciones lo era subjetiva” (Vidal, 2001, p. 391).

Asimismo, Vidal, citando a Vide (entre otros), explica que “aún cuando la distinción de la responsabilidad contractual y extracontractual no estuvo claramente delimitada en el Derecho Romano, se atribuye a la Ley de las XII Tablas el origen de la responsabilidad contractual y, a la *Lex Aquilia*, el de la responsabilidad extracontractual” (Vide citado por Vidal, 2001, 392).

La *Lex Aquilia* contaba con tres capítulos y podía soportarse gracias a la idea de *damnum iniuria datum*,

Este instituto constituía, según la clasificación *gayana*, un *maleficium* o delito privado (Gai. 3,182), el cual daba lugar a una *actio ex delicto* cuya finalidad era imponer en contra del autor una pena pecuniaria a favor de la víctima del mismo.

El *damnum iniuria datum* era una conducta que se concretaba en matar (*occidere*), hacer pedazos (*frangere*), quemar (*urrere*) o romper (*rumpere*) una cosa ajena (esclavo, animal u otra cosa mueble), causando así un daño patrimonial a su propietario. Esta conducta debía concretarse en un contacto inmediato entre el sujeto agente y la cosa dañada, es decir el daño debía causarse *corpore suo datum*. Asimismo, la conducta debía realizarse con *iniuria*, la cual resultaba el criterio que permitía imputar jurídicamente a un comportamiento la respectiva sanción, pues, siendo injustificado el comportamiento, era por lo tanto reprochable para el derecho. (Sánchez, 2016, p. 289).

Lo que se pretende destacar al consignar la cita de Sánchez es que el tipo de daño que la *Lex Aquilia* regulaba era aquel que ocurría con *iniuria*, es decir, que era ocasionado por el admitido sistema romano de la culpa y era configurado por *damnum iniuria datum*, en palabras de Herrera

de la Ley *Aquilia* se deriva el concepto de culpa, con denominación justiniana, aunque también fue utilizada por los clásicos (...). De forma que, esta noción se entiende en sentido amplio como imputabilidad o responsabilidad causal por el acto nocivo, y aparece entroncada con la culpa contractual (Herrera, 2012, p. 217).

De Trazegnies aclara que la “*lex Aquilia* concibe el daño como algo muy concreto, que se produce *corpore corpori* (por un cuerpo a un cuerpo). Un daño meramente espiritual era impensable (en tanto que resarcible por el Derecho)” (De Trazegnies, 2001, T.II, p. 95). Comenta, citando a Bonfante, que para los romanos “el daño que no tiene valor económico, el así daño moral, no es tomado en cuenta (como daño reparable)” (De Trazegnies, 2001, T.II, p. 95).

Desde luego, no se contemplaba el sistema objetivo por actividad peligrosa o riesgo creado, incluso no se establecía este tipo de responsabilidad (civil) por dolo, solo por daños asociados a la imprudencia o negligencia, es decir, culpa. Además, se puede resaltar que en sus inicios, la responsabilidad extracontractual contaba con las funciones satisfactoria, retributiva o sancionadora (es decir, no resarcitoria que se pretende alcanzar en la actualidad) por medio de una pena pecuniaria equivalente.

1.5.3. El daño resarcible en la responsabilidad extracontractual

El Código Civil peruano encuentra en los códigos civiles extranjeros una naturaleza inspiradora, es a través de estos instrumentos internacionales de los que se nutre el Derecho peruano. Es debido a este motivo que la razón de ser del Derecho de Daños peruano encuentra sus antecedentes y raíces históricas en épocas y situación distintas a las nacionales, esto es, claro, sin dejar de proveer asidero y protección a los nacionales.

Para los efectos de la presente investigación el concepto de *alterum non laedere*, desarrollado en el capítulo previo, cobrará especial importancia en el presente debido a que el eje central es el Derecho de Daños desde la perspectiva extracontractual. Gracias a este concepto es necesario iniciar la reflexión del presente apartado con un símil entre el artículo 1136 del Código Civil peruano de 1936, que sostiene “Cualquiera que por sus hechos, descuido o imprudencia, cause un daño a otro, está obligado a indemnizarlo” (Código Civil peruano, 1936, art. 1136); el artículo 1969 del Código Civil peruano de 1984, que explica que “Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor” (Código Civil peruano, 1984, art. 1969); y, por último, el artículo 1382 del Código Civil francés de 1804, el cual establece que “Cualquier hecho de la persona que cause a otra un daño, obligará a aquella por cuya culpa se causó, a repararlo” (Código Civil francés, 1804, 1382).¹²

¹² La traducción es nuestra, texto original: “*Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*”, Código Civil francés, 1804, art. 1382).

El símil provee el panorama jurídico y sus generales dudas; a partir de este es posible notar que los tres (03) códigos utilizan la fórmula común *causar un daño a otro*, fórmula cuya naturaleza proviene del deber general de no causar daño, esta idea principal permite identificar que la responsabilidad extracontractual y, específicamente el derecho de daños analizado desde esta rama, se funda en el mencionado principio y provee explicación implícita sobre la inexistencia de relación primitiva respecto de la comisión del daño. Es decir, los tres (03) códigos revelan en los artículos citados que sus ordenamientos jurídicos protegen el interés legítimo afectado y frente a este, repugnan la conducta dañosa ilegítima.

El Código Civil peruano trata a la conducta dañosa ilegítima desde la óptica del tipo de daño ocasionado, este es un elemento común a la responsabilidad civil y cuenta con características específicas. En el caso de la responsabilidad por inejecuciones, se establece que debe ser un daño inmediato, mientras que, en la responsabilidad extracontractual, este refiere directamente a la afectación ocasionada por la conducta antijurídica sobre la base de una relación que surge debido a esta (conducta). Es decir, se establece cuál es el *daño causado* desde la inexistencia de relación preexistente entre responsable de la conducta antijurídica y la víctima de esta conducta. Es necesario destacar nuevamente que la inexistencia de relación preexistente quiere decir que no es necesario que haya una relación obligacional previa para que se configure un supuesto de responsabilidad extracontractual, sino que esta relación surge específica y necesariamente como consecuencia de la conducta antijurídica. Por lo tanto, si bien puede existir una sola situación entre responsable y víctima, las relaciones pueden ser paralelamente obligacional y extracontractual, solo que esta última deberá nacer de la conducta, no de la relación preexistente (como ocurriría de causarse un supuesto de incumplimiento).

1.5.4. Perspectivas sobre el Daño Extracontractual

El daño, como agresión *ilegítima*, puede producirse desde los sistemas subjetivo y objetivo. Como se desarrolló previamente, los sistemas subjetivo y objetivo se fundamentan en diferentes artículos del Código Civil de 1984 y, a su vez, en diferentes teorías: dolo y culpa (subjetivo), y por actividad peligrosa o por bien riesgoso (objetivo).

Es sobre la base de cada sistema que se evaluará el daño, sea este patrimonial o extrapatrimonial.

Por otro lado, el requisito de daño resarcible, respecto de la *responsabilidad extracontractual* –marco central de esta investigación- responde a dos tipos de daño: patrimonial y extrapatrimonial. El primero a su vez, se encuentra dividido en daño emergente y lucro cesante; el segundo, en daño moral y daño a la persona. Se explicará brevemente el daño patrimonial y se volverá sobre el daño extrapatrimonial en el segundo capítulo de la presente investigación.

- Daño patrimonial.
- Daño extrapatrimonial

a. Daño Patrimonial

Este tipo particular de daño parte de la premisa de que se ha vulnerado algún derecho subjetivo susceptible de valoración pecuniaria. El daño patrimonial se encuentra dividido en dos subtipos que responden directamente a: la valoración del daño causado sobre la base de aquellos gastos que emergen propiamente de la afectación en sí misma y a aquel ingreso que –por efecto del daño- dejará de ser percibido. En palabras de Taboada, el daño emergente podría ser definido como “la pérdida patrimonial efectivamente sufrida” (Taboada, 2000, p. 42) y el lucro cesante, como “la renta o ganancia frustrada o dejada de percibir” (Taboada, 2000, p.42).

Una útil aproximación al daño patrimonial surge a partir del concepto derivado del leguaje, en efecto, el español es muy rico en tanto a palabras y significado. Por lo que este tipo de daño resulta ser aquel que se inflige directamente al patrimonio, dicho de otra manera, este daño es aquel que resulta en una disminución de patrimonio no convenida por una relación previa, sino que debe ocurrir como consecuencia de la conducta dañosa e ilegítima. Sobre ello, Taboada indica que el daño patrimonial se divide en dos tipos: daño emergente y lucro cesante (Taboada, 2000, p. 19).

Ante esta clasificación, De Trazegnies explica sobre la indemnización del daño emergente, conocido en latín como *damnum emergens* (De Trazegnies, 2001, T.II, p. 35), que esta “es la que pretende restituir la pérdida sufrida” (De Trazegnies, 2001, T.II, p.

35). Además, señala que “el daño emergente comprende tantos daños inmediatos como daños futuros” (De Trazegnies, 2001, T.II, p. 36). Por lo tanto, el daño emergente se constituye como aquel que subsana o enmienda tanto, daños inmediatos como futuros.

Por otro lado, el lucro cesante o *lucrum cessans* (De Trazegnies, 2001, T.II, p. 37) es “aquello que ha sido o será dejado ganar a causa del acto dañino” (Pauli citado por De Trazegnies, 2001, T.II, p. 37) y es “entendido como la frustración de una ganancia, utilidad o rédito futuro y cierto” (León Hilario, 2016, p. 59). En efecto, el lucro cesante es la frustración de una ganancia y debe cumplir con los requisitos mencionados por León, debe ser una ganancia cierta y futura.

b. Daño Extrapatrimonial

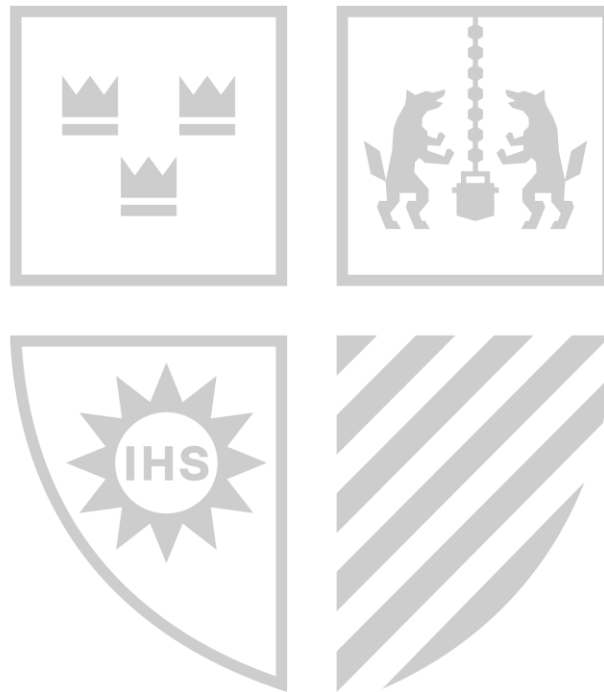
Sirva este punto como propicia introducción al eje particular de esta investigación. El daño extrapatrimonial refiere a aquella afectación que recae sobre la esfera *no patrimonial* del sujeto afectado, esto quiere decir que, en esencia, este daño no es susceptible de valorización económica.

Así, el daño extrapatrimonial es aquel que tiene por objeto de afectación uno que no es posible valorizar pecuniariamente, pero que es posible indemnizar económicamente sin atender directamente a su naturaleza no patrimonial e irreparable.

Es menester comentar, sin perjuicio de lo previamente expuesto, que De Trazegnies argumenta que los daños inmateriales, daños infligidos a la esfera no patrimonial de la víctima, por su naturaleza no medible o cuantificable, son, por lo tanto, no indemnizables e imposibles de reparar de forma económica (De Trazegnies, 2005).

De esta manera, el daño extrapatrimonial o inmaterial presenta un cuestionamiento desde la óptica indemnizatoria y el debate doctrinal en torno a este punto refiere a las posturas a favor y en contra de la indemnización, esta última liderada por De Trazegnies, quien sostiene que indemnizar patrimonialmente un daño extrapatrimonial carece de sentido suficiente, aun así, lo admite por respeto a la tradición. Además, el debate se mantiene vigente debido a los conceptos de daño moral y daño a la persona, dentro de este último, es posible encontrar el daño al proyecto de vida.

En suma, el daño extrapatrimonial o daño inmaterial conceptualiza todos aquellos daños que afectan negativamente a la persona *debido a* la conducta sufrida, es decir, no refiere solo a los resultados efectivos y posibles en el mundo físico, sino a aquello que afecta a la persona misma, como tal, como persona.



CAPÍTULO II: 1985 CC.

El señor Y, músico clásico profesional, compositor y pianista, al salir de casa muy temprano por la mañana con la mente llena de ideas y en busca de una segunda opinión sobre un *concerto* en el que trabaja desde hace ya muchos meses, es embestido por un auto. El conductor se encontraba en la mitad de una agitada llamada por celular con uno de sus socios, el negocio va viento en popa, pero las decisiones están a flor de piel. Solo nota al Sr. Y en el momento en que ocurrió el impacto, para entonces, efectuar cualquier maniobra del manual no habría afectado el resultado.

El conductor apuró una llamada a emergencias y varias horas después, cuando el Sr. Y despertó, los resultados llegaron: cinco (05) costillas fracturadas, desgarró de ligamento del brazo izquierdo y daño nervioso incurable, situación que lo obligará a dejar el piano y, en gran medida, a utilizar ambas manos. El Sr. Y no puede procesar la situación, todo lo lleva a un nivel divorciado de la razón, sabe que el daño está hecho y que no hay forma de repararlo.

En solo cinco (05) segundos la vida del Sr. Y se hundió en un amargo pozo oscuro del que no hay escapatoria y no permite que persiga sus sueños, no permite que alcance su brillante futuro. ¿Si nada volverá, puede hacer algo? Esa es la pregunta que el Sr. Y realiza a su abogado(a), este(a) último(a) por su parte, explica que el derecho tiene mecanismos para asegurar, sino una reparación, una justa indemnización. Es así, como el(la) abogado(a) explica las razones de la responsabilidad civil extracontractual y, específicamente, el derecho de daños con especial énfasis en el daño moral y daño a la persona, de esta forma, ellos proceden.

2.1. Material y Patrimonial; Inmaterial y Extrapatrimonial

Los vocablos son útiles cuando se conceptualiza, recordemos que *resort* en la selva y *cabaña* en el bosque no evocan las mismas situaciones. A partir de este pequeño ejemplo, es posible comprender que cada vocablo sobre el asunto patrimonial o personal lleva consigo una carga simbólica.

El daño material o patrimonial refleja el menoscabo o detrimento que se ha infligido a los bienes, a la esfera patrimonial, del sujeto. El concepto *material* frente a *patrimonial* refiere a la búsqueda de abarcar, por parte de la doctrina, el fenómeno del daño desde una perspectiva no solo económica, sino intuitivamente más completa.

Así las cosas, tradicionalmente existen dos tipos de daño dentro de esta categoría conceptual, estos son:

- i. Daño emergente
- ii. Lucro cesante

Véase que, cualquiera que fuere la afectación negativa, el daño ocasionado a la víctima puede ser efectivamente valorizado debido a que se encuentra, naturalmente, en su esfera patrimonial.

Tómese como ejemplo, la persona que debe ser internada en un hospital como consecuencia de un accidente de tránsito, para estos efectos, el Sr. Y del ejemplo inicial; los gastos que deriven de su atención médica afectarán directamente su patrimonio, por lo que, desde esta perspectiva es necesario cuantificar monetariamente la disminución patrimonial.

Por otro lado, cuando se abordan los daños inmateriales, extrapatrimoniales, no patrimoniales o personales se está refiriendo a los daños que atentan contra la esfera interna de la persona y su libre desarrollo. Estos daños son: daño moral y daño a la persona, incluido en este último el daño al proyecto de vida. El tema de esta investigación versa sobre ellos y lo mucho que se ha teorizado sobre su reparación.

2.2. Antecedentes del Daño Moral

El daño moral tiene un largo y accidentado historial. La presente sección propone trazar algunos hitos en dicha historia que supusieron algún cambio de paradigma, iniciando con los antecedentes.

2.2.1. Grecia y Roma

a. La Ilíada

Entre el abundante bagaje doctrinario existente sobre el daño moral, lo que hoy se conoce como el concepto moderno del daño moral tiene sus orígenes en la Antigua Grecia, específicamente recogido en La Ilíada de Homero. Un canto de esta obra relata el pasaje en que Aquiles aconseja a Agamenón devolver a Criseida (a su padre para calmar la ira de Apolo), Agamenón no toma con buena disposición el consejo y amenaza con quitarle su recompensa y llevarse a Briseida (parte del servicio de Aquiles), por esta razón, Aquiles se siente profundamente vulnerado.

Cavallero explica sobre este canto de la Ilíada que

más allá del daño material que significara la pérdida de Briseida, lo que está en juego es un daño moral: Aquileo se siente dañado moralmente porque la actitud del rey es un ultraje insolente, primero porque él también es rey y en segundo lugar porque es un héroe a quien se le está desconociendo el premio merecido y se le achacan malas intenciones (Cavallero, 2000, pp. 82 - 83).

La ofensa de Agamenón, delito que vejaba a dioses y hombres por igual, adquiere simbólicamente un segundo nivel de vulneración debido a que el desconocimiento del héroe fue público; la deshonra de Aquiles ocurrió en asamblea pública. Luego de varios pasajes y entre consejos de dioses y de su madre, Tetis, Aquiles acepta conservar el rencor, pero no arrebatar la justicia de las manos de los dioses. Agamenón acepta su error (por obra de Néstor) y comprende que es solo lógico que, por la naturaleza de la ofensa, el resarcimiento debe ser público:

Esto es importante: en la asamblea pública había ocurrido la afrenta y en la asamblea pública reconoce Agamenón su error y declara su oferta de resarcimiento. Esta lista, además, incluye no solo a Briseida, mencionada en medio de la enumeración y de quien se destaca que vuelve intacta, sino muchos otros bienes: siete trípodes sin usar, diez talentos, veinte calderos, doce corceles, siete mujeres, abundante oro y bronce, siete

ciudades y hasta una de sus hijas como esposa (122-156). Es evidente que en esta oferta no se está considerando una devolución meramente material, pues sería desproporcionada, aspecto éste que los griegos tenían muy en cuenta; se está valuando, en cambio, el daño moral infligido contra Aquileo por lo que el ultraje en palabras y el arrebató de Briseida significó para su persona de rey y héroe, ofensa hecha en público y con una acusación injustificada (Cavallero, 2000, p. 84 - 85).

En el pasaje específico en que Agamenón comprende que perderá la guerra y decide aceptar que realmente dañó a Aquiles, Odiseo (Ulises) aconseja a Agamenón que comprenda también que la aflicción de Aquiles no se apaciguará en tanto solo se resarza su patrimonio (se le devuelva a Briseida), sino que debía también amansar la ira de Aquiles, aquella cuya raíz era la ofensa misma, aquella que aquejaba tan gravemente su honor como rey y héroe. Es por el entendimiento de la ofensa y su magnitud (probablemente también el miedo a la represalia) que Agamenón ofrece un resarcimiento digno para Aquiles, un *resarcimiento con creces*. Es así pues que a pesar de la profunda deshonra que Aquiles sentía, la afrenta debe concluir, como recuerda Cavallero, Odiseo insiste a Agamenón que

se realice el resarcimiento monetario o de bienes materiales, que debe ser tan grande como la honra ofendida y tan públicamente hecho como la ofensa infligida, y que implica el buscado sufrimiento en el ofensor; pero también señala que el ofendido debe alegrarse, o sea, debe conformarse con la compensación y concluir el pleito (Cavallero, 2000, p. 87).

Aquiles no tiene opción más que aceptar. Y eso hace. Él acepta las disculpas públicas y dice a Agamenón que, si tiene que aceptar el patrimonio ofrecido, lo hará.

De esta reflexión se desprende la concepción del daño moral como un daño inmaterial infligido sobre una persona, en este caso Aquiles, que no afecta su esfera patrimonial, sino más bien, afectivo-interna, ligada a los sentimientos, la imagen y, por ende, el honor privado (subjetivo) y público (objetivo), cuya reparación puede incluir algún incremento patrimonial. Aquiles no tenía ni quería aceptar el resarcimiento patrimonial que ofreció Agamenón, pero lo hizo debido al consejo de Odiseo y Patroclo. También deriva la noción de resarcimiento como medio de satisfacción proporcional a la ofensa y sanción-retribución. Si bien Aquiles terminó enriqueciéndose, él ya era un rey y un héroe, por lo que tenía un estatus y los medios para mostrarlo, la reparación ofrecida por Agamenón tuvo dos niveles: 1) material e 2) in natura, es decir, como se cometió la ofensa, se reparó de igual manera (de forma pública).

Por último, es pertinente destacar que cómo en el caso de Aquiles, los dioses y la tradición influyen en la forma de entender la honra, lo que proporciona una percepción sobre el Derecho de aquella época, evidentemente ligado a lo religioso, lo tradicional (costumbre) y lo moralmente propio. De similar manera se podrá apreciar esta relación en el caso romano, a continuación.

b. Antigua Roma

Se sabe que la Antigua Roma era una sociedad dividida. Quienes tenían posibilidades dentro de esa sociedad fraccionada eran los hombres libres, y cabía desenvolver esas posibilidades dentro de un marco cultural mixto: 1) el Derecho Romano, 2) la religión y, 3) la costumbre.

Grandes instituciones nacieron del Derecho Romano, y estas fundaron las bases para instituciones modernas más especializadas. Es conveniente destacar la Ley de las XII Tabas, sobre la cual

ya es clara la diversidad de sanciones, según el supuesto que se presentaba. Se establece, por ejemplo, que el talión es la sanción aplicable en caso de *membrum riptum*, es decir, de lesiones que alteran gravemente la funcionalidad de alguna parte del cuerpo de la víctima. Sin embargo, se permite que el agresor quede librado del castigo si el damnificado conviene en ser resarcido con el pago de una suma de dinero (León Hilario, 2007, pp. 81 – 82).

Otra, entre aquellas más antiguas, es la ya mencionada *Lex Aquilia*, base de la Responsabilidad Extracontractual, que, como León Hilario explica, “concede protección jurídica a los pequeños propietarios de una sociedad donde la agricultura es la actividad económica más importante” (León Hilario, 2007, p. 86).

Primero, es menester acotar el contenido genérico que establece, de esta forma

el daño contemplado en la *Lex Aquilia* presupone un comportamiento antijurídico: *damnum iniuria datum*. La *iniuria* implica culpabilidad en el agente, de tal forma que, ésta se encuentra presente tanto en el hecho doloso – *dolus malus*-, cuanto en la culpa o negligencia. No obstante, como resulta obvio, para que el daño pueda ser resarcido es condición *sine qua non* ejercitar la *actio legis Aquiliae* (Herrera, 2012, pp. 209 – 210).

Entonces, la *Lex Aquilia* comprendía únicamente los daños cometidos bajo la comprensión del sistema subjetivo, específicamente aquellos ocasionados por culpa, conocidos actualmente como daños imprudentes.

Además, la *Lex Aquilia* se fundaba sobre la base de las acciones contrarias a Derecho con la particularidad de ser *corpore corpori*, es decir “por un contacto físico entre el agente y el objeto que padece el deterioro” (León Hilario, 2007, p. 87).

definida en D.47.10.1 tuvo un sentido muy amplio, en principio era todo aquello contrario al derecho, difiere del concepto actual de injuria, en el que el bien jurídico protegido es la honra, la reputación y la protección del honor objetivo y subjetivo que tenemos todas las personas (Del Valle, 2012, p. 327).

La vinculación con la rama penal se hace más evidente, así, señala Tonin que la injuria “representa ofensa a la honra y esta era reparada en la época de la Roma antigua, donde se permitía (...) además de la protección al daño material, la de los derechos morales del ciudadano, sin cuestionarse la causa del daño” (Tonin, 2017, p. 37). La injuria es, por lo tanto, una forma de daño inmaterial, y se formula sobre la base de la afectación a la esfera interna de la persona, que puede incluso, repercutir indirectamente sobre la esfera patrimonial del sujeto.

Asimismo,

Las injurias una vez probadas deben ser condenadas en el ámbito penal y resarcidas económicamente en el ámbito del derecho civil, prospera por las dos vías porque así los códigos de fondo lo establecen; la graduación en el último caso quedará a criterio de juez civil quién determinará el importe según lo que quede acreditado en el expediente además de tener en cuenta la importancia de la injuria vertida (Del Valle, 2012, p. 334).

Es así como se empieza a exhortar a los jueces a trabajar sobre un criterio adaptable de caso en caso, pero con vocación común, es decir, el interés protegido de uno servirá al interés colectivo, de ahí la predictibilidad judicial, tan necesaria como escasa.

A ello debe agregarse la disposición respecto de la valoración de los daños.
Como explica Flores

Las acciones derivadas de la Ley Aquilia (...) no sólo procuraba la reparación valorando los daños pecuniarios que de la conducta resultaban, sino que se suman a ellos una cantidad para satisfacer de manera equivalente los daños morales sufridos. Esta es la gran diferencia y la transformación que surge del propio derecho romano a lo que actualmente conocemos como reparación por daño moral (Flores, 2017, p. 23).

Es así como el Derecho Romano abordó tanto daños materiales como inmateriales dentro de la reparación, mientras estos fueran debidamente probados a través de los procesos penal y civil. Además, esta Ley comienza a trabajar la idea que ahora el mundo jurídico conoce como el deber genérico de no causar daño y, si bien, el inicio de la responsabilidad -y, por lo tanto, de la reparación del daño moral- se fundó sobre la base de la *iniuria*, concepción del sistema de culpa (subjetivo), este dio pie a la evolución y especialización de los conceptos.

Profundizando más, De Trazegnies explica sobre los daños morales, que

Este tipo de lesión recibía una "satisfacción", pero no era incorporado a la idea de daño resarcible. Los juristas romanos, atentos a la realidad de las cosas, advirtieron que el objeto de esta "satisfacción" no era una reparación del daño sino una venganza. Por eso, le otorgaron acciones independientes, la principal de las cuales era la *actio iniuriarum* que comprendía tanto las lesiones físicas como las morales, desde una perspectiva no patrimonial (De Trazegnies, 2001, T.II, p. 96)

Además, recuerda que “El origen de estas acciones diferentes se remonta a las XII Tablas y estaba basado en una aplicación del talión que pronto se redujo de una pena afflictiva a una pena pecuniaria” (De Trazegnies, 2001, T.II, p. 96).

La percepción restringida sobre la *iniuria* fue adoptada en el Perú; la figura jurídica romana evolucionó en el *delito de injuria* encontrado en el artículo 130 del Código Penal de 1991, por lo que el concepto se vincula con los daños infligidos sobre el honor, la honra, de una persona.

c. Código Napoleón, BGB, Codice Civile

En la histórica regulación francesa es menester tener en consideración dos (02) aspectos: primero, “los autores franceses no hablan de “patrimonio”: la distinción entre daño material e inmaterial es prácticamente objetiva” (León Hilario, 2007, p. 244). Segundo,

Se ha sostenido que los trabajos preparatorios del *Code Napoléon* no permiten deducir con certeza que los legisladores hayan tenido la intención de prohibir una expansión del concepto de *dommage* a los daños morales. A fin de cuentas, en el artículo 1382 de dicho

código se menciona el término *dommage* a secas (y no existe impedimento para una interpretación amplia (León Hilario, 2007, p. 242).

Sobre ello,

si el artículo 1382 no excluye formalmente el perjuicio moral, y hasta cabe pensar en que sus redactores lo hubieran admitido si hubieran pensado en ello, el precepto es lo bastante vago como para no destruir por sí solo la teoría que le niega toda acción a la víctima de un daño moral (Mazeaud citado por Rueda, 2007, p. 24).

Esto es importante dado que el primer acercamiento de los daños morales en el *Code Napoléon* no fue expreso, sino trabajado por la doctrina y posible de desprender de la ley debido a la amplitud que comprendía el término *dommage* (muchas veces utilizado como sinónimo de perjuicio)¹³.

Además, en la época existían múltiples disposiciones que anotan el perjuicio moral o el daño moral, así las cosas, Rueda señala que

Entre las numerosas disposiciones señalan los Mazeaud en su obra, pp. 432 y 433, las siguientes: artículos 246, 314, 360, 361, 390, 494, 500, 513 y 516 del Código Procesal Civil; los artículos 114, 117, 119, 430 y 433 del Código Penal Francés. También la Ley del 29 de julio de 1881, artículo 46; Ley del 12 de julio de 1905, sobre justicia de paz. Normas que “le permiten a la víctima de una difamación reclamar por daños y perjuicios”. También se ubican las leyes del 8 de julio de 1895, que regula la reparación de las víctimas como consecuencias de errores judiciales; y la ley del 2 de abril de 1941, que adicionó el artículo 301 del Código Civil previendo la reparación del daño material o moral al cónyuge inocente dentro del proceso de divorcio (Rueda, 2007, p. 49)¹⁴.

Rueda comenta sobre el desarrollo realizado por los Mazeaud que

A primera vista cabe creer que el daño material es el percibido por los sentidos, el que se puede ver, el que se puede tocar; en una palabra, el daño “corporal” en el sentido jurídico y muy amplio del término; mientras que el daño moral es el que no afecta sino a la esfera inmaterial, invisible –cita a Domat– de los pensamientos y de los sentimientos: el daño “incorporal” oral –cita a Colin Capitant–. Critica tal postura ya que señala que “ese no es el verdadero sentido al que ha de hacerse referencia. En efecto, son numerosos los daños “corporales” en los que se discute la cuestión de determinar si originan reparación; tales

¹³ Algunos autores entre los años precursores y de desarrollo del Code Napoléon: J. Domat, R. Pothier, L. Josserrand, A. Colin, H. Capitant, M. Planiol, etc. Véase: Rueda, M. (2007). Las Vertientes Doctrinarias del Daño Moral o Pretium Doloris; y, Ramos, C. (1995). El Código Napoleónico: fuentes y génesis. Referencias completas en la bibliografía de esta tesis.

¹⁴ Véase: pie de página número 12 en Rueda, M. (2007). *Op. Cit.*

como los sufrimientos físicos consecutivos de un accidente, una herida que desfigura (hnos. Mazeaud citados por Rueda, 2007, p. 53).

Mientras en Francia se emplea el contraste entre material e inmaterial o moral, en Alemania la denominación empleada es: patrimonial y no patrimonial (León Hilario, 2007, p. 244). La expresión no patrimonial se encuentra históricamente en tres (03) artículos dentro del BGB, el código alemán, estos son: 253, 847.1 y 1300 (derogado). El vínculo entre los daños morales y el Derecho alemán se remonta al Derecho canónico y a la acepción del *pretium doloris*, sobre ello, Barrientos explica que

Los términos "daño moral", que designan este tipo de perjuicio extrapatrimonial en su acepción más extendida, tendrían su origen en una interpretación latina, y gracias a la influencia del Derecho canónico, de la institución del Derecho germánico antiguo "*Wergeld*" o "rescate de la sangre" o "dinero del dolor". Esta acepción, desde la cual nació el concepto moderno del Derecho alemán "*Schmerzensgeld*", también fue utilizada y aplicada en la península itálica, como asimismo en los antiguos territorios francos (Barrientos, 2008, s.p.)¹⁵.

Sobre ello es relevante anotar que la terminología alemana fue “acogida en el derecho italiano; primero por la doctrina, luego por la jurisprudencia, y finalmente por el legislador” (León Hilario, 2007, p. 247). En ese orden de cosas,

En el Derecho italiano, bajo el imperio del Código Civil de 1865 se importó la idea del daño moral, según el modelo francés, aunque, ya vigente el Código de 1942, la expresión que se prefirió fue la de <<daño no patrimonial>> y se adoptó una regla parecida a la del BGB, según la cual este daño sólo se indemniza cuando existe una norma legal que así lo permita (art. 2.055 CC) (Diez-Picazo, 2008, p. 65)¹⁶.

Al recoger esta terminología, Italia emplea también el daño patrimonial y no patrimonial, sin embargo, la sistemática italiana precisa, dentro del daño no patrimonial, el daño biológico y el daño a la salud; los daños morales eran vinculados al Derecho penal y solo eran comprendidos en los casos determinados por ley (Rueda, 2007, p. 22 - 30).

Por otro lado, sobre el daño a la persona, esta expresión se aborda en el *Codice* (art. 2057), sin embargo, y bajo la luz de la sistemática italiana, León Hilario comenta que: “el daño a la persona no sirve más que como una locución para identificar el daño a

¹⁵ Sin página. El artículo fue recuperado en línea gracias a Scielo. Referencia completa en la bibliografía de esta tesis.

¹⁶ Cabe mencionar que el artículo 2055 del Código Civil italiano al que refiere Díez-Picazo, es ahora el artículo 2059.

la integridad psicofísica. A ello se debe, tal como hemos dicho, que este daño haya sido asimilado al daño a la salud” (León Hilario, 2007, p. 250).

No es, pues, una situación sencilla de delimitar ni determinar. Las perspectivas sobre daño moral y daño a la persona empleadas por el Derecho peruano no son atribuibles a una sola causa o pensamiento, por ello es necesario ubicar la controversia.

2.3. Controversia, perspectivas

El Derecho procura utilizar un razonamiento vinculado a la trascendencia del concepto para contribuir con la estabilidad en la sociedad. El mundo real, sin embargo, presenta desafíos, entre ellos los cambios y la evolución, y aunque las palabras sean una fuente inagotable de contenido, su uso evoluciona junto con la realidad del ser humano. El desafío con el daño moral no es uno meramente semántico, sino de comprensión derivado del pobre uso de la semántica, los abundantes simbolismos, cambios de paradigma y la capacidad del ser humano de innovar y delimitar. Buscar un concepto vinculado a la esfera interna de la persona, con vocación de permanencia, certeza y uniformidad en un mundo mutable, representa concebir un supuesto cuasi perfecto enmarcado en una labor inconmensurable. A todo ello, debe tenerse presente que, como dijo Oscar Wilde en su clásico y distinguido libro *El Retrato de Dorian Gray*, *definir, es limitar*. Y ¿cómo limitar lo inconmensurable? ¿Cómo empezar a comprenderlo? Sin duda, una ardua labor.

Es menester recordar que “la clasificación acogida en el Código Civil peruano de 1984 ha sido la francesa, o sea, aquella que diferencia el daño “material” del daño “moral”” (Morales, 2020, p. 80), así las cosas, no está demás reconocer que un largo camino fue recorrido para que el Derecho peruano acuñara la noción de daño moral, sería poco acertado pretender indicar que fue obra nativa. No, el daño moral fue importado y es que los conceptos en el Derecho son como las personas, están en constante movimiento.

La doctrina presenta puntos de vista para cada gusto, *formas* de comprender el daño moral y su posterior cuantificación. Es por este motivo que es necesario comprender la transición por la que pasó el concepto.

Por su parte,

El Código Civil de 1852 no reguló el daño moral, salvo el caso del artículo 2022, que establece una indemnización por daño moral en el específico caso de injurias (“En caso de injurias, tiene derecho el que las recibe a pedir una indemnización proporcionada a la injuria”). Ese fue uno de los primeros pasos en la codificación civil peruana que introdujo el daño moral, cuidando de prescribir una graduación de dicha indemnización en forma proporcional a la ofensa o daño sufrido. Este primer esbozo de daño de índole extrapatrimonial resulta interesante, puesto que se aprecia en forma algo aislada del daño patrimonial (no tiene la categoría de “parásito” respecto de la demanda por daño material), es decir, se va a calificar y cuantificar de manera independiente a los daños materiales, en caso coexistir estos en el caso concreto (Jiménez, 2005, p. 275).

Esto quiere decir que el daño moral se incluyó en el Código Civil de 1852 como un primer esbozo independiente de los daños materiales, tanto por definición como en lo relativo al *quantum* indemnizatorio. Esta inclusión, destaca Jiménez, no fue parasitaria (Jiménez, 2005, p. 275), es decir, no acompañaba a los daños patrimoniales, sino que proveía una voz indemnizatoria propia. Era, desde entonces (1852) un concepto resarcitorio individual.

Con la transición del Código Civil de 1852 al de 1936, Alfredo García comenta que “Los daños se distinguen en materiales y morales” (García, 1945, p. 25), el autor prosigue explicando la distinción entre los daños patrimoniales y extrapatrimoniales; en tal sentido expone que

La categoría de los patrimoniales o materiales abarca todos los que, directa o indirectamente, reflejan sobre el patrimonio del sujeto, entendido, en este momento, por patrimonio la suma de derechos y obligaciones de orden pecuniario. La categoría de los inmateriales o morales acoge todos los que recaen sobre el patrimonio moral de la persona, o sea, la suma de derechos y deberes de carácter no económico. Tal diferencia es trascendental entre ambos campos (García, 1945, p. 25).

Es posible notar que la división utilizada por el autor responde a la herencia francesa que el Código Civil de 1936 (que continúa el Código Civil de 1984), al establecer los daños extracontractuales como materiales y morales (o inmateriales).

Además de esta división, García aborda la denominación. Él explica que la locución daño moral no es seguramente exacta debido a que puede suscitar la idea de oposición a daño jurídico y, por esta razón, sería más acertado utilizar la división patrimonial – extrapatrimonial, señala

Más acertada sería la de daño no patrimonial o extrapatrimonial, que es contrapuesta a la de daño patrimonial, pero ello importaría la delimitación del concepto de patrimonio a sólo el aspecto económico. La doctrina emplea las dos, así como también la de daño no económico y daño inmaterial (García, 1945, p. 27).

2.3.1. Comisión Reformadora del Código Civil de 1936

En sus no pocos años de trabajo, la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936, nombrada por Decreto Supremo N°095 del 01 de enero de marzo de 1965, estuvo conformada por distinguidos miembros, entre ellos: Alberto Eguren Bresani, José León Barandiarán, Félix Navarro Irvine, Rómulo Lanatta Guilhem, Jorge Vega García, Jorge Eugenio Castañeda Peralta, Héctor Cornejo Chávez, Max Arias-Schreiber Pezet, Ismael Bielich Flórez, Jorge Avendaño Manuel García-Calderón Koechlin, Felipe Osterling Parodi, Óscar Macedo López, Ezzio Parodi Marone, Fernando de Trazegnies Granda, Fernando Vidal Ramírez, Lucrecia Maisch von Humboldt, Manuel de la Puente y Lavallo, Víctor Villavicencio Cúneo, Delia Revoredo Marsano, Jorge Vega Velasco, Carlos Cárdenas Quirós, Shochana Zusman Tinman, Jorge Muñoz Ziches y Rafael Rosselló de la Puente; como señalan, entre otros autores, Roca Lizarzaburu, Fernández Sessarego y, Alterini y Soto.

Fernández Sessarego fue miembro integrante de la Comisión Reformadora del Código Civil, la designación llegó mientras ejercía el cargo de Ministro de Justicia (enero – septiembre de 1965), él trabajó el libro de Personas, mientras que el capítulo de Responsabilidad Extracontractual fue encargado a De Trazegnies.

De Trazegnies, como se explicó previamente, sostenía (aún ahora) la postura del daño moral, más por tradición que por convicción, por lo que no sentía la necesidad imperativa de incluir el daño a la persona, ya que, para él ambos eran lo mismo conceptualmente. Esta idea, más adelante, volvería de la mano de León Hilario, discípulo de la corriente liderada por De Trazegnies.

El primer intento de inclusión del daño a la persona en el Código Civil fue a través de un memorándum dirigido a la Comisión Revisora, se encontraba escrito en este el proyecto del artículo 17 del Código Civil (Calderón, 2014, p. 53), artículo gestado para leerse como un concepto transversal dentro del Código Civil,

Artículo 17: En los casos de desconocimiento de cualquiera de los derechos de la persona, se puede accionar para obtener su más amplia protección por todos los medios adecuados a la debida y oportuna tutela del derecho lesionado.

El juez, a solicitud del interesado, puede ordenar la cesación de un hecho potencialmente susceptible de causar un daño a la persona o la paralización de una actividad generadora del daño, siempre que se encuentre verosímilmente acreditado.

El juez de producirse un daño a la persona, fijará la indemnización que corresponda considerando independientemente las consecuencias patrimoniales de las extrapatrimoniales y del daño moral, si fuera el caso (Calderón, 2014, pp. 53 – 54).

Por su parte, la Comisión Revisora rechazó su propuesta para el artículo 17. No obstante, logró la inclusión del concepto de daño a la persona, con escaso tiempo, solo veintiún (21) días antes de la publicación del Código Civil. No sorprende notar que para Fernández Sessarego llegar a insertar en alguna parte el daño a la persona era de vital importancia, esto con la finalidad organizar la gama de daños inmateriales, probablemente. Así, el daño a la persona se consignó en artículo único, 1985, sobre indemnización, sin realizar discusión o introducción apropiadas sobre el concepto. Cabe preguntarse si la intención lo justifica todo.

Siguiendo esta línea, se considera necesario destacar que Espinoza comenta sobre la doctrina que esta “no se manifiesta uniforme respecto del significado de los términos “daño a la persona” y “daño moral”. Unos opinan que se tratan de categorías sinónimas, otros las distinguen” (Espinoza, 2016, p. 305). Además, explica

que todos los códigos civiles que siguen el modelo jurídico francés optan por la voz “daño moral” y la entienden como sinónimo de daño no patrimonial: entonces, (casi) todos estamos de acuerdo que hay un tipo de daño fuera de la esfera patrimonial que debe ser resarcido. La discusión se centra no en el objeto de protección, sino en el *nomen iuris* a adoptarse (Espinoza, 2016, p. 307).

En otros términos, Morales, se pronuncia sobre ello y comenta que “el “daño a la persona” se introdujo literalmente sin ningún sustento jurídico en el artículo 1985 del Código Civil peruano de 1984 en el sistema de la responsabilidad extracontractual y luego paulatinamente se fue interiorizando de manera peligrosa en las mentes de los estudiantes, abogados, profesores y jueces” (Morales, 2020, pp. 77 - 78).

Si bien Fernández Sessarego intentó producir el concepto y lograr su aceptación poco varía el informalismo con el que se introdujo el daño a la persona en artículo único

en 1984 al Código Civil. Es prudente preguntarse con qué motivación se incluye un daño continente cuando el Código Civil ya contaba con uno, el daño moral.

A propósito del solitario artículo 1985, la mención única del daño a la persona tardó en conseguir un espacio más, diecisiete (17) años. Así, en 2001, se promulgó la Ley N°27495 que incorpora el artículo 345 – A en el Código Civil, su lectura es la siguiente:

Para invocar el supuesto del inciso 12 del Artículo 333 el demandante deberá acreditar que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo.

El juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el **daño personal** u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder.

Son aplicables a favor del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho, las disposiciones contenidas en los Artículos 323, 324, 342, 343, 351 y 352, en cuanto sean pertinentes (Ley N°27495, art. 4)¹⁷.

Así, aunque no con los mismos términos (es menester recordar esta diferencia durante las siguientes líneas), se extiende la interpretación del daño a la persona al daño personal, punto importante a tratar diez (10) años después por el III Pleno Casatorio Civil (véase el Capítulo III de esta tesis).

2.3.2. Fernández Sessarego, Parte I

Fernández Sessarego, partidario del reconocimiento del concepto jurídico de daño a la persona, vincula los aportes de la filosofía existencialista a dicho concepto. Ya desde la publicación de *Noción Jurídica de Persona* en el año 1968 que, si bien refiere casi íntegramente al Libro de Personas del Código Civil, aborda un entendimiento transversal de la persona y su proyecto de vida en son filosófica y a manera de introducción al mundo del Derecho.

¹⁷ El resaltado es nuestro.

Fernández Sessarego representó a su tiempo y enseñanzas. Sus influencias más cercanas resonaban con las tendencias del momento en Italia que, como ocurre con el Código Civil peruano, son las de Francia.

Para situar la concepción de la teoría de Fernández Sessarego¹⁸ es menester percibir las circunstancias que influenciaron su percepción durante su estadía en Italia. El año era 1947, la situación es mejor definida como postguerra, Italia necesitaba cambios estructurales que pudieran mantener a flote la nación y garantizar derechos y seguridad, todo esto sin perder la libertad.

Durante esos años surgieron voces sobre daños - especie dentro de los daños no patrimoniales o morales como: daño biológico, daño a la salud, daño sexual, daño estético, daño existencial, entre otros. En algún punto, Fernández Sessarego comprendió la necesidad de reunir (¿tipificar, tal vez?) estas voces dentro de un género que pudiera contenerlas sin despojarlas de sus significados originales, el resultado es la división establecida en su teoría del daño a la persona.

Se promulga en el año 1947 la Constitución italiana (entrada en vigor al año siguiente), en ella se consignó la protección a la salud ampliando el concepto de daño biológico trabajado por la doctrina y jurisprudencia, reflexiona sobre ello Medina Crespo:

Se sentaron así las bases de un nuevo método de valoración en el que se parte del valor hombre como ser personal y no como ser productor (*homo faber*), dando lugar al concepto de daño biológico que fue acuñado en 1967 por el profesor Aldo FRANCHINI, también especialista en Medicina Legal, a través de la comunicación presentada en las Jornadas Médico-legales de Como (*La valutazione...*), haciendo referencia al «daño biológico con relevancia patrimonial», en el entendimiento de que el significado patrimonial de la persona no debe vincularse en exclusiva a su capacidad de ganancia económica, pues el daño corporal, como daño biológico, ha de resarcirse en todo caso, con independencia de su posible repercusión improductiva (Medina, 1998, p. 858).

Importa para esta investigación debido al giro entre patrimonial y no patrimonial, así como la incidencia en la nueva comprensión del daño en dos instancias: daño-evento y daño-consecuencia.

Es necesario destacar que, en ese orden de cosas, Fernández Sessarego no reclamó como invención suya el concepto de daño a la persona, sino que forjó el

¹⁸ Entre otros, algunos de los referentes empleados por Fernández Sessarego fueron: Guido Alpa, Fulvio Mastropaolo, Gennaro Giannini, Francesco Busnelli y Umberto Breccia.

reconocimiento jurídico de un concepto sobre la base de un daño fenoménico a la expresión más humana de la persona, la libertad. A su vez, de esta lógica derivaría en el concepto célebre de Fernández Sessarego: el daño al proyecto de vida, que no es otra cosa sino, lo que el autor considera la expresión más amarga que un daño pueda ocasionar a la libertad de la persona.

Deriva de ello recordar que Fernández Sessarego evocaba una filosofía existencialista, la misma que retrató tempranamente de la siguiente manera

Existe toda una actitud espiritual coincidente en desentrañar el modo de ser peculiar del hombre. La persona, el hombre, ocupa el punto cimero en la preocupación de los filósofos de nuestro tiempo. Y esta inquietud inquisitorial en torno a la existencia humana se suele conocer, comúnmente, bajo el nombre de existencialismo. Término éste que ha rebasado los linderos filosóficos para ingresar a los de la Sociología, al caracterizar ya no sólo un modo de pensar o una especial preocupación de filósofos sino al designar toda una actitud frente a la vida o, simplemente, un estilo de convivencia (Fernández Sessarego, 1968, pp. 31-32).

Incluso se ocupa de refutar a los detractores de esta filosofía, de esta forma Fernández Sessarego explica que

El aporte de la filosofía de la existencia es substancial, pese a sus detractores. No puede negarse que, en conjunto, el movimiento filosófico existencialista, por encima de nombres o escuelas, ha puesto de manifiesto una nueva visión peculiar del ser del hombre, implantándolo dentro de esa realidad que es la vida. El progreso alcanzado en esta materia es notable y él se pone de manifiesto cuando se le compara con los logros del pasado filosófico (Fernández Sessarego, 1968, p. 32).

En ese orden de cosas, el autor reflexiona que

El aporte de la filosofía de la existencia ha sido decisivo para una mejor comprensión del ser humano, y, por consiguiente, del derecho. Sus hallazgos significaron, como se habrá apreciado, un vuelco histórico extraordinario en la concepción tradicional del hombre que imperó a través de los siglos y que lo caracterizaba tan solo como un ser racional (Fernández Sessarego, 2016, p. 594).

Así pues, mientras Calderón Puertas señala, haciendo referencia a las palabras de Fernández Sessarego, que el daño a la persona

surge a raíz de la inquietud de un grupo de juristas que, influidos por la filosofía de la existencia y el personalismo jurídico, antes que por la capacidad generadora de riqueza

material del hombre, realzaron el valor que este en sí mismo encarna (Calderón, 2014, p. 41);

Morales Hervías, por otro lado, explica que

la doctrina creadora de la categoría “daño al proyecto de vida” propone la eliminación del término “daño moral” del articulado del Código Civil peruano de 1984, por considerarlo incluido dentro del concepto más amplio del “daño a la persona”. La aceptación del concepto “daño a la persona” supone -según esta doctrina- sustituir la concepción individualista-patrimonialista por una concepción humanista del Derecho (Fernández Sessarego, 2009, p. 499)” (Morales, 2020, p. 78).

Así las cosas, el existencialismo y el personalismo jurídico contribuyeron al núcleo de la teoría que Fernández Sessarego construyó sobre la base del ser humano como libertad y no desde la visión del ser humano como generador de riqueza a partir de modelos económicos.

Así, Fernández Sessarego importó una forma jurídica de comprender un concepto amplio y genérico, al que sumó una distribución estructurada y sencilla de comprender que contuviera conceptos extrapatrimoniales y que, de esta manera, tuviesen su origen en un derecho fundamental. Propone,

Todos los daños al ser humano (*persona* para el derecho) se comprenden bajo este rubro, más allá de la etiqueta provisional, tradicional y transitoria con la que puedan ser conocidos por diversos sectores de la doctrina o de la jurisprudencia de diversos países (Fernández Sessarego, 2003, p. 24).

2.3.3. El cambio ofrecido

Los conceptos más simples suelen tener las explicaciones más complicadas. El Sr. Y (ejemplo de este capítulo) no solo pasará por una *fase transitoria*, se ha arruinado por completo aquello por lo que ha trabajado toda su vida, *su proyecto de vida, su razón de ser*, no solo la calculable cifra pecuniaria directamente proporcional a la pérdida de la chance. El daño a la persona, desde su origen, planteaba acercar un discurso acompañado de una filosofía, un cambio de paradigma frente a aquella construcción histórica trabajada por el daño moral. Planteaba completar los vacíos que, desde la perspectiva de su defensor, aquejaban a este tipo de daño y, desde luego, hacerlo desaparecer.

2.3.4. De Trazegnies

De Trazegnies manifestó que el daño moral es un concepto suficientemente amplio en sí mismo y no necesita especificarse o dividirse más y que, tal vez más por tradición que por convicción, tal cual está, debe mantenerse. Es oportuno recordar que la reparación del daño moral para De Trazegnies no tiene sentido dado que este podría entenderse como una venganza privada (De Trazegnies, 2005, p. 216), más aún, indemnizarlo (recibir la indemnización y utilizarla) podría ser considerado vil debido a que valorizar el sufrimiento, la agonía, la pérdida, sería lucrar valorizando algo que eminentemente no tiene valor pecuniario (De Trazegnies, 2005, p. 214). Así, en su anteproyecto de reforma del Código Civil de 1984 él propone

En ese sentido, rechacé la posibilidad de una reparación patrimonial para los daños extrapatrimoniales por cuanto éstos, por su naturaleza misma, no son reparables con dinero. Es por ello que mi anteproyecto no reconocía lo que usualmente se conoce como “daño moral” y tampoco ese otro daño –cuya distinción con el daño moral no es clara– que se ha denominado recientemente “daño a la persona”. En principio, los daños extrapatrimoniales se reparan extrapatrimonialmente (De Trazegnies, 2005, p. 213).

Siguiendo esta idea, De Trazegnies desarrolla que

El único sentido que le encuentro al daño moral no es precisamente moral sino material. Sucede que muchas veces los accidentes implican daños que son difícilmente calculables a pesar de que son estrictamente materiales. En esos casos, los jueces utilizan muchas veces el daño moral para agregar a la reparación algunas sumas calculadas por equidad para cubrir esos otros daños que no están claramente individualizados. Pero notemos que aquí no estamos indemnizando nada extrapatrimonial sino más bien daños patrimoniales de difícil definición económica. Por consiguiente, hubiera sido más conveniente suprimir el daño moral y otorgar al juez la facultad de usar la equidad para compensar ese tipo de daños materiales indefinidos (De Trazegnies, 2005, p. 214).

Así, inicialmente, De Trazegnies, al apearse a la definición inmaterial del daño, explica que el daño moral representa un sentido de solidaridad o equidad respecto de los cálculos resultantes de accidentes.

Es imperativo destacar el desacuerdo de León Hilario respecto de este punto, explica el autor, “(...) he aquí mi discrepancia respecto de los señalado por el profesor De Trazegnies, el daño moral no es patrimonial, ni cambia de naturaleza como efecto de

la cuantificación efectuada por el juez” (León Hilario, 2007, p. 239). Por lo que, para León Hilario, el daño moral poco o nada tiene que ver con el daño patrimonial, es, en suma, un daño completamente inmaterial.

En una línea que parece converger las ideas propuestas por los autores antes citados, Morales Hervías, advierte desde las funciones que justifican el resarcimiento del daño moral que

Los daños a los derechos de la personalidad no son valorables en dinero y su cuantificación es imposible. Es necesario recordar que resarcir implica retirar el daño y el monto resarcitorio implica una prestación equivalente a ese daño a fin de suprimirlo. En cambio, la responsabilidad civil en los daños a la personalidad cumple fundamentalmente otra función la cual es la esencialmente punitiva. Ello no quita que también pueda cumplir una función preventiva (Morales, 2020, p. 87).

Más adelante, De Trazegnies explicaría que “La versión definitivamente incorporada al Código reconoce el daño moral sin limitaciones, a diferencia del Proyecto de la Comisión Reformadora que tomaba en cuenta las graves objeciones de la doctrina moderna” (De Trazegnies, 2001, T.II, p. 108). Surge la pregunta, si la Comisión Revisora aprobó el daño moral sin limitaciones, a pesar de las recomendaciones de la Comisión Reformadora, como dice el exministro, ¿con qué motivación incluyó el daño a la persona?

Diametralmente distinta es la perspectiva propuesta por Fernández Sessarego. En ese orden de cosas, el autor criticó esta postura y su actitud más desafiante fue, con escasas dudas, el pedido de inclusión del daño a la persona a veintiún (21) días de la promulgación del Código Civil. Para Fernández Sessarego

el “daño moral” no es una instancia autónoma o diferente del “daño a la persona”, “sino que se trata de la lesión a uno de los aspectos psíquicos no patológicos de la misma, de carácter emocional” (...). En esa perspectiva, constituye una provincia del “daño a la persona” en su categoría de “daño psicossomático”, preponderantemente de carácter psíquico (Calderón, 2014, p. 158).

Por lo que descartó la configuración ya existente sobre el daño moral, explicando 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” (Fernández Sessarego, 2003, p. 21). Si bien, la cita propuesta fue tomada de un artículo publicado en el año 2003, más adelante

en el año 2014¹⁹ Fernández Sessarego vuelve sobre su proposición de los principios morales, anulando el reconocimiento de los avances que al daño moral respecta en tanto a perjuicios a los derechos subjetivos o a los derechos de la personalidad, en ese orden de cosas y en un pie de página que tal vez podría pasar desapercibido, Calderón nos recuerda que Fernández Sessarego “no desconoce que el daño moral francés incluye lo que el denomina daño a la persona” (Calderón, 2014, p. 158). Asimismo, ignora los antecedentes romanos y franceses, y lo que De Trazegnies desarrolla sobre ellos al proponer su interpretación del daño moral, situación necesaria de destacar ya que por este motivo insistió en ingresar su interpretación propia al Código Civil. En similar sentido, una reciente versión de su libro “Derecho de las Personas” (2016) define el daño moral como un daño emocional que se encuentra dentro del daño psíquico, parte a su vez, del daño a la salud o el bienestar de la persona, en sus palabras la hipótesis de reparación

(...) deberá tener en cuenta, de ser el caso, el daño psíquico. Así, se debe reparar el daño emocional -indebidamente llamado “moral”- que consiste en el dolor o el sufrimiento experimentado por la víctima. Pero, deberá también, sobre la base de una pericia, verificar si existe alguna psicopatía. Tanto el daño llamado “moral” que, como decimos, es un daño emocional, como cualquier psicopatía -que es una enfermedad- debe ser valorada dentro del concepto de daño a la salud (Fernández Sessarego, 2016, p. 614).

Comentario que continúa su línea de pensamiento, así, en años anteriores ya proponía que

El daño moral es uno de los múltiples daños sicosomáticos que pueden lesionar a la persona por lo que se le debe considerar como un daño que afecta la esfera sentimental del sujeto. Resulta así una modalidad síquica del genérico daño a la persona (Fernández Sessarego, 1993, p. 12).

En ese sentido, Fernández Sessarego promueve la noción estricta de daño moral, denominándolo daño emocional e integrándolo dentro del daño a la salud.

Sin embargo, en la doctrina, Fernández Sessarego no era el único que favorecía una versión restringida del daño moral, refiriendo a este, Placido señala en el año 2000, que el daño moral “es una especie de los daños subjetivos y está referido a un daño psicossomático que afecta la esfera psíquica del sujeto en su ámbito sentimental o afectivo.

¹⁹ Véase: Fernández Sessarego, C. (2014). El Código Civil Peruano de 1984: Su Elaboración, sus aportes, las enmiendas que reclama. Referencia completa en la bibliografía de esta tesis.

Es un daño emocional en cuanto comporta dolor o sufrimiento” (Plácido citado por Calderón, 2014, p. 160 – 161).

En similar sentido, Taboada comenta que desde su perspectiva el daño moral es un concepto gaseoso y relativo (Taboada, 2000, p. 19). Proseguirá el autor explicando que “Se entiende por daño moral a la lesión de los sentimientos de la víctima y que produce un gran dolor o aflicción. (...) es una lesión a los sentimientos considerados socialmente legítimos y aceptables” (Taboada, 2000, p. 43). La particularidad de la línea de pensamiento de Taboada es que tanto daño moral como daño a la persona son voces autónomas, valga la redundancia, independientes. Sobre el primero anotará adicionalmente que

el daño moral no se agota jurídicamente en los sentimientos por los miembros de la familia, sino también en cualquier otro sentimiento considerado digno y legítimo (...) Del mismo modo pensamos que los sentimientos que se protegen legalmente bajo el concepto de daño moral, no sólo son aquellos que tenemos por otras personas (...), sino también por nosotros mismos, en función a nuestra propia identidad y escala de valores (Taboada citado por León Hilario, 2007, p. 295)

Por otro lado, respecto del daño a la persona explica,

Para un sector de la doctrina el daño a la persona es la lesión a la integridad física del sujeto (...) una lesión a su aspecto o integridad psicológica, mientras que para otros el daño a la persona constituye la frustración del proyecto de vida (...) Por nuestra parte, entendemos que la fórmula más sencilla y adecuada para entender el significado de daño a la persona es estableciendo que se produce dicho daño cuando se lesione la integridad física del sujeto, su aspecto psicológico y/o su proyecto de vida, todo lo cual deberá ser obviamente acreditado (Taboada citado por León Hilario, 2007, pp. 295 – 296).

Taboada proseguirá en ese orden explicando que

una cosa es la persona y su proyecto de vida, y otra muy distinta son sus sentimientos. Nos parece muy interesante la fórmula que plantea la eliminación de la categoría del daño moral, para hacer referencia únicamente al daño a la persona, pero no nos parece conveniente. Más aún, la regulación del Código Civil peruano mantiene la diferencia entre ambas categorías de daños, lo que significa que hoy por hoy no podemos adherirnos a la posición que sostiene que el daño moral debe desaparecer para referirnos solamente al daño a la persona (Taboada citado por León Hilario, 2007, p. 296)

De esta manera, para Taboada, es importante respetar la iniciativa abordada por la codificación, entiéndase, la diferenciación del daño moral y el daño a la persona. En

ese orden, la persona estaría conformada por su integridad psicofísica y sentimientos; y, el daño a la persona recaería sobre la primera característica, mientras que el daño moral, sobre la segunda. Por lo que, aunque el autor refiera al sentido estricto del daño moral, no plantea, en momento alguno, su eliminación.

Frente a los autores referidos, Morales Hervías adopta parte de la tesis trabajada por De Trazegnies, remite al autor al exponer que

la categoría “daños a la persona” no parece conllevar derechos u obligaciones diferentes a las que usualmente se atribuía al concepto “daño moral” (De Trazegnies, 1988, p. 110). En efecto, el daño moral no está limitado únicamente a la *pecuniam doloris*, a la afección o al sufrimiento, sino que habitualmente tal expresión se extiende también en el sentido de los efectos no patrimoniales de la violación de los derechos de la personalidad. Basta interrogar a los autores franceses (creadores de la expresión “daño moral”) para comprobar que se trata de una referencia amplia a todo tipo de daño no patrimonial. Las violaciones a los derechos de la personalidad son pues, parte del dominio que era conocido como daño moral (De Trazegnies, 1988, p. 109) (Morales, 2020, p. 79).

Si bien su delimitación no es sencilla dado que comprende diferentes tipos de daños no patrimoniales, se evidencia de esta manera que el daño moral es, en suma, un daño de espectro amplio. Una cita más podría esclarecer esta última reflexión. En ese sentido, Díez-Picazo recuerda al autor de “*El Daño: Teoría General de la Responsabilidad Civil*”, comenta que

Adriano De Cupis distinguía el daño patrimonial y el no patrimonial señalando que el último solo podía ser definido por contraposición al primero. Entre los daños no patrimoniales, comúnmente llamados morales, siempre se habían tenido preferentemente en el punto de mira los llamados padecimientos del ánimo como la aflicción, la amargura, el ansia, la preocupación y los dolores físicos. Se puede decir que la atención ha recaído generalmente sobre un daño producido sobre el bienestar físico y psíquico, de manera que el daño se resuelve en un dolor del cuerpo y de la mente, a lo que, indudablemente, ha contribuido la denominación del antiguo remedio del Derecho común germánico. Sin embargo, a juicio de De Cupis, hay que reconocer que al lado de este concepto de daño moral o no patrimonial existe otro más amplio del que no se debe prescindir, por lo que el daño no patrimonial aparece dividido en dos zonas que se deben delinear de modo que cubran el ámbito entero del posible daño. (...) También la disminución del prestigio o de la pública reputación constituye un daño no patrimonial con independencia del dolor o de la aflicción que pueda causar en el sujeto que lo experimenta. Por ello, si se quiere dar una noción completa de los daños no patrimoniales, no es posible limitarlos al campo de

los sufrimientos físicos y morales, sino que hay que introducir en ellos todos los que no entran en los daños patrimoniales (De Cupis citado por Díez-Picazo, 2008, pp. 65 - 66).

De esta manera, el daño moral abarca todo aquello que refiere al ámbito no patrimonial o inmaterial de la persona. Se observa la contribución de la historia, entre los conceptos recogidos está: la lesión al honor, lesiones corporales y psíquicas, padecimientos de ánimo y otros.

2.3.5. León Barandiarán

En ese orden de cosas, cabe mencionar que Carlos Fernández Sessarego cita la interpretación de daño moral que propone León Barandiarán, un enfoque restringido a los sentimientos, afecto, dolor (León Hilario, 2003, p. 13)²⁰; enfoque que inicialmente compartía De Trazegnies, quien evolucionó su perspectiva para equipararla a la doctrina y jurisprudencia francesa sin que eso permitiera una interpretación del daño moral unívoca (De Trazegnies, 2001, T.II, pp. 108 - 113).

Años después, Fernández Sessarego aceptaría una entrevista a Calderón y comentaría sobre la impresión de los miembros que

experimentaron la misma sensación que, en un primer momento, asaltó a mi recordado y querido maestro León Barandiarán, el que, sin embargo, gracias a su lucidez y admirable humildad científica, pronto comprendió y aceptó la validez de la nueva figura del “daño a la persona”. Pero hubo otras expresiones de sorpresa (Calderón, 2014, p. 302).

Con esta última oración refería a De Trazegnies, a quien luego desestimaría.

Asimismo, es menester mencionar que el mismo León Barandiarán expresó su sorpresa a la inclusión del daño a la persona, comentando que “El mismo artículo [1985] habla de daño moral, pero el asunto se trata en el artículo 1984. No se explica por qué en el artículo 1985 se habla usándose el giro de «el daño a la persona»” (León Barandiarán citado por, León Hilario, 2003, p. 33)²¹.

²⁰ Véase el pie de página número 27 de León Hilario, L. (2003). Funcionalidad del “daño moral” e inutilidad del “daño a la persona” en el derecho civil peruano. Referencia completa en la bibliografía de esta tesis.

²¹ Véase el pie de página número 92 de *op. cit.* p. 33.

A ello debe agregarse el comentario realizado por León Hilario, “por otro lado, descreo de la exactitud y legitimidad de insertar en tan imaginario bando a un autor que destacó por encima de ningún otro en nuestro medio, precisamente, en atención a su vena humanista” (León Hilario, 2007, p. 283). Cuestionamiento no extraño de una parte interesada, debido a que León Barandiarán no dejó escrito alguno sobre el daño a la persona (diferente a la sorpresa que sintió por su inclusión) entre el año de su publicación en el Código Civil (1984) y el año de su sensible fallecimiento (1987).

2.3.6. Fernández Sessarego, Parte II

Fernández Sessarego propone

El modelo de "daño a la persona", que llamamos peruano por tener origen en nuestro país, como se ha señalado tiene, en concordancia con lo que se puede dañar de la estructura del ser humano, sólo dos categorías que responden a dicha estructura ontológica: a) el daño psicosomático (daño al soma y daño a la psique, con recíprocas repercusiones) y b) el daño a la libertad fenoménica o "proyecto de vida". Estas dos categorías comprenden, por consiguiente, todos los daños que se puede causar al ser humano entendido como una “unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad” (Fernández Sessarego, 2003, p. 22).

Es menester destacar que Cárdenas Quirós advirtió

la incongruencia de denominar a esta figura “daño a la persona” y no como “daño subjetivo” (...) en una ponencia presentada en Buenos Aires, en Abril de 1989. (...) [Fernández Sessarego] amplió la definición del “daño a la persona” o, como ahora quiere llamarlo, daño subjetivo, incorporando términos provenientes de la jurisprudencia italiana (Calderón, 2014, pp. 57 – 58).

En similar sentido, León Hilario explica también cómo Cárdenas Quirós comenta que la expresión *daño a la persona* no parece ser la más adecuada para ello recurre a la siguiente cita de dicho autor

el Código plantea una original diferenciación de los conceptos <<sujeto de derecho>> y <<persona>> (...) la expresión daño a la persona involucra sólo a las personas individuales (a las que el Código llama personas naturales), es decir, al ser humano una vez nacido, y a las personas colectivas (denominadas personas jurídicas por el Código), esto es, a las organizaciones de personas en las que se ha cumplido el requisito formal de la inscripción en el registro respectivo, excluyendo, por consiguiente, al concebido y a las

organizaciones de personas no inscritas, pues estos, si bien son sujetos de derecho, no son personas (...) *resulta más propio referirse al <<daño subjetivo>>, esto es, al daño ocasionado al sujeto de derecho, en sustitución de las expresiones <<daño a la persona>> o <<daño personal>>, que resultan estrechas para incluir todas las situaciones que pueden configurarse. Al daño subjetivo se le opondría el daño no subjetivo. De este modo se colocaría al sujeto de derecho como punto medular de referencia para formular la distinción entre uno y otro daño, alejándonos de la clasificación que distingue el daño en patrimonial y no patrimonial y que tiene como eje al patrimonio* (Cárdenas citado por León Hilario, 2007, pp. 292 – 293)²².

Sobre ello relata Fernández Sessarego,

Es conveniente aclarar que el llamado daño a la persona incluye también los perjuicios que se puedan causar al concebido o persona por nacer. Fue esta la atendible razón por la que Carlos Cárdenas Quirós propusiera que el daño a la persona debería denominarse "daño subjetivo", a fin de que no cupiera duda alguna que también se incluía dentro del referido concepto al nasciturus.

No obstante compartir a plenitud los propósitos antes enunciados, continuaremos utilizando, al menos por el momento, la expresión "daño a la persona", como equivalente de "daño subjetivo". Ello, como tributo a una demasiado reciente y naciente concepción, en trance de consolidarse, y con el objeto de evitar confusiones en un asunto que, por lo general, no termina de aclararse a nivel de la doctrina donde se sigue superponiendo o confundiendo por ejemplo, "daño a la persona" con "daño "moral" (Fernández Sessarego, 1996, p. 8).

En cuanto a otras críticas, León Hilario comenta que

En la mayor parte de las obras de Fernández Sessarego no hay referencias a las críticas expuestas por De Trazegnies. Solamente ha prestado atención a una denuncia de José León Barandiarán, y ha acogido una sugerencia de Carlos Cárdenas Quirós. El primero de estos autores tuvo oportunidad de manifestar su perplejidad -para muchos sacrosanta- frente a la inclusión de la voz "daño a la persona" en el artículo 1985 de nuestro Código Civil; el profesor Cárdenas Quirós admite explícitamente el apócrifo discurso sobre el trasfondo filosófico de la categoría, la presunta perspectiva humanista, y contribuye a su desarrollo, con la propuesta de la denominación "daño subjetivo" (León Hilario, 2007, pp. 260 – 261).

²² La cursiva es del autor.

Por otro lado, acogiendo tanto crítica como sugerencia de Cárdenas Quirós, Fernández Sessarego formula los nuevos alcances del daño a la persona (Calderón, 2014, p. 58).

La clasificación realizada dentro de la teoría de la nueva sistematización propuesta por Fernández Sessarego se compone de una clasificación binaria: 1) por la naturaleza del ente afectado, que se divide en a) daño subjetivo, que, a su vez, se compone de i) daño psicosomático, en que están el daño biológico y el daño a la salud, y, ii) daño a la libertad (daño al proyecto de vida); b) daño objetivo (daño a las cosas). 2) Por las consecuencias, que contiene al a) daño personal (extrapatrimonial) y b) daño extrapersonal (patrimonial).

El daño psicosomático es aquel que afecta al cuerpo (soma) o a la mente (psique). Los daños que afectan al cuerpo se dividen en daño biológico, definido como

la lesión en cuanto a tal. Es decir, un golpe, una herida, una fractura, un trauma, una mutilación, etc. (...) acarrea una serie de consecuencias que afectan la vida misma de la persona, que modifican sus hábitos, que le impiden dedicarse a ciertas actividades de su vida ordinaria, es decir, en una palabra, afectan su bienestar (Fernández Sessarego, 2016, p. 604).

Por otro lado, el daño a la salud es aquel que

compromete, por consiguiente, el estado de bienestar integral de la víctima. (...) engloba, de este modo, las consecuencias de una serie de daños que, paulatinamente, fueron puestos en evidencia por la jurisprudencia comparada, como es el caso de las expresiones de daño estético, daño sexual, daño a la vida de relación, entre otros. (...) El daño a la salud puede generar, predominantemente, consecuencias centradas en el aspecto somático de la persona o, prevalentemente, en su psiquismo (Fernández Sessarego, 2016, pp. 605 – 606).

Es importante no olvidar las palabras citadas líneas antes acerca de que el daño moral sería la forma indebida de denominar al daño emocional y que este compone al daño a la salud.

Para propósitos gráficos, a continuación, la sistematización de la estructura del daño a la persona (Calderón, 2014, p.60):

Tabla N°03, Sistematización del Daño a la Persona por la naturaleza del ente afectado

1. Por la naturaleza del ente afectado	a. Daño subjetivo	1. Daño sicosomático	1.1. Daño biológico (daño a la persona) 1.2. Daño a la salud
		2. Daño a la libertad (daño al proyecto de vida)	
	b. Daño objetivo (daño a las cosas)		
2. Por las consecuencias	a. Daño personal (extrapatrimonial)		
	b. Daño extrapersonal (patrimonial)		

Tabla realizada por Calderón, 2014.²³

Y es que dentro de la sistematización realizada por Fernández Sessarego es posible distinguir la filosofía que impulsa su teoría, la libertad es sin duda alguna la pieza fundamental en la concepción de este daño. La idea fundamental se desarrolla alrededor del ser humano como una unidad psicosomática plenamente libre y con capacidad de desarrollar un plan de vida y cumplirlo, así, Fernández Sessarego expone que

El modelo peruano se sustenta en aquello que realmente se puede dañar tratándose de la estructura ontológica del ser humano. Es, por ello, que considera tan sólo dos categorías de "daño a la persona". La primera, como está dicho, es la que incide en la estructura psicosomática del ser humano y, la segunda, la que lesiona la libertad fenoménica, es decir, el "proyecto de vida", que es la presencia de la libertad ontológica -en que consiste cada ser humano- en el mundo exterior, en el que se encuentran instaladas las relaciones de conductas humanas intersubjetivas. Esta libertad fenoménica, que supone la concreción ontológica a través de actos o conductas intersubjetivas del ser humano, está dirigida, en última instancia, a la realización del personal "proyecto de vida". Es decir, de aquello que la persona decidió *ser* y *hacer* en su vida para otorgarle un sentido valioso. No podemos olvidar que la vida es una ininterrumpida sucesión de quehaceres - que responden a decisiones de la libertad que somos- mediante los cuales se despliega el temporal "proyecto de vida" (Fernández Sessarego, 2003, p. 22).

Respecto de este punto, cabe señalar una reflexión realizada por Burgos al inicio del desarrollo de su defensa del daño a la persona (Argentina), él explica que

Huelga decir que si la recepción de la figura del daño a la persona permite la apreciación de cualquier mal hecho a la persona humana, a sus derechos o facultades, el catálogo de menoscabos posibles resultará siempre incompleto y su enunciación tendrá, invariablemente, una función meramente ejemplificativa o indiciaria (Burgos, 2012, p. 70).

²³ El resaltado es del autor.

Burgos expone, además, dos ideas (que sirven a la argumentación) que merecen ser destacadas, la primera, vista como categoría, señala que

(...) considerada como una categoría clasificatoria, la expresión *daños a la persona* no aporta prácticamente nada. Si todos los daños son daños a la persona, mal se puede tomar a estos como una parcialidad del universo total de daños clasificables (...) Los daños a las cosas son, en realidad, daños a la persona que ha depositado sobre ellas un interés legítimo (Burgos, 2012, p. 82).

Este punto incide sobre el hecho de que todos los daños son infligidos a la persona, incluyendo los daños a las cosas (daños patrimoniales o materiales).

Por otro lado, la segunda idea explica que

La fórmula *daños a la persona* sólo puede resultar interesante si se toma como la expresión de un nuevo paradigma de apreciación, el cual, al implementarse: a) permitirá apreciar –y luego aprehender- ciertos daños no observables desde la mirada actual al fenómeno del daño, focalizada hacia la determinación del deber de responder y signada por la patrimonialidad, y b) propondrá, en un nuevo universo observable del “total” de los daños, clasificaciones distintas de aquella que se refiere a la vía –directa o indirecta- de afección del patrimonio (Burgos, 2012, p. 83).

La segunda idea es particularmente destacable debido a la incidencia sobre el origen del daño a la persona como concepto-categoría separado del daño moral (conexo desde el sentido género-especie). Sin embargo, cabe preguntarse si existe realmente un cambio de paradigma al sostener la formulación e interpretación del daño a la persona, paradigma que no hubiera ocurrido ya respecto a la evolución del daño moral como parte y como todo. Otra interrogante que surge refiere a la necesidad de visibilidad que poseen como característica inherente los daños inmateriales, como se mencionó al abrir este capítulo, se suelen realizar definiciones sobre la base de la negación, en este caso –y desde lo elaborado por Burgos- el fenómeno daño está estrechamente ligado a lo patrimonial, pero proponer que la característica singular del daño a la persona es la posibilidad de entender el daño como cambio de paradigma y desde una perspectiva propia, ligada o no a lo patrimonial, entendido de una forma más simple, invita a olvidar gran parte de la evolución histórica del daño moral.

Así, Calderón explicando lo postulado por Fernández Sessarego comenta que

En lo que atañe a la relación del daño moral con el “daño a la persona” establecerá dos distinciones básicas, una de alcance general, y otra planteada, específicamente, en lo que

atañe al proyecto de vida. Así, nuestro autor señalará: (1) el daño moral lesiona uno de los múltiples aspectos de la personalidad mientras que el “daño a la persona” cubre todos los aspectos de ella; y (2) el daño moral es frecuentemente transitorio; el daño al proyecto de vida acompaña a la persona en el transcurso de su vida (Calderón, 2014, pp. 61 -62).

2.3.7. Fernández Cruz

Surge la voz de Gastón Fernández Cruz quien presta atención a lo que considera una nueva opción dentro, no solo de la controversia entre daño moral y daño a la persona, sino acerca de la manera de entender la responsabilidad extracontractual. Por ello, propone una fórmula *omnicomprensiva* que busca consolidar un concepto global lo suficientemente estable para que perdure en el tiempo y que, a la vez, posea la flexibilidad necesaria para adaptarse a los desafíos que han de venir.

Fernández Cruz realiza una crítica al artículo 1985, señala que “se mencionan ambas voces de daño no patrimonial, dándole una identidad propia a cada uno de ellos. Esto constituye un grave error, porque obliga a diferenciar ambos conceptos -el daño moral del daño a la persona- (...)” (Fernández Cruz, 2019, p. 100), al autor le interesa desvirtuar el uso del daño moral, concepto que desde su mirada es parte del daño a la persona. Así las cosas, pretende consolidar el daño extrapatrimonial como un todo, de la mano del concepto de daño a la persona venido de Italia, coincidiendo a su vez con la teorización de Fernández Sessarego bajo los términos de su propia teoría de la responsabilidad y el daño. Así, Fernández Cruz propone que

se da la necesidad de reclasificar los daños, fundamentalmente -en mi opinión-, bajo un criterio de unidad conceptual: sea que se hable del daño a la persona o del daño moral o cualquier voz de daño no patrimonial que pueda apreciarse desde la óptica del daño evento, el daño no patrimonial representa una unidad. Todo se alinea en una unidad de género que es el daño no patrimonial. La categoría -y en esto los alemanes acertaron al codificar el concepto de daño no patrimonial-, se refiere a una categoría de daño que puede tener algunas voces particulares de diferenciación. En nuestro caso, no teniendo codificado pero sí tratado en doctrina y en jurisprudencia a la categoría del daño no patrimonial, se debe apostar por la unidad de este concepto (Fernández Cruz, 2015, p. 330).

Desarrolla el autor que un daño es no patrimonial “cuando se afecta la integridad de todo sujeto de derecho o se lesionan valores y derechos fundamentales inherentes a

todo sujeto de derecho digno de protección bajo la tutela resarcitoria” (Fernández Cruz, 2019, p. 101). Estos daños se sitúan en el punto uno dentro de su reclasificación de los daños, siendo esta: “(i) la naturaleza del ente afectado (daño evento); (ii) las consecuencias económicas que se generan (daño consecuencia); y (iii) la liquidación pecuniaria” (Fernández Cruz, 2019, p. 101). Además, el autor comenta que el daño no patrimonial a su vez puede dar lugar al daño a la persona, daño moral y daño moral puro (*pretium doloris*), y el daño no patrimonial residual (afectaciones a los demás sujetos de derecho reconocidos por el ordenamiento jurídico); así, el daño a la persona sería un daño continente que afecta a la persona humana como entidad psicofísica y el daño moral (dividido) sería relegado a ser un subtipo, que afecta solo a la persona natural, con las siguientes características: “(i) afecta la faz interior del sujeto; (ii) tiene siempre naturaleza temporal; y (iii) tiene siempre causalidad atributiva legal o jurídica en sus consecuencias patrimoniales” (Fernández Cruz, 2019, p. 109).

Esta división del daño moral puede ser equiparable a la realizada por Beltrán Pacheco quien separa al daño moral en subjetivo y objetivo; el primero 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) (Beltrán, 2016, p. 79).

Por otro lado, el daño moral objetivo 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. (Beltrán, 2016, p. 80).

Con ello presente, es necesario citar las características con las que cuenta el concepto de daño a la persona desde la perspectiva de Fernández Cruz:

- Afecta a la persona humana, entendida como entidad psicofísica, comprendiendo a los daños inherentes a aquella -o daños a los derechos de la personalidad, como la vida, la integridad psicofísica, el libre desenvolvimiento de la personalidad, la intimidad, la salud, entre otros-;
- Sus efectos pueden ser de naturaleza permanente o temporal; y,
- Es normalmente -como regla general- el resultado de una función de reparación del daño resarcible, por lo que es -contrario a lo que comúnmente se piensa- ordinariamente valuable y solo excepcionalmente estimable (Fernández Cruz, 2019, p. 104).

2.3.8. El daño al proyecto de vida

No hay algo más propio de la teoría del daño a la persona que el daño al proyecto de vida, es la especie del concepto que regula en sí misma la idea integral de persona como libertad y la posibilidad de desarrollar esa libertad.

Libertad. En el ideario de Fernández Sessarego, la libertad tiene dos instancias: libertad ontológica y libertad fenoménica. Explica así que la primera es aquella

que nos constituye como ser humano, la que nos convierte, siendo naturaleza en un ente espiritual. Esta libertad, que se le percibe a través de la capacidad de decidir por uno mismo, supone un constante proyectar. Los proyectos que se conciben imaginativamente en el mundo interior de la persona se adoptan para que se conviertan en realidad de la vida. Es decir, en actos, conductas, comportamientos (...) (Fernández Sessarego, 2009, p. 509).

Así, el proyecto de vida es definido como

el rumbo o destino que la persona otorga a su vida, es decir, el sentido existencial derivado de una previa valoración. El ser humano, en cuanto ontológicamente libre, decide vivir de una u otra manera. Elige vivenciar, preferentemente, ciertos valores, escoger una determinada actividad laboral, perseguir ciertos valiosos objetivos. Todo ello constituye el “proyecto de vida”. Lo que la persona decide hacer con el don de su vida (Fernández Sessarego, 2016, p. 607).

La segunda, la libertad fenoménica, es “el desarrollo de la libertad ontológica en el mundo exterior al ser humano” (Fernández Sessarego, 2016, p. 132); así, el autor explica que la persona, al haber sido dañada esta libertad

se sume en un estado de explicable desorientación, de depresión, de pérdida, de seguridad y confianza en sí mismo, de ausencia de metas. De desconcierto, en suma. A raíz de dicho daño concluyeron para el sujeto afectado, de un día para otro, total o parcialmente, sus aspiraciones, sus metas, sus proyectos, su proceso de realización personal. El sujeto dejó de “ser” y “hacer” con su vida, lo que se había propuesto, lo que le otorgaba, como está dicho, un sentido o razón de ser a su existencia. (Fernández Sessarego, 2009, p. 518).

Calderón elabora una concisa síntesis respecto de lo propuesto por Fernández Sessarego,

el ser humano es ser libre, ser libre que coexiste con otros seres libres, ser libre coexistente que vive en el tiempo, ser libre coexistente y temporal que elabora proyectos; de los que sigue que si se daña su libertad (en las vertientes que aquí se han detallado), entonces se frustra, se menoscaba o retarda dicho proyecto, lo que implica un daño a la propia constitución del ser humano (Calderón, 2020, p. 94).

Entre las razones que Fernández Sessarego establece acerca de la gestación del daño al proyecto de vida sobre la base de la filosofía, se encuentra que

El aporte de la filosofía de la existencia ha sido decisivo para una mejor comprensión del ser humano y, por consiguiente, del derecho. Sus hallazgos significaron, como se habrá apreciado, un vuelco histórico extraordinario en la concepción tradicional del hombre que imperó a través de los siglos y que lo caracterizaba tan solo como un ser racional (Fernández Sessarego, 2016, p. 594).

Así las cosas, entre los referentes filosóficos revisados, dentro de la corriente existencialista, se encuentra Soren Kierkegaard, sobre este autor explica que

la libertad la descubre el hombre “al volverse hacia adentro”, al interiorizarse, al mirarse en su propio espejo. Para el filósofo escandinavo, la libertad no es “alcanzar esto y aquello en el mundo, de llegar a rey y a emperador y a vocero de la actualidad sino la libertad de tener en sí mismo la conciencia de que él **es hoy libertad**”. Kierkegaard se refiere a una libertad “que no es nunca mera posibilidad: tan pronto como es, es real”. La libertad es el centro espiritual del hombre. El ser humano es “una síntesis del alma y cuerpo, constituida y sustentada por el espíritu” (Fernández Sessarego, 2016, p. 585)²⁴.

Por ello, el concepto concretado refiere a

Las decisiones de la persona están dirigidas a “hacer su vida” dentro del marco de su “proyecto de vida”. Toda persona, consciente o inconscientemente, tiene un “proyecto de vida”, por elemental que él sea, el mismo que responde a una decisión libre y radical, dentro del marco de los condicionamientos que le son inherentes. Las otras múltiples y permanentes decisiones de la persona, por coyunturales o inmediatas que fuesen, adquieren sentido y coherencia en cuanto están destinadas, de alguna manera, directa o indirecta, a dar cumplimiento al “proyecto de vida”. Frente al “proyecto de vida”, en singular, el ser humano va generando permanentemente micro proyectos que confluyen en él (Fernández Sessarego, 2003, p. 667).

Es decir, la fundamentación del proyecto de vida tiene su origen en la filosofía y reside en la consistencia con que una persona, en pleno uso de su libertad y dentro de

²⁴ El resaltado es del autor.

sus posibilidades, decide seguir un camino de vida. Asimismo, el daño al proyecto de vida recae, en esencia, en la frustración de este, sea parcial o totalmente.

Según Osvaldo Burgos, el daño al proyecto de vida “incide no ya sobre la unidad psicosomática de la persona dañada, sino sobre lo que FERNÁNDEZ SESSAREGO llama la *libertad fenoménica*” (Burgos, 2012, p. 146). Sobre este punto en particular, Fernández Sessarego desarrolla que

La subjetiva decisión-elección libre del ser humano se convierte, así, en libertad *fenoménica*, se objetiva, se hace presente en el mundo en el que vivimos, en la realidad del diario acontecer. Es el proyecto en marcha, la libertad ontológica en trance de ir alcanzando su realización o frustrándose, total o parcialmente. La libertad fenoménica es el proyecto originario, que surge de una decisión libre, en trance de ejecución, de su realización en el mundo exterior. Se trata, como se advierte, de las dos instancias de la libertad a las cuales hemos hecho anteriormente referencia (Fernández Sessarego, 2008, p. 52).

Ante esta declaración, surge la pregunta ¿cómo se puede dañar un proyecto de vida? Burgos explica que Fernández Sessarego presenta diferentes respuestas para tal pregunta, son las siguientes:

- a) Frustración total del proyecto de vida (generalmente acarrea un vacío existencial).
 - b) Menoscabo (configura un daño parcial que no supone la imposibilidad de continuar con el proyecto, aunque impone una alteración desvaliosa en las condiciones de su desarrollo).
 - c) Retardo en la ejecución (implica una detención del proyecto vital, que aleja a la víctima de los objetivos fijados en sus elecciones y dificulta su consecución).
- (Burgos, 2012, p. 147).

Entre las críticas que surgen por este postulado daño León Hilario y Morales Hervías realizan las más. Por un lado, la crítica central del primero recae sobre tres (03) premisas: a) la inutilidad del daño a la persona y el peligro de agregar a la mezcla argumentos filosóficos, b) la premisa Constitucional y c) la imposibilidad de resarcir el daño al proyecto de vida.

Si bien ya se revisó lo postulado por León Hilario y Morales Hervías sobre la funcionalidad del daño moral frente a la inutilidad del daño a la persona, cabe en este punto recordar una crítica propuesta por el primero, quien explica que abordar el daño al proyecto de vida desde el campo filosófico lo haría merecedor de las críticas que se formularon en contra del daño existencial en Italia (León Hilario, 2007, p. 336), en ese

orden de cosas, el autor cita una crítica elaborada por Giulio Ponzanelli, quien propone que

“el crecimiento de las reglas de responsabilidad civil se ha producido siempre por medio de una fuerte oscilación entre la función de *compensation* (es decir, de reparación del daño) y de *deterrance* (es decir, de incidencia en el tipo de actividad que debe desarrollarse). Reconocer el resarcimiento del daño existencial es privilegiar, en demasía, la primera función, en total detrimento de la segunda: los riesgos, los problemas sociales y las patologías de un fenómeno de *overcompensation* son tan conocidas que aquí debe desaconsejarse todo análisis distinto. La *overcompensation*, como es sabido, constituye un fenómeno usual en todo modelo jurídico que se considere; y ello ocurre en mayor medida donde el sistema de *Welfare* ha generado una red de intervenciones *para la protección y sostén de determinadas categorías de personas*. Si las reglas de responsabilidad civil tiende a dictar sobre todo, un equilibrio de intereses entre dos posiciones en conflicto, el resarcimiento del daño existencial da la impresión de estar en capacidad de crear un fuertísimo desequilibrio” (Ponzanelli citado por, León Hilario, 2007, p. 336).

La premisa Constitucional se realiza sobre la base de la protección a la dignidad de la persona contemplada en el artículo 3 de la Constitución Política del Perú (1993), de esta manera Fernández Sessarego explica

“El artículo 3 de la Constitución peruana de 1993 protege los intereses existenciales o derechos naturales de las personas que se fundan en su dignidad. Existe, por lo tanto, una norma de amplios alcances destinada a amparar las demandas por daños al proyecto de vida, entendiéndose que la protección del proyecto de vida de las personas constituye un prioritario interés existencial derivado de su inherente dignidad. De ello no cabe duda alguna desde que es interés prioritario de la persona cumplir con el proyecto de vida que se ha trazado, vivir de acuerdo con dicho proyecto, realizar sus metas, expectativas y aspiraciones, es decir, llevar a cabo todo aquello que le otorga un sentido a su vida, que constituye la razón de ser de su existencia”. (Fernández Sessarego citado por Benatti y García, 2020, p. 132)²⁵.

Sobre ello Benatti y García proponen que

Incluso, si se admite que sí existiese el “daño al proyecto de vida” de base constitucional, esto no quiere decir que automáticamente el mismo merezca protección a través de un remedio pecuniario como el resarcimiento por equivalente. (...) La Constitución no habilita a crear nuevas voces legales de daños. (...) No pueden crearse otros tipos legales

²⁵ Véase pie de página número 24 de Benatti, F. y García, S. (2020). La Reparación Extrapatrimonial del daño por frustración al proyecto de vida. Referencia completa en la bibliografía de esta tesis.

de daños a menos que una ley disponga su creación e incorporación en el Derecho peruano (como ocurrió en 1984 con el daño a la persona) (Benatti y García, 2020, pp. 131 - 132).²⁶

En similar sentido, Morales Hervías refiere a que “hablar de “daño al proyecto de vida” es presuponer que existe la categoría “derecho al proyecto de vida” el cual es equivalente a la categoría “derecho a la existencia” o mejor a la categoría “derecho a lograr la felicidad” (Morales, 2020, p. 85).

Así las cosas, en principio, las voces de daño no deberían solo aparecer sin más justificación que la injusticia del daño ocasionado, lo necesario sería incorporar el daño dentro del marco de una ley. Espinoza parece contemplar esta suerte de excepción al reconocer el daño al proyecto de vida como una extensión del daño a la persona o -en sus palabras- un criterio para el resarcimiento de este daño continente, ya reconocido (guste a quien guste) en el Código Civil vigente y en otras leyes. Explica que en su opinión el daño a la persona

debe ser entendido como aquel que lesiona los derechos o legítimos intereses de naturaleza no patrimonial, tanto de las personas naturales como de las personas jurídicas. El denominado daño al proyecto de vida, más que de tratarse de una voz autónoma de daño, se trata de un criterio (importante, por cierto) a efectos de la cuantificación del daño a la persona (Espinoza, 2016, p. 303).

Por otro lado, el siguiente punto (c) considera diferentes precisiones respecto del daño teorizado por Fernández Sessarego; en primer lugar, señala León Hilario, “Todo intento de defensa de la teoría del daño al proyecto de vida en el plano filosófico está condenado al fracaso” (León Hilario, 2020, p. 22). Además, recordando un ejemplo usualmente utilizado por Fernández Sessarego, sostiene que

Ni Fernández Sessarego ni sus seguidores han explicado -ni podrían hacerlo- cuál es la razón por la cual las manos del pianista serían más “valiosas”, desde la óptica de la

²⁶ Sobre este punto, cabe mencionar que, si bien no goza de reconocimiento positivo, la pérdida de la chance se considera como un daño resarcible al ser comprendido dentro del daño emergente, así, León Hilario comenta que “El parecer prácticamente unánime en nuestros días inserta la figura en el “daño emergente”, porque la oportunidad o posibilidad de conseguir un resultado favorable tiene un valor económico y forma parte actual del patrimonio del damnificado” (León, 2007, p. 209).

En ese orden de cosas, la pérdida de la chance es considerada un daño patrimonial, a su vez, esto la distinguiría del daño al proyecto de vida, véase: Burgos, O. (2012). *Daños al proyecto de vida* (p. 241 – 244). Buenos Aires. Editorial Astrea.

Sin perjuicio de lo previamente desarrollado, es importante destacar la opinión de Espinoza, para quien la voz de pérdida de la chance es autónoma, en este sentido comenta: “La naturaleza del daño por pérdida de chance no es la de un daño emergente ni la de un lucro cesante: se trata de una voz autónoma de daño. En efecto, de este tipo autónomo de daño-evento se pueden presentar daños-consecuencia tanto patrimoniales como subjetivos” (Espinoza, 2016, p. 335).

responsabilidad civil por daños a los derechos de la personalidad, que las de un profesor de colegio, un guardián, un cobrador de microbús, un obrero de construcción civil, o incluso las de un músico, para conservar el candor del ejemplo escolástico, pero que se gane la vida tocando sus instrumentos en las calles de la capital (León Hilario, 2020, p. 17).

Propone que “Casi todas las aplicaciones jurisprudenciales del daño al proyecto de vida contradicen, pues, la visión de Fernández Sessarego” (León Hilario, 2020, p. 20), y continúa preguntándose “¿Por qué el lenguaje -no es más que el lenguaje- de los existencialistas tiene que ser el seguido, y no el de los representantes de otras escuelas del pensamiento?” (León Hilario, 2020, p. 21) y aseverando que “Las creencias o prejuicios deben quedar de lado, para descartar dictámenes que respondan a sesgos cognitivos, como el del falso consenso” (León Hilario, 2020, p.21).

En similar sentido, Morales Hervías critica severamente los inicios del daño al proyecto de vida, comenta que

Según la doctrina italiana defensora de la categoría "daño existencial", la define como “el daño relacionado a la existencia, es decir, el daño que se traduce en un deterioro de la calidad de vida, el cual no es parte del daño a la salud. También se define como ‘el daño a las actividades relacionadas a la persona humana’, ‘la perturbación de la vida diaria’, la renuncia forzada a las ocasiones felices’; y en consecuencia la lesión a las posibilidades de acceder a todos los entretenimientos y a las actividades típicas que hace la persona humana” (Cendon, 17 de abril de 2019) (Cendon citado por Morales, 2020, p. 82).

Morales continúa explicando,

Es conocido el proyecto de ley de 2017 que presentó el profesor Paulo Cendon donde se define que el “proyecto de vida es el documento que describe las necesidades básicas y las aspiraciones fundamentales de una persona que haya cumplido seis años y que tiene condiciones importantes de discapacidad o de fragilidad. Forma parte integral del documento de identidad de la persona interesada. Se mantiene en la oficina de registro del estado civil de la ciudad en la que tiene su residencia o domicilio” (Cendon, 23 de marzo de 2017) (Cendon citado por Morales, 2020, p. 82).

En similar sentido, León Hilario comenta que asimila el daño existencial italiano al daño al proyecto de vida, recuerda además que

Fernández Sessarego, por el contrario, los diferenciaba, al postular que el primero era definitivo, mientras que el segundo, al que llegó a tildar de “inútil”, era temporal. La verdad es que ambos conceptos merecen ser rechazados, por su equivalente aptitud para

generar efectos indeseados desde la perspectiva de la política del derecho en materia de responsabilidad civil (León Hilario, 2020, p. 32 -33).

Morales desarrolla que el daño al proyecto de vida representa un daño insostenible dentro del ordenamiento jurídico, esto debido a que sería una lesión al intento por alcanzar la felicidad, un intento vacío de contenido jurídico, en sus palabras,

Aparentemente Fernández Sessarego propuso una categoría más omnicompreensiva que la creada por Cendon (...) el “daño al proyecto de vida” o el “daño existencial” no son otra cosa que la lesión a alcanzar la felicidad. Dicho contenido no es jurídico. (...) La figura del daño existencial es insostenible dogmáticamente porque se trataría en el fondo de una pérdida no patrimonial sin ningún fundamento que comportaría un resarcimiento exento de límites (Castronovo, 2008, pp. 344-345). En realidad, debería utilizarse solo el concepto de *dommage moral*, es decir, el daño moral cuyo espacio de resarcibilidad aumenta en relación a los derechos constitucionales (Morales, 2020, pp. 82 - 83).

De esta manera, el autor confirma que -para él- el daño al proyecto de vida no termina de encajar con la doctrina vigente por las razones ya expuestas

Para nosotros esta categoría está en el mundo de los deseos de las personas, pero no forman parte del mundo jurídico. Los proyectos de vida forman parte de la vida misma de cada ser humano pero el Derecho como ordenamiento jurídico no ha sido creado para lograr la realización de los proyectos de vida. El Derecho se creó para regular conductas humanas y consecuentemente para lograr valores jurídicos en una sociedad determinada (Morales, 2020, p. 77).

Cabe detenerse un momento y observar el comentario realizado por Benatti y García sobre la protección legal del proyecto de vida, esto es,

no es en sí misma una propuesta insignificante o descartable. Sin embargo, las buenas intenciones a veces no son suficientes. (...) La forma como se propuso la teoría del “daño al proyecto de vida” ha generado que su aplicación por parte de las cortes peruanas no haya sido la mejor (Benatti y García, 2020, p. 124).

Sobre ello, los autores sostienen la idea de que es posible reevaluar el daño al proyecto de vida y corregirlo (Benatti y García, 2020, p. 124).

Por otro lado, Matilde Zavala de González sostenía que el daño al proyecto de vida

menoscaba la *persona misma* en su integridad espiritual y, por lo tanto, constituye una vertiente agravadora de *perjuicios morales*, los cuales no deben restringirse indebidamente a sufrimientos, sino comprender con amplitud los desequilibrios

existenciales (...) Así pues, la lesión que coarta o limita proyectos vitales no debe situarse como categoría diferente de los daños tradicionales, según se verifica cuando se considera el inferido al proyecto de vida como lesión a la libertad otológica del ser humano y el moral incidiendo, separadamente, en el aspecto emocional (Zavala, 2009, p. 234).

En similar sentido, León Hilario, al referir a algunos fallos de la CIDH, expresa que devienen de estos que

la afectación del proyecto de vida, entendida en su exacta y reducida dimensión, como variable a tomar en cuenta para visualizar integralmente el impacto de un evento dañoso pertenece, según la clasificación de los daños seguida siempre por la Corte IDH, a la categoría de los daños inmateriales o morales (León Hilario, 2020, p. 30).

En el sentido de la cita previa, es menester resaltar que el daño al proyecto de vida es discutido internacionalmente a través de diferentes Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Entre ellas está la ampliamente citada sentencia del caso María Elena Loayza Tamayo, del 27 de noviembre de 1998, se volverá sobre esta en el Capítulo III.

Sobre esta, es necesario destacar cuatro (04) puntos. Primero, la CIDH consigna como noción de proyecto de vida (párr. 148) que está vinculado con el concepto de “realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad” (CIDH, 1998, párr. 148). Párrafos más adelante la Corte reconoce la existencia de un daño grave al proyecto de vida de la demandante

Sin embargo, la evolución de la jurisprudencia y la doctrina hasta la fecha no permite traducir este reconocimiento en términos económicos, y por ello el Tribunal se abstiene de cuantificarlo. Advierte, no obstante, que el acceso mismo de la víctima a la jurisdicción internacional y la emisión de la sentencia correspondiente implican un principio de satisfacción en este orden de consideraciones (CIDH, 1998, párr. 153).

Sobre este punto, cabe recalcar la abstención a cuantificar el daño. Benatti y García observan en sentencia posterior una similar actitud, exponen

el “daño al proyecto de vida” al tratarse de una lesión “irreparable o muy difícilmente reparable” como lo ha reconocido la CIDH. Si esto es así, ¿por qué traducirlo en dinero? ¿Por qué convertir en dinero algo que no tiene un referente económico? Ya en el caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña v. Bolivia (2010) (Fondo, Reparaciones y Costas), la CIDH

señaló que **frente al “daño al proyecto de vida” no proceden reparaciones pecuniarias** (Benatti y García, 2020, p. 141 - 142)²⁷.

En segundo lugar, no se establece como un daño resarcible, sino como un medio para que la Corte pueda intervenir. Así, para la CIDH, el daño al proyecto de vida incidiría en la libertad del individuo y en la posibilidad de ejercer esta libertad al desarrollar su vida. Al ser este concepto el pilar fundamental del daño a la persona es posible argüir que este último se funda en la libertad del ser humano y se respalda en la posibilidad de hacer uso de esta libertad inherente, esta libertad se expresa en la posibilidad de tomar decisiones y en el hecho de realmente decidir. Además, es menester del Estado cumplir con su rol tuitivo para hacer respetar la libertad de cada ser humano dentro de la Nación y restringirla si y solo si se encuentra permitido dentro del margen discrecional de la ley y de *última ratio*.

En tercer lugar, y este punto deriva del anterior, el daño al proyecto de vida no se recogió, hubo voto disidente y luego quedó postergado.

Sobre esto último, León Hilario comenta que

el voto parcialmente disidente del juez Carlos Vicente De Roux Rengifo contiene una advertencia cuyo valor pedagógico, lamentablemente desatendido, habría sido útil para evitar la tergiversación que la categoría iba a sufrir en la jurisprudencia peruana: que, al estimarse la alteración de las condiciones existenciales “y, más en particular, el daño al proyecto personal de vida, deben evitarse ciertos extremos, como creer que la víctima permanecerá atrapada para siempre en la inmovilidad y la desesperanza, o darle aval a una suerte de tragedia eterna” (León Hilario, 2020, p. 26).

Por último, propicia es la oportunidad para comentar brevemente acerca de algunos votos emitidos por los jueces sobre la sentencia en cuestión.

El juez Carlos Vicente De Roux Rengifo emitió un voto parcialmente disidente, ello fundamentado sobre la base de que el monto asignado a manera de indemnización no incluyó el concepto de daño al proyecto de vida (el que procede a calcular en US\$ 25 000.00). Además, recuerda y comparte el hecho de que la Corte separe el daño al proyecto de vida del daño material y el daño moral, asimilándolo -a título personal- al daño inmaterial, en similar sentido, emplea el concepto de daño moral en términos del “sufrimiento o a la aflicción subjetivos de la víctima, que son indemnizados, como

²⁷ El resaltado es nuestro.

perjuicios morales, mediante el reconocimiento del **pretium doloris**” (De Roux, 1998, párr. 4)²⁸.

Otras reflexiones propuestas por el juez De Roux son: a) “no toda modificación de las condiciones de existencia merece ser indemnizada. Debe tratarse de cambios de mucha entidad, que trastocuen a fondo (...)” (De Roux, 1998, párr. 6); y, b) “deben evitarse ciertos extremos, como creer que la víctima permanecerá atrapada para siempre en la inmovilidad y la desesperanza, o darle aval a una suerte de tragedia eterna” (De Roux, 1998, párr. 7).

Los jueces Cançado Trindade y Abreu Burelli emitieron voto conjunto, en este abordaron la importancia del daño al proyecto de vida como daño desvinculado de lo patrimonial y centrado en la parte espiritual del ser humano, la reparación del daño desde la perspectiva de las necesidades de la víctima y la dificultad de lograr una reparación *restitutio in integrum* dados los inconvenientes para garantizar la no repetición de los hechos lesivos y la rehabilitación de la víctima. Asimismo, respecto del ámbito resarcitorio o indemnizatorio, los jueces precisan que las reparaciones no pecuniarias son “mucho más importantes de lo que uno podría *prima facie* suponer” (Cançado y Burelli, 1998, párr. 11). Además, en la línea expresada en la sentencia, los jueces comentan que es necesario repensar las reparaciones de violaciones de derechos humanos “desde la perspectiva de la integralidad de la personalidad de la víctima y teniendo presente su realización como ser humano y la restauración de su dignidad” (Cançado y Burelli, 1998, párr. 17).

En contraste con las opiniones previamente abordadas, el juez Oliver Jackman afirmó estar de acuerdo con la decisión tomada por la Corte, sin embargo, enfatizó su discordancia respecto de lo declarado acerca del daño al proyecto de vida, señala

debo dejar constancia formal de que no puedo unirme con plena convicción al entusiasmo con el cual la Corte parece haber acogido, en los párrafos 147 a 154, la noción del denominado “proyecto de vida”, concepto que es nuevo en la jurisprudencia de esta Corte y que, en mi respetuosa opinión, adolece de falta de claridad y fundamento jurídico (Jackman, 1998, párr. 2).

Adicionalmente, explica que los precedentes que la Corte ha establecido permiten “sin necesidad de crear un nuevo rubro de reparaciones, evaluar el daño al que

²⁸ El resaltado es del autor.

se ha hecho referencia y ordenar las medidas pertinentes de acuerdo con el artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (Jackman, 1998, párr. 7) y que “una pretensión fundada en la “pérdida de oportunidades de desarrollo” puede ser examinada como cualquier otra pretensión” (Jackman, 1998, párr. 9).

Por último, opina que “no hay cabida ni necesidad para la inserción de nuevos rubros de reparación en la jurisprudencia de la Corte, sobre todo si dichos rubros están definidos en términos que resultan excesivamente amplios y generales” (Jackman, 1998, párr. 10).

2.3.9. León Hilario

La doctrina no es escasa en artículos a favor y en contra del daño moral. Uno de sus más asiduos defensores es Leysser León Hilario, quien defiende la tesis de la supremacía conceptual del daño moral. León Hilario sostiene que el daño moral “es el menoscabo del estado de ánimo que subsigue a la comisión de un hecho antijurídico generador de responsabilidad civil” (León Hilario, 2003, p.9); además, “El *daño moral* es el menoscabo del estado de ánimo que subsigue a la comisión de un hecho antijurídico generador de responsabilidad civil” (León Hilario, 2007, p. 231)²⁹.

Prosigue el autor, expresando que el daño moral es un concepto versátil y tiene siempre dos (02) significados: a) sentido estricto y propio, y b) sentido lato e impropio, para abordar ambos se vale de una cita de Gabba, quien desarrolla que

“en *sentido estricto y propio*, daño moral es un daño que no recae sobre ninguna cosa material perteneciente al perjudicado, que no se advierte con los sentidos externos, sino que se siente interiormente (...). En *sentido lato e impropio*, es daño moral todo daño injustamente causado a otro, que no lo toque en su patrimonio ni lo disminuya. Y así, es *daño moral* en este sentido, no sólo el que se ha indicado en estricto, sino el que recae en cosas materiales pertenecientes al individuo, fuera de los bienes patrimoniales, como son la integridad corporal y la salud física. Las lesiones, heridas, contusiones, son daños morales, porque no son patrimoniales, prescindiendo de las consecuencias patrimoniales y de las aflicciones o padecimientos morales que además puedan sobrevenir, sea en la

²⁹ La cursiva es del autor.

persona misma lesionada en su cuerpo, sea en otras personas que le conciernan (Gabba citado por León Hilario, 2007, p. 233 – 234).

León Hilario continúa con las siguientes palabras: “Como se aprecia, tal concepción el daño moral comprende aquello que se ha identificado, previamente, como daño a la persona” (León Hilario, 2007, p. 235), además señala que “Si la “moral” es considerada como sinónimo de “estado de ánimo”, lo correcto sería hablar de daño “a la moral” (León Hilario, 2007, p. 238); y, recuerda al lector que el daño moral “es un sistema que ha funcionado sin inconvenientes por más de ciento cincuenta años” (León Hilario, 2007, p. 243). Esto permite evidenciar, que el daño moral es una categoría funcional que soporta el paso del tiempo y no un concepto obsoleto.

Siguiendo a Adolfo Di Majo, León Hilario recuerda (en similar sentido a De Trazegnies) la función satisfactoria que cumple la indemnización del daño moral, frente a parte de la doctrina que toma parte por una función aflictivo-consolatoria (León Hilario, 2007, p. 240 - 241); así, comenta que Di Majo refiere a una función compuesta:

“por un lado, se tiende a brindar una forma de satisfacción y/o gratificación a la víctima del hecho ilícito, en el sentido de asegurarle un *beneficio económico* -y al respecto, es innegable que el dinero también puede servir para dicho fin- y, por otro lado, para *sancionar* el comportamiento del responsable de la infracción” (León Hilario, 2007, p. 241).

De esta manera, para León Hilario el daño moral es un concepto suficientemente amplio y flexible para proteger a la persona respecto de los daños infligidos a su esfera personal o extrapatrimonial; para ello, se utiliza la dualidad: sentido estricto y sentido lato. Por ello, según León Hilario el concepto de daño a la persona dentro de la legislación peruana es absolutamente inútil (León Hilario, 2007, p. 224), el autor parte de la premisa de que hubo una “carencia de información sobre el contexto en el que se generó” (León Hilario, 2007, p. 231) y lo define como “el detrimento de un derecho fundamental del individuo, debido a un hecho antijurídico generador de responsabilidad civil (...) Es un atentado contra la integridad de un derecho individual, o una lesión a la personalidad” (León Hilario, 2007, p. 232 - 233).

No es menos severo al formular que

el “daño a la persona” es una denominación que no tiene el nivel de una categoría en el ordenamiento jurídico de donde, con toda seguridad, fue importada al Perú: el

ordenamiento italiano. En este último se habla, incluso en el nivel jurisprudencial, del “daño biológico”, y eventualmente, del “daño a la salud” (León Hilario, 2007, p. 304).

Propone también que

Si se presta atención a la bipartición original francesa -que es la que debe seguirse-, la interpretación es en sentido contrario: el daño moral comprende el daño a la persona, a los derechos de la personalidad, además de los padecimientos de ánimo (León Hilario, 2007, p. 330)

León Hilario considera que las ideas del concepto de daño a la persona no son útiles, desde su concepción este último ya se encuentra desarrollado por el daño moral, ambos, obtendrían el mismo resultado, así lo apunta en las conclusiones desarrolladas en el apartado “*La indiscutible y conveniente vigencia del daño moral en el ordenamiento jurídico peruano*” dentro del libro “*La Responsabilidad Civil*”

En todo el discurso anterior de Fernández Sessarego se ignora la historia -omito, conscientemente, escribir “tradición”- del “daño moral” en su ordenamiento de origen, y se pretende encaminar equívocamente la interpretación que pueden elaborar, sin ningún problema, los operadores del derecho en nuestro medio. (...) “Moral” no es lo contrario de “jurídico”; “moral” es lo contrario de “material”. (...) creo que no es admisible sostener -tal cual hacen Fernández Sessarego y Espinoza Espinoza- que el daño moral constituye una “especie” del daño a la persona. Si se presta atención a la bipartición original francesa -que es la que debe seguirse-, la interpretación es en sentido contrario: el daño moral comprende el daño a la persona, a los derechos de la personalidad, además de los padecimientos de ánimo. (...) la cancelación de la expresión “daño a la persona”, del articulado del Código Civil -cancelación ya virtualmente concretizada en la práctica judicial que la desconoce por completo, y en la doctrina, que no la admite como sustitutiva del “daño moral” -es digna de ser promovida (León, 2007, pp. 328 y 330).

2.3.10. Espinoza Espinoza

Espinoza parte de la premisa establecida de forma literal por el Código Civil, así, el autor advierte que “el daño a la persona se distingue del daño moral. El primero consiste en la lesión a los derechos existenciales o no patrimoniales de las personas, mientras que el daño moral se circunscribe al dolor, sufrimiento, pena o aflicción” (Espinoza, 2016, p. 355).

Desarrolla también que

se sostiene, a propósito del daño a la persona, que “la “guerra de las etiquetas” o debate acerca de la denominación que corresponde dar a tales o cuales daños, así como la “guerra de las autonomías” o debate sobre si estos daños integran la categoría de los morales o patrimoniales, o, por el contrario si tienen autonomía o forman una categoría propia, distinta, es un quehacer menor, que no hace al fondo de la cuestión y en el cual se pierde muchas veces la contemplación del tema central”: este tema central es el reconocimiento del resarcimiento a los daños a los sujetos de derecho en sí mismos considerados y que tienen consecuencias no patrimoniales. En otras palabras, atender a la persona en “lo que ella es, a sus deseos de realización, a sus perspectivas de vida” (Espinoza, 2016, p. 398).

Asimismo, el autor revisa que los conceptos de daño a la persona y daño moral son independientes el uno del otro y se encuentran contenidos dentro del daño extrapatrimonial o subjetivo, así, desarrolla que en la sistemática del Código Civil peruano

la categoría de daño extrapatrimonial o subjetivo (concebido como daño no patrimonial a los sujetos de derecho) comprende el **daño a la persona**, entendido como la lesión a los derechos existenciales o no patrimoniales de las personas y al **daño moral**, definido como “el ansia, la angustia, los sufrimientos físicos o psíquicos, etc.”, padecidos por la víctima, que tienen el carácter de “efímeros y no duraderos”. Dentro de la categoría de daño moral, se distingue el **daño moral subjetivo**, que lo sufre de manera directa el propio sujeto, del **daño moral afectivo**, entendido como la lesión a la relación afectiva respecto de sujetos, animales o bienes (Espinoza, 2016, p. 301 - 302).

El punto de importancia en la cita propuesta es la división de daño moral en subjetivo y afectivo. Siendo el primero aquel en que la lesión recae en el sujeto y el segundo el que menoscaba una relación afectiva.

Así las cosas, Espinoza reflexiona sobre la posibilidad de dejar ir el concepto de daño a la persona, se pregunta

¿Podemos prescindir de la voz de “daño a la persona” y subsumirla en la de “daño moral”? La respuesta, necesariamente, es la afirmativa; pero creo que también podemos mantener la diferencia conceptual, al menos, por dos motivos:

- a. La voz “daño a la persona” no solo está regulada en el art. 1985 c.c.; también la encontramos (en su momento) en el art. 32 de la Ley de Protección al Consumidor, en materia de responsabilidad civil por productos defectuosos (al lado del daño moral) (D. Leg. N.º 716, del 07.11.91, ordenado por el T.U.O., aprobado por D.S. N.º 039-2000-ITINCI, del 11.12.00) y ahora en el art. 103 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley N.º 29571, del 01.09.10 (relativo a los daños indemnizables); en el art. 345-A c.c.,

(incorporado por la Ley N.º 27495, del 07.07.01) que se refiere, en su segundo párrafo, al “daño personal”; así como en el D. Leg. N.º 1029, del 23.06.08, que modificó el art. 238 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, en el cual también reconoce (al lado del daño moral) la voz daño a la persona a efectos de indemnizar por los daños provenientes de la administración pública o de los servicios que presta esta.

- b. No me parece exacto decir que la jurisprudencia desconoce la voz “daño a la persona”. En una investigación he constatado, como detallo a continuación que, lamentablemente, los abogados piden y los jueces fallan indemnizaciones por todo concepto, por lo cual, también se podría decir lo mismo respecto de la voz “daño moral”. Lo que he podido comprobar es que en la poca jurisprudencia que individualiza los daños no patrimoniales, existen las mismas posiciones que hay en la doctrina nacional. (Espinoza, 2016, p. 308).

Continúa detallando la situación, explica que “tanto la doctrina como la jurisprudencia admiten ambas posiciones: ello revela que no es un problema el nombre que se le dé al daño no patrimonial, sino que los operadores jurídicos internalicen el derecho a brindarle una tutela efectiva” (Espinoza, 2016, p. 309). Compartimos esto último.

En este orden de cosas, Espinoza comenta estar de acuerdo con lo propuesto por Cárdenas Quiroz. Es menester recordar la propuesta de este último, esto es, que el daño a la persona pase a denominarse daño subjetivo, y así, contraponerlo al daño no subjetivo, esto para que el eje de la responsabilidad sea el sujeto de derecho y no el patrimonio (Espinoza, 2016, p. 306).

A ello agrega su propio razonamiento, desarrolla que

el término más adecuado para referirse a este tipo de daño es el de “daño subjetivo”, por cuanto, también lo pueden sufrir el concebido y las organizaciones de personas no inscritas, los cuales, técnicamente, no son personas. Me aúno a la posición que ubica al hombre como eje y centro del derecho, sin embargo, la expresión más feliz para el daño patrimonial, debería ser la del “daño objetivo”, por cuanto, ocasiona merma, justamente, a los objetos de derecho y, debido a ello, este se puede determinar exactamente (Espinoza, 2016, p. 306).

En la línea del daño subjetivo, León Hilario comenta que “adjetivar imperfectamente el daño como “subjetivo” exige una aclaración adicional, una “estipulación”, de su significado. Sin información al respecto, por ejemplo, es lícito

entender “daño subjetivo”, exclusivamente, y por ejemplo, como daño psíquico” (León Hilario, 2007, p. 305).

De esta manera, es posible afirmar que Espinoza realmente no comparte ni la una, ni la otra posición frente al asunto; el autor comparte con el lector las dos corrientes doctrinales predominantes, explica sobre la doctrina en que prevalece la relación de género y especie entre daño a la persona y daño moral (respectivamente) que “si bien daño a la persona y daño moral son idénticos en cuanto su contenido extra-patrimonial, ambos difieren, puesto que la relación entre el primero y el segundo es de género a especie” (Espinoza, 2016, p. 306), y, como se revisó líneas arriba, él comenta también sobre la posibilidad de subsumir el daño a la persona en el daño moral, continuando la legislación francesa (a la que el Código Civil peruano sigue).

Sin perjuicio de ello, el autor destaca con singular énfasis lo siguiente:

Más allá de referencias semánticas, los operadores jurídicos deben internalizar que es un principio imperativo la tutela integral de la persona cuando esta es dañada. Sin embargo, también deben ser conscientes que la individualización de voces de daño no debe generar duplicidades resarcitorias, con el costo social de victimizar a los dañantes responsables (Espinoza, 2016, p. 355).

Este punto es relevante ya que en meras líneas Espinoza logra retratar la sustancia de la responsabilidad en materia de daños inmateriales, así, lo que se debe tener en consideración es la tutela integral del sujeto de derecho, el no sobre resarcimiento a la víctima, sea por duplicidad resarcitoria o solidaridad, ni establecer una venganza privada de la que pueda aprovecharse el autor del daño.

2.3.11. García Calderón

Ya en el año 1945 Alfredo García compone una tesis particular acerca del concepto de daño moral y su interpretación. García parte desde la idea de que “La ley se limita a instalar la responsabilidad civil por daño moral, pero no puede entrar en reglamentaciones. Algunas legislaciones establecen casos especiales y omiten otros. Generalmente dejan libertad a los jueces en la apreciación y en la reparación” (García, 1945, p. 7). Por lo que es posible comprender que, para el autor, el concepto de daño moral es amplio.

García divide el daño moral en *clases*. Desde esta perspectiva los daños morales pueden ser: *directos, indirectos y reflejos*.

Según García (citando a Gabba), los daños morales directos son aquellos que “pueden tener o no repercusión sobre bienes patrimoniales, pero que se sienten en el interior del individuo. Estos son los llamados daños morales “en sentido estricto y propio”” (Gabba citado por García, 1945, p. 28). Además, explica que

Su característica estriba en que no lesionan nada que sea sensible, ni en la persona del sujeto ni fuera de él, y por tanto no dejan rastros visibles. Su huella está marcada en lo íntimo del ser, en el llamado patrimonio moral de la persona (García, 1945, p. 35).

Es así como García pasa a dividir los derechos de la personalidad en tres rubros susceptibles de sufrir daños morales directos:

I), derechos de la personalidad en cuanto a la persona como individuo; II), derechos de la personalidad en cuanto a la persona como miembro de una familia; III), derechos de la personalidad en cuanto a la persona como miembro de un Estado (García, 1945, p. 36).

Sobre los daños morales indirectos, García desarrolla que son aquellos que

tampoco importa que repercutan sobre bienes patrimoniales, pero que recaen sobre bienes corporales del lesionado, y que, a causa de ello, trascienden a la vida afectiva. Tales como los llamados daños morales “en sentido lato e impropio”. Son objetivos, por cuanto recaen sobre el cuerpo y la salud, aunque no sufra el patrimonio. Las heridas son ejemplos de esta clase de daños (García, 1945, p. 28)³⁰.

Es decir, García expone que los daños morales indirectos son aquellos que lesionan visiblemente el cuerpo de la persona, por lo tanto, se debe entender que

Hay aquí un daño físico (dolores físicos), en el cuerpo o en la salud (...) derivan de los atentados a los derechos a la integridad corporal. Esta frase abarca los daños a la salud, es decir, las enfermedades –males interiores- y las lesiones –males exteriores (García, 1945, p. 42).

Otro punto importante de destacar es que García utiliza la noción de *pretium doloris* como reparación específicamente en este tipo de daño moral (indirectos), así García señala que “El daño moral por reparar se denomina, en estos casos, precio del

³⁰ García cita la denominación de Gabba al referir a daños morales en “sentido lato e impropio”. Véase los pies de página número 9 y 10 de García, A. (1945). Daño moral. Referencia completa en la bibliografía de esta tesis.

dolor (**pretium doloris**), porque se trata de valorizar (en sentido figurado) el dolor sufrido” (García, 1945, p. 42) ³¹.

En cuanto a los daños morales reflejos, García explica que son aquellos que

gravitan sobre bienes materiales y que, por ser ataques a la persona propietaria o titular de ellos, producen en ella agravio moral. Son, como los indirectos (...) objetivos, por cuanto atacan bienes patrimoniales: cosas y obligaciones, pero, por reflejo, lesionan sentimientos del sujeto. No es demás recalcar que todas estas clases de daños pueden traer y tiene repercusiones sobre el patrimonio y ser indemnizables desde este punto de vista, de manera que en el momento de juzgarlos se presentan a veces combinados (García, 1945, p. 28).

La división para esta clase de daño que realiza García refiere a que “Debemos distinguir dos especies de estos daños: los que se derivan de ataques a los derechos reales y los que son consecuencia de atentados a los derechos de crédito” (García, 1945, p. 43). Asimismo, desarrolla que los

atentados a los derechos reales se dirigen materialmente a las cosas de que se vale o sirve el hombre en sus necesidades. La producción de estos ataques es originada por actos ilícitos del agente contra los derechos de dominio. Los bienes deteriorados o menoscabados producen la desvalorización del patrimonio, pero, además, se reflejan en los sentimientos del sujeto por “las molestias o las inquietudes” que causa la sola violación del derecho (García, 1945, p. 43)³².

Se debe precisar respecto del segundo grupo, los derechos de crédito. Aquí, se regresa a la inejecución de obligaciones, y es menester primero distinguir dos tipos de obligaciones: en las que existe un interés moral y en las que existe un interés patrimonial. El primer caso refiere a los pactos en que el resultado no será material, sino más bien inmaterial; en el segundo, en cambio, el aspecto patrimonial es más intenso (García, 1945, pp. 45 – 46).

A partir de lo elaborado, es pertinente afirmar que la clasificación realizada por García cuenta con un gran nivel de estructura y detalle respecto de la naturaleza del daño moral y aquello específico del ser humano sobre lo que recae el daño.

³¹ El resaltado es del autor.

³² García cita a Planiol y Ripert. Véase el pie de página número 7 de García, A. (1945). *Daño moral*. Referencia completa en la bibliografía de esta tesis.

2.4. Derecho comparado, un breve recuento

Antes de abrir una reflexión es imperativo cerrar otra. A continuación, se desarrollará algunas legislaciones con la finalidad de obtener un panorama reciente en el plano internacional.

2.4.1. España

Si bien en España los términos de daño moral y/o daño a la persona no están incluidos, el concepto de daño extrapatrimonial, sí. Este se suscribe al deber genérico de no causar daño a nadie, consignado en el Título XVI, Capítulo II, artículo 1902 del Código Civil Español promulgado en 1889; el texto lee: “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado” (Código Civil español, art. 1902), seguido de ocho artículos (1903 – 1910) que precisan quién debe responder por el daño y en qué casos (subjetivo – objetivo). A todo ello debe agregarse que es necesario leer estos artículos en concordancia con los artículos sobre formas indemnizatorias.

2.4.2. Francia

Asimismo, el caso francés también evoca el deber genérico de no causar daño a nadie. Consignado en el Título IV, Capítulo II, artículo 1382 (1240 del nuevo código), el texto de la cláusula general de responsabilidad es el siguiente: “Cualquier hecho del hombre, que cause daño a otro obliga a aquel por cuya culpa sucedió a repararlo” (art. 1240)³³. Sobre este artículo, dice Rueda que

No hay una regulación en concreto en la legislación francesa de finales del siglo XIX y comienzos de siglo XX, que precise la reparación del perjuicio moral pero hay variedad de disposiciones normativas de la época, que constituyen la aplicación del principio reparador del daño moral (Rueda, 2007, p. 24).

³³ La traducción es nuestra, texto original: *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.*

Sin embargo, a estas disposiciones y doctrina de la época se alzaron voces en contra, entre ellas Bertrand De Greuille, quien enfatizó la no admisión del perjuicio moral en el artículo 1382 del Código Civil francés indicó que: “[t]odo individuo es garante de su hecho;...de donde se sigue que, si ese hecho le causa a otro cualquier daño, es preciso que esté obligado a repararlo aquél por cuya culpa ha sucedido” (De Greuille citado por Rueda, 2007, p. 24).

Señala Rueda, que los hermanos Mazeaud y André Tunc “equiparan e igualan la concepción de daño moral con la de daño extrapatrimonial” (Rueda, 2007, p. 24). Asimismo, explica que estos autores

dejaron plasmado un principio de diferenciación, cuando distinguieron y subclasificaron el patrimonio moral, según fuese afectado, en dos categorías: el que afecta a la parte social del patrimonio moral (de contenido material) y el que afecta a la parte afectiva del patrimonio moral (que se relaciona con el pesar experimentado con la muerte de una persona) –tesis que tomaron de Ganot– (Rueda, 2007, p. 24 - 25).

Es menester anotar que, pese a no haber términos como daño moral o daño a la persona en el Código Civil francés, el artículo 1382 es suficiente al ser la cláusula general de responsabilidad para salvaguardar daños materiales o inmateriales (morales).

2.4.3. Italia

Por su parte, el Derecho italiano es partidario del daño no patrimonial. La codificación italiana expresa también una cláusula general de responsabilidad, citando que “Cualquier acto intencional o negligente, que cause daño injusto a otros, obliga a quien lo cometió a indemnizar el daño” (Codice Civile, art. 2043)³⁴. Asimismo, estima los resarcimientos por daño extrapatrimonial de forma taxativa, refiriendo solo a los casos determinados por ley, así, el artículo 2059 dispone que “El daño no patrimonial debe ser resarcido solo en los casos determinados por la ley” (Codice Civile, art. 2059)³⁵.

Es menester recordar que los artículos 2043 y 2059 deben leerse en concordancia con el artículo 185 del Código Penal italiano que establece lo siguiente: “Cualquier delito

³⁴ La traducción es nuestra, texto original: *Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno.*

³⁵ La traducción es nuestra, texto original: *Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge.*

obliga a las restituciones, de acuerdo con el Derecho Civil. Cualquier delito que hubiere ocasionado un daño patrimonial o no patrimonial, obliga al resarcimiento al culpable y a las personas que, de acuerdo con el Derecho Civil, deben responder por el hecho de aquel” (Codice Penale, 1930, art. 185)³⁶. Es decir, el daño no patrimonial reparable es aquel que se circunscribe a los límites del texto del artículo 2059 que, a su vez, refiere a los casos de conductas ilícitas de materia penal. Sin embargo, esta fórmula desampararía a los casos extrapatrimoniales no derivados de un delito, razón por la que diferentes voces se sumarán a la reparación de daños no patrimoniales, bajo la concepción constitucionalista de daños a la persona.

Para lograr semejante empresa fue necesario recurrir a la Constitución, específicamente al artículo 32,

La República protege la salud como derecho fundamental de la persona y como interés de la colectividad, y garantiza la asistencia gratuita a los indigentes.

Nadie podrá ser obligado a someterse a un determinado tratamiento de salud, a menos que sea por orden de ley. La ley no podrá en ningún caso violar los límites impuestos por el respeto a la persona humana (Constituzione, 1948, art. 32)³⁷.

Sobre ello, Sánchez explica que entre la doctrina surgen voces como el daño biológico y daño a la salud, y desarrolla también que la Corte Constitucional italiana, mediante la Sentencia N.º184 de 1986, reconoció la existencia de una tercera categoría de daño (Sánchez, 2018, p.38). Además, citando a Monateri, Sánchez indica que

el esquema resarcitorio del daño a la persona en Italia quedó establecido de la siguiente manera: “El daño biológico (daño evento, resarcible independientemente de cualquier afectación del ingreso económico), el daño patrimonial y el daño moral subjetivo (estos dos últimos calificados como daño consecuencia)” (Montaneri citado por Sánchez, 2018, p.38).

No terminan estas voces por ser las únicas al surgir el daño existencial, que tutelan la libertad existencial de la persona, quedando como especies los siguientes daños reconocidos en Italia

³⁶ La traducción es nuestra, texto original: *Ogni reato obbliga alle restituzioni a norma delle leggi civili. Ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui.*

³⁷ La traducción es nuestra, texto original: *La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.*

el daño moral *stricto sensu*, el daño biológico y el daño existencial. Al respecto, estas dos últimas voces de daño aparecieron como consecuencia de un desarrollo jurisprudencial, en contraposición con la primera, que sí cuenta con un recogimiento expreso en el CC italiano (Sánchez, 2018, p. 39).

2.4.4. Alemania

Un poco de historia. Díez-Picazo, citando a Windscheid, señala que:

de forma muy categórica que en caso de lesión de un hombre libre, según el Derecho contemporáneo, además del resarcimiento del interés patrimonial, se puede reclamar la llamada indemnización del dolor o dinero del dolor (*schmerzensgeld*). Según el autor citado, la máxima recogida de una llamada <<*constitutio carolina*>>, se fundaba en la práctica y había encontrado un punto de apoyo en una ordenanza judicial donde se decía que el juez que aplicaba tortura a alguien sospechoso sin indicios suficientes, estaba obligado a resarcirle convenientemente por el desdoro, por los dolores, por los gastos y por los daños. Windscheid recuerda que en el mismo sentido habían decidido la cuestión en Alemania los tribunales de Oldenburgo, Munich, Kassel, Jena y Rostock. Según Windscheid, la indemnización del dinero del dolor no se otorgaba a título de pena, sino de resarcimiento y respondía, en este sentido, al esquema de una *utilis actio legis aquiliae* (Díez-Picazo, 2008, p. 60 – 61).

Díez-Picazo, a través del razonamiento de Windscheid, explica la cuestión del resarcimiento del dolor, desde la perspectiva alemana. Sin duda, la exposición de motivos detrás de la práctica de resarcimiento a las víctimas de tortura en el caso de que el juez no tuviera a su disposición indicios suficientes, se traducían en el concepto de dinero de dolor y este se encargaba de resarcir tanto daños materiales como inmateriales.

Además, Díez-Picazo reflexiona sobre los comentado por Fischer, en ese orden de cosas señala que él

admitió la distinción entre los daños patrimoniales y los daños no patrimoniales a los que identificaba como daños morales, que, según dice, han adquirido especial relevancia en la vida moderna. Fischer recuerda el párrafo 253 BGB de acuerdo con el cual en los casos previstos en la ley podrá reclamarse indemnización en metálico si el daño inferido no tiene carácter patrimonial. Y tras admitir la indemnización en dinero de este tipo de daños, propone distinguir la indemnización de la pena, aunque no siempre resulte fácil de hacer (Díez-Picazo, 2008, p. 61).

Con más énfasis y respaldo por la costumbre y la ley, Díez-Picazo resume la explicación de Fischer, y señala que el Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o BGB) establecía ya un artículo sobre los daños infligidos sobre la esfera interna, no patrimonial, del sujeto.

Actualmente el caso alemán no dista de los casos previamente revisados, y, como ellos, muestra algunas particularidades. La más notoria de estas refiere a la amplitud o restricción (según se observe) de los daños inmateriales. Para vislumbrar estos, es necesario tener en consideración dos secciones del BGB alemán: 253, sobre daños no patrimoniales, y 823, sección contenida dentro del título 27. El término empleado es *der nicht Vermögensschaden*, es decir, no patrimonial.

La sección 253 refiere a dos situaciones dentro del marco no patrimonial:

- (1) Por cualquier daño no patrimonial la compensación en dinero podrá ser exigida sólo en los casos previstos por la ley.
- (2) Si debe pagar por razón de daños y perjuicios por un daño al cuerpo, la salud, la libertad o la autodeterminación sexual, también se podrá exigir una compensación equitativa en dinero por cualquier daño no patrimonial (BGB, § 253)³⁸.

Y, la sección 823 del BGB alemán establece que:

- 1) Quien, de forma intencionada o negligente, lesione ilegalmente la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad u otro derecho de otra persona, está obligada a indemnizar a la otra parte por los daños derivados de ello.
- 2) La misma obligación es asumida por una persona que viola una ley que tiene por objeto proteger a otra persona. Si, de acuerdo con el contenido de la ley, también es posible una violación de la ley sin culpa, la obligación de pagar una indemnización solo existe en caso de culpa (BGB, § 823)³⁹.

³⁸ La traducción es nuestra, texto original: (1) *Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden.*

(2) *Ist wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadensersatz zu leisten, kann auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden.*

³⁹ La traducción es nuestra, texto original: (1) *Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.*

(2) *Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalt des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein.*

Es sencillo apreciar que las disposiciones alemanas orientan la protección integral del ser humano. La protección se acciona ante los daños que perjudican a la persona como tal, es decir, su cuerpo, mente, derechos y libertad.

2.4.5. Argentina

La Argentina cruzó un periodo de reforma del Código Civil y Comercial hace pocos años y entrado en vigor en el 2015. El código anterior, Código de Dalmacio Vélez Sarsfield, promulgado en 1869, contemplaba en su artículo 1068, que: “Habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades” (Código Civil argentino, 1869, art. 1068).

Por otro lado, el Código Civil y Comercial de 2015 es más incisivo sobre el tema que nos compete. Habiendo tomado las concepciones de Fernández Sessarego como punto de partida, el daño moral tiene una sola aparición y prevalece el discurso sobre la protección integral al ser humano iniciando con el artículo 1716: “La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código” (Código Civil y Comercial argentino, 2015, art. 1716). Sobre este punto, Sánchez explica que

La incorporación de esta cláusula es todo un progreso en materia de responsabilidad civil, en tanto en cuanto establece de manera expresa una protección amplia e integral de la persona, sin limitación o restricción legal alguna más allá de lo que establece dicho dispositivo legal (Sánchez, 2018, p. 51).

Sin embargo, el artículo más destacado es sin duda el 1738. Este artículo engloba los daños resarcibles y especifica en su texto la organización y el contenido del concepto de daño a la persona planteado por Fernández Sessarego:

La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida (Código Civil y Comercial argentino, 2015, art. 1738).

Es necesario destacar el texto del artículo 1738 dada la claridad con la que anota cada elemento del concepto elaborado por el él.

2.5. El camino recorrido: ¿vinculación y coexistencia?

Evalúados el daño moral y el daño a la persona es momento de incidir en la controversia misma, es decir, ¿qué clase de vínculo existe entre ambos? ¿Es posible que coexistan teniendo en cuenta la naturaleza de cada uno? ¿Debe desaparecer alguno? ¿Sería posible desistir de la idea del daño moral y de daño a la persona y abordar los daños inmateriales como un todo? Sobre esto último, ¿sería necesario unificar o individualizar las voces de los daños extrapatrimoniales? ¿Cómo fundamentar alguna de las decisiones? ¿A dónde se dirige el Perú con el Anteproyecto de Reforma del Código Civil?

2.5.1. ¿Por qué subsisten?

Respuesta sencilla: el Derecho peruano puede ser inconsistente.

Sin embargo, y a juicio propio, se mantienen porque el debate propiciado fue necesario y ambos conceptos tienen mérito, por ello puede que no se actuara de forma eficiente, resultado en una grave confusión terminológica.

El panorama jurídico presenta al principal opositor, con teoría propia, del daño moral, Fernández Sessarego. Él explica, contrariamente a la idea de los expositores y defensores del daño moral, que este “es tan sólo, (...) un aspecto del daño psíquico en cuanto perturbación psicológica no patológica, dolor, sufrimiento, indignación, rabia, temor, entre otras manifestaciones emocionales” (Fernández Sessarego, 2003, p. 22). Como es posible notar, Fernández Sessarego adopta la postura más estricta respecto del daño moral e ignora el sentido lato del mismo concepto, además, dentro de su apreciación respecto del sentido estricto, este se encuentra aún más ceñido de lo que se desarrolla en toda la doctrina (histórica y actual) antes expuesta.

Es menester mencionar que el daño moral, entendido por Fernández Sessarego, es diferente del daño moral entendido por De Trazegnies y León. Fernández Sessarego expone que el daño moral

se trata de la lesión a uno de los aspectos psíquicos no patológicos de la misma, de carácter emocional. De ahí que, a la altura de nuestro tiempo, carece de significado seguir refiriéndose obstinadamente a un supuesto daño "moral". Lo que se daña son los *principios morales* de una persona (...) propósito de un agravio a los principios morales lo que se daña, por las perturbaciones que origina, es la esfera psíquica del sujeto. (Fernández Sessarego, 2003, p. 21).

Adicionalmente comenta que

En el caso de los mencionados artículos 1984 y 1985, se trata de precisar que el llamado daño "moral" es una modalidad o especie de las muchas que dañan a la persona. El conceptualmente amplio "daño a la persona" es el género, y el daño "moral" es una de las especies o modalidades del mismo. Por ello, en el primero de dichos artículos, es decir en el 1984, se debe regular el derecho genérico, es decir el "daño a la persona", y no el especial, que es el "daño moral", comprendido en el anterior (Fernández Sessarego, 2016, p. 73).

Además, el autor, haciendo énfasis sobre las dos instancias del daño (daño evento y daño consecuencia), desarrolla que

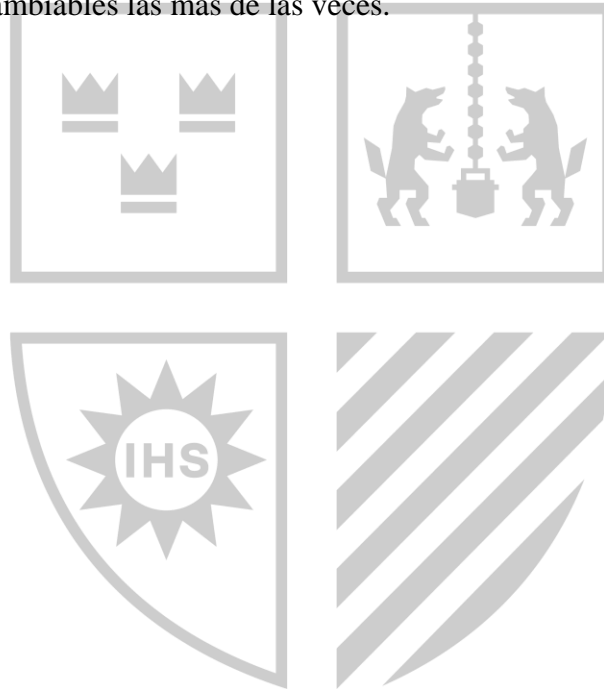
el daño-evento se constituye como una agresión contra los **principios morales** que profesa una cierta persona, mientras que el daño-consecuencia se manifiesta a través de una perturbación psíquica de carácter emocional, como indignación, ira. Esta emoción es generalmente transitoria, desaparece o se convierte a través del tiempo en otras diversas emociones. No es común que ella derive en una patología. (...) el llamado daño "moral" es uno de los múltiples daños que afectan a la persona en su esfera psíquico-emocional. Que es una de las especies o modalidades del amplio y genérico "daño a la persona" (Fernández Sessarego, 2016, pp. 72 – 73)⁴⁰.

Es decir, la concepción que Fernández Sessarego esboza sobre el daño moral es la versión más restringida de este, si se tiene en cuenta el carácter emocional al que refiere. Sin embargo, el autor no refiere únicamente al sentido estricto al elaborar la repercusión de carácter emocional debido al daño causado, él establece que la razón por la que el mencionado carácter emocional es dañado tiene su origen en el agravio a los principios morales de la persona, desde su punto de vista, serían estos los que se dañan y luego existiría una repercusión sobre la esfera interna de la persona, manifestándose sobre la salud y el bienestar, por lo que, realmente, el daño moral desde el daño a la persona refiere al daño emocional. Cabe aclarar que el concepto de principios morales de una persona no

⁴⁰ El resaltado es del autor.

es sinónimo de patrimonio moral, importante detalle dado que este último refiere al patrimonio inmaterial de la persona o sujeto de derecho.

Es importante destacar que en la doctrina no hay un sustento del daño moral sobre la base de los principios morales de la persona o solo el honor y la intimidad y para todos los efectos, de los autores previamente citados, solo León Barandiarán y Espinoza (al utilizar el sentido estricto) lo equiparan exclusivamente al daño emocional. La historia de evolución del daño moral tampoco lo hace. Por último, la doctrina peruana elabora dos formas de daño moral: en sentido estricto y en sentido amplio, por lo que, no está demás entretener la idea de que el daño a la persona propuesto por Fernández Sessarego representaría una nueva forma de sistematizar el daño moral en sentido amplio, siendo así, términos intercambiables las más de las veces.



CAPÍTULO III: JURISPRUDENCIA SOBRE LA MATERIA ¿QUÉ PUEDE DECIRNOS?

Si la doctrina no tiene una respuesta predominante, es necesario revisar la jurisprudencia para obtener alguna noción de predictibilidad. Una forma de análisis sustancial refiere a la revisión del *quantum* indemnizatorio consignado en los casos que se trabaje.

Asimismo, es menester que el Tercer Pleno Casatorio (vinculante) se revisará al en este capítulo. Asimismo, se tomará nueve (09) sentencias casatorias de la Corte Suprema del Perú.

3.1. Sobre el *quantum* indemnizatorio

Se recoge la forma de cuantificar el daño moral y el daño a la persona en el artículo 1985 del Código Civil de 1984, artículo que explica levemente cómo habrá que proceder para determinar una reparación sea *in natura* o por equivalencia respecto del daño ocasionado. Sin embargo, la levedad del artículo solo deja entrever que será facultad del juez evaluar, de acuerdo con su leal saber y entender, el menoscabo y magnitud de ambos daños.

Como señala Linares,

si bien la normativa peruana expresamente ha incluido el daño moral como uno indemnizable, sin embargo no ha definido el concepto y alcances del mismo dentro de la norma, pero se preocupa en fijar un criterio, si bien vago e impreciso, de cuantificación del mismo al disponer que la indemnización del daño moral se debe establecer en función al menoscabo y magnitud del daño sufrido por la víctima, tal como se recoge de lo

establecido por el artículo 1984, dejando a la discrecionalidad del juzgador determinar los límites en los cuales debe hacer la valoración respectiva (Linares, 2007, p. 94).

Es decir, Linares expone el panorama actual respecto de los alcances e imprecisiones del daño moral, refiere a que realmente no existe una definición inequívoca sobre la cuál partir, esto es efectivamente perspicaz debido a que el concepto de daño moral es uno que se encuentra en constante evolución, a ello se debe agregar las circunstancias y la forma de interpretarla mutan al paso en que la sociedad lo hace.

Linares señala también el artículo 1984, artículo que permite discrecionalidad inconmensurable a los jueces al momento de evaluar el *quantum* indemnizatorio, esto es así porque el legislador constituye la facultad de valorar la magnitud del daño y repercusiones de este sin establecer primero un mínimo o si quiera una definición desde la que partir la evaluación.

Según Espinoza,

Existen dos tipos de modelos resarcitorios (Espinoza, 2016, p. 368):

- a. **Resarcimiento dinerario o por equivalente**, que consiste en la compensación económica a la víctima. Con razón, se afirma que “el binomio daño patrimonial-resarcimiento por equivalente mantiene el rol de modelo normativo y sistemático óptimo” (Salvi, citado por Espinoza, 2016, p. 368)⁴¹.
- b. **Resarcimiento en forma específica o *in natura***, a través de la reconstitución, en la línea de principio, de la situación material anterior a la producción del daño. Sin embargo, este tipo de resarcimiento engloba, además, otros supuestos: un ejemplo de resarcimiento en forma específica que no reconstituye la situación anterior, pero alivia a la víctima (o la desagravia), es el de la publicación de una sentencia condenatoria (Espinoza, 2016, p. 368)⁴².

Respecto de los criterios que son empleados para calcular el *quantum* indemnizatorio, Manzanares desarrolla veintitrés (23) de ellos y, respecto de las formas de indemnización, la misma autora aborda tres: 1. la indemnización *in natura* o *in pecunia numerata*; 2. la indemnización como renta y 3. la indemnización por el equivalente en dinero Manzanares, 2008, pp. 263 – 272).

⁴¹ El resaltado es del autor.

⁴² El resaltado es del autor.

Tabla N°04, criterios para evaluar el monto indemnizatorio


 <p>Criterios para evaluar el monto indemnizatorio</p>	El principio de la reparación integral
	El perjuicio debe seguir sin reparación: obligación de condenar al responsable a pagar una sola vez
	La condición personal de la víctima
	La apreciación prudencial del monto indemnizatorio
	La influencia de la gravedad de los daños
	La situación personal del deudor
	El principio del interés
	Influencia de la gravedad de la culpa en la reparación
	El principio de la indemnización equitativa
	La reductibilidad del monto indemnizatorio
	El monto indemnizatorio debe tener un significado económico concreto
	Principio sobre la imposibilidad de revisar el daño ya juzgado
	Principio de no acumulación de indemnizaciones
	La valoración de los medios probatorios
	El método del cálculo por puntos
	El método del multiplicador
	El método matemático
	El método <i>in concreto</i>
	El criterio tabular
	Los seguros
	El análisis económico del Derecho y la Responsabilidad Civil
	Teoría de la diferencia
	Racionalización de las decisiones judiciales en daños y perjuicios: El Sistema Argentino

Tabla de elaboración propia realizada sobre la base de los criterios desarrollados por Manzanares, 2008.

El cuadro previamente mencionado indica los veintitrés (23) criterios que Manzanares desarrolla y estima que los jueces abordan al enfrentar demandas de daños y perjuicios para obtener un quantum indemnizatorio razonable y proporcional a las circunstancias que rodean el caso y las posibilidades de ambas partes.

3.2. Jurisprudencia

La doctrina sobre el derecho de daños y el quantum indemnizatorio se ponen a prueba al revisar sentencias. Sin embargo, antes de aventurarse a establecer conexión alguna, carencia de ellas o realizar un análisis respecto del daño moral y el daño a la persona, es menester considerar las palabras de Manzanares: “Si bien la doctrina diferencia la extensión del daño, la práctica jurisprudencial analizada en su mayoría no establece la extensión del daño, sino que otorga montos globales sin hacer distingo” (Manzanares, 2008, p. 39). Esta cita importa debido a que, si bien la doctrina sí diferencia la extensión del daño existen problemas vigentes sujetos a la regla de interpretación de este, se ha abordado *ad nauseam* estas ideas y prevalece aún la incertidumbre respecto a cuál es el daño y sus características y cómo o cuánto se decidirá a manera de resarcimiento.

Es por estos motivos que se pasará a analizar el uso de los conceptos en diferentes sentencias. Sin embargo, y debido a las limitaciones de la presente investigación, no es posible presentar un análisis extenso, por lo que se ha seleccionado aleatoriamente nueve (09) sentencias disponibles en el libro La Responsabilidad Civil en la Jurisprudencia Peruana (2020), el III Pleno Casatorio (que versa sobre la materia) y una (01) sentencia de la CIDH.

Establecidas las limitaciones de la selección, se pasará a analizar cada una de las mencionadas.

3.2.1. Casación N°2890-2013-Ica

Ponente: Juez Supremo Calderón Puertas

Tabla N°05 – Casación N°2890-2013-Ica

CASACIÓN N°2890-2013-Ica SCP	
Demandante	Reynaldo Cule Pariona
Demandados	Estado Peruano, representado por el Ministerio de Salud, Brian Rubén Francisco Donayre Palomino, José Alfredo Hernández Anchante, Lucy Melchora Gonzáles Bravo, Julio Alonso Choque Raymundo, Edmundo Luis Pérez Ingunza, y

	Javier Eduardo Uribe Godoy.
Sumilla	<p>Reynaldo Cule Pariona interpone demanda de indemnización por daños y perjuicios (derivados de responsabilidad objetiva) contra el Ministerio de Salud y otros. Alega que el Director Regional de Salud de Ica (2007) aceptó la propuesta de la Estrategia Nacional de Inmunizaciones del Ministerio de Salud, programando la inmunización contra la fiebre amarilla desde el 23 de septiembre – 27 de octubre de 2007, período durante el cual su hija Rocío Cule Quispe acude al servicio de inmunizaciones del Hospital Regional de Ica, y se le aplica la vacuna contra la fiebre amarilla y se recomienda tomar una pastilla ante cualquier molestia derivada.</p> <p>Sin embargo, ella presenta síntomas posteriores incontrolables por las pastillas, por lo que acudió al Hospital Regional de Ica el día 05 de octubre y fue atendida por médicos del mencionado hospital, quienes indicaron que los síntomas eran consecuencia de la vacuna recibida. Tuvo que ser internada por un decaimiento de salud en la Unidad de Cuidados Intensivos. Falleció el día 06 de octubre de 2007.</p>
Pretensión	El demandante solicita la suma de S/ 500,000.00 más los intereses legales como indemnización por daños y perjuicios.
Decisión de primera instancia	<p>Se declaró infundada la demanda en el extremo que se dirige contra los doctores Brian Rubén Francisco Donayre Palomino, José Alfredo Hernández Anchante, Lucy Melchora Gonzáles Bravo, Julio Alonso Choque Raymundo, Edmundo Luis Pérez Ingunza y Javier Eduardo Uribe Godoy; y fundada en cuanto ordena al Ministerio de Salud el pago de S/. 500 000.00 como indemnización, se señala que se actuó con negligencia en el desarrollo de la campaña de vacunación que se hiciera en Ica, ya que no se contó con un estudio que respaldase la existencia de necesidad de la aplicación de la vacuna en la ciudad, y las formas, modos y métodos como se debió desarrollar la campaña.</p> <p>Señala respecto de los médicos demandados que ya que no existió dolo ni culpa por parte de ellos, sus acciones no generan responsabilidad civil.</p> <p>Se explica, respecto del daño moral, el no haber desarrollado debidamente la cuantificación del daño, “ello no es óbice para que no se resuelva el conflicto de intereses suscitado” (Casación N°2890-2013). Aun así, se establece una suerte de equivalencia sobre la renta futura (no cierta, debido a que la hija del demandante aún no ejercía su profesión, y se estaría estableciendo un monto sobre la base de conjeturas y no hechos) y el daño moral sufrido por el demandante. Estos conceptos no son equivalentes para</p>

	conseguir intercambiar uno por otro y asimilarlos para producir un monto.
Decisión de segunda instancia	La Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, revoca la sentencia apelada que declara fundada en parte la demanda, reformándola, la declara infundada, fundamentado que el hecho materia de litigio no es una causa imputable al Estado Peruano (representado por el Ministerio de Salud), esto debido a que ocurrió debido un caso fortuito, por lo tanto, no hay culpa del autor del daño. Sobre los médicos demandados, la sentencia indica que ellos acudieron a la fallecida desde el día que ocupó las instalaciones del hospital, ejecutando y la trataron sin éxito. No se trabaja el concepto de daño moral.
Decisión de Casación	La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República declaró fundado el recurso de casación y confirmó la apelada en el extremo que la declara fundada en parte en cuanto se dirige contra el Estado Peruano (representado por el Ministerio de Salud) y la revoca en cuanto al monto indemnizatorio; reformándolo, se establece la suma de S/. 300,000.00.
Apuntes sobre el uso de conceptos	El concepto de daño moral que utiliza la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema aclara que “El daño moral sufrido por el demandante que hace referencia al sufrimiento y aflicción generada” (Casación N°2890-2013-Ica, fundamento décimo cuarto, inciso 3), es decir, se utiliza la acepción en sentido estricto del daño moral. Además, la Sala explica que no puede compartir el criterio de cuantificación del daño moral establecido por la primera instancia, debido a que se realizó sobre la base del monto que hubiera ganado la víctima en su vida laboral útil. Este criterio estaría flexibilizando un tipo de daño diferente (pérdida de la chance, por lo que no sería pertinente asimilarlo como daño moral). La sala explica que “lo que se está indemnizado sustancialmente es el daño moral del padre y no la actividad económica de la fallecida. Por lo demás, esta valoración se identifica con renta y no puede ser aceptada, pues no puede explicar lo que ocurre cuando no se tiene actividad laboral retribuida o cuando no se produce efectos sobre la actividad profesional, o por qué deben establecerse resarcimientos diferentes ante la existencia de un mismo tipo de daño” (Casación N°2890-2013-Ica, fundamento décimo cuarto, inciso 6). Es importante destacar que la Sala acierta al distinguir renta de daño moral, en cualquiera de sus acepciones los dos conceptos no son equivalentes.

3.2.2. Casación N°4393-2013-La Libertad

Ponente: Juez Supremo Cunya Celi

Tabla N°06 – Casación N°4393-2013-La Libertad

CASACIÓN N°4393-2013-La Libertad	
Demandante	Hernán Ernesto Peet Urdanivia
Demandado	Ministerio Público y otro
Sumilla	El Sr. Hernán Peet demandó al Ministerio Público por separación del cargo de Fiscal Provincial Titular de la Fiscalía Provincial Mixta de Pachitea, distrito judicial Huánuco-Pasco, entre los años 1992 y 2003, debido a la reorganización del MP sustentada sobre diversos supuestos, entre ellos, la erradicación de la corrupción en el Sistema de Administración de Justicia promulgada por ley durante el gobierno de Alberto Fujimori.
Pretensión	El demandante solicita se le pague la suma de S/ 700,000.00 nuevos soles por el concepto de indemnización de daño moral más intereses legales, alegando que no percibió ingresos durante el periodo 1992-2003 y que se impidió su desarrollo profesional dado el cese vinculado a corrupción.
Contestación en Primera Instancia	El procurador del MP solicitó se declare improcedente por la causal de prescripción extintiva, al haber transcurrido más de 02 años desde el cese. Además, señala que la demanda resulta infundada debido a que el demandado no logra acreditar los daños.
Decisión de Primera Instancia	Fundada en parte. Pagar S/. 150,000.00, considerando que es un supuesto de responsabilidad contractual. Se señala que el monto por daño moral es establecido -de acuerdo con el Código Civil- a criterio del juez y no se realiza una fundamentación concreta. Se toma en consideración los siguientes datos: <ol style="list-style-type: none">1. Edad, 42 años2. Nivel cultural intermedio3. Años ejerciendo el cargo. De ello se deduce que hubo daño moral.
Apelación (demandado)	El procurador del MP alega que: <ol style="list-style-type: none">1. Se trata de responsabilidad extracontractual2. El daño fue ocasionado por los Decretos Leyes expedidos por el Poder Ejecutivo (no el MP).3. No se respetó el nexo causal entre hecho dañoso y daño sufrido.4. No se acreditó daño moral (por lo tanto, no corresponde repáralo).
Apelación (demandante)	Solicita adhesión a la apelación alegando que <ol style="list-style-type: none">1. El monto indemnizatorio fijado no repara de manera efectiva el daño ocasionado.
Decisión de Segunda Instancia	Revocó la apelada de primera instancia, reformándola, la declaró infundada considerando que:

	<ol style="list-style-type: none"> 1. Los medios probatorios aportados por el demandante no lo identifican objetivamente como corrupto (o implicación de alguna manera en actos de corrupción). 2. Los medios probatorios no tienen eficacia para probar el daño moral.
Decisión de Casación	<p>La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República confirmó la sentencia de primera instancia en el extremo que la declara fundada y la revocaron en el extremo correspondiente al monto indemnizatorio. Reformándola, ordenaron que el MP cumpla con pagar la suma de S/ 70,000.00 por concepto de daño moral más los intereses legales.</p>
Apuntes sobre el uso de conceptos	<p>Establece que considerar la no identificación expresa del demandante en los Decretos Leyes no excluye la inclusión de este en ellos. Al tratarse de una labor “moralizadora” de la Administración Pública y una consecuente destitución sin debido procedimiento ni derecho de defensa, este sería un daño cierto que repercutió en su esfera personal y social. Por lo que, sostienen, el daño moral se encuentra debidamente acreditado. Además, concuerda con la sentencia de primera instancia respecto de los criterios utilizados para determinar el monto indemnizatorio y se agrega que este no debe suponer un enriquecimiento. Para ello, hacen uso de la valoración equitativa respecto de la cantidad original (S/ 150,000.00), reformándola a S/ 70,000.00; sin embargo, no es fundamenta el criterio ni el monto de reparación correspondiente al concepto de daño moral.</p> <p>Respecto del concepto de daño, la Corte especifica que se trata de un daño extrapatrimonial. Asimismo, señala que al ser reconocidos en el Código Civil daño moral y daño a la persona estos son diferentes, y la distinción recae sobre la comprensión del daño moral como parte del daño a la persona. Es decir, se utiliza y repara en su versión restringida, siendo de esta manera un daño especie, transitorio, subjetivo, impreciso y reparable de acuerdo con una valoración equitativa.</p>

3.2.3 Casación N°3716-2015-Lambayeque

Ponente: Juez Supremo Yaya Zumaeta

Voto singular del Juez Supremo Yaya Zumaeta

Tabla N°7 – Casación N°3716-2015-Lambayeque

CASACIÓN N°3716-2015-Lambayeque	
Demandante	Pascual Montalván Huancas
Demandado	Oficina de Normalización Previsional (ONP)
Sumilla	Pascual Montalván demanda a la ONP por los conceptos de daño moral y daño a la persona debido a que su pensión fue denegada por supuestamente no cumplir con el requisito de años laborados (15 años). Pese a que, por sentencia del año 2008, su demanda de amparo fue declarada fundada y se ordenó el pago pensión de jubilación. Señala que la ONP incurrió en dolo, afectando su dignidad como persona, debido a que le denegó su pensión, causándole gran aflicción que ha repercutido gravemente en sus relaciones interpersonales.
Pretensión	<ol style="list-style-type: none"> 1. Daño moral: S/ 360,000.00 <ol style="list-style-type: none"> a. Fundamentado en que la denegación de su pensión ha producido un menoscabo en su vida personal. 2. Daño a la persona: S/ 360,000.00 <ol style="list-style-type: none"> a. Fundamentado en que a lo largo de los años no ha podido solventar múltiples gastos médicos (enfermedades) y, por tanto, su expectativa de vida se deterioró.
Contestaciones en primera instancia	<p>La ONP contestó la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, señaló que:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. El daño ya fue resarcido (liquidación de las pensiones devengadas). 2. El demandante no acreditó los daños. 3. Niega la ilicitud del acto y la relación entre el daño y el hecho ilícito. 4. El demandante no ha demostrado en qué consisten el daño moral ni el daño patrimonial que alega fueron causados.
Decisión de Primera Instancia	<p>Declara la demanda infundada debido a que:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La ONP actuó en el ejercicio regular de un derecho, por lo tanto, no se presenta el requisito de antijuricidad. 2. Carece de objeto verificar la presencia de los demás elementos constitutivos de responsabilidad civil. 3. No es posible determinar que el daño moral y el daño a la persona que alega haber sufrido el demandante sean derivados de los hechos expuestos.
Apelación (Demandante)	<p>El demandante interpone recurso de apelación sobre la base de lo siguiente:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Su derecho a la pensión de jubilación se vio afectado ya que a pesar de recurrir a la vía administrativa para que este sea reconocido, esto no tuvo efecto. 2. La ONP le causó aflicción al afectar su jubilación durante varios años.

	<p>3. No pudo satisfacer sus necesidades ni las de su familia en un nivel digno.</p> <p>4. La dilatación de su proceso por 6 años ocasionó al demandante perjuicios patrimoniales y daño moral.</p>
Decisión de Segunda Instancia	<p>Declara la demanda infundada por las siguientes dos consideraciones⁴³:</p> <p>i. “Las alegaciones del apelante, no están referidas directa y específicamente a los argumentos con los que el juez sustenta su decisión (...)”.</p> <p>ii. “El demandante no ha absuelto tal carga procesal, pues no ha probado el daño moral y el daño a la persona alegados en la demanda, resultado por tanto de aplicación, lo que dispone el artículo 200 del Código Procesal Civil”.</p>
Decisión de Casación	<p>La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República declaró fundado el recurso de casación, en consecuencia, nula la sentencia de vista. Ordenaron se emita nueva resolución.</p> <p>La sentencia (fundamento 5.6) utiliza los siguientes conceptos de daño a la persona y daño moral, respectivamente:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La lesión a los derechos existenciales o no patrimoniales de las personas. 2. Expresado en sentimientos de ansiedad, aflicción, dolor, angustia o sufrimiento tanto físico como psíquico padecidos por la víctima.⁴⁴ <p>Asimismo, fundamenta su decisión en:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. El estado de vulnerabilidad del demandante. 2. El deber del juez de incorporar de oficio medios probatorios para dilucidar la controversia.
Apuntes sobre el uso de conceptos	<p>La sentencia de casación evoca el daño a la persona desde la noción de daño existencial, que -como se ha revisado previamente- fue descartada.</p> <p>Por otro lado, utiliza el daño moral en su versión amplia que, comprendido de esta manera, abarcaría el concepto extendido y, por lo tanto, inutilizaría cualquier esbozo de necesidad del daño a la persona.</p> <p>Un acercamiento curioso debido a que la declaración de nulidad vincularía el uso de ambos conceptos a la necesidad de la Sala de Apelación -por criterios de uniformidad y predictibilidad- estos conceptos.</p>

3.2.4. Casación N°4716-2016-Lima

⁴³ Casación N°3716-2015 Lambayeque (Sentencia de Vista puntos i) y ii)).

⁴⁴ Casación N°3716-2015 Lambayeque (Recurso de Casación, fundamento 5.6). Es menester indicar que la Casación trabajada emplea las definiciones de la Casación N°2673-2010 – Lima.

Tabla N°8 – Casación N°4716-2016-Lima

CASACIÓN N°4716-2016-Lima	
Demandante	María Margarita Zorrilla Luyo de Chung
Demandado	Rímac Seguros y Reaseguros S.A.
Sumilla	La Sra. Zorrilla, una mujer de avanzada edad y con problemas de salud, sostiene en su descripción de los hechos que contrató con la empresa Rímac por medio de un contrato de seguros (póliza vehicular). El vehículo, utilizado por ella específicamente para situaciones de traslado por salud, se descompuso en el mes de diciembre en las inmediaciones de la avenida Huaylas (altura del Establecimiento Penitenciario de Mujeres). Manifiesta ella que, al intentar hacer uso de la póliza contratada por vía telefónica, Rímac le informó que esta fue cancelada debido a falta de pago, aseveración que la Sra. Zorrilla rechaza y más adelante Rímac acepta ante Indecopi (allanándose), es decir, hubo negligencia por parte de Rímac. Ante esta eventualidad, la Sra. Zorrilla manifiesta que temió por su vida y esto ocasionó graves perjuicios a su salud, aflicción y angustia.
Pretensión	El monto solicitado asciende a la suma de S/.160,000.00 los conceptos desagregados son: 1. S/. 20,000.00, por el concepto de daño emergente; y, 2. S/. 140,000.00, por el concepto de daño moral, costas y costos del proceso.
Contestación de la demanda	<ol style="list-style-type: none"> 1. El daño emergente no recae sobre la depreciación del vehículo, sino sobre la desatención al auxilio solicitado por la demandante. 2. No hubo costos de reparación. 3. La vigencia del contrato de póliza de seguro no se vulneró. 4. Señala que la demandante no sufrió daños materiales, al contrario, manifiesta una actitud lucrativa y abusiva. 5. Elabora que el daño moral es parte del daño a la persona reconocido cuando se produce un menoscabo a la víctima o su familia. 6. Establece que no existe nexo causal y, por lo tanto, tampoco responsabilidad.
Decisión de Primera Instancia	<p>Declara la demanda infundada teniendo en consideración que:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Se trata de un caso de responsabilidad contractual. 2. No hay daño devenido como consecuencia inmediata y directa de la inejecución de la obligación. 3. No se reparó el vehículo por el desperfecto indicado.

	<p>4. El riesgo, al no ser acreditado, no pudo mantenerse en el tiempo y ocasión daño alguno.</p> <p>5. No se fundamentó las razones del daño moral.</p>
Apelación (demandante)	<p>La demandante sostiene la apelación considerando lo siguiente:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Falta de motivación. 2. Hubo una consecuencia directa sobre los sentimientos de la actora.
Decisión de Segunda Instancia	<p>La segunda instancia reforma la apelada y declara la fundada en parte especificándose que sí se acreditó de forma suficiente el daño moral ocasionado, teniendo en cuenta la salud de la demandante y la repercusión del hecho dañoso en el estado anímico sobre ella.</p>
Decisión de Casación	<p>La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República declaró la casación fundada sobre la base de hechos acreditados, entre ellos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Relación causal entre el hecho dañoso y el daño sufrido, 2. Daño moral, trabajado sobre su versión amplia y desligada del daño a la persona, sosteniendo que aquello indemnizable es el sufrimiento de la demandante al verse desprotegida y sumida en la incertidumbre. <p>Reformándola, se estimó la suma de S/ 30,000.00, fundamentando el monto la valoración equitativa correspondiente a la necesidad de realizar una reparación consolatoria y que “invite a la empresa demandante a utilizar sus recursos logísticos de manera debida, sin que pretenda evadir la responsabilidad de los usuarios que utilizan su servicio” (Casación N°4716-2016, fundamento décimo).</p>
Apuntes sobre el uso de conceptos	<p>La primera instancia declara la demanda infundada debido a que no se fundamentó las razones del daño moral. La segunda instancia reforma la apelada y declara la fundada en parte especificándose que sí se acreditó de forma suficiente el daño moral ocasionado.</p> <p>Por su parte, la sentencia casatoria señala sobre el daño moral, en abstracto, que</p> <p style="padding-left: 40px;">se advierte que este tipo de daño tiende a resarcir el sufrimiento que es connatural a todo episodio traumático y que afecta a todo aquél que atraviese dicha situación, más allá de las secuelas de orden psíquico que el episodio pueda o no dejar en la víctima, según su peculiar sensibilidad y sus circunstancias personales, por lo que cabe su resarcimiento aun en el caso en que no se hayan presentado secuelas psicofísicas incapacitantes (Casación N°4716-2016, fundamento noveno).</p> <p>Es decir, se entiende por daño moral aquel sufrimiento producto del evento dañoso que afecta tanto a aquella persona sobre quien recayó directamente el daño, como a aquellos afectados indirectamente por este. Además, se</p>

	<p>destaca que debe analizarse la magnitud presente y futura del daño incluyendo las circunstancias que lo rodean, es decir, el daño moral debe ser evaluado caso por caso, por lo que no cabría una tasación común.</p> <p>Asimismo, dedica las líneas necesarias al desarrollo de cuál sería la acreditación del daño moral en el presente caso de la Sra. Zorrilla, es así como se señala que</p> <p style="padding-left: 40px;">la avería de un automóvil no constituye solamente el desperfecto de un bien, sino la falta del auxilio requerido, la situación de incertidumbre o que se le niegue un derecho al que tienen acceso los coloca en una situación de estrés en grado superior al que podría tener otra persona. Ese sufrimiento es el indemnizable (Casación N°4716-2016, fundamento noveno).</p> <p>Era especialmente necesario incluir este párrafo en la casación y en el presente texto debido a la magnitud de las afirmaciones, estas hacen frente a las declaraciones realizadas por Rímac en pro de librar responsabilidad, específicamente la cita previamente comentada. La casación fue declarada fundada y es necesario señalar que debido a esta cita se puede recordar que el daño moral es situacional, responde a las circunstancias en que ocurre y a las particularidades del caso. Así, en el presente caso, es posible notar que el servicio, negligentemente no atendido, ocasionó daño (moral) a una mujer de avanzada edad y con padecimientos que resquebrajaban su salud, es, además, necesario mencionar que la eventualidad por la que contrató la póliza se manifestó y la negligencia por parte de Rímac desatendió el derecho que debía garantizar.</p> <p>Es menester acercar lo concerniente a la suma que se otorgó, es decir, la situación circunscrita al <i>quantum</i> indemnizatorio. En la casación se señala escuetamente que</p> <p style="padding-left: 40px;">es posible cuantificar el daño moral en la suma de S/ 30,000 (treinta mil soles); teniendo en cuenta lo expuesto en el artículo 1332 del Código Civil que señala: “(...) Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa”. No es una suma arbitraria, sino que atiende a proporcionar una reparación que le sea útil en términos de reparación aflictiva-consolatoria considerando la edad de la víctima y que invite a la empresa demandante a utilizar sus recursos logísticos de manera debida, sin que pretenda evadir la responsabilidad de los usuarios que utilizan su servicio (Casación N°4716-2016, fundamento décimo).</p> <p>Es decir, se explica que la suma original (S/ 50,000.00) sería reformada a la cantidad de S/ 30,000.00, debido a una herramienta prevista por el Código Civil, la valoración equitativa.</p> <p style="padding-left: 40px;">La equidad cumple aquí su papel propio de moderar la norma de derecho que, en lo general y colectivo, representa lo justo; mas en lo particular y especial puede significar dureza e injusticia, por lo que el juez</p>
--	--

	<p>deberá ir con cuidado y mucho buen juicio, a fin de lograr establecer en cada caso concreto el monto indemnizatorio adecuado, para lo cual evidentemente, ante la generalidad de la ley, tiene a su alcance una serie de criterios que le permitirán establecer el monto indemnizatorio adecuado (Manzanares, 2008, p. 161).</p> <p>Así las cosas, se señala que la suma no es arbitraria, sino que atiende: a) la necesidad de proporcionar una reparación útil (aflictiva-consolatoria), b) la edad de la víctima y c) una invitación a la empresa para actuar con el cuidado debido, es decir, se buscó realizar una valoración equitativa y proporcional la situación acaecida. Entonces, ¿es posible calcular un monto directamente proporcional sobre la base de la preexistencia de criterios debidamente establecidos en relación con los daños ocasionados incluyendo la medición de las circunstancias circunscritas al caso? Pues, no, claro que no. Se utilizó la segunda parte del artículo 1322, aquella en que se otorga poder al juez para asignar, sobre la base de algún criterio no mencionado en la sentencia casatoria, un monto. Lamentablemente, la sentencia se remite a solo articular la declaración de que no es una suma arbitraria, sino una proporcional al daño y las circunstancias del caso.</p>
--	--

3.2.5. Casación N°4967-2013-Lambayeque

Ponente: Juez Supremo Calderón Puertas

Tabla N°09 – Casación N°4967-2013-Lambayeque

CASACIÓN N°4967-2013-Lambayeque	
Demandante	Alejandro Sánchez Roncal
Demandados	ONP, y MEF
Sumilla	<p>El demandante indica que como consecuencia de los actos inconstitucionales realizados por la ONP su pensión de invalidez definitiva fue suspendida. La motivación para dicha suspensión fue porque se solicitó verificar su estado de incapacidad. Sin embargo, el demandante señala que tal verificación fue un acto doloso al no considerarse la Ley N°27023 en que se establece la no exigencia o comprobación periódica del estado de invalidez si este fue declarado permanente o terminal.</p> <p>Asimismo, la Corte Superior de Justicia de Lima declaró fundada en parte su demanda de amparo y la Sala Superior confirmó la sentencia.</p>
Pretensión	El demandante sostiene que al no haber percibido su pensión de jubilación por más de tres años y haber

	<p>sobrevivido gracias a la caridad de familiares y amigos, se generó en el preocupación, angustia, sufrimiento y depresión.</p> <p>Solicita S/. 80,000.00, desgregados en:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Daño moral: S/ 40,000.00 2. Daño a la persona: S/ 40,000.00
Contestación a la demanda	<p>La ONP contesta la demanda alegando ejercicio regular de un derecho, control posterior de la Administración. Explica que declaró caduca la pensión de invalidez sobre la base de un certificado médico emitido por la Comisión Médica Evaluadora y Calificadora de Incapacidades de EsSalud.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La enfermedad que generó la pensión es distinta de la que presenta el demandante. 2. El grado de incapacidad no impide al demandante generar un monto equivalente al que percibe por la pensión otorgada. 3. Niega existencia de causalidad y factor de atribución.
Decisión de Primera Instancia	<p>El juez de la causa declara infundada la demanda. Sobre la base de que el demandante:</p> <ul style="list-style-type: none"> - No acredita de manera fehaciente la existencia de los daños alegados.
Apelación	<p>El demandante apela sobre la base de los siguientes alegatos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. El pago de devengados reparó el lucro cesante. 2. El pago de intereses reparó el daño emergente. 3. No se ha reparado el daño moral acaecido por conducta ilícita (de parte de la ONP) a consecuencia de la dilatación del proceso judicial de pensión de invalidez. Violentando así, su derecho a recibir una resolución fundada.
Decisión de Segunda Instancia	<p>Confirmó la sentencia apelada sobre la base de los siguientes argumentos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Conformidad tácita con la sentencia de primera instancia por las expresiones utilizadas en la apelación. <ol style="list-style-type: none"> a. Devengados e intereses cubren lucro cesante y daño emergente. 2. El daño moral no habría sido acreditado. 3. No es posible constatar las afectaciones que generan daño moral y la sola afirmación de su existencia no implica la necesidad de disponer una indemnización por dicho concepto.
Decisión de Casación	<p>La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República declaró fundado el recurso de casación, nula e insubsistente la sentencia apelada y ordenó al Juez de la causa emitir nuevo pronunciamiento. Los argumentos fueron los siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Las expresiones utilizadas por el demandante no pueden ser interpretadas como conformidad tácita.

	<ol style="list-style-type: none"> 2. La Sala Superior no distinguió entre los conceptos de daño patrimonial y daño extrapatrimonial, confundiéndolos. <ol style="list-style-type: none"> a. El demandante se mostró satisfecho respecto del extremo patrimonial. 3. Las secuelas del daño recayeron en el ámbito personal, por lo que existe daño moral y daño a la persona. 4. Emplea la distinción género especie respecto del daño a la persona (género) y daño moral (especie). 5. La sentencia de vista presenta un déficit motivacional.
Apuntes sobre el uso de conceptos	La sentencia casatoria recuerda la división entre daños patrimoniales y daños extrapatrimoniales, situando estos últimos a la luz de los daños personales. Establece la distinción entre los conceptos de daño moral y daño a la persona estableciendo ambos como criterios indemnizables y relacionados desde la óptica especie – género, respectivamente.

3.2.6. Casación N°1714-2018-Lima

Ponente: Juez Supremo Calderón Puertas

Tabla N°10 – Casación N°1714-2018-Lima

CASACIÓN N°1714-2018-Lima	
Demandante	Lis Geraldine Rojas Loyola
Demandados	Ferrocarril Central Andino Sociedad Anónima, y Ferrovías Central Andina Sociedad Anónima
Sumilla	<p>El presente caso versa sobre un accidente de tránsito. El tren número 1001 (propiedad de la empresa Ferrocarril Central Andino S. A. y conducido por John Rony López Jara) atropelló a Bruno Hernán Rodríguez Rojas, menor hijo (11 años) de la demandante, quien padecía de autismo leve, como consecuencia del suceso se produjo su deceso instantáneo.</p> <p>El menor hijo de la demandante se alejó de ella, al notarlo la madre, junto con el padre buscaron al menor y al no dar con su paradero se aproximaron a la Comisaría de San Andrés para realizar la denuncia respectiva. Esto no fue posible porque en la Comisaría les comentaron que era necesario que transcurrieran 24 horas para realizar el reporte y proceder.</p>
Pretensión	La demandante solicitó la suma de ciento cincuenta mil millones cincuenta y tres mil soles (S/ 150'000,053,000.00) disgregados de la siguiente forma: a) S/ 53,000.00 por daño

	emergente; b) S/ 150'000,000,000.00 por daño moral y daño al proyecto de vida (común junto a su hijo).
Contestaciones de los demandados en primera instancia	Ferrovías Central Andina Sociedad Anónima señaló que no tiene por qué imputársele responsabilidad, ya que la demandante imputa responsabilidad objetiva y las vías no constituyen peligro, que no está probada la producción del accidente debido a que la vía férrea no contaba con las barras de protección, además alega que no se probó que norma se vulneró o qué norma exige que la zona en que se produjo el accidente cuente con barreras. Por último, se alega el monto demandado es exorbitante teniendo en consideración que el menor debía estar bajo el cuidado de su madre, quien debió ejercer las precauciones correspondientes.
	Ferrocarril Central Andino Sociedad Anónima señaló que fue la conducta imprudente de la víctima la que ocasionó la fractura del nexo causal.
Decisión de Primera Instancia	El Juzgado Especializado en Ejecución de Sentencias Supranacionales de la Corte Superior de Justicia de Lima, declaró infundada la demanda bajo las consideraciones siguientes: a) la demandante no ha probado la existencia de norma alguna que exija la existencia de barreras en la zona en que se produjo el accidente, b) no se acreditó la negligencia del maquinista, c) el accidente ocurrió por hecho propio de la víctima, d) otros de carácter probatorio.
Decisión de Segunda Instancia	Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima revocó la sentencia de primera instancia, reformándola, la declararon fundada en parte, fijando la suma de ocho mil quinientos soles (S/ 8,500.00) por daño emergente y ochocientos mil soles (S/ 800,000.00) por daño moral, con costas y costos del proceso, debido a los siguientes fundamentos: a) el artículo 1970 del Código Civil es una norma general que se extiende a toda clase de bien riesgoso o peligroso, el tren número 1001 (propiedad de la empresa Ferrocarril Central Andino S. A.) realizaba una actividad de naturaleza peligrosa y Ferrovías Central Andina Sociedad Anónima tiene como función obligatoria controlar y supervisar el desarrollo de servicios de transporte que realiza la codemandada, b) las empresas son responsables debido a su vínculo contractual con el maquinista, c) no cabe atribuir responsabilidad al menor (inimputable y sin discernimiento por sufrir de autismo leve), d) la responsabilidad no es atribuible a la madre por haber realizado las diligencias correspondientes ante la pérdida del menor, e) no hay evidencia de cumplimiento de haber instalado sistemas de seguridad, conforme a las exigencias establecidas en el Reglamento Nacional de Ferrocarriles, f) el maquinista configura el requisito de antijuricidad, g) se acreditó la suma por daño emergente y h) el acontecimiento de la muerte de un hijo produce

	inmenso dolor y pesadumbre a quien lo padece, por lo que tiene como acreditado el daño moral.
Decisión de Casación	La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República declaró infundada la casación planteada y señaló la imposibilidad de pronunciarse sobre el <i>quantum</i> debido a la falta de impugnación por parte de alguna de las partes.
Apuntes sobre el uso de conceptos	<ol style="list-style-type: none"> 1. La madre del menor demandó por el concepto de daño moral y lo sostiene/acredita sobre la base de dos fundamentos: 1) daño moral en sentido estricto y 2) daño al proyecto de vida. 2. La sentencia de primera instancia no se pronuncia sobre el daño moral o el daño al proyecto de vida. 3. La sentencia de segunda instancia se pronuncia sobre el daño moral en la acepción más restringida del sentido estricto, sin embargo, no refiere al daño al proyecto de vida. 4. La sentencia casatoria no refiere en ningún punto al daño moral o daño a la persona (específicamente al daño al proyecto de vida) y se limita a referir a la imposibilidad de pronunciarse sobre el <i>quantum</i> indemnizatorio del daño moral por falta de impugnación por parte de las partes.

3.2.7. Casación N°4983-2013-Lima

Ponente: Juez Supremo Cunya Celi

Voto singular del Juez Supremo Calderón Puertas

Tabla N°11 – Casación N°4983-2013-Lima

CASACIÓN N°4983-2013-Lima	
Demandante	José Higinio Robles Montoya
Demandado	Ejército del Perú
Sumilla	<p>El caso versa sobre un militar retirado, sin voluntad sobre ello, del Ejército peruano.</p> <p>José Higinio Robles Montoya empezó su proyecto de vida a la edad de 15 años, con miras a ser General; comprometido con su proyecto orientó sus mejores esfuerzos a ello, obteniendo calificaciones destacadas y menciones de primer puesto, medallas y otros logros.</p> <p>Su proyecto de vida, sin embargo, se vio frustrado por las circunstancias en que su padre, el General de División (R) Rodolfo Robles Espinoza, quien investigaba la matanza del 17 de julio de 1992 (La Cantuta y Barrios Altos) fue súbitamente transferido (con el fin de detener la</p>

	<p>investigación) por parte de la alta cúpula militar, a un puesto de la Junta Interamericana de Defensa de la OEA. Como parte de las circunstancias que rodeaban a su padre, el demandante comenzó a recibir llamadas que amenazaban su vida y la de su familia, y, para atentar contra su vida, intentaron trasladarlo a Ayacucho, por lo que se vio forzado a renunciar (30/04/1993) y solicitar su baja, la cual no fue aceptada. La familia del demandante solicitó protección a la Embajada de USA; tiempo después, cuando se hizo pública la investigación de su padre, la República de Argentina les concedió protección y se marcharon a ese país. Una vez en Argentina, el Estado peruano, sin debida notificación, lo pasó a situación de retiro (resolución N°0872DE/EP/CP/-JAPE, del 11/07/1993) como medida disciplinaria por abandono de destino, fue denunciado y se decretó orden de captura en su contra.</p> <p>En 1995, gracias a la Ley de Amnistía, el demandante regresó al Perú para reanudar su proyecto de vida, sin embargo, aunque el Estado peruano archivó los procesos judiciales en su contra, no desestimó los administrativos, por lo que figuraba hasta ese momento como oficial con sanción disciplinaria y se encontraba imposibilitado de continuar con su carrera militar.</p> <p>Estudió ingeniería de sistemas, sin dejar de lado su vocación por la carrera militar. Por lo que, al caer el régimen de Fujimori solicitó su reincorporación, sin éxito. Una vez más lo intentó, cursó solicitud al Ministerio de Defensa para lograr cambiar su resolución de baja. En ese momento, habían transcurrido ya once (11) años, era un punto de no retorno para su carrera, alguna vez brillante.</p>
Pretensión	<p>El demandante solicitó como monto total por indemnización por daños y perjuicios la suma de US\$ 350,000.00</p> <ol style="list-style-type: none"> 0. Primera pretensión autónoma <ol style="list-style-type: none"> a) Daño al proyecto de vida, la suma de US\$ 150 000.00 1. Segunda pretensión autónoma <ol style="list-style-type: none"> a) Daño patrimonial - Lucro cesante, la suma de US\$ 65,152.00 2. Tercera pretensión autónoma <ol style="list-style-type: none"> a) Daño patrimonial – Daño emergente, la suma de US\$ 27,756.00 3. Cuarta pretensión autónoma <ol style="list-style-type: none"> a) Daño moral (psicosomático emocional), la suma de US\$ 107,092.00 4. Pretensión accesoria (a todos los petitorios autónomos) <ol style="list-style-type: none"> a) Pago de intereses legales por las indemnizaciones desde el 11/06/2003,

	<p>fecha de la emisión de la resolución de su pase a retiro.</p>
Contestación a la demanda	<p>El Ejército peruano contesta la demanda bajo los siguientes términos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. El proyecto de vida no se encuentra regulado por las normas y reglamentos que regulan a las FFAA, por ello no tienen la obligación de indemnizar. 2. Las acusaciones del demandante no tienen fundamento legal. 3. El demandante incurrió en el delito de abandono de destino, de ahí el retiro. 4. No entiende por qué el demandante vincula su proyecto de vida personal al de su padre. 5. No probó la existencia de la denominada “mafiosa cúpula militar”. 6. No prueba los daños que alega.
Decisión de Primera Instancia	<p>El décimo Segundo Juzgado Especializado Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró infundada la demanda, ordenando que el Ejército del Perú pague la suma de US\$ 120 000.00 por daño al proyecto de vida y la suma de S/ 96,486.34, por lucro cesante.</p> <p>Motiva su decisión sobre los siguientes fundamentos: a) la indemnización es de naturaleza contractual; b) acreditación de la frustración del proyecto de vida del demandante por parte del Ejército del Perú; c) se archivaron los procesos penales en su contra, subsistieron los administrativos; d) las solicitudes del demandado para reintegrarse fueron denegadas; e) no hubo notificación sobre su pase a retiro; f) referencia para los ingresos dejados de percibir por la frustración de su carrera militar; g) noventa y un meses es el periodo computable para efectos de indemnización (S/ 96,486.34); h) daño emergente no acreditado (desestimado); i) daño moral – se determinó la existencia del daño al proyecto de vida, el que deberá ser resarcido en forma proporcional.</p>
Decisión de Segunda Instancia	<p>La Cuarta Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Lima confirmó en parte la sentencia apelada que declaró fundada la demanda y ordenó el pago de indemnización por lucro cesante y la revocó en el extremo del monto fijado por daño extrapatrimonial y el extremo que ordenó el pago por daño al proyecto de vida, sobre la base de las siguientes consideraciones: a) la afirmación del apelante respecto de que la demanda debió realizarse en los términos de inejecución de obligaciones, carece de sustento; b) la emplazada no pudo demostrar que su accionar en el proceso administrativo la releva de las consecuencias; c) no cursar debida notificación va en contra del derecho al debido proceso; d) el art. 274 de la Carta Fundamental de 1979 no ampara los excesos cometidos en la causa administrativa;</p>

	<p>e) el apelante no acreditó que es el demandante quien provocó su daño; f) el juez determinó un monto por daño moral, sin embargo, al tratarse de un concepto en discusión doctrinal, el daño al proyecto de vida no puede acogerse; g) el apelante considera que la suma total es exorbitante y se encuentra fuera de sus límites, sin embargo, no lo acredita.</p>
<p>Decisión de Casación</p>	<p>La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República declaró infundado el recurso de casación interpuesto por el Ejército del Perú. Declaró fundado el recurso de casación interpuesto por el demandante. Revocó la apelada en el extremo que declara improcedente la demanda de indemnización por daño al proyecto de vida, y, confirmó la apelada de fecha 02/07/2012 (primera instancia), que declara fundada la demanda de indemnización por daño al proyecto de vida, revocándola en el extremo que fija la suma de US\$ 120,000.00 por tal concepto, reformándola, fijó la suma de S/ 200,000.00.</p> <p>Se debatió centralmente sobre cuatro puntos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. ¿Se infringió el art. 139.5 Const.? <ol style="list-style-type: none"> a. Se ha cumplido con motivar la conclusión. 2. ¿Debieron ser los autos resueltos sobre la base de inejecución de obligaciones o indemnización por daños y perjuicios? <ol style="list-style-type: none"> a. El demandante no pretende el cumplimiento de obligación alguna por parte del Ejército del Perú. 3. ¿Está inmerso el Ejército del Perú en el art. 1321 del Código Civil? <ol style="list-style-type: none"> a. El demandado se encuentra inmerso en el art. 1321. 4. ¿Procede la indemnización por daño al proyecto de vida? <ol style="list-style-type: none"> a. Sí. No se encuentra reconocido normativamente, pero ha sido desarrollado por la doctrina y jurisprudencia. La Corte comparte la referencia que incluye al daño al proyecto de vida como parte del daño a la persona.
<p>Apuntes sobre el uso de conceptos</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. El demandante solicita indemnizaciones por cinco conceptos, cuatro autónomos y uno accesorio: lucro cesante, daño emergente, daño al proyecto de vida (como voz autónoma) y daño moral, respecto a los dos últimos, estos se leen como conceptos diferenciados. 2. El Ejército del Perú señala que el daño al proyecto de vida no es reconocido por su normativa, no se pronuncia sobre el daño moral. 3. La primera instancia utiliza los conceptos de daño moral y daño al proyecto de vida como términos intercambiables, sin pronunciarse sobre el primero.

	<p>4. La segunda instancia introduce el término de daño extrapatrimonial, revocando el monto fijado para este y el daño al proyecto de vida. Utiliza los conceptos como términos diferenciados.</p> <p>5. La instancia casatoria establece lo siguiente:</p> <ol style="list-style-type: none"> a. No se probó el daño emergente. b. Se acreditó el lucro cesante. c. Se acreditó las aptitudes que colaboraron a encaminar el proyecto de vida del demandante, por lo que queda acreditada la frustración de este. d. Daño al proyecto de vida incluido dentro del daño a la persona (siguiendo a Fernández Sessarego), sin concluir si es o no voz o criterio. e. Diferencia entre daño moral y daño al proyecto de vida. f. Acoge el daño moral como especie dentro del genérico daño a la persona, citando como referencia la tesis de Fernández Sessarego, haciendo la salvedad de mencionar que no comparte la tesis de la oposición (De Trazegnies). g. Corresponde realizar una valoración equitativa (art. 1332 del Código Civil).
--	--

3.2.8. Casación N°2775-2012-Lambayeque

Ponente: Juez Supremo Almenara Bryson

Tabla N°12 – Casación N°2775-2012-Lambayeque

CASACIÓN N°2775-2012-Lambayeque	
Demandantes	Norma Gladys Díaz Arévalo (cónyuge de la víctima), por derecho propio y en representación de su menor hijo Luis Enrique Asiu Díaz. Lisette Juliana, Cinthia y José Luis Asiu Díaz (hijos de la víctima), por derecho propio.
Demandados	Juan de Dios Nilo Castro Bravo, y Sofía Lidia Romero de Castro
Sumilla	El presente caso versa sobre el fallecimiento del padre de familia Luis Enrique Asiu Seminario por causa de un accidente de tránsito ocurrido el 23/07/2005, a la altura del Kilómetro 199 de la carretera Fernando Belaunde Terry, aproximadamente a las 21:00 horas, cuando se dirigía a Jaén. El vehículo en que se encontraba el Sr. Asiu fue impactado por Juan de Dios Nilo Castro Bravo, quien se encontraba en estado de ebriedad mientras conducía el

	<p>vehículo propiedad de su esposa, Sofía Lidia Romero de Castro, a alta velocidad, cuando ingresó por la vía contraria en que se encontraba el Sr. Asiu, produciendo de esa manera el accidente.</p>
Pretensión	<p>Los demandantes solicitan indemnización por daños y perjuicios. La suma total por los conceptos de lucro cesante, daño emergente y daño moral es de US\$ 400,000.00.</p>
Contestación a la demanda	<p>Los demandados contestan la demanda negándola sobre la base de las siguientes consideraciones:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. El demandado, médico cirujano en el Hospital de la ciudad de Jaén, siempre se ha desempeñado en forma intachable. 2. Como se ha demostrado en el proceso penal de homicidio culposo, el conductor del vehículo era Vicente Pedro Castillo Flores, no el demandado.
Decisión de Primera Instancia	<p>El juez declaró la demanda fundada en parte y ordenó que los demandados paguen en forma solidaria:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Lucro cesante: US\$ 15,000.00 2. Daño emergente: US\$ 20,000.00 3. Daño moral y daño a la persona: US\$ 60,000.00 4. Intereses legales, costas y costos <p>*Las sumas se podrían abonar en dólares americanos o su equivalente en moneda nacional.</p> <p>Los fundamentos de esta decisión fueron los siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. El juez penal concluyó que el demandado conducía el auto, propiedad de su esposa, mientras se encontraba ebrio, provocando así la muerte del Sr. Asiu. 2. El art. 29 de la Ley N°27181 regula la responsabilidad solidaria entre conductor y propietario. 3. Los gastos emergentes (sepelio, nicho, entre otros) se encuentran acreditados. En similar sentido, el juez realizó una valoración equitativa del vehículo siniestrado. 4. Los ingresos fueron estimados para cubrir el concepto de lucro cesante. 5. El daño moral fue estimado de forma razonable, proporcional y prudencial, teniendo en consideración el dolor y sufrimiento de la familia.
Apelación (demandados)	<p>Argumentan que el juez:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. No aplicó los artículos 1331 ni 1984 del Código Civil (prueba del daño y cuantificación del daño moral, respectivamente). 2. No valoró adecuadamente los medios probatorios, dado que no se acreditó cuánto ganaba la víctima, por lo que es exagerado. 3. No fijó criterios para determinar la suma por daño moral, sobre ello señala que tres (03) de los hijos

	son mayores de edad y ninguno de ellos padece enfermedad alguna que les impida trabajar.
Apelación (demandantes)	Cuestiona el monto indemnizatorio, considera que no es proporcional a los daños sufridos.
Decisión de Segunda Instancia	<p>La Sala Descentralizada Mixta de Apelaciones de Jaén de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque confirmó y revocó en parte la apelada, declarándola fundada en parte y ordenó el pago total de US\$ 72,000.00, desglosado de la siguiente manera US\$ 7000.00 por daño emergente, US\$ 15,000.00 por lucro cesante y US\$ 50,000.00 por daño moral; de acuerdo con las siguientes consideraciones:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. El daño emergente es reducido. 2. Confirma la suma por lucro cesante. 3. El daño moral se estimó tomando en cuenta el sufrimiento de los familiares, observando que la víctima se encontraba en edad productiva, cuyos hijos dependían de ella (incluso siendo mayores de edad). De ello, reduce el monto.
Decisión de Casación	<p>La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República declaró infundado el recurso de casación interpuesto por los demandados, por lo que no casaron. Para ello, se tomó en consideración los siguientes fundamentos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Se advierte que en la demanda no hay referencia al concepto de daño a la persona. 2. La Sala Superior se ha pronunciado estrictamente sobre los hechos alegados por los demandantes. 3. No existen razones suficientes para declarar la nulidad por falta de pronunciamiento sobre el daño a la persona; este último concepto abarcaría como género a la especie daño moral. 4. La revaloración de las pruebas no es la finalidad de este recurso. 5. El art. 1983 del Código Civil regula la responsabilidad solidaria entre coautores del daño. 6. La solidaridad impuesta a la propietaria del vehículo se deriva de la Ley N°27181 (art. 29). 7. Sobre el art. 1237 del Código Civil, la obligación no surge del pacto entre las partes sino de una decisión judicial en que se ha establecido que el pago puede realizarse en dólares americanos o en su equivalente en moneda nacional.
Apuntes sobre el uso de conceptos	<ol style="list-style-type: none"> 1. La primera instancia emplea el concepto de daño moral en sentido estricto al asimilarlo como el dolor y sufrimiento de la familia. 2. Los demandados, al apelar, utilizan el concepto de daño moral lato, siendo este equiparable al de daño a la persona. Explican que los hijos de la víctima no han acreditado daño psicosomático (o enfermedad) alguna.

	<p>3. La segunda instancia emplea el daño moral en los mismos términos que la primera instancia, refiriendo al concepto de daño moral como sufrimiento o congoja de los familiares, incidiendo en la imposibilidad de calcular la pérdida.</p> <p>4. En casación, la Corte establece la relación género – especie entre daño a la persona y daño moral, respectivamente, ocupando así, sentido restringido del daño moral y diferenciándolo del daño a la persona.</p>
--	--

3.2.9. Casación N°2249-2017-Ucayali

Ponente: Juez Supremo Calderón Puertas

Tabla N°13 – Casación N°2249-2017-Ucayali

CASACIÓN N°2249-2017-Ucayali	
Demandante	Franz Orlando Tang Jara por derecho propio y en representación de Diego Gonzalo Tang Ríos.
Demandado	Luis Enrique Court Malpartida, AJEPER del Oriente SA, y Panorama del Oriente SAC
Sumilla	El caso versa sobre un accidente de tránsito provocado por el conductor Luis Enrique Court Malpartida, trabajador de la empresa Panorama del Oriente SAC, quien, utilizando un vehículo propiedad de la empresa AJEPER del Oriente SA sin estar debidamente capacitado, embistió y causó la muerte a Loidy Ríos Brunner, esposa y madre (respectivamente) de los demandantes, quien se encontraba en su motocicleta esperando el cambio de luz para transitar. Los demandantes alegan culpa y dolo, este último debido a que el conductor demandado explicó en la declaración policial que decidió girar hacia la Sra. Ríos para no chocar con dos mototaxis.
Pretensión	Los demandantes demandan indemnización por daños y perjuicios derivados de los conceptos detallados a continuación: <ol style="list-style-type: none"> 1. Daño emergente: S/ 125,000.00 <ol style="list-style-type: none"> a. La Sra. Ríos junto a su esposo sostenían el hogar y pagaban los estudios de sus hijos. 2. Lucro cesante: S/ 200,000.00 <ol style="list-style-type: none"> a. La Sra. Ríos era técnica en enfermería, con una remuneración mensual de S/ 605.00 3. Daño a la persona: S/ 200,000.00 <ol style="list-style-type: none"> a. Los demandantes sufren menoscabo en sus vidas, su estado de ánimo se ha visto mermado y les ha generado una gran depresión.

	<p>4. Daño moral: S/ 75,000.00</p> <p>a. Los demandantes alegan que se ha afectado el proyecto de vida de la Sra. Ríos (construcción del hogar conyugal); se ha truncado su desarrollo profesional, ella pretendía estudiar medicina humana luego de su nombramiento por la Dirección Regional de Salud de Ucayali (ganaría S/ 884.00).</p> <p>5. Intereses legales</p>
<p>Contestación a la demanda</p>	<p>Solo la empresa AJEPER del Oriente SA contesta la demanda, negándola en todos sus extremos y solicitando se declare infundada sobre la base de las siguientes consideraciones:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. El futuro es incierto, por ello, el nombramiento de la Sra. Ríos no era seguro. 2. En el proceso penal por homicidio culposo seguido contra el conductor se indica que fue un accidente de tránsito, y que la carga de la prueba reside en el damnificado. 3. La valoración de los daños debe realizarse teniendo en cuenta el Reglamento Nacional de Responsabilidad Civil de Seguros Obligatorios por Accidentes de Tránsito. 4. La valoración del daño moral debe ser realizada con el criterio de equidad.
<p>Decisión de Primera Instancia</p>	<p>El Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Coronel Portillo de la Corte Superior de Justicia de Ucayali, declaró infundada la demanda en el extremo de daño a la persona; fundada, en el extremo por concepto de daño emergente e infundada en el extremo de la diferencia no amparada por dicho concepto, y fundada, por los conceptos de lucro cesante y daño moral; y ordenó el pago de la suma total de S/ 280,716.00, especificado de la siguiente manera:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Daño emergente: S/ 5,716.00 2. Lucro cesante: S/ 200,000.00 3. Daño moral: S/ 75,000.00 4. Intereses legales, costos y costas <p>A continuación, los fundamentos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La negligencia e impericia del demandado Luis Court por conducir un vehículo de carga pesada sin tener experiencia ni encontrarse habilitado para ello. 2. El accionar aparentemente doloso del demandado Luis Court, quien no solo actuó con culpa sino, que tal cual manifestó en la declaración policial, giró para evitar chocar con dos mototaxis. 3. La negligencia de las empresas AJEPER del Oriente SA y Panorama del Oriente SAC por contratar a un conductor sin habilitación ni

	<p>experiencia, además de tener conocimiento de que el vehículo sufría de desperfectos (vaciado de frenos).</p> <ol style="list-style-type: none"> 4. Daño emergente: se tiene en cuenta los gastos de sepelio (S/ 4,286.00), reparación de la motocicleta (S/ 800.00), deuda con mora originada por la compra de un equipo de sonido -realizada por la Sra. Ríos- (S/ 630.00); como resultado, el monto total por este concepto es de S/ 5,176.00). 5. Lucro cesante: se tomó en cuenta la edad de la Sra. Ríos (34 años) y su remuneración mensual (S/ 605.00). En atención a la esperanza de vida en el departamento de Ucayali estimada, por INEI (70 años), se realizó la siguiente operación <ol style="list-style-type: none"> a. [Años restantes (hasta los 70 años) x remuneración actual (al momento del deceso) = Total] $36 \times 605 = S/ 261,360.00$ b. Los demandantes solicitaron el monto de S/ 200,000.00, por lo que se entiende renunciaron a la diferencia. 6. Daño a la persona: los daños no se desplegaron sobre los demandantes y los conceptos laborales ya fueron amparados. 7. Daño moral: se tuvo en consideración los trastornos sufridos por los familiares (informes psicológicos).
Apelación	<p>La empresa AJEPER del Oriente SA apeló alegando lo siguiente:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La sentencia incumple los requisitos de la motivación adecuada y suficiente, la decisión no se sustenta en interpretación correcta de la norma de derecho material. 2. El pronunciamiento no es acorde a los puntos controvertidos. 3. No se ha verificado con claridad los elementos generadores de responsabilidad. 4. La determinación de montos carece de motivación. <p>El demandante, por derecho propio y en representación de menor su hijo, apeló alegando lo siguiente:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Al declarar infundada la demanda en el extremo por concepto de daño a la persona se pretendió que este sea indemnizado en los otros daños, sin fundamento alguno. 2. El extremo sobre daño a la persona carece de sustento lógico y jurídico.
Decisión de Segunda Instancia	<p>La Sala Especializada en lo Civil y afines de la Corte Superior de Justicia de Ucayali confirmó la sentencia de primera instancia, revocándola en el extremo del monto indemnizatorio, reformándolo y ordenando a los demandados cumplir con el pago de S/ 97,244.00, de acuerdo con los siguientes fundamentos:</p>

	<p>1. Lucro cesante: S/ 66,528.00 El monto remunerativo utilizado para obtener el total en primera instancia no corresponde, se debió utilizar el monto neto (S/ 528.65), que debió ser fraccionado (S/ 132.00) entre cuatro (cada uno de los beneficiados: Sra. Ríos, esposo y dos hijos). Asimismo, se debió tener en cuenta la duración del monto recibido para cada uno de los demandantes, por lo que se debió tener en consideración: a) la probabilidad de conservación del estado civil de los esposos (60 meses), resultando en el total de S/ 7,920.00; b) la edad máxima de los hijos para percibir alimentos (28 años), de esta manera el hijo mayor (14 años) recibiría S/ 22,176.00 y el menor (5 años), S/ 36,432.00.</p> <p>2. Daño moral: S/ 25,000.00 Los informes psicológicos no son suficientes al ser el resultado de una sola entrevista, sin información sobre tratamiento psicológico posterior. Por ello, corresponde al hijo menor la suma de S/ 15,000.00, al hijo mayor, la suma de S/7,000.00 y al Sr. Tang, S/ 3,000.00.</p>
Decisión de Casación	<p>La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República declaró fundado el recurso de casación interpuesto por el demandante, por derecho propio y en representación de su hijo. En consecuencia, casaron, confirmando la sentencia de primera instancia, en cuanto declara fundada la demanda por los conceptos de daño emergente, lucro cesante, daño moral e infundada por el concepto de daño a la persona; y la revocaron en cuanto a los montos establecidos a favor del Sr. Ríos y su menor hijo, reformándola a la suma total de S/ 181,348.00 (ordenando se pague de forma solidaria), de acuerdo con el siguiente detalle:</p> <p>1. Lucro cesante:</p> <ul style="list-style-type: none"> a. Diego Gonzalo Tang Ríos: S/ 36,432.00 b. Franz Orlando Tang Jara: S/ 57,024.00 <p>2. Daño moral:</p> <ul style="list-style-type: none"> a. Diego Gonzalo Tang Ríos: S/ 26,500.00 b. Franz Orlando Tang Jara: S/ 26,500.00 <p>3. Daño emergente:</p> <ul style="list-style-type: none"> a. S/ 5,716.00 a favor de los 03 demandantes <p>Subsistiendo el monto de S/ 7,000.00 por concepto de daño moral y el monto de S/ 22,176.00 por lucro cesante a favor de Paolo César Tueros Ríos (hijo mayor de la Sra. Ríos).</p>
Apuntes sobre el uso de conceptos	<p>Los demandantes utilizan el daño a la persona y el daño moral como conceptos autónomos. El daño moral fue empleado en sentido estricto, mientras que el daño a la persona se utilizó asimilándolo a la voz de daño al proyecto de vida (personal y conyugal), definiéndolo y</p>

	<p>equiparándolo al concepto de lucro cesante (sin embargo, se solicitó lucro cesante como concepto autónomo).</p> <p>La primera instancia utiliza el concepto de daño moral en sentido estricto, diferenciándolo del daño a la persona, el cual no afectaría la esfera afectiva ni personal de los familiares, por lo que el daño a la persona solo se podría infligir sobre quien ha ocurrido el evento dañoso. Además, se entrevé que el daño al proyecto de vida, en este caso configurado como un perjuicio laboral, no tendría cabida como daño a la persona dado que está siendo indemnizado como parte del lucro cesante.</p> <p>La segunda instancia no se pronuncia sobre el daño a la persona, sí sobre el daño moral. Este último parece ser referido como voz autónoma y empleado en sentido estricto, la probanza de este recae sobre dos puntos: a) el informe derivado de una entrevista y b) la falta de tratamiento psicológico o diagnóstico del estado de salud mental (depresivo).</p> <p>La instancia de casación explica que hay errores conceptuales derivados del desarrollo del concepto de daño a la persona empleado por la Sala Superior (segunda instancia). Sobre el daño a la persona, se expone lo siguiente:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. El daño a la persona se ha incorporado a la legislación peruana y se entiende por este todo menoscabo a la persona humana (como entidad psicosomática) y su proyecto. Por lo que se le entiende en los términos elaborados por Fernández Sessarego. 2. El proyecto de vida se funda en la libertad de la persona y su daño implica un deterioro, retardo o destrucción. Además, es estrictamente personal, por lo que no cabe exigencia de proyecto ajeno y no debe ser confundido con el lucro cesante. Es difícil de cuantificar⁴⁵. 3. Los errores advertidos no ocasionan la nulidad de la sentencia.
--	---

⁴⁵ Casación N°2249-2017-Ucayali, fundamento 3.5. La Sala Civil Permanente comenta que emplea los conceptos utilizados por Matilde Zavala, seguida por Osvaldo Burgos para ello. Sin embargo, y siguiendo a Zavala de González y León Hilario, la reflexión de la Sala no es la más acertada. Zavala de González refiere, sobre la teoría del proyecto de vida, que “soslaya que en muchas personas no hay esa unilateralidad, ni fatalismo decisorio en el destino seleccionado, así como que casi todas poseen aptitudes para la sustitución y readaptación (a diferencia de otros animales, signados por los instintos). Una cosa es la dificultad, a veces extrema, para colmar un vacío existencial, y otra diversa, la imposibilidad rotunda para lograrlo” (Zavala de González, 2009, p. 203).

Sobre esta cita, véase también el pie de página número 56 de León Hilario, L. (2020). “El daño al proyecto de vida colisiona con la Constitución” (...) (p. 30).

Las referencias completas se encuentran en la bibliografía de esta tesis.

	<ol style="list-style-type: none"> 4. Resulta imposible traducir la magnitud del daño moral a dinero, sin embargo, no debe caerse en la arbitrariedad⁴⁶. 5. La prueba de este se acredita dada la nocividad del evento dañoso para los familiares, tomando en consideración la máxima de la experiencia y el proceder de la persona común. 6. El monto por daño moral a indemnizar corresponde a S/ 60,000.00 (global) dividido bajo los términos antes detallados.
--	---

3.2.10. III Pleno Casatorio

Se aborda el análisis del Tercer Pleno Casatorio ya que debe orientar la labor de los jueces al momento de enfrentarse a casos en que exista una similar aplicación de las normas en condiciones o circunstancias que puedan ser similares por analogía. Si bien el III Pleno Casatorio versa sobre un caso del Derecho de Familia sobre el divorcio y asuntos procesales que surgen de este, la Sala Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República se pronuncia sobre el daño a la persona, el daño moral y el daño al proyecto de vida (con especial énfasis en la existencia o inexistencia del daño al proyecto de vida matrimonial) desde la óptica del artículo 345-A del Código Civil. Es decir, es importante recurrir a esta casación debido a que es parte de la Jurisprudencia vinculante sobre la materia que concierne a esta tesis.

Tabla N°14 – III Pleno Casatorio Civil (2010)

III Pleno Casatorio Civil (2010)	
Casación 4664-2010 - Puno	
Demandante	Rene Huaquipaco Hanco
Demandada	Catalina Ortiz Velazco
Sumilla	El presente caso versa sobre una demanda de divorcio interpuesta por el demandante sobre la base de la separación de cuerpos y la reconvención realizada por la demandada, quien solicita indemnización por daños y perjuicios.
Pretensión	Divorcio por la causal de separación de cuerpos.
Contestación a la demanda y reconvención	La demandada contesta la demanda explicando que apoyó al demandante, económica y espiritualmente, realizando trabajos forzados, desde el año 1980 hasta el momento de su separación en el año 1997 (abandono por parte del

⁴⁶ Casación N°3716-2015 Lambayeque (Recurso de Casación, fundamento 5.1). Es menester indicar que la Casación trabajada emplea las definiciones de la Casación N°4967-2013, Lambayeque.

	<p>demandante), punto en que el demandante vendió las cinco (05) máquinas de tejer, doscientas veinticinco (225) varillas de fierro y la suma de US\$ 6,000.00, todo adquirido durante su vida en común.</p> <p>Reconvención:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La demandada apoyó al demandado a cursar sus estudios (profesor) y a financiar otros gastos. 2. La demandada sufrió maltratos físicos, llegando a encontrarse inconsciente y a sufrir daño cerebral; y verbales, llegando a sentirse amenazada por el demandante. 3. La demandada y sus hijos (04) se vieron abandonados debido a que el demandante incurrió en adulterio, por ello tuvo que demandar alimentos (la demandada no tiene bienes propios). 4. La demandada señala que no tiene un trabajo seguro y que sus hijos son estudiantes. 5. La demandada solicita la liquidación de bienes gananciales. 6. La demandada comenta que el demandante maltrató a su hijo mayor.
Decisión de Primera Instancia	<p>El Primer Juzgado de Familia de la Provincia de San Román declaró fundada la demanda de divorcio por causal de separación de hecho, disuelto el vínculo matrimonial y fenecido el régimen de sociedad de gananciales y ordenó su inscripción en los registros personales.</p> <p>Declaró fundada la pretensión en el extremo del régimen de visitas autorizando al demandante visitar una vez por semana (sábado) a sus menores hijos, sin perjudicar sus estudios ni alterar su normal desenvolvimiento.</p> <p>Declaró fundada en parte la reconvención en el extremo sobre indemnización de daño moral y ordenó que el demandante indemnice a favor de la demandada la suma de S/.10,000.00; sin costas ni costos.</p>
Apelación (demandante)	<p>El demandante apeló pretendiendo la revocatoria de la sentencia en el extremo que declara fundada la reconvención por daño moral y que se reforme declarándola infundada, alegando:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Sus padres lo apoyaron a cursar sus estudios, por lo que el apoyo brindado por la demandada no era exclusivo. 2. Atiende sus deberes de alimentos desde antes de interpuesta la obligación (30 años). 3. La demandada no solicitó indemnización por daño moral, además, este habría prescrito y caducado al momento (en que se interpone la apelación).
Apelación (demandada)	<p>La demandada apeló pretendiendo la revocatoria de la sentencia en el extremo que declara fundada la reconvención por daño moral, se reforme declarándola fundada en todos sus extremos, que subsista la prestación</p>

	<p>de alimentos y se declare improcedente el régimen de visitas, alegando:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. El demandante la abandonó moral y materialmente por otra mujer, mientras ella cumplía con los deberes de cónyuge y sostén de la familia. 2. El comportamiento doloso del demandante debería ser sancionado con una indemnización o con prestación de alimentos definitiva, dado que la demandada necesita asistencia médica y no puede valerse por sí misma con el trabajo de vendedora ambulante de fruta al por menor. 3. Pese a haber demostrado la existencia de los elementos (máquinas de tejer y varillas) y dinero (US\$ 6,000.00), no hubo pronunciamiento sobre la liquidación de la sociedad de gananciales. 4. No es necesario pronunciarse sobre el régimen de visitas (hijos mayores de edad).
Decisión de Segunda Instancia	<p>La Sala Civil de San Román – Juliaca de la Corte Superior de Justicia de Puno confirmó la apelada en el extremo en que declaró fundada la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho; en el extremo que declaró fundada la reconvención sobre indemnización y ordenó que el demandante indemnice a la demandada con la suma de S/.10,000.00.</p> <p>Revocó la sentencia en el extremo que declaró fundada la pretensión de régimen de visitas, y reformándola declaró sustracción de la pretensión del ámbito jurisdiccional (hijos cumplieron la mayoría de edad); integrándola, declaró el cese del derecho de la mujer a llevar el apellido del cónyuge y la pérdida del derecho hereditario entre las partes.</p> <p>Entre las fundamentaciones de la decisión se encuentra velar por la estabilidad económica de la cónyuge perjudicada e inocente.</p>
Decisión de Casación (precedente)	<p>La Sala Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, declaró infundado el recurso de casación interpuesto por el demandante, por lo tanto, no casaron.</p> <p>Constituye precedente judicial vinculante:</p> <p>Fundamento 2:</p> <p>(...) a pedido de parte o de oficio señalará una indemnización por daños, el que incluye el daño a la persona, u ordenará la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que pudiera corresponderle. El daño moral es indemnizable y se halla comprendido en el daño a la persona (Casación 4664-2010 – Puno).⁴⁷</p>
Apuntes sobre el uso de conceptos	<p>La primera instancia sentencia que la indemnización por daños y perjuicios solicitada por la demandada debe prosperar solo por daño moral, el fundamento de ello: el menoscabo a los sentimientos de la demandada debido a la</p>

⁴⁷ El resaltado es nuestro.

	<p>ruptura del vínculo matrimonial y por el fin del mantenimiento familiar. Explica que estos sentimientos, al ser una consecuencia natural del evento, son inferidos y su probanza objetiva tiene limitaciones. Por lo que esta instancia interpretó el concepto de daño moral en sentido estricto.</p> <p>La segunda instancia, por otro lado, confirma el monto indemnizatorio (S/ 10,000.00) y lo fundamenta sobre la base de daño y perjuicio sufrido debido a la aflicción de los sentimientos y frustración del proyecto de vida matrimonial de la demandada, estableciendo que el supuesto es la responsabilidad civil familiar de tipo extracontractual, sin embargo, la Sala no incide en la relación entre daño moral y daño a la persona, solo declarando fundado el extremo sobre indemnización sin referir en la decisión por qué concepto se indemniza, por lo que no sería desacertado entender que la Sala utiliza los conceptos de daño moral y daño a la persona como términos intercambiables, y que el daño al proyecto de vida -en este caso “matrimonial”- sería un criterio para adjudicar una indemnización.</p> <p>El Pleno Casatorio discute sobre un tema propio del Derecho de Familia: la indemnización o la adjudicación de bienes de la sociedad conyugal a partir de un divorcio remedio por la causal de separación de hecho, llegando a la conclusión de que debe favorecerse con una indemnización al cónyuge más perjudicado con la separación de hecho (para ello debe atenderse a ciertos elementos de culpa o dolo) y “esta indemnización debe comprender tanto el menoscabo patrimonial como el daño a la persona, en el que se comprende al daño moral” (Casación N°4664-2010 – Puno, fundamento 49). Es menester atender que la indemnización tiene carácter de responsabilidad familiar y especial (Casación 4664-2010 – Puno, fundamento 53, 8.2.5) y su fundamento es la equidad y la solidaridad familiar (Casación 4664-2010 – Puno, precedente, fundamento 6), por lo que no cabría aplicar las reglas de la responsabilidad civil (Casación 4664-2010 – Puno, fundamento 57) y que la interpretación del daño a la persona y el daño moral empleada es la de Fernández Sessarego, siendo una relación de género a especie, advirtiendo que el Código Civil usa ambos conceptos como términos intercambiables, en sentido estricto (daño moral) o diferenciados (Casación 4664-2010 – Puno, fundamento 71).</p> <p>Además, en el fundamento 66 se explica que hay identidad entre el daño personal a que refiere el artículo 345-A y el daño a la persona reconocido por el artículo 1985 del Código Civil y que, dentro de sí, contiene al daño biológico</p>
--	---

	<p>y daño a la salud trabajados por la doctrina italiana, y el daño al proyecto de vida.</p> <p>Por otro lado, el daño moral contendría en sí al daño psíquico, susceptible de diagnóstico médico (Casación 4664-2010 – Puno, fundamento 71, párrafo 5).</p> <p>Para efectos de la indemnización, se establece sobre la probanza de los daños que:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La parte interesada tiene la carga de probar el daño a la persona (Casación 4664-2010 – Puno, fundamento 89 párrafo 4). 2. El daño moral se considera dentro del daño a la persona (Casación 4664-2010 – Puno, fundamento 91). <p>Sobre sentencias previas, se expone que “la Sala concluye que la indemnización debe cubrir el daño y perjuicio sufrido por la demandada, mientras que el Juez reduce el ámbito de la indemnización y lo circunscribe al daño moral” (Casación 4664-2010 – Puno, 10.2., fundamento 94, párrafo 7). Además, se estableció que los daños y perjuicios sufridos por la demandada rebalsaron el concepto de daño moral en sentido estricto, dado que padeció lesiones corporales, daño psicológico y vulneración a la integridad física (Casación 4664-2010 – Puno, fundamento 96.c); y, arguye que no queda claro cuáles serían las probabilidades de realización de la demandada que quedaron trucas por la frustración al daño al proyecto de vida matrimonial. Respecto a la indemnización por daño al proyecto de vida y/o daño al proyecto de vida matrimonial resultan discutibles (Casación 4664-2010 – Puno, fundamento 70) y se deja entrever que su aplicación dependería del caso y sus particularidades, pero que en el caso materia de casación no cabría su aplicación y no forma parte del precedente, incluso siendo el primero (daño al proyecto de vida) entendido por parte de la doctrina como un criterio del daño a la persona, mientras que sí lo hace el daño moral en relación a su interpretación de género a especie.</p>
--	---

3.2.11. Sentencia CIDH: Caso María Elena Loayza Tamayo

Voto Razonado (Excepciones Preliminares): Juez Antonio Cançado Trindade.

Voto Disidente (Sentencia de Fondo): Juez Alejandro Montiel Argüello.

Voto Concurrente (Sentencia de Fondo): Juez Antonio Cançado Trindade y Juez Oliver Jackman.

Voto Disidente (Sentencia de Reparaciones y Costas): Juez Carlos de Roux Rengifo.

Voto Razonado Conjunto (Sentencia de Reparaciones y Costas): Juez Antonio Cançado Trindade y Juez Alirio Abreu Burelli.

Voto Razonado Concurrente (Sentencia de Reparaciones y Costas): Juez Oliver Jackman.

Voto Concurrente (Sentencia de Reparaciones y Costas): Juez Sergio García Ramírez.

Tabla N°15 – Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos – Caso María Elena Loayza Tamayo (1998)

SENT. CIDH: CASO MARÍA ELENA LOAYZA TAMAYO (1998)	
Demandante	María Elena Loayza Tamayo
Demandado	Estado Peruano
Sumilla	<p>El caso refiere a la responsabilidad internacional del Estado Peruano respecto de los tratos crueles, inhumanos y degradantes, la falta de garantías y protección judicial para cuestionar su detención y el proceso en jurisdicción penal militar en perjuicio de María Elena Loayza Tamayo.</p> <p>El 6 de febrero de 1993 María Elena Loayza Tamayo (profesora universitaria), fue detenida por miembros de la División Nacional contra el Terrorismo (DINCOTE) en el Distrito Los Olivos – Lima, el motivo fue su colaboración presunta con Sendero Luminoso. La demandante fue dirigida al centro de la DINCOTE, estuvo incomunicada y no le permitieron presentar recurso judicial alguno para cuestionar la realizada detención. Además, fue exhibida de forma pública como terrorista a través de medios de comunicación (usando un traje a rayas). Asimismo, fue procesada y luego absuelta por el delito de traición a la patria en fuero militar. Sin embargo, durante el proceso ordinario por delito de terrorismo fue condenada a 20 años de pena privativa de la libertad.</p> <p>Fue liberada el 16 de octubre de 1997.</p>
Pretensión	Respecto del daño moral, la demandante solicitó que la Corte ordene al Estado Peruano el pago de las siguientes indemnizaciones desagregadas: US\$ 50 000.00 a su favor; US\$ 20 000.00 para sus padres; US\$ 15 000.00 para cada uno de sus hijos y un monto global de US\$ 35 000.00 para sus hermanos (CIDH, 1998, párr. 135).
Contestación del Estado Peruano	“El Estado argumentó que “el alegado ‘daño moral’ reclamado [...] no se ajusta a la realidad de los hechos”, más aún cuando se pretende que también los familiares de la víctima sean indemnizados” (CIDH, 1998, párr. 137).

<p>Apuntes sobre el uso de conceptos</p>	<p>La Corte señala que el daño moral a la demandante resulta evidente, pues es propio de la naturaleza humana que toda persona sometida a agresiones y vejámenes como los que han sido probados en el presente caso experimente un sufrimiento moral. La Corte estima que no se requieren pruebas para llegar a esta conclusión⁴⁸ (CIDH, 1998, párr. 138).</p> <p>Por ello, y al derivar de las circunstancias, se presume la existencia de daño moral. Asimismo, la CIDH establece en el fundamento 139 que el monto de US\$ 50 000.00 resulta equitativo frente al daño moral ocasionado (CIDH, 1998, párr. 139), utilizando el término moral como sinónimo de inmaterial.</p> <p>Se indemnizó también a los hijos de la Sra. Loayza, que, al momento de los daños, eran menores de edad, con la suma de US\$ 10 000.00 a cada uno, por el concepto de daño moral, sobre la base de: a) estar alejados de su madre, y, b) la presunción de sufrimiento por parte de ellos al conocer los daños infligidos sobre su madre. Por lo que se estaría empleando el concepto de daño moral (a) y daño moral afectivo (b), a ello refieren los fundamentos 140 y 141.</p> <p>Respecto de los padres de la Sra. Loayza, ellos también recibieron (cada uno) la suma de US\$ 10 000.00 como indemnización por el concepto de daño moral sobre la base de la presunción de sufrimiento propia por ser padres.</p> <p>En similar sentido, los hermanos de la Sra. Loayza también recibieron indemnización (cada uno), la suma fue US\$3 000.00, dado que eran miembros de la misma familia y no podían ser indiferentes a los daños causados a la Sra. Loayza (CIDH, 1998, párr. 143).</p> <p>Sobre el daño al proyecto de vida, la demandante solicita a la Corte pronunciarse sobre el daño ocasionado a su proyecto de vida (CIDH, 1998, párr. 117), la CIDH así lo hace, primero, elabora sobre este que “el denominado “proyecto de vida” atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas” (CIDH, 1998, párr. 147). En segundo lugar, el fundamento 148 establece el concepto de proyecto de vida ligado a la libertad y el valor existencial; y reconoce que existió una grave vulneración al proyecto de vida de la demandante (párr. 152 y 153), pero que, debido a que la falta de jurisprudencia sobre este daño no permite traducirlo en dinero, se abstiene de cuantificarlo, “no obstante, que el acceso mismo de la víctima a la jurisdicción internacional y la emisión de la sentencia correspondiente implican un principio de satisfacción en este orden de consideraciones” (CIDH, 1998, párr. 153).</p>
--	---

⁴⁸ El resaltado es nuestro.

	<p>Asimismo, se desarrolla que, si bien no es posible devolver las condiciones para el desarrollo de la Sra. Loayza, el acceso a la justicia y esta sentencia contribuyen a compensarla (párr. 154).</p> <p>Respecto del uso y reconocimiento de los conceptos jurídicos de daño moral, daño a la persona y daño al proyecto de vida es posible aseverar que la CIDH trata al daño moral como una voz autónoma, además de equipararla al daño inmaterial o no patrimonial.</p> <p>Además, al pronunciarse sobre el daño moral lo hace de forma tal que refiere a la dualidad de este tipo de daño, es decir a su forma estricta y propia y a su forma lata e impropia; sin olvidar que el daño moral puede ser sufrido de forma subjetiva (por la víctima) y afectiva (existe por la relación afectiva). Esta aseveración se manifiesta en los fundamentos 134 – 143 en los que la CIDH reconoce el grave sufrimiento que tanto la demandante como sus allegados sufrieron durante la encarcelación y violencia ejercida sobre la Sra. Loayza, así como los daños que recaen sobre su salud física y mental.</p> <p>En ese orden, el reconocimiento del sufrimiento psicofísico, asimilado al daño moral, solo evidencia que este es suficiente en sí mismo para sostenerse como voz autónoma, equiparable al daño inmaterial y no patrimonial.</p> <p>La CIDH individualiza la voz del daño al proyecto de vida al separarlo de los daños patrimoniales: daño emergente y lucro cesante; y, estableciéndolo como parte del desarrollo personal, así como un daño patente y manifiesto respecto de la libertad y la capacidad de ejercerla, y que merece una reparación. Sin embargo, no se pronuncia sobre este daño como parte del daño moral o daño a la persona, sobre este último no se pronuncia en absoluto.</p> <p>En contraste, al reconocer la libertad y la realización personal como cimientos del concepto de proyecto de vida; y, al encontrarse dentro de la esfera inmaterial (moral) de la víctima ¿podría ser contenido por el sentido amplio del daño moral? Esta pregunta no se aborda.</p>
--	---

3.3. A manera de cierre

La jurisprudencia que tiene un alto grado de relevancia no es escasa, entre sentencias de la Corte Suprema de Justicia y fallos de la CIDH⁴⁹. Sin embargo, es menester atender un precedente cercano en tiempo como lo es el Pleno Jurisdiccional

⁴⁹ Es importante destacar que el Tribunal Constitucional trabaja sentencias de esta naturaleza y que, por lo tanto, contribuyen al conocimiento sobre el tema. Sin embargo, no se atenderán en la presente tesis.

Nacional Laboral y Procesal Laboral – 2019, del que hay disponible solo los resúmenes al momento de redactar la presente tesis. Este Pleno es de nivel nacional, por lo que, si bien no trabaja un caso concreto, sí aborda decisiones de la Corte Suprema para elaborar sus conclusiones, así, estas funcionan como referente (no precedente) para resolver, en aras de lograr criterios de uniformidad y predictibilidad. En este Pleno hay un punto de especial interés respecto al tema que nos convoca, su redacción a continuación:

“En las pretensiones indemnizatorias derivadas de un despido inconstitucional, incausado, fraudulento o arbitrario declarados judicialmente como tales; **el daño extra patrimonial invocado a título de daño moral, que comprende además al daño a la persona y otros similares**; no cabe presumir la existencia del daño moral, y su existencia deberá ser acreditada ya sea con medios probatorios directos o indirectos, salvo los casos en los que además de vulnerarse el derecho al trabajo, también se hubieran vulnerado otros derechos fundamentales como el honor, la dignidad, u otros derechos de la personalidad, en cuyo caso deberá presumirse el daño moral; sin embargo la cuantificación deberá sustentarse en la prueba aportada o en la invocación de determinados parámetros o criterios y sólo en ausencia de ellos podrá acudir a la valoración equitativa conforme al artículo 1332° del Código Civil” (Pleno Jurisdiccional Laboral y Procesal Laboral, 2019, Conclusión del Tema 1, sub tema 2).⁵⁰

Este reciente Pleno concluyó que en la pretensión indemnizatoria es el daño moral el que comprende al daño a la persona (y otros, por si hubiere duda), por lo que la fórmula utilizada sería la postura en que el daño moral es comprendido en sentido amplio, más allá del menoscabo a los sentimientos y la angustia provocada, más allá del *pretium doloris*. Además, es necesario enfatizar que el daño moral debe ser probado, en pretensiones indemnizatorias por despido inconstitucional, incausado o arbitrario, y se presume su existencia cuando se hubiere causado una trasgresión al honor, la dignidad u otros derechos fundamentales. Por ello, destacar este Pleno Laboral es necesario debido a que este ignora o rechaza las conclusiones a las que llega el III Pleno Casatorio Civil; ciertamente son materias distintas, pero el tema del daño moral y daño a la persona es de interés mutuo, y civil importa para laboral por la supletoriedad del primero en casos de insuficiencia normativa.

Las sentencias previamente trabajadas en este capítulo muestran una clara tendencia a la aceptación del daño a la persona en instancia casatoria, una resistencia a abordar el concepto en las instancias anteriores y un empleo sin muchas luces por parte

⁵⁰ El resaltado es nuestro.

de los demandantes y demandados quienes, ante la confusión terminológica, optan por pedir lo más con el fin de no recibir de menos. Además, el concepto de daño moral es utilizado las más de las veces en sentido estricto (debido a la naturaleza de cada caso).

Sea como fuere, lo cierto es que mientras una parte de la doctrina y jurisprudencia mantiene vivo al daño moral en sentido amplio o como género; la otra, o acepta este concepto como término intercambiable de daño a la persona o decide emplear el daño a la persona como género.

Sobre los montos indemnizatorios, si bien para el Código Civil parece no haber punto de inflexión al otorgar al juez libertad para atender el caso de acuerdo con las circunstancias, es menester recordar que existe un reglamento vigente, el Decreto Supremo N°049-2000-MTC, Reglamento Nacional de Responsabilidad Civil y Seguros Obligatorios por Accidentes de Tránsito (y sus modificatorias), que puede brindar si no un foco permanente, al menos una luz en medio del sinuoso camino de las indemnizaciones. La predictibilidad es necesaria para aspirar a un Derecho justo, para que el precedente funcione debe servir su propósito. Espinoza comenta que las perturbaciones del estado de ánimo y otros daños relacionados con el daño moral terminarían siendo *in re ipsa*, por lo que acreditar el evento dañoso sería suficiente para presumir la existencia del daño, a ello se debe agregar que Espinoza comenta en su opinión que, **“si no hay certeza en los daños invocados, el juez no debería fijar indemnización alguna”** (Espinoza, 2016, p. 403,)⁵¹. Además, dicho autor ya ha pronunciado palabra sobre las tabulaciones realizadas en el Decreto Supremo antes mencionado y que podrían ser equiparables con los daños a la persona, sea daño biológico o daño a la salud (Espinoza, 2016, pp. 414 – 415), comentando sobre este que

Si bien es cierto que esta no es una tabla indemnizatoria, sino una que fija los límites de la cobertura de un seguro obligatorio, los operadores jurídicos deben de tenerla en cuenta, al menos, como criterio mínimo para determinar las proporciones del *quantum* indemnizatorio en este tipo de casos, sobre el cual podrán hacer un incremento, de acuerdo a su criterio equitativo, en atención a las particularidades de cada supuesto (Espinoza, 2016, p. 416).

En el plano de las reparaciones o indemnizaciones, Fernández Sessarego es partícipe de los baremos, señala que “en ciertos países desarrollados existen para determinadas áreas o se hallan en proceso de elaboración lo que se designa como baremos

⁵¹ El resaltado es del autor.

(o tablas de infortunios o tarifas indemnizatorias), que son elaborados por grupos multidisciplinarios” (Fernández Sessarego, 2016, p. 611); además, estas tablas “por lo general, no son de aplicación obligatoria sino únicamente tienen una función referencial” (Fernández Sessarego, 2016, p. 613). El autor también explica, en líneas generales, los cuidados que debe tener el juez al momento de asignar indemnizaciones por el concepto de daño a la persona,

baste decir en esta oportunidad que para la reparación del daño biológico los jueces utilizan como criterio orientador para su fijación los dictámenes de los médicos legistas elaborados, a su vez, sobre la base de baremos o tablas de infortunios estructurados por grupos multidisciplinarios. En estos baremos se establece un valor equitativo para un determinado número de lesiones, el mismo que toma en cuenta la jurisprudencia, si la hubiere, y la situación socio-económica del país.

La fijación de la reparación del daño a la salud es el resultado de una estrecha colaboración entre el juez y los médicos forenses. El magistrado, sobre la base del dictamen de los expertos y de su pronóstico en cuanto al daño biológico, establece equitativamente la reparación del daño a la salud atendiendo a las circunstancias, edad, ocupación y otras actividades desarrolladas por la víctima.

Finalmente, la fijación de la reparación del daño a la libertad, especialmente en su radical expresión de daño al proyecto de vida, es también el resultado de la equitativa y sensible apreciación del juez. Ella ha de establecerse tomando en consideración, entre otros factores, la actividad desempeñada por la víctima (Fernández Sessarego, 1993, p. 14).

A partir de lo postulado por ambos autores, huelga recordar la siguiente reflexión dado que diversas sentencias abordadas en este capítulo refieren a accidentes de tránsito

La sociedad, que se encuentra en constante transformación, ha hecho cambiar la visión de las ideas que giran en torno a la teoría de la responsabilidad, hacia nuevos horizontes: hemos dejado de justificar maniqueístamente las acciones del agente dañoso para tutelar efectivamente al agente dañado. Se da un paso adelante entendiendo a la responsabilidad civil (ya no sólo como un derecho de daños), sino como una técnica de tutela civil de las situaciones jurídicas de los sujetos de derecho; pero la evolución continúa y no debemos detener el ingreso de los valores que inspirarán al nuevo sector de la solidaridad colectiva, en el cual un puntual y obligatorio sistema de seguros, nos hará mirar con extrañeza aquellas posiciones que intenten clasificar o establecer tipologías a nivel de responsabilidad civil, cuando en el futuro -auguro no esté muy lejano- sea un principio, por demás consolidado, el de la indemnización automática (Espinoza, 2016, p. 417).

A manera de concluir el tema que nos ocupa, por su origen, es posible advertir que el daño moral y el daño a la persona mantienen una relación complicada y las

similitudes entre ellos no son pocas. Ciertamente es ambicioso afirmar que Fernández Sessarego partió de una premisa completamente novedosa dado que conocía el desarrollo doctrinal y jurisprudencial del daño moral francés, sin embargo, es menester aceptar que, al partir de la premisa italiana, su distribución y sistematización de los daños, junto al discurso sobre la persona y su libertad, promovieron el debate que permitiría en este presente, que es nuestro, afirmar desde el Derecho civil peruano y sin lugar a duda que la persona es libre y esa libertad debe ser respetada; y, como en todo, habrá razonamientos más y razonamientos menos, pero dirigidos serán los esfuerzos a proteger esa libertad.

Dicho esto, se considera necesario destacar que las voces de quienes respaldan el daño moral no son menos fuertes y tienen un sólido respaldo histórico que traspasa los paradigmas hasta llegar a la actualidad, por lo que se utiliza cada vez ideas innovadoras que dotan al concepto de significado, sin perder el núcleo que lo caracteriza.

En la actualidad, la teorización de ambos conceptos se desprende de la libertad del ser humano, por lo que parten de las libertades y derechos reconocidos por la Constitución y son versátiles para afrontar las circunstancias de la sociedad peruana. Dos son las diferencias más notorias entre ellos: a) la organización interna de los conceptos. El daño moral resulta ser un daño continente, presta sus dos acepciones para contener a daños específicos asociados o derivados del daño moral en sentido estricto y en sentido lato, y, a su vez, otorgar libertad al juez, quien se encuentra autorizado a considerar las circunstancias del evento dañoso, es decir, individualizar los daños. El daño a la persona sería también un daño continente, sin embargo, su organización interna elabora sistemas en los que se incluye criterios y voces resarcitorias no autónomas. Y, b) quién puede ser titular de la acción civil. En este caso, el daño moral cuenta también con dos acepciones, como explica Espinoza: i) daño moral subjetivo, respecto de quien sufre directamente el daño y ii) daño moral afectivo, en que se daña la relación afectiva entre sujetos, o estos y animales o bienes (Espinoza, 2016). El daño a la persona es estrictamente personal, por lo que la acción puede ser interpuesta solo por quien sufre el hecho dañoso.

En suma, se advierte que mientras el daño a la persona busca estructurar y limitar al establecer una sistematización interior que sitúa los daños según un esquema preestablecido; el daño moral ha subsistido a diferentes cambios de paradigma y se ha adaptado con generosa versatilidad para otorgar un margen de flexibilidad al contener una gran cantidad de voces. Por otro lado, y sin perjuicio de lo comentado al iniciar este

apartado, el daño a la persona parte, esencialmente, de un discurso; y, es menester recordar, que fue introducido de forma irregular y sin mayor explicación a la ley. Cabe pues preguntarse si la constitución de este discurso es lo suficientemente sólida para salir victorioso en la batalla frente a tan extensa evolución histórica hasta el punto de restringirla a una mera especie.

El Código Civil peruano recibió influencia del Código francés, para este último, las dos grandes categorías dentro de la responsabilidad civil extracontractual son: daño patrimonial y daño moral (inmaterial), siendo este último de larga data trabajado por la doctrina y la jurisprudencia sin tener reconocimiento expreso en el *Code*. Se aprecia que para el Perú lo más saludable es ser pragmáticos. La confusión terminológica entre daño moral y daño a la persona y/o autonomía de ambas voces en sus versiones amplias, es insostenible. Un proverbio ruso dice: “añorar el pasado es correr tras el viento” y vaya que hay vientos desde las cuatro direcciones en el Derecho. Reconocer uno sobre el otro no elimina la historia ni los debates producto de ella. Por todo ello, y vistas las consideraciones históricas y doctrinales, optamos por defender el empleo del daño moral como concepto continente, es decir, como género, teniendo en cuenta que las apariciones del daño a la persona en la ley son las menos y que la propia estructura del daño moral permite una comprensión en sentido estricto y otra en sentido amplio, esta última formulada de manera tal que sea posible contener la propuesta del daño a la persona. Siendo así, el daño ha variado para adaptarse a nuestra realidad. Por supuesto, la opción óptima sería trabajar con términos más objetivos; sin duda con criterios más amplios el futuro se abriría ante el Derecho peruano y el Derecho peruano se abriría hacia el futuro.

En ese orden de cosas, lo que está claro es que el daño debe resarcirse si no puede repararse, y el daño en sí mismo, sus requisitos y la prueba de este (acreditado o posible de presumir su existencia) no son un problema conceptual. En contraste, es preciso resaltar que, si bien la jurisprudencia coadyuva, poco esclarece sobre el uso de términos y conceptos al evaluar el empleo de los conceptos de forma transversal. Los resarcimientos, valga, indemnizaciones, se realizaron sobre una base conceptual en que pesa más el criterio de la sala observando la causa que el principio de predictibilidad. Y es interesante notar como incluso el III Pleno Casatorio reconoce que tanto Código Civil como jurisprudencia emplean los conceptos como términos intercambiables y opta por emplear el daño a la persona como género, mientras que parte de la doctrina los separa y mantiene como voces autónomas. Así, ese mismo Pleno, desconoce la sistematización del

daño moral dentro del Código Civil y opta por subsumir las más de sus apariciones en el Código a una especie dentro del daño a la persona.

Queda una última cuestión. Si al final, tanto doctrina como jurisprudencia no tienen disyuntivas respecto de aquello que debe ser considerado para resarcir el daño extrapatrimonial ¿no es esto un problema con la ley y no con la interpretación?

La hipótesis que se trabaja en esta tesis sugiere que la coexistencia es necesaria bajo la premisa de absorción. Los fundamentos y formas de comprender estos daños han evolucionado, por lo que ignorar alguno no sería acertado, siendo así, uno debe permanecer como género y el otro debe subsumirse en especie. Si se fusiona el elocuente discurso sobre la libertad del daño a la persona y se opta por la comprensión empleada por el daño moral, la premisa general sería la protección integral del sujeto de derecho. Por lo que, respondiendo a la pregunta previamente formulada: es un problema con la ley, desde el inicio. Por ello, una ley debería ser la que lo solucione, se propone la promulgación de una ley que derogue el daño a la persona para emplear únicamente el concepto de daño moral. Esta, sin embargo, no es la opción que tomó el Anteproyecto de Reforma del Código Civil. En la Exposición de Motivos, los Miembros del Grupo de Trabajo, Revisión y Mejoras comulgan en que la noción actual no establece el alcance de los daños que pueden ser resarcidos, explican también que se busca realizar una división entre patrimonial y extrapatrimonial, situando en el segundo, que las nociones de daño a la persona y daño moral refieren a las manifestaciones del daño evento, vale argüir que no se establece la relación género – especie, omisión recalcada por Fernández Cruz. De esta manera se acogería de forma ambigua la propuesta realizada por este último autor. El artículo 1984 reformula el articulado e incluye el daño a la persona, mientras que el artículo 1985 modifica levemente la estructura existente acerca de los alcances de la indemnización. El Grupo agrega, además, que se busca “dejar claramente establecido que el daño evento, el daño consecuencia y la liquidación del daño pertenecen a tres niveles diferentes del daño y que, por ende, deben ser analizados de forma conjunta en la solución de casos concretos” (Anteproyecto de Reforma del Código Civil, 2020, art. 1984). Asimismo, es pertinente comentar que El Grupo propone derogar el artículo 345-A, única aparición del daño personal. No está claro cómo se limita el alcance de cada daño dado que en la concepción del segundo se encuentra el daño emocional y este sería, evidentemente, el daño moral en sentido restringido; sin embargo, este se mantiene al nivel del daño a la persona. Redunda comentar que esta alternativa no nos parece acertada.

CONCLUSIONES

1. La tesis presenta una aproximación a los alcances y la vigencia del tema.
2. El daño moral tiene larga data en los sistemas de Derecho, sin perjuicio de ello, su conceptualización no solo se mantiene vigente, sino que logra adaptarse a los cambios de paradigma y estar al corriente con las tendencias modernas.
3. El daño a la persona parte de un discurso y es menester tenerlo presente también al momento de comprender el daño moral actual.
4. La inclusión irregular del daño a la persona colaboró a la generación de la confusión terminológica.
5. Las dos (02) veces que aparece el daño a la persona en el Código Civil peruano no son suficientes para concluir que este es el concepto género y daño moral es el concepto especie (dentro de, la también especie, daño emocional).
6. La clasificación que sigue el Perú es la francesa, de ahí que dentro de la responsabilidad extracontractual la división sea: daño material y daño moral (inmaterial).
7. La clasificación de daño a la persona empleada por Fernández Sessarego deviene de la doctrina italiana, esta, a su vez, deriva del término daño no patrimonial utilizado por la codificación y doctrina alemana.
8. Históricamente, el daño moral ha atravesado una evolución y en la actualidad se distingue del *pretium doloris*, configurándose como un concepto omnicomprendivo.
9. El daño moral es un concepto versátil y flexible que permite dos interpretaciones: en sentido estricto y en sentido amplio. Debido a esto, es posible mantener la sistematización actual del daño en el Código Civil, sin necesidad de emplear el concepto de daño a la persona como autónomo, sino que este se encuentra incluido en el sentido amplio del primero.

10. El reconocimiento del daño a la persona en los artículos 345-A (daño personal) y 1985 del Código Civil se entendería como parte del sentido amplio de daño moral.
11. El sentido amplio de daño moral tiene la posibilidad de cubrir el concepto daño al proyecto de vida. Para su reparación, por otro lado, se debe tener en consideración:
 - a) que sea un proyecto de vida posible de resarcir, b) las circunstancias particulares de cada caso y c) la acreditación. Asimismo, se debe recordar que existen diversas formas de lograr una reparación (aunque no sea posible regresar al estado anterior al daño), todas ellas apuntando a garantizar: a) la consecución del bienestar de la víctima, b) la no repetición de la acción dañosa y c) evitar la *overcompensation* (sobrecompensación); todo esto teniendo en cuenta que es importante pensar cada sentencia como parte de una sistematización para lograr predictibilidad.
12. Sin embargo, hasta no delimitar exhaustivamente los alcances del concepto para evitar situaciones discriminatorias y proveer la necesaria predictibilidad, consideramos que no es propicio emplearlo ni otorgar indemnizaciones pecuniarias debido a que se corre el riesgo de variar los montos sin más motivación que el leal saber y entender de los jueces a cargo del caso.
13. Los conceptos de daño moral y daño a la persona no distan diametralmente el uno del otro, después de todo comparten la misma premisa: protección integral del sujeto de derecho.
14. Los matices que existen entre daño moral y daño a la persona se extienden en el tiempo por la sistematización que presenta cada uno y la carga filosófica que presenta el segundo. Eso no quiere decir que el daño moral no pueda adoptar un contenido filosófico particular, es solo que no podría provocar un cambio positivo y significativo en el significado que mantiene en la actualidad, tal y como fue abordado a lo largo de estas páginas.
15. El Anteproyecto de Reforma del Código Civil opta por mantener, en cierto sentido, la ambigüedad. Esto debido a que, en la Exposición de Motivos, el daño moral se mantiene al lado del daño a la persona y no, como aclara Fernández Cruz, dentro de este (en relación género – especie).

BIBLIOGRAFÍA

Libros, artículos y videos

- Alterini, A., & Soto, C. (2000). El proceso de codificación del Derecho privado en Perú y Argentina. En: *Derecho PUCP*, núm. 53 (pp. 513-529). Recuperado de: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200001.014>
- Barrientos, M. (2008). Del Daño Moral al Daño Extrapatrimonial: La Superación del Pretium Doloris. En: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35 núm. 1 (pp. 85-106). Recuperado de: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372008000100004#n2
- Beltrán, J. (2004). Estudios de la Relación Causal en la Responsabilidad Civil. En: *Derecho & Sociedad*, núm. 23 (pp. 260 – 266). Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/issue/view/1362>
- Beltrán, J. y Carreón, J. (2016). Material Auto Instructivo curso “responsabilidad civil contractual y extracontractual”. Recuperado de: <http://repositorio.amag.edu.pe/bitstream/handle/123456789/460/MANUAL%20CURSO%20RESPONSABILIDAD%20CIVIL.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Benatti, F. y García, S. (2020). La reparación extrapatrimonial del daño por frustración al proyecto de vida. En: *Gaceta Civil y Procesal Civil, Especial ¿Es resarcible el daño al proyecto de vida?* Tomo 80 (pp. 123 – 163). Lima. Gaceta Jurídica.
- Bullard, A. (2006). *Derecho y Economía: El análisis económico de las instituciones legales* (2^{da} ed.). Lima. Palestra Editores. Recuperado de: <http://cendoc.sc.gob.sv/textocompleto/922.pdf>
- Burgos, O. (2012). *Daños al proyecto de vida*. Buenos Aires. Editorial Astrea.
- Calderón, C. (2014). *Daño a la persona. Origen, desarrollo y vicisitudes en el Derecho Civil Peruano*. Lima. Motivensa SRL Editora Jurídica.
- Calderón, C. (2020). El daño al proyecto de vida en una sentencia penal: Aclaraciones imprescindibles. En: *Gaceta Civil y Procesal Civil, Especial ¿Es resarcible el daño al proyecto de vida?* Tomo 80 (pp. 91 – 102). Lima. Gaceta Jurídica.

- Castillo, M. y Osterling, F. (2001). *Tratado de las Obligaciones*. Primera Parte - vol. XVI - Tomo I. Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado de: <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/28700>
- Castillo, M., & Rivas Caso, G. (2014). La diligencia y la inejecución de las obligaciones. En: *Ius Et Veritas*, núm. 24(48) (pp. 130-141). Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11913>
- Cavallero, P. (2000). El ultraje de Aquileo: El daño moral en la cultura del Aíós. En: *Circe Instituto de Estudios Clásicos*, núm. 5 (pp. 80 – 90). Recuperado de: <http://www.biblioteca.unlpam.edu.ar/pubpdf/circe/v5a06cavallero.pdf>
- De Trazegnies, F. (2001). Título VII, la indemnización. En: *La responsabilidad Extracontractual: Arts. 1969-1988*, Vol. IV, Tomo I. Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado de: <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/74>
- De Trazegnies, F. (2001). Título VII, la indemnización. En: *La Responsabilidad Extracontractual: Arts. 1969-1988*, Vol. IV, Tomo II. Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado de: <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/41244>
- De Trazegnies, F. (2005). La responsabilidad extracontractual en la historia del derecho peruano. En: *Themis Revista de Derecho*, núm. 50 (pp. 207 – 216). Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/issue/view/868>
- Del Valle, R. (2012). Análisis de la evolución de la reparación del daño moral en la injuria romana. En: *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*; Año 9, núm. 42 (pp. 327-335). Recuperado de: <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/27034>
- Díez-Picazo, L. (2008). *El escándalo del daño moral*. Navarra. Editorial Aranzadi.
- Espinosa de Rueda, M. (1986). Aspectos de la Responsabilidad Civil, con especial referencia al Daño Moral. En: *Anales de derecho*, Vol. 9 (pp. 41 – 68). Recuperado de: <https://digitum.um.es/digitum/handle/10201/6147>
- Espinoza, J. (2016). *Derecho de la Responsabilidad Civil* (8^{va} ed). Lima. Pacífico Editores.
- Fernández Cruz, G. (1994). La obligación: apuntes para una dogmática jurídica del concepto. En: *Themis Revista de Derecho*, núm. 27 - 28 (pp. 41 – 56). Recuperado de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11119>
- Fernández Cruz, G. (2001). Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil: la óptica sistémica. En: *Ius et Veritas*, núm. 22 (pp. 11 – 33). Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download/15986/16410/>
- Fernández Cruz, G. (2015). La Dimensión Omnicomprensiva del Daño No Patrimonial. En: *Advocatus*, núm. 31 (pp. 317 - 338). Recuperado de: <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/4370/4291>
- Fernández Sessarego, C. (1968). *La Noción Jurídica de la Persona*. 2^o ed. Lima. UNMSM.
- Fernández Sessarego, C. (1993). Hacia una nueva sistematización del daño a la persona. En: *Cuadernos de Derecho*, núm. 3. Recuperado de:

http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_f_s_9.PDF

- Fernández Sessarego, C. (1996). El daño al proyecto de vida. En: *Derecho PUCP*, núm. 50. Recuperado de: http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_f_s_7.PDF
- Fernández Sessarego, C. (2003). Deslinde Conceptual entre "Daño a la Persona", "Daño al Proyecto de Vida" y "Daño Moral". En: *Foro Jurídico, Revista de la PUCP*, núm. 02 (pp. 15 - 51). Recuperado de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18280>
- Fernández Sessarego, C. (2003). El daño al «proyecto de vida» en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (pp. 659 – 700). Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5084776.pdf>
- Fernández Sessarego, C. (2008). ¿Es posible proteger jurídicamente el «Proyecto de Vida»? En: *Foro Jurídico*, núm. 08 (pp. 48 – 60). Recuperado de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18494>
- Fernández Sessarego, C. (2009). *Los 25 años del Código Civil peruano de 1984: historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuesta de enmiendas*. Lima. Motivensa SRL Editora Jurídica.
- Fernández Sessarego, C. (2014). El Código Civil peruano de 1984: Su elaboración, sus aportes, las enmiendas que reclama. En: *Themis Revista de Derecho*, núm. 66 (pp. 39 – 58). Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/12687>
- Fernández Sessarego, C. (2016). *Derecho de las Personas – Análisis de cada artículo del Libro Primero del Código Civil de 1984*. Lima. Pacífico Editores S.A.C.
- Fernández Sessarego, C. (2016). El Derecho y la Libertad como proyecto. En: *Ius Et Veritas*, núm. 52 (pp. 114 – 133). Recuperado de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download/16375/16779/>
- Flores Ávalos, E. (2017). Evolución histórica del daño moral a daños punitivos en México. En: *Revista Mexicana de Historia del Derecho*, 1(36), (pp. 19 - 43). Recuperado de: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/historia-derecho/article/view/11943/13706>
- García, A. (1945). *Daño moral*. Lima. Editorial Lumen S.A.
- Herrera Espinoza, J. (2012). Damnum Iniuria Datum. En: *Revista De Derecho*, núm. 3 (pp. 205 - 220). Recuperado de: <https://doi.org/10.5377/derecho.v0i3.722>
- Jiménez, R. (2005). Los daños inmateriales: una aproximación a su problemática. En *Themis Revista de Derecho*, núm. 50 (pp. 273 – 282). Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8777>
- León Hilario, L. (2003). Funcionalidad del daño moral e inutilidad del daño a la persona. Recuperado de: http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art57.PDF
- León Hilario, L. (2007). *La Responsabilidad Civil, Líneas Fundamentales y Nuevas Perspectivas*. Lima. Jurista Editores.

- León Hilario, L. (2016). *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Recuperado de: <http://repositorio.amag.edu.pe/handle/123456789/452>
- León Hilario, L. (2020). “El daño al proyecto de vida colisiona con la Constitución” Repaso sobre (y “repase” de la jurisprudencia peruana contra) un concepto no resarcible. En: *Gaceta Civil y Procesal Civil, Especial ¿Es resarcible el daño al proyecto de vida?* Tomo 80 (pp. 11 – 48). Lima. Gaceta Jurídica.
- Linares, D. (2007). “Deme su voluntad señor”. Sobre la cuantificación del daño moral. En: *Revista de Economía y Derecho*, Vol. 4, núm. 16. Recuperado de: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=fua&AN=31890598&lang=es&site=ehost-live>
- Manzanares, M. (2008). *Criterios para valorar el quantum indemnizatorio en la Responsabilidad Extracontractual*. Lima. Editora Jurídica Grijley.
- Medina, M. (1998). La doctrina judicial italiana sobre el daño biológico un ejemplo de superación de los obstáculos legales: La experiencia española como término de comparación. En: *Boletín del Ministerio de Justicia de España*, núm. 1819 (pp. 857 – 866). Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=78608>
- Mercado, E. (1988). Fundamentos del sistema de responsabilidad civil extracontractual. En: *Themis Revista de Derecho*, núm. 10 (pp. 70 – 73). Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/399242>
- Morales, R. (2020). Manifiesto contra el daño al proyecto de vida. En: *Gaceta Civil y Procesal Civil, Especial ¿Es resarcible el daño al proyecto de vida?* Tomo 80 (pp. 75 - 89). Lima. Gaceta Jurídica.
- Osterling, F. (1986). Inejecución de Obligaciones. Dolo y Culpa. En: *Libro homenaje a Rómulo E. Lanatta Guilhem*. Ed. León Barandiarán, J. (pp. 350 – 364). Lima. Cultural Cuzco. Recuperado de: <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Inejecucion%20de%20Obligaciones.pdf>
- Ramos, C. (1995). El Código Napoleónico: fuentes y génesis. En: *Derecho & Sociedad*, núm. 10 (pp. 153 – 161). Recuperado de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/14319/14935>
- Roca, L. (2014). Código Civil y Reforma en el Perú: Un repaso histórico. Entrevista a Jorge Avendaño Valdez. En: *Themis Revista de Derecho*, núm. 66 (pp. 15 – 18). Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/12684>
- Rueda, M. (2007). Las Vertientes Doctrinarias del Daño Moral o Pretium Doloris. En: *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 4, (pp. 21 - 58). Recuperado de: <https://www.redalyc.org/pdf/4275/427539904003.pdf>
- Sánchez, A. (2018). El daño a la persona en la experiencia comparada. En: *Revista Aequitas*, núm. 1 (pp. 37 – 52). Recuperado de: <https://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/Aequitas/article/download/15219/13168/52235>
- Sánchez, L. (2016). De la culpa de la lex Aquilia del derecho romano al principio de la responsabilidad por culpa en el derecho civil colombiano. En: *Revista De Derecho*

Privado, núm. 30 (pp. 287 - 335). Recuperado de: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/4554>

Sánchez, L. (2018). La Lex Aquilia: La Estructura del Damnum Iniuria Datum y su evolución a través de la interpretatio Prudentium y la Actividad Pretoria. En: *Themis Revista de Derecho*, núm. 73 (pp. 165 – 193). Recuperado de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/20898>

Sanz, A. (2000). El Concepto Jurídico de Responsabilidad en la Teoría General del Derecho. En: *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 4 (pp. 27 – 56). Recuperado de: <http://afduam.es/wp-content/uploads/pdf/4/ElconceptojuridicoderesponsabilidadenlaTeoriaGeneraldelDerecho.pdf>

Taboada, L. (2000). *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Lima, Academia de la Magistratura.

Tonin, A. (2017). *Daño moral. Interpretación desde una perspectiva semiótica*. Buenos Aires. Astrea.

Vega, Y. (2003). Imposibilidad Sobreviniente. En: *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*, Tomo VI. Gaceta Jurídica. Lima: Gaceta Jurídica Editores.

Vidal, F. (2001). Responsabilidad Civil. En: *Derecho PUCP*, núm. 54 (pp. 389 - 399). Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/issue/view/661>

Zavala De González, M. (2009). *Resarcimiento del Daño Moral*. Buenos Aires. Editorial Astrea.

Bibliografía Normativa

Anteproyecto de Reforma del Decreto Legislativo N° 295 (Código Civil peruano).

Calderón, C. e Hinojosa, K. (2020). *La Responsabilidad Civil en la Jurisprudencia Peruana*. Lima. Motivensa SRL Editorial Jurídica.

- Casación N°2890-2013 – Ica
- Casación N°4393-2013 – La Libertad
- Casación N°3716-2015 – Lambayeque
- Casación N°4716-2016 – Lima
- Casación N°4967-2013 – Lambayeque
- Casación N°1714-2018 – Lima
- Casación N°4983-2013 – Lima
- Casación N°2775-2012 – Lambayeque
- Casación N°2249-2017 - Ucayali

Casación N°13-2017. Recuperado de:

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/475a3480437b9c22bae2bb6745cba5c4/13-2017.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=475a3480437b9c22bae2bb6745cba5c4>

Casación N°3470-2015. Recuperado de: https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/10/Casacion-3470-2015-Lima-Norte-Legis.pe_.pdf

- Código Civil alemán – BGB. (1900). Recuperado de: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html>
- Código Civil argentino. (1869). Recuperado de: <http://www.saij.gob.ar/340-nacional-codigo-civil-lns0002653-1869-09-25/123456789-0abc-defg-g35-62000scanyel>
- Código Civil español. (1889). Recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>
- Código Civil francés. (1804). Recuperado de: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721/
- Código Civil italiano – Codice Civile. (1942). Recuperado de: <https://www.brocardi.it/codice-civile/libro-quarto/titolo-ix/art2043.html>
- Código Civil peruano. (1852). Recuperado de: http://blog.pucp.edu.pe/blog/conciliacion/wp-content/uploads/sites/76/2015/06/Codigo_civil_de_1852.pdf
- Código Civil peruano. (1936). Recuperado de: http://blog.pucp.edu.pe/blog/wp-content/uploads/sites/76/2014/08/codigo_civil_de_1936.pdf
- Código Civil peruano. (1984). Recuperado de: <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2015/01/Codigo-Civil-MINJUS-BCP.pdf>
- Código Civil y Comercial argentino. (2015). Recuperado de: http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf
- Código Penal italiano. (1930). Recuperado de: <https://www.brocardi.it/codice-penale/>
- Código Penal peruano. (1991). Recuperado de: <https://lpderecho.pe/codigo-penal-peruano-actualizado/>
- Constitución italiana - Costituzione. (1948). Recuperado de: <https://www.senato.it/istituzione/la-costituzione>
- III Pleno Casatorio Civil. (2010). Recuperado de: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/1ca71e004a1e6356a681ee91cb0ca5a5/II+Pleno+Casatorio+Civil.pdf?MOD=AJPERES>
- Ley N°27495. Recuperado de: https://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dgfc/diff/normatnacional_separacionhecho_y_divorcio/1_Ley_27495.pdf
- Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral. (2019). Recuperado de: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/c038e2804a217209bee8ff5ba080cb57/Conclusiones+Pleno+Nacional+Laboral.pdf?MOD=AJPERES>
- Sentencia de la CIDH, caso María Elena Loayza Tamayo vs. Estado de Perú (1998). Recuperado de: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_42_esp.pdf