
REVISTA LATINOAMERICANA DE RESPONSABILIDAD CIVIL

NUMERO 2

RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL

**DAÑO EXTRAPATRIMONIAL
DAÑO MORAL
DAÑO A LA PERSONA**

DIRECTORES

**RICARDO LUIS LORENZETTI (Argentina)
FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA (Perú)
FERNANDO PANTALEÓN PRIETO (España)
CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA (Perú)**

ASISTENTES

**VIKY LIZETH COBA MACEDO
ORIALIZ CARLA ESPINOZA SOTO**

La REVISTA LATINOAMERICANA DE RESPONSABILIDAD CIVIL no comparte necesariamente las opiniones vertidas por los autores en el presente número.

- © INSTITUTO DE DERECHO PRIVADO LATINOAMERICANO
- © CARLOS A. SOTO COAGUILA
csoto@peruarbitraje.org/carlos.soto.peru@hotmail.com
Av. San Felipe N° 540. Dpto. 1503. Jesús María. Lima - Perú
- © GRUPO EDITORIAL IBAÑEZ
Carrera 69 Bis No. 36-20 sur
Teléfonos: 2300731 - 2386035

Librería:
Calle 13 N°. 7-12
Tels: 2835194- 2847524

Con el apoyo de la Pontificia Universidad Javeriana - Bogotá.

Ley 23 de 1982

ISSN: 2027-7083

Está prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos de esta publicación por cualquier medio electrónico, reprográfico, mecánico, magnético o digital, o por cualquier sistema de almacenamiento y recuperación informática, y en general por cualquier otro medio conocido o por conocer, sin la autorización previa, expresa y escrita.

Diagramación electrónica: Clara Gómez C.

Diseño Portada: David Cortés

®

ÍNDICE GENERAL

PRESENTACIÓN	15
DOCTRINA	
1. Daño no patrimonial en Italia y en Europa	17
FRANCESCO GALGANO (<i>Italia</i>)	
1. Del derecho natural a la actual jurisprudencia sobre el daño a la persona	17
2. Convención Europea de Derechos Humanos y la Reforma Constitucional Italiana de 2001	22
3. Una frontera que aún no se ha cruzado: la directa aplicabilidad de las Cartas Internacionales de Derechos Humanos	26
4. El daño no patrimonial en el derecho comunitario.....	28
2. Indemnización del daño moral.....	31
GIOVANNA VISINTINI (<i>Italia</i>)	
3. El daño moral en los proyectos de reforma del Código Civil Argentino	51
LUIS MOISSET DE ESPANÉS (<i>Argentina</i>)	
JOSÉ FERNANDO MÁRQUEZ (<i>Argentina</i>)	
1. Introducción.....	51
1.1. El Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil.....	52
2. El daño moral y el proyecto de unificación de 1987	54
3. Los nuevos intentos de unificación	56
4. El daño moral en el proyecto de la Cámara de Diputados	59
4.1. Artículo 522.....	59
4.2. Artículo 1068 y 1078.....	61
4.3. Artículo 1099	63
5. El daño moral en el proyecto del Poder Ejecutivo.....	64
5.1. La indemnización por daño moral: bien propio	64
5.2. El daño moral y la intimidad personal	66
5.3. El daño moral y las personas jurídicas.....	68
5.4. El concepto de daño.....	71
5.5. “Quantum” de la indemnización por daño moral.....	72
5.6. Personas legitimadas.....	72
6. El proyecto de Nuevo Código de 1998.....	74
6.1. El proyecto.....	74
6.2. La responsabilidad civil en el proyecto	74
6.3. El daño extrapatrimonial	75

6.4. Ejercicio de la acción por daño extrapatrimonial.....	76
6.4.1. Legitimación activa	76
6.5. El modo de reparación del daño	78
6.6. Transmisibilidad de la acción.....	79
7. Palabras finales.....	80
4. El daño moral. La cuantía del resarcimiento y la función del juez	81
JORGE MOSSET ITURRASPE (<i>Argentina</i>)	
1. Resarcimiento real y resarcimiento simbólico.....	81
2. Criterio para evaluar el daño y fijar el resarcimiento	83
3. Criterios para determinar la cuantía de la reparación	84
3.1. Determinación de la cuantía en atención al daño patrimonial.....	85
3.2. Determinación de la cuantía con base en la gravedad de la falta	85
3.3. Determinación con base en un criterio subjetivo	87
3.4. Determinación atendiendo a los “placeres compensatorios”	91
3.5. El llamado a la prudencia judicial	92
3.6. Los precedentes judiciales	92
4. Diez reglas para la determinación de la indemnización por daño moral	93
5. La cuantificación del daño moral en los casos de lesión al honor, la intimidad y la imagen	99
JULIO CÉSAR RIVERA (<i>Argentina</i>)	
GUSTAVO GIATTI (<i>Argentina</i>)	
JUAN IGNACIO ALONSO (<i>Argentina</i>)	
1. Introducción	99
2. Brevísimas epítome de los derechos personalísimos involucrados	100
2.1. El derecho al honor	100
2.2. El derecho a la imagen	105
2.3. El derecho a la intimidad	107
2.4. Las sanciones por afectación a los derechos al honor, la imagen y la intimidad	110
2.5. La reparación del daño moral producido por la lesión al honor, la intimidad y la imagen	110
2.6. Cuantificación del daño moral	111
2.7. Cuantificación del daño moral en el caso de lesión al honor, la intimidad y la imagen	113
2.7.1. La naturaleza de la ofensa	115
2.7.2. El prestigio de la víctima	118
2.7.3. Las circunstancias personales de la víctima	119
2.7.4. El nivel de difusión del hecho	123
2.7.5. El carácter “reparador” de la indemnización	125
2.7.6. La indemnización debe ser tal que desaliente las conductas lesivas	127
6. Evolución de los perjuicios inmateriales en la jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano	131

ANDRÉS ORIÓN ÁLVAREZ PÉREZ (*Colombia*)

1. Introducción	131
1.1. Consideraciones generales	133
2. Daño moral.....	135
2.1. Independencia y autonomía del daño moral	136
3. Perjuicio fisiológico	137
4. Daño a la vida de relación	137
4.1. Desarrollo jurisprudencial de los perjuicios inmateriales	138
4.2. Sección Tercera del Consejo de Estado	139
4.3. Principio de reparación integral	142
4.4. Nueva propuesta sobre la tipología del daño inmaterial	148

7. Los perjuicios extrapatrimoniales 153

JAVIER TAMAYO JARAMILLO (*Colombia*)

1. Plan. Sección I Principios generales sobre los daños extrapatrimoniales	153
2. Clases de perjuicios extrapatrimoniales	154
3. Clasificación de los perjuicios extrapatrimoniales en el derecho comparado	155
4. Consagración de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisprudencia colombiana	156
5. Justificación de la indemnización del perjuicio extrapatrimonial	157
6. Finalidad de la condena por perjuicios extrapatrimoniales	159
7. Forma de indemnizar los daños extrapatrimoniales	161
8. La jurisprudencia colombiana y la indemnización de los perjuicios morales	163
9. Los perjuicios morales en materia contractual	165
10. Perjuicios extrapatrimoniales (morales) por daños a las cosas	169
11. Los perjuicios extrapatrimoniales en las personas jurídicas	170
12. Los perjuicios materiales no excluyen los extrapatrimoniales	171
13. Cada perjuicio extrapatrimonial debe evaluarse por separado	
Sección II: Reseña sobre los perjuicios extrapatrimoniales más importantes	171
14. Plan I. El daño moral subjetivo	172
15. Los perjuicios morales subjetivos consisten en dolor físico o psíquico	172
16. Los menores de edad también sufren perjuicios morales	174
17. Prueba de los perjuicios morales subjetivos. II. El perjuicio fisiológico (préjudice d'agrément)	177
18. Introducción. § 1. En qué consiste el perjuicio fisiológico ...	178
19. Daños independientes	178
20. Daños fisiológicos por muerte de otra persona	181
21. Nueva denominación jurisprudencial y ampliación más allá de las lesiones personales	182
22. Crítica y desarrollo posterior de esta sentencia	187
23. Forma de reparación del daño fisiológico	191

24. Valoración pecuniaria del perjuicio fisiológico § 2. Perjuicio fisiológico en el derecho comparado	193
25. Terminología. III. Daño extrapatrimonial por la simple pérdida de la vida	193
26. Planteamiento del problema	197
27. Nuestra posición. IV. El fantasma de los perjuicios morales objetivados	197
28. Planteamiento del problema	199
29. Definición de la jurisprudencia	199
30. Crítica	202
8. Hacia una predictibilidad del resarcimiento del daño a la persona en el sistema judicial peruano	207
JUAN ESPINOZA ESPINOZA (<i>Perú</i>)	
1. Algunos datos a tenerse en cuenta	208
2. ¿Cuál es el diagnóstico?	218
3. ¿Por qué la cuantificación de los daños realizada por el Poder Judicial es impredecible?	219
4. ¿Cómo cuantificar los daños no patrimoniales?	220
5. La vida y la salud para el Poder Judicial ¿Cuánto cuesta? ¿Cuánto vale?	225
6. Si muere la víctima ¿los parientes deben invocar daño a la persona o daño moral? Una necesaria purificación de los conceptos	227
7. Propuestas para que el Poder Judicial sea predecible	228
8. La necesidad de contar con un sistema de cuantificación de daños subjetivos que no excluya la valorización equitativa del juez	236
9. A manera de conclusión	237
9. El “daño al proyecto de vida” en la doctrina y la jurisprudencia contemporáneas	239
CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO (<i>Perú</i>)	
1. El surgimiento de la amplia y genérica noción de “daño a la persona”	240
1.1. Nuestra clasificación del “daño”	240
1.2. Aparición del “daño a la persona” en el escenario jurídico	241
1.3. Nuestra sistematización del “daño a la persona”	244
2. Alcances conceptuales del “daño al proyecto de vida” o “daño a la libertad fenoménica”	247
3. Exposición precursora de la naturaleza y alcances del “daño al proyecto de vida” en el Congreso Internacional celebrado en Lima en 1985	251
4. Un antecedente remoto del “daño al proyecto de vida”	254
5. El “daño al proyecto de vida” en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	254
6. Cómo y cuándo la Corte Interamericana de Derechos Humanos incorpora en su jurisprudencia el “daño al proyecto de vida” ...	255

7. El caso “María Elena Loayza Tamayo”	258
7.1. Voto “razonado” de los magistrados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Cançado Trindade y Abreu Burelli en el caso “María Elena Loayza Tamayo”	261
7.2. Voto parcialmente disidente del magistrado Roux Rengifo en el caso “Loayza Tamayo”	262
8. El caso “Luis Alberto Cantoral Benavides”	264
9. El caso “Niños de la Calle”	265
10. Voto razonado del juez Roux Rengifo en el caso “Niños de la Calle”	267
11. Caso Víctor Gutiérrez Soler con Colombia	268
12. Voto razonado del magistrado Cançado Trindade en el caso “Gutiérrez Soler”	271
13. Otros casos vistos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos	273
14. El “daño al proyecto de vida” en la legislación peruana	274
15. El “daño al proyecto de vida” en la doctrina jurídica	275
16. El “daño al proyecto de vida” en la doctrina latinoamericana	277
17. El “daño al proyecto de vida” en la doctrina española	282
18. El “daño al proyecto de vida” en la doctrina argentina	285
19. El “daño al proyecto de vida” en la doctrina italiana	288
20. El “daño al proyecto de vida” en la doctrina peruana	290
21. El “daño al proyecto de vida” en la doctrina chilena	293
22. El “daño al proyecto de vida” en la jurisprudencia argentina	295
22.1. El caso “José Daniel Pose”	295
22.2. El caso “Carlos Esteban Kuko”	296
22.3. El caso “N.N. con la Municipalidad de Buenos Aires” ...	298
22.4. El caso “Millone”	298
22.5. El caso “Rybar con el Banco de la Nación”	299
22.6. El caso “Escobar”	299
23. El “daño al proyecto de vida” en la jurisprudencia peruana	301
23.1. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional	301
23.1.1. El caso “Juan Carlos Callegari Herazo”	301
23.1.2. El caso “Félix César Calderón Urtecho”	301
23.2. En la judicatura ordinaria	302
23.2.1. El caso “Encarnación Toscano”	302
23.2.2. El caso “N.N. con Unión de Cervecerías Backus y Jhonston”	304
23.2.3. El caso “Alcázar Rojas”	304
23.2.4. El caso “José Robles Montoya”	305
23.2.5. El caso “Frida Fabiola Salinas Janssen”	309
23.2.6. El caso “Mariátegui Chiappe”	309
23.2.7. Otros casos jurisprudenciales	310
24. Laudos arbitrales: El caso “Baruch Ivcher con el Estado Peruano”	311
25. Apostilla	312
10. Resarcimiento del daño inmaterial	313
ROXANA JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA (Perú)	

1. Introducción	313
2. Breve reseña del tratamiento del daño inmaterial o moral en el sistema peruano	314
2.1. Código Civil de 1852	315
2.2. Código Civil de 1936	315
2.3. Código Civil de 1984	317
3. Daño inmaterial. Concepto y alcances	319
4. Funciones de la responsabilidad civil	326
5. Cuantificación del daño inmaterial	335
5.1. El caso de los daños por rebote o repercusión	338
5.2. Parámetros a considerar para la cuantificación del daño Inmaterial	341
11. Indemnización por daño moral	345
FELIPE OSTERLING PARODI (<i>Perú</i>)	
1. Introducción	345
2. Sobre la responsabilidad civil	346
3. Sobre el daño	348
4. El daño moral en el incumplimiento contractual	352
5. Sobre la indemnización	353
6. ¿Cuándo se puede solicitar la indemnización por daño moral?	359
7. Daño moral en el Código Civil	360
8. Conclusión	361
12. La entidad mínima para la indemnización del daño moral en la jurisprudencia uruguaya	363
ANDRÉS MARIÑO LÓPEZ (<i>Uruguay</i>)	
1. Responsabilidad civil, Derecho de daños y daño moral	363
1.1. Del paradigma de la responsabilidad civil al paradigma del Derecho de daños	363
1.2. La expansión del contenido del daño moral y de la legitimación para reclamarlo	365
2. Daño moral. Concepto y categorías	366
2.1. Concepto	366
2.2. Categorías del daño moral	367
2.2.1. Daño moral: Dolor o aflicción y daño a la vida de relación	367
2.2.2. La ampliación del contenido del daño moral: incidencia de la teoría del daño biológico. Esta expansión incide en la categoría “Daño a la vida de relación”	368
2.2.3. Daño a la vida de relación como categoría del daño moral	370
3. Derecho a la reparación integral del daño	371
3.1. Concepto y fundamentos	371
3.2. Clases de reparación	371
3.3. Limitación del derecho a la reparación integral del daño	372
4. Posiciones restrictivas de la jurisprudencia uruguaya respecto	

a la resarcibilidad del daño moral	373
5. Exigencia de una entidad mínima del daño moral para admitir su indemnización	374
5.1. Fundamentos	375
5.2. Áreas en las cuales opera la exigencia de una entidad mínima para el resarcimiento del daño moral.....	376
5.2.1. Afectación del derecho a la imagen	376
5.2.2. Incumplimiento de obligaciones contractuales	377
5.2.3. Lesiones leves.....	378
5.2.4. Estados de angustia o shocks emocionales o nerviosos	378
6. Crítica a los fundamentos de la posición que exige una entidad mínima del daño moral	379
6.1. Violación del derecho a la reparación integral del daño	379
6.2. Concepto de daño moral no ajustado a derecho.....	380
6.3. Indefinición del monto mínimo de daño necesario para la resarcibilidad aumenta la discrecionalidad judicial..	382

PRESENTACIÓN

¿Existe jurídicamente el daño extrapatrimonial o moral? ¿Cómo reparar los daños morales o extrapatrimoniales? ¿Se debe reparar el daño moral o extrapatrimonial? ¿Cómo cuantificar el monto indemnizatorio de los daños morales? ¿Cuál es el criterio de los tribunales judiciales al respecto? Estas son algunas de las interrogantes que motivaron la publicación del segundo número de la *Revista Latinoamericana de Responsabilidad Civil*.

A priori, diré que todo daño, patrimonial o extrapatrimonial, causado injustificadamente debe ser indemnizado por su autor. No hacerlo, sería contraproducente para el sistema legal, ya que la víctima (no indemnizada) perdería la confianza en el sistema de reparación de daños y tal vez buscaría justicia por mano propia. Imaginen que un sujeto viola a una niña (o niño) y no repara los daños que ha causado con su conducta ilícita. O el conductor ebrio que causa la muerte a un padre de familia, dejando una viuda sin trabajo y 3 huérfanos en edad escolar que nunca tendrán a su padre para cuidarlos y educarlos. ¿Cómo se sentirá la menor violada y la familia sobreviviente si no reciben una indemnización integral de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales que han sufrido injustificadamente? ¿Cómo se sentirán si solamente les indemnizan los daños patrimoniales y respecto de los daños morales o extrapatrimoniales les dicen que no hay forma de repararlos o, peor aún, les entregan una suma irrisoria que equivale a una burla por su cuantía? ¿Deben las víctimas asumir que vivir en sociedad es asumir riesgos y que tarde o temprano todos moriremos o, peor, que podríamos ser violados?

De otro lado, también estoy convencido que la indemnización debe ser integral, ni un dólar más ni un dólar menos. La indemnización debe reparar exactamente el daño causado a la víctima. Pedir y otorgar una suma mayor al daño causado, es enriquecerse indebidamente. Y entregar una suma menor al daño causado es no reparar. Por lo tanto, la indemnización debe ser integral a fin de colocar a la víctima en la misma situación que se encontraba antes de producirse el daño.

También debemos tener en cuenta que todo daño, ya sea patrimonial o extrapatrimonial, debe ser probado, pues los daños no se presumen. El daño debe probarse en cada caso. Y la carga de la prueba le corresponde a la víctima, como fundamento de la acción reparadora, pues es ella quien lo sufre. Del mismo modo, el daño debe ser cuantificado y, desde luego, dicho *quantum* también debe probarse.

En el segundo número de la *Revista Latinoamericana de Responsabilidad Civil*, el lector encontrará doce trabajos que en conjunto tienen la finalidad de analizar la problemática del daño extrapatrimonial o moral y las diversas formas de reparación. En tal sentido, el lector disfrutará de la lectura de temas como el estado de cuestión en Italia, Europa, Argentina y Perú; el daño moral, la cuantía del resarcimiento y la función del Juez; la cuantificación del daño moral en los casos de lesión al honor, la intimidad y la imagen; la evolución de los perjuicios inmateriales en la jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano; la predictibilidad del resarcimiento del daño a la persona en el sistema judicial peruano; el daño al proyecto de vida en la doctrina y la jurisprudencia contemporáneas; entre otros.

Por último, como es de buena educación, debemos agradecer a todas las personas que han hecho posible la edición y publicación del segundo número de la *Revista Latinoamericana de Responsabilidad Civil*. En primer lugar, a cada uno de los autores de este número, a los juristas Francesco GALGANO, Giovanna VISINTINI, Luis MOISSET DE ESPANÉS, José FERNANDO MÁRQUEZ, Jorge MOSSET ITURRASPE, Julio César RIVERA, Gustavo GIATTI, Juan Ignacio ALONSO, Andrés Orión ÁLVAREZ PÉREZ, Javier TAMAYO JARAMILLO, Juan ESPINOZA ESPINOZA, Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, Roxana JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Felipe OSTERLING PARODI y Andrés MARIÑO LÓPEZ. En segundo lugar, nuestro agradecimiento especial a los asistentes de la Revista, los jóvenes abogados Viky Lizeth COBA MACEDO y Orializ Carla ESPINOZA SOTO.

Lima, diciembre de 2013.

CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA

Director de la Revista Latinoamericana de Responsabilidad Civil

DAÑO NO PATRIMONIAL EN ITALIA Y EN EUROPA

Francesco Galgano (*)

SUMARIO: 1. Del derecho natural a la actual jurisprudencia sobre el daño a la persona. 2. La Convención Europea de Derechos Humanos y la reforma Constitucional Italiana de 2001. 3. Una frontera que aún no se ha cruzado: la directa aplicabilidad de las Cartas Internacionales de Derechos Humanos. 4. El daño no patrimonial en el derecho comunitario.

1. DEL DERECHO NATURAL A LA ACTUAL JURISPRUDENCIA SOBRE EL DAÑO A LA PERSONA.

La historia del daño moral es uno de los tantos capítulos de la vasta historia de los derechos humanos. Comienza en el siglo XVIII con el iusnaturalismo, que reconstruyó el edificio del derecho a partir del hombre. En nuestros días, se desarrolla a través de la progresiva toma de conciencia de los derechos humanos inviolables por parte de los instrumentos internacionales de derechos, así como de las constituciones y la jurisprudencia.

Fue el alemán Samuel PUFENDORF, de la escuela de derecho natural, quien trascendió el límite del daño *corpori*

(*) Profesor extraordinario en la Facultad de Derecho de la Universidad de Trieste, profesor en la Facultad de Economía y Comercio y en la Facultad de Derecho de la Universidad de Bolonia. Director de la revista "Contratto e impresa" y "Contratto e impresa/Europa". Miembro de la dirección de "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", "Rivista critica di diritto privato", "Rivista delle società", "Rivista della informazione e dell'informatica" y de la "Rivista della cooperazione".

y postuló por primera vez que el daño resarcible debía incluir la reparación del padecimiento del espíritu, la *pecunia doloris*¹. Asimismo, la codificación civil alemana de 1897 estableció por primera vez que el damnificado debía ser resarcido por el daño «inmaterial» o «no patrimonial». Sin embargo, el § 253 del *BGB*, ubicado en el capítulo correspondiente a las obligaciones generales, concerniente a las consecuencias de todas las ofensas tanto contractuales como aquilianas, plantea otro límite general: el daño no patrimonial es resarcible «sólo en los casos determinados por la ley».

Desde el área cultural alemana donde se originó, el daño moral llega al derecho italiano. En 1927, la Corte de Casación aún negaba su resarcibilidad². Sin embargo, en 1930, en el artículo 185.2 del Código Penal, aparece la norma según la cual el autor de un hecho delictivo puede ser condenado al reintegro y al resarcimiento de los «daños patrimoniales y no patrimoniales que derivan de la comisión de un delito».

En la codificación civil de 1942 se retoma al pie de la letra la formulación alemana: según el artículo 2059 CC, «el daño no patrimonial debe ser resarcido sólo en los casos determinados por la ley». Sin embargo, la norma se ubica en el capítulo relativo a los hechos ilícitos, por lo cual, en el código civil italiano, la reserva de ley adquiere un alcance más limitado: es válida sólo para la responsabilidad aquiliana y no para la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones³.

En la praxis judicial relativa a la aplicación del artículo 185.2 CP, destinado a ser por muchos años el principal «caso determinado por la ley» al que remite el artículo 2059 CC, el daño no patrimonial siempre fue reconocido no sólo a la víctima, sino también a sus familiares más cercanos, a los cuales aquél se conforma particularmente a título de *pecunia doloris*; les fue reconocido *iure proprio*, a título de reparación monetaria por el sufrimiento padecido a raíz de la pérdida del familiar. De esa manera, se dio una interpretación extensiva de la norma penal y en consecuencia también de la norma civilista, ya que se atribuía una tutela

¹ Obtengo la noticia de: DONATI, *Danno non patrimoniale e solidarietà*, Padova, 2004, p. 152 y ss., donde también consta la hipótesis de que, al respecto, el pensamiento de PUFENDORF habría recibido influencias de las antiguas *Ebraeorum leges*.

² Corte de Casación, 30 de noviembre de 1927, en *Riv. dir. com.*, 1928, II, p. 621.

³ Y sobre la resarcibilidad del daño moral por incumplimiento contractual, ver: Corte de Casación, 11 de noviembre de 2008, N° 26972, en *Foro it.*, 2009, I, c. 120.

aquiliana a los sujetos diferentes del sujeto pasivo del delito. Sin embargo, esta interpretación se justificaba porque se consideraba que el delito, como fuente de responsabilidad aquiliana, es un ilícito pluriofensivo idóneo para provocar un daño no patrimonial inclusive a sujetos diferentes de la víctima del delito como lo son sus familiares cercanos.

En 1994, se produce un cambio a partir de una sentencia de la Corte Constitucional, cuyo redactor es Luigi MENGONI: el daño no patrimonial resarcible de conformidad con el artículo 2059 CC no sólo está integrado por la perturbación del ánimo padecida por el familiar de la víctima, sino también por la lesión de un derecho humano constitucionalmente protegido como lo es el derecho a la salud del familiar⁴. En la sentencia, se había planteado la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 2059 por contraste con la protección constitucional de los derechos humanos en virtud del artículo 2 de la Constitución y, en particular, con la protección constitucional del derecho a la salud, «derecho del individuo» según el artículo 32 de la Constitución. El familiar de la víctima no sólo había aducido una perturbación del ánimo provocada por la pérdida del familiar, sino una profunda y duradera consecuencia patológica, evaluable como daño a la salud. La cuestión de inconstitucionalidad se basaba en la premisa de que el artículo 2059 CC limitaba la tutela aquiliana del daño no patrimonial al llamado daño moral subjetivo, resarcible mediante la simple *pecunia doloris*, y que por ello no era idóneo para proteger los derechos humanos, en particular el derecho a la salud, lesionados por el hecho ilícito de terceros. La Corte Constitucional sostuvo que la cuestión de inconstitucionalidad era infundada; corrigió la interpretación restrictiva del artículo 2059 CC argumentando que el padecimiento del familiar de la víctima «puede degenerar en un trauma físico o psíquico permanente, con base en cuyas consecuencias en términos de pérdida de cualidades personales, y no simplemente del *pretium doloris* en sentido estricto, debe evaluarse el resarcimiento».

El requisito del daño causado por la comisión de un delito establecido en el artículo 185. 2 CP y la referencia a los «casos determinados por la ley» contenida en el artículo 2059 CC todavía no han sido puestos en discusión. La Corte Constitucional siguió actuando dentro del esquema de la pluriofensividad del delito lesivo de la vida de la víctima y, al mismo tiempo, de la salud del familiar. Ello constituía *per se* un salto de calidad: los derechos humanos garantizados por la Constitución ascendían al

⁴ Me refiero a: Corte Const., 27 de octubre de 1994, Nº 372, en Foro it., 1994, I, c. 3298.

escenario propio del daño no patrimonial resarcible a tenor del artículo 2059 CC.

En el año 2003, se produjo otro salto de calidad: se trata de la profunda conmoción provocada en la materia por la jurisprudencia de la Corte de Casación a raíz de una interpretación evolutiva del artículo 2059 CC, que adecúa esta norma a los principios fundamentales de la Constitución y, en particular, al artículo 2, que protege los derechos inviolables del hombre tanto como individuo como integrante de las formaciones sociales en las que se desarrolla su personalidad⁵.

Se abandona el esquema de la pluriofensividad del delito que siempre presupone la comisión de un ilícito penal: se establece que el daño no patrimonial que deriva de la lesión de un derecho de la persona «es resarcible incluso si el hecho no es configurable como delito». A través de un evidente salto lógico se aduce que la tipicidad del daño no patrimonial, resarcible sólo «en los casos establecidos por la ley», puede ser reconstruida sobre nuevas bases: «la remisión a los casos en que la ley permite la reparación del daño no patrimonial también puede ser referida, tras la entrada en vigor de la Constitución, a las previsiones de la ley fundamental, atento a que el reconocimiento, en la Constitución, de los derechos inviolables inherentes a la persona que implícitamente no son de naturaleza económica exige su tutela y de esa manera configura un caso determinado por la ley, al máximo nivel, de reparación del daño no patrimonial». El vicio lógico aquí salta a la vista: el artículo 2059 CC no limita los bienes dignos de reparación del daño no patrimonial a los casos previstos por la ley, sino la misma reparación en cuestión, cualquiera sea el bien. En verdad, la Corte de Casación no integra aquí la ley ordinaria, sino que la corrige, así como fue oportuno corregirla en aquella obra de adecuación del derecho a los cambios de la conciencia social que en nuestros días le corresponde a la vocación de la jurisprudencia (vocación providencial, diríamos, cuando el legislador está ocupado en otros asuntos).

Los derechos humanos tomados en consideración son «los derechos de la familia como sociedad natural» (artículo 29 de la Constitución). Su lesión es considerada resarcible tanto en la hipótesis de que –según el esquema ya delineado por la Corte Constitucional– su lesión derive de la comisión de un delito, como

⁵ Aludo a: Corte de Casación, 31 de mayo de 2003, N° 8827, en *Foro it.*, 2003, I, c. 2273; y la innovación interpretativa fue avalada por la Corte Const., el 11 de julio de 2003, N° 233, que se refirió a «una interpretación constitucionalmente orientada del art. 2059 CC». Sobre la elaboración teórica que en esta ocasión precedió el cambio manifestado por la Corte de Casación, señalamos el ensayo de NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996.

en la hipótesis de que –como en el *leading case* de 2003– la lesión de la relación parental haya sido causada sin cometer delito alguno, ilícito civil consistente en el hecho culposo de los facultativos que por un error en el diagnóstico prenatal habían provocado una enfermedad permanente en un recién nacido. La Corte de Casación decidió que en la hipótesis del daño que deriva del asesinato de un familiar, se hace valer el interés «de la intangibilidad de la esfera de los afectos y de la recíproca solidaridad en el ámbito de la familia, el de la inviolabilidad de la libre y plena manifestación de las actividades de la persona humana en el ámbito de la peculiar formación social constituida por la familia, cuya tutela se vincula con los artículos 2, 29 y 30 de la Constitución»⁶. De la misma manera, con base en los artículos 2059 CC, y 29 y 30 de la Constitución, debe ser resarcido el daño consistente en el trastorno de las costumbres de los progenitores y en la exigencia de proveer perennemente a las necesidades del hijo en caso de que a éste le hayan provocado lesiones que puedan «suprimir las potencialidades de interrelación de la relación parental»⁷.

La reserva de la Ley contenida en el artículo 2059 CC sigue operando cuando no se presenta un daño a la persona. El daño causado a las cosas queda fuera de la interpretación evolutiva. El daño no patrimonial podrá denunciarse por daño a las cosas sólo si el hecho ilícito que lo ocasionó está previsto por la ley como delito. Se lo podrá hacer valer en el caso de daño voluntario que el Código Penal castiga como delito (artículo 635) y no en el caso de daño a las cosas ocasionado por culpa. Si el daño no patrimonial derivado del daño a una cosa puede parecer una hipótesis remota, no puede decirse lo mismo con respecto a las víctimas de delitos como la usura, susceptibles de causar una profunda perturbación en el ánimo de la víctima.

Mientras tanto, la legislación ordinaria tiende a multiplicar los «casos determinados por la ley». En efecto, se observan nuevos casos en el artículo 2 de la Ley Nº 117 de 1988, relativa a la responsabilidad de los magistrados por el daño no patrimonial causado por la privación de la libertad personal tras un comportamiento, un acto o una disposición realizados con dolo o culpa grave; en el artículo 15.2 del Código en materia de protección de los datos personales, relativo al daño que deriva de una violación de la normativa sobre el tratamiento de los datos personales; en el artículo 44.7 del Decreto Legislativo Nº 286 de 1998, que prevé la resarcibilidad del daño no patrimonial que deriva de un acto, aunque no constituya un delito, de discriminación por motivos

⁶ Corte de Casación, 31 de mayo de 2003, Nº 8828, en *Foro it.*, 2003, I, c. 2273.

⁷ Corte de Casación, 31 de mayo de 2003, Nº 8827, cit.

raciales, étnicos, nacionales o religiosos, y, finalmente, en el artículo 2 de la Ley N° 89 de 2001 (Ley Pinto), que prevé la resarcibilidad por parte del Estado del daño no patrimonial en caso de violación de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, ratificada mediante la Ley N° 848 del 4 de agosto de 1955, por incumplimiento del plazo razonable de duración del proceso en virtud del artículo 6 de la Convención.

En la legislación más reciente, la responsabilidad por daño no patrimonial tiende a constituirse en cláusula de estilo. En efecto, el artículo 125 del Código de la Propiedad Industrial dispone que la liquidación del daño por lesión de la propiedad industrial también se basa en «elementos diferentes a los económicos, como el daño moral».

2. CONVENCION EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS Y LA REFORMA CONSTITUCIONAL ITALIANA DE 2001

El nexó entre el iusnaturalismo y el constitucionalismo es demasiado conocido como para ser reiterado aquí⁸. Los dictados de la escuela de derecho natural, cuya versión británica se basa en Blackstone y en Coke, habían tomado vigor normativo en Gran Bretaña en 1689 con el *Bill of Rights*, así como lo hicieron en Francia exactamente un siglo después con la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* y en los Estados Unidos de Norteamérica con las declaraciones de derechos emanadas en varios estados en 1776, comenzando por el estado de Virginia. Conformemente a estas solemnes declaraciones, en cada Estado surgieron las cartas constitucionales que comienzan con la proclamación de los derechos del hombre que los Estados se comprometen a proteger. Si esta proclamación falta en la Constitución francesa es porque en Francia aún se considera vigente la *Déclaration* de 1789 que la jurisprudencia constitucional francesa aún aplica⁹. La impronta iusnaturalista es evidente: estas cartas constitucionales no conciben a los derechos humanos como derechos creados por la voluntad legislativa de los Estados, sino como derechos hallados por éstos, cuya existencia precede cualquier norma de ley planeada para su defensa.

⁸ Me limito aquí a señalar: BONGIOVANNI, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Roma-Bari, 2005; y la obra en tres volúmenes de FERRAJOLI, *Principia juris: teoria del diritto e della democrazia*, Roma, 2007.

⁹ Cfr. *Conseil constitutionnel*, 29 de diciembre de 2005, N° 530, que de la misma manera declaró la inconstitucionalidad de una ley tributaria lesiva de los derechos del contribuyente; y ver: PARIS, "L'objet du contrôle de Constitutionnalité", en *Rev. administr.*, 2006, p. 354.

El dogma iuspositivista del carácter exclusivamente estatal del derecho es superado: con la proclamación de los derechos humanos se postula la existencia de un orden jurídico que, como había predicado la escuela de derecho natural, recoge su propia fuente de la naturaleza misma del hombre. Las cortes constitucionales proseguirán su obra: de la razón, madre del derecho, obtendrán el criterio de razonabilidad en tanto criterio de evaluación de la legitimidad de las leyes ordinarias. En primer lugar, lo hará la Suprema Corte de los Estados Unidos: el *reasonableness test*, que se erige como principio constitucional en la IV Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de 1791, que contiene la prohibición de realizar investigaciones y arrestos «irrazonables», es constantemente utilizado por la Suprema Corte para el control de legitimidad de las leyes, censurando aquéllas que prevén medidas arbitrarias, carentes de razonabilidad, que de esa forma se convierte en un límite a la actividad legislativa.

Hay indicios de iusnaturalismo en nuestra jurisprudencia constitucional, la cual estableció que los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución no pueden ser infringidos por el legislador ni siquiera en virtud de las mayorías calificadas previstas para la revisión constitucional ni con el apoyo de referendos populares confirmatorios. En la decisión de la Corte Constitucional, ellos no son «suprimibles ni siquiera por parte de la mayoría ni por la unanimidad de los asociados», porque son «patrimonio irrevocable de la persona humana»¹⁰.

La situación italiana también es significativa en este aspecto. En principio se impugnaron, a semejanza del criterio de razonabilidad, las excepciones al principio constitucional de igualdad, consideradas admisibles sólo si son razonables. Luego se consideró ilegítimo el tratamiento legislativo uniforme de situaciones diferentes cuando la razonabilidad habría requerido un tratamiento diferenciado. Finalmente, la razonabilidad fue adoptada como criterio autónomo de evaluación de las leyes, independientemente del principio de igualdad, y se declaró la inconstitucionalidad de las normas que resultaran intrínsecamente irrazonables, es decir, incongruentes, contradictorias e injustas¹¹.

De los primeros movimientos internos de cada Estado se pasó a aquéllos transnacionales más acordes con la universalidad de los derechos humanos. La evolución se produjo después de la Segunda

¹⁰ Corte Const., 10 de abril de 2001, Nº 105, en *Giur. cost.*, 2001, p. 684; Corte Const., 28 de febrero de 1992, Nº 75, *ibidem*, 1992, p. 415; Corte Const., 28 de diciembre de 1988, Nº 1146, *ibidem*, 1988, p. 5569.

¹¹ Así a partir de Corte Const., 16 de febrero de 1963, Nº 7, en *Giur. cost.*, 1963, p. 66.

Guerra Mundial con la serie de declaraciones internacionales de derechos establecidas por convenios entre Estados.

Algunas de estas convenciones también disponen los instrumentos de protección de los derechos humanos lesionados por actos legislativos o administrativos de los Estados miembros. Las decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos tienen fuerza vinculante: los Estados miembros deben aplicar las sentencias de la Corte Europea, que pueden condenar al Estado a una indemnización equitativa a favor de la parte perjudicada.

Un ulterior salto de calidad se suscita cuando las normas de las convenciones internacionales que defienden los derechos humanos asumen el rango de normas constitucionales internas de los Estados, como criterio para juzgar la legitimidad de las leyes ordinarias. Este salto de calidad se produce en Italia en ocasión de la reforma constitucional de 2001, que reformula el artículo 117.1 de la Constitución de la siguiente manera: «la potestad legislativa es ejercida por el Estado (...) en el respeto (...) de las obligaciones internacionales».

Hay un caso ejemplar concerniente a la llamada ocupación adquisitiva que amerita ser mencionado aquí. En el pasado, la jurisprudencia ordinaria tuvo que tomar nota de que el Estado y los entes públicos no pocas veces realizan obras públicas en el suelo de particulares sin realizar una expropiación válida. De ello había surgido la figura de la accesión invertida: el ente público constructor, en razón de la propiedad de la obra, adquiriría la propiedad de la tierra. Pero la jurisprudencia señalaba que el particular ilegítimamente despojado de su propio bien tenía derecho a un resarcimiento del daño equiparado al valor de mercado del bien perdido. De todas formas, había intervenido una ley, luego receptada por el texto único, sobre la expropiación por utilidad pública, que le había negado al particular el derecho al resarcimiento del daño, reconociéndole sólo la indemnización por expropiación con el incremento de un porcentaje insignificante. La propia Corte Constitucional, mediante sus sentencias de 1993 y 1999, había admitido la legitimidad de esa inicua intervención legislativa, aduciendo la exigencia de no gravar excesivamente las finanzas públicas. Sin embargo, la Corte Constitucional ha vuelto sobre el tema declarando la ilegitimidad de aquella ley, sustentando esta vez su argumento en la Carta Europea de Derechos Humanos de 1950 y, en particular, en el artículo 1 del Protocolo adicional de 1952, convertidos en vinculantes para el legislador nacional tras la reforma constitucional de 2001, que obligó al Estado a respetar el ordenamiento comunitario y las obligaciones internacionales. Es

así que un derecho como el derecho a la propiedad, elevado a rango de derecho humano por las convenciones referidas, se ha impuesto como límite no superable por la legislación nacional. La conclusión que sacó la Corte Constitucional es que el Estado debe resarcir al particular según el valor de mercado del terreno perdido¹².

Sin embargo, hace tiempo que en otros países se ha ido más allá. Me refiero a la jurisprudencia ordinaria francesa, y, en particular, a una sentencia del Consejo de Estado que condenó al Estado francés a resarcir los daños sufridos por los individuos a causa de una ley que no reconocía a los contribuyentes una adecuada tutela jurisdiccional¹³. En este caso los argumentos no surgieron del derecho nacional, sino de fuentes que lo trascienden, en particular de la Convención Europea de Derechos Humanos, que proclama el derecho de los individuos a un juez imparcial.

A la globalización de los mercados corresponde otra forma noble de globalización, de sabor iusnaturalista, que bien podríamos definir de globalización de los derechos humanos¹⁴.

Todavía no contamos con sentencias de los jueces ordinarios de igual tenor que las sentencias francesas. Sin embargo, existe una sentencia de la Corte de Casación que en materia de posesión no observa el derecho en sentido estricto, sino que en su lugar aplica el derecho natural. En el pasado habría provocado escándalo: nuestros jueces, educados en el positivismo jurídico, nunca hubieran llegado tan lejos. La Corte de Casación declara que de acuerdo con el derecho estricto, subsistía el perjuicio denunciado y el propietario había atentado contra la legítima posesión de terceros. Sin embargo, invoca la «razón natural», el principio de derecho natural que reconoce al individuo el derecho a la autodefensa de la posesión y, con base en una norma extra-legislativa de derecho natural, reforma la sentencia de primera instancia que en virtud del Código Civil había hecho lugar a la acción de manutención y a la de daños¹⁵.

Lo cierto es que en otra época se consideraba que con el derecho de los Estados el hombre construía su propia historia. En la actual sociedad global, el derecho positivo ya no es historia, es crónica, sólo crónica local. El derecho natural, que antes era tachado de antihistórico, hoy es el único derecho que aspira a ser, más allá

¹² Corte Const., 24 de octubre de 2007, N°s. 348 y 349, en *Foro it.*, 2008, I, c. 40.

¹³ Conseil d'État, 8 de febrero de 2007, N° 279522, en *Recueil Dalloz*, 2007, p. 1214.

¹⁴ Sobre este punto, me detuve en "Globalizzazione dell'economia e universalità del diritto", en *Pol. del dir.*, 2009, p. 177.

¹⁵ Corte de Casación, 9 de enero de 2007, N° 196, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 1140.

de la subdivisión de los derechos nacionales, el derecho de toda la humanidad, tal como es consignado en las universales cartas de derechos humanos y, tal como se observa en la regulación de las relaciones económicas dentro del mercado global, en aquellos principios generales del derecho civil denominados nueva *lex mercatoria*, actualmente adoptados como modelo de las mismas legislaciones nacionales, como en el caso del *Hardship* recientemente aceptado en el Código Civil Alemán.

Sin embargo, es preciso aclarar otro punto. El derecho natural no es, como sus críticos sostienen, un derecho estático de contenidos inmutables. Inmutable es su fuente –la razón– y no su contenido. La historia revela que el catálogo de los derechos humanos es un catálogo abierto destinado a evolucionar a través de las mutaciones de la condición humana. En efecto, nuevos derechos humanos se agregan a los precedentes en las cartas que los proclaman o, independientemente de éstas, en el desarrollo de la jurisprudencia. Basta con poner un ejemplo tomado de la carta más reciente, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000. No sólo figuran en ella los derechos que presentan una continuidad con aquéllos adquiridos precedentemente como el derecho a la no discriminación fundada en el «color de la piel» (artículo 21) o como el derecho a un juez imparcial (artículo 47). También figuran allí derechos nuevos que son el producto de innovaciones en la organización económica, como «el derecho de los trabajadores a la información y consulta en el ámbito de la empresa» (artículo 27), que constituye el derecho humano a conocer el propio destino y a contribuir a determinarlo.

3. UNA FRONTERA QUE AÚN NO SE HA CRUZADO: LA DIRECTA APLICABILIDAD DE LAS CARTAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS.

Todavía hay incertidumbre en lo concerniente a la tutela aquiliana de los derechos humanos. La Corte de Casación admite que la misma «no está limitada a los casos de derechos inviolables expresamente reconocidos por la Corte Constitucional». Asimismo, toma nota de la «apertura del artículo 2 de la Constitución a un proceso evolutivo» pero queda atada una visión estatista, al afirmar que debe tratarse de derechos de «rango constitucional», dignos de ser tutelados –si no es con base en normas expresas– por lo menos a semejanza del «sistema constitucional en su totalidad»¹⁶. Las convenciones de protección de los dere-

¹⁶ En Corte de Casación, Sez. un., 11 de noviembre de 2008, N° 26972, cit.

chos humanos, en cuanto ratificadas mediante leyes ordinarias, no se erigen a rango constitucional y no pueden ser invocadas ante el juez nacional aun cuando limiten, en virtud del artículo 117.1 de la Constitución, «la potestad legislativa del Estado». La nueva norma constitucional introducida con la reforma de 2001 implica que las leyes ordinarias, contrastantes con los derechos reconocidos por las mencionadas convenciones, resultarán inconstitucionales, y sólo tras un pronunciamiento de la Corte Constitucional en ese sentido el damnificado podrá recurrir a un juez ordinario¹⁷.

El tema es que los derechos humanos a los que se refiere el artículo 2 de la Constitución son, por su misma naturaleza, derechos universales que trascienden las fronteras políticas de los Estados y que se sustraen a la facultad de disposición inherente a su soberanía. Son derechos hallados y no creados por los Estados; son derechos del hombre en cuanto tal, no del hombre en cuanto ciudadano y, debido a esta condición universal suya, la República, en virtud del artículo 2 de la Constitución, los reconoce y garantiza. El nuevo artículo 117.1 de la Constitución debe ser interpretado a la luz del artículo 2: las convenciones que por el acuerdo entre los Estados identifican cada derecho humano son intangibles por acto legislativo del Estado y de las Regiones. Lo son aunque se trate de convenciones ratificadas por una ley ordinaria. Si la naturaleza de la ley de ratificación en cuanto ley ordinaria fuera relevante, no tendría ningún sentido el artículo 117.1, que impone al legislador nacional el «respeto» por esas convenciones, dado que una ley ordinaria, tal como la ley de ratificación, siempre puede ser modificada por una ley ordinaria sucesiva. ¿Por qué entonces subordinar la aplicación de las convenciones al examen de conformidad de la Constitución? Es preciso además considerar que las obligaciones internacionales están planteadas en el artículo 117.1 en el mismo plano del ordenamiento comunitario y sometido al mismo deber de respeto por parte del legislador nacional. Por otra parte, ya no quedan dudas sobre la directa aplicabilidad del derecho comunitario por parte del juez nacional. En otros países –como en el ejemplo de Francia antes referido– las convenciones internacionales sobre derechos humanos son consideradas como directamente invocables ante el juez nacional, incluso independientemente de la vigencia de una norma correspondiente a nuestro artículo 117.1 de la Constitución¹⁸. Resulta entonces legítimo esperar ulteriores

¹⁷ En Corte Const., 24 de octubre de 2007, N°s. 348 y 349, cit.

¹⁸ Para un panorama más amplio: cfr. cassese, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009.

desarrollos por parte de nuestra jurisprudencia, tanto ordinaria como constitucional.

4. EL DAÑO NO PATRIMONIAL EN EL DERECHO COMUNITARIO.

El daño no patrimonial llega al derecho comunitario en 2002 mediante una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conocida como sentencia sobre daño no patrimonial por «vacaciones frustradas»¹⁹. La sentencia concierne al daño ocasionado al turista por incumplimiento contractual de la agencia de turismo; pero su *ratio* es susceptible de ser extendida a la responsabilidad por hecho ilícito.

Una lectura de la sentencia del Tribunal de Justicia a la luz de la jurisprudencia nacional sobre daño no patrimonial puede llevar a observar en el daño por vacaciones frustradas una aplicación de la figura de daño existencial como lesión de la calidad de vida, que nuestra jurisprudencia ha calificado como daño no patrimonial en una serie de hipótesis que van del llamado daño parental como pérdida de la relación personal con el familiar cercano²⁰ al daño por descalificación profesional del trabajador²¹.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia no apunta a proteger el derecho a las vacaciones como derecho humano en la sociedad opulenta. Surge de la constatación de que algunos países de la Unión Europea prevén el resarcimiento del daño moral mientras que otros no lo prevén. De ello deduce una distorsión de la competencia entre las empresas de viajes, algunas de las cuales están obligadas por el derecho interno a una responsabilidad más extensa y otras están exentas de ella. Además, para evitar una distorsión tal de la competencia, impone una armonización al más alto nivel, extendiendo a toda la comunidad el resarcimiento del daño no patrimonial. Para expresarse en términos de derechos humanos, es preciso referirse más bien a la libertad de empresa de los operadores turísticos, encontrándose la libertad de empresa entre los derechos humanos contenidos en el artículo

¹⁹ El concepto de «vacaciones frustradas» fue introducido por el Tribunal de Justicia el 13 de marzo de 2002, C, 168, en *Resp. civ. prev.*, 2002, p. 360, como hecho que determina la responsabilidad por daño no patrimonial ocasionado al turista por el proveedor del «paquete turístico»; ver también para otros detalles: Pieralberto MENGOTZI, *Il risarcimento del danno morale da vacanza rovinata*, en *Contratto e impresa Europa*, 2003, p. 589; ALVISI, *Il diritto privato del turismo*, Torino, 2007, p. 191 y ss.

²⁰ Corte de Casación, 12 de junio de 2006, N° 13546, en *Corriere giur.*, 2006, p. 1382.

²¹ Corte de Casación, 24 de marzo de 2006, N° 6572, en *Foro it.*, 2006, I, c. 1344.

16 de la citada Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000.

Es posible afirmar que la sentencia del Tribunal de Justicia ha recibido, en relación con la tutela aquiliana brindada a la libertad de empresa, una cierta consideración por parte del legislador nacional, pudiendo vincularse a la misma la antes mencionada resarcibilidad del daño moral que el Código de Propiedad Industrial reconoció expresamente en el año 2005. Sin embargo, esa sentencia ha sido completamente ignorada por la jurisprudencia nacional sobre el daño no patrimonial, así como la sentencia-tratado que en el año 2008 la Corte de Casación le dedicó al tema.

¿Podría hablarse de un cierto euro-escepticismo de nuestra jurisprudencia? Se diría que sí, teniendo en cuenta la posición de la misma frente a otro aspecto de la responsabilidad aquiliana, el de la responsabilidad del Estado frente al damnificado por la tardía, anómala u omitida aplicación de la directiva comunitaria. Sobre este punto la Corte de Justicia se había pronunciado en varias ocasiones²²; pero la Corte de Casación ha manifestado al respecto una actitud oscilante: algunas veces ha tomado nota de la decisión de la Corte de Justicia²³; otras veces ha querido alejarse de la misma aduciendo que la aplicación de las directivas comunitarias es una «actividad política», y que «frente al ejercicio del poder político no son configurables situaciones subjetivas individuales protegidas, por lo cual debe excluirse que de las normas del ordenamiento comunitario pueda derivarse en el ordenamiento italiano el derecho del individuo al ejercicio del poder legislativo y la calificación de ilicitud, en virtud del artículo 2043 CC, imputable al Estado-persona, de lo que es una determinación del Estado-ordenamiento»²⁴.

La Corte de Casación también ha tomado un tercer camino²⁵: el Estado no puede estar exento de responsabilidades para con el damnificado, atento al vínculo que deriva del ordenamiento comunitario, pero no se trata del resarcimiento del daño por un hecho ilícito, sino de una «indemnización por actividad antijurídica». La sentencia se basa en la consideración de que «ante el carácter autónomo y distinto entre los ordenamientos comuni-

²² A partir de la sentencia del 19 de noviembre de 1991, en *Foro it.*, 1992, IV, c. 146.

²³ Corte de Casación, 9 de abril de 2001, N° 5249, en *Foro it.*, 2002, I, c. 2663; Corte de Casación, 16 de mayo de 2003, N° 7630, *ibidem*, 1993, I, c. 2015.

²⁴ Corte de Casación, 11 de octubre de 1995, N° 10617, en *Mass. Foro it.*, 1995; Corte de Casación, 1 de abril de 2003, N° 4915, *ibidem*, 2003.

²⁵ Corte de Casación, 17 de abril de 2009, N° 9147.

tario e interno, el comportamiento del legislador es susceptible de ser calificado de antijurídico en el ámbito del ordenamiento comunitario, pero no según el criterio del ordenamiento interno, de acuerdo con principios fundamentales que resultan evidentes en la Constitución misma».

¿Todavía es válida la máxima *iura novit curia*? Se diría que no: la Corte de Casación recurre a la Constitución, pero ignora, después de ocho años de su introducción, el artículo 117.1 de la Constitución como lo había ignorado en la sentencia-tratado de 2008. Se habla de «carácter autónomo y distinto entre los dos ordenamientos», como si se tratara de las relaciones entre el Estado y la Iglesia, cada uno en su orden independiente y soberano; y se establece que «el comportamiento del legislador», transgresor de una directiva comunitaria, no es susceptible de ser calificado como antijurídico «según el criterio del ordenamiento interno», cuando el artículo 117.1 de la Constitución dispone que «la potestad legislativa es ejercida por el Estado y por las Regiones en el respeto (...) de los vínculos que derivan del ordenamiento comunitario».

Más que al dictado constitucional, la Corte de Casación respeta los antiguos dogmas de la estatalidad y de la nacionalidad del derecho. La sentencia, sin embargo, tiene un aspecto consolador: desde el momento en que no se trata de un resarcimiento del daño por un hecho ilícito sino de una indemnización por un acto lícito, la responsabilidad del Estado puede equipararse a la responsabilidad por incumplimiento. El damnificado tiene una ventaja: no es necesaria de su parte la prueba del dolo o de la culpa del damnificante, y su acción no prescribe en cinco sino en diez años en aplicación del plazo ordinario de prescripción.

INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL

Giovanna Visintini (*)

En el Código Civil italiano vigente, que data de 1942, la noción de daño no patrimonial está prevista por el legislador civil, que en el artículo 2059 se limita a prescribir lo siguiente: «El daño no patrimonial debe ser indemnizado solo en los casos determinados por la ley».

Sin embargo, en el comentario de Guardasigilli al Código Civil, existen indicios de la idea que el legislador del '42 tomó del debate doctrinal precedente, en los siguientes términos:

«En relación con la indemnización de los daños llamados morales, es decir con la reparación o la compensación indirecta de aquellos efectos del ilícito que no son de naturaleza patrimonial, está previsto no extender a todos ellos la resarcibilidad o la compensación que el artículo 185 del Código Penal plantea solo para los delitos.

»La resistencia de la jurisprudencia a tal extensión puede considerarse expresión pura de nuestra conciencia jurídica. Esta advierte que solo en

(*) Profesora emérita de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Génova, donde fue titular de la cátedra de Derecho Civil. Fue vicerrectora de la Universidad de Génova y decana de la Facultad de Jurisprudencia. Miembro del Consejo Directivo de la Escuela Forense M. De Andrè. Codirectora de las revistas *Contratto e Impresa* y *Giurisprudenza italiana*.

caso de delito es más intensa la ofensa al orden jurídico y es más acuciante la necesidad de una represión más enérgica de carácter preventivo. Por ello, el nuevo código se limitó a declarar que el daño no patrimonial debe ser indemnizado (en sentido lato) solo en los casos determinados por la ley actual o futura, y en las formas, eventualmente diferentes a una indemnización pecuniaria, que esta establece».

Leyendo estos párrafos se comprende con claridad la pretensión de adoptar un concepto estricto del daño no patrimonial consistente en el daño moral subjetivamente padecido por el damnificado a causa de la ofensa sufrida y, como tal, no evaluable en términos pecuniarios¹.

En efecto, ante la ausencia en el Código Civil de 1865 de disposiciones específicas sobre el tema, la mayoría de los intérpretes había adoptado una noción de daño, objeto de resarcimiento, relativa únicamente a los perjuicios económicos, es decir, a los efectos pecuniarios resultantes de la comisión de un ilícito².

Además, utilizando un instrumento conceptual introducido por el Código Penal de 1889, que en su artículo 38 preveía la reparación en dinero de los delitos contra el honor de la persona o de la familia, se consideraba que el daño moral, consistente en el dolor y en el padecimiento, al no poderse resarcir porque no provoca una disminución en el patrimonio de la persona que lo padece, solo puede ser aliviado mediante el castigo a las personas que cometieron el delito, obligándolas a pagar una compensación a modo de consolación. En consecuencia, en la cultura de aquellos años, el pago de una suma de dinero a título de liquidación del daño moral tenía una finalidad punitiva³.

¹ Cfr. Textualmente el comentario al Código Civil, N° 803.

² Cfr. PACCHIONI, *Dei delitti e quasi delitti*, Padova, 1940, p. 77 y ss.; CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1926, p. 26 y ss.; BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. III, Milán, II edición 1948, p. 749 y ss.; BRUGI, "Risarcimento del danno morale", en *Riv. dir. comm.*, 1921, II, p. 448 y ss.; GABBA, nota a Corte de Apelaciones de Génova, 15 de noviembre de 1895, en *Giur. it.*, 1896, I, 2, col. 569 y ss.; CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa extracontrattuale*, vol. I, Milano-Torino-Roma, II edición 1903, p. 328 y ss.

³ Cfr. para una reconstrucción histórica de los precedentes legislativos del artículo 185 CP, y para la diferencia entre 'reparación' y 'resarcimiento' utilizada por la doctrina a comienzos del siglo: PERFETTI, "Prospettiva di una interpretazione dell'articolo 2059", en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, p. 1048 y ss.; BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milán, 1983, PASSIM, cap. III y p. 85 y ss.; PARADISO, *Il danno alla persona*, Milán, 1981, p. 133 y ss.; ZENO-ZENCOVICH, *La responsabilità civile da reato*, cit., p. 9 y ss.

Una reconstrucción de tal precedente se puede leer también en la sentencia de la Corte Constitucional del 14 de julio de 1986, N° 184, sobre la que volveremos en breve.

En la codificación vigente, la opción legislativa de restringir la resarcibilidad del daño moral fue justificada en función del mismo tipo de justificación que los juristas daban al instituto de reparación pecuniaria previsto en el Código Penal Zanardelli de 1889 (que lleva el nombre del Ministro de Justicia de entonces), es decir, la necesidad de reforzar el carácter preventivo y sancionatorio de la responsabilidad civil en relación con hechos ilícitos particularmente calificados y que –aún más que los otros– debían ser prevenidos.

Se ha señalado que semejante justificación conduce sustancialmente a una equiparación del resarcimiento del daño moral con una suerte de pena privada que a quien escribe le resulta apropiada solo en relación con ilícitos dolosos lesivos de intereses tales como el honor y la reputación, cuando efectivamente puede establecerse un correlato entre la sanción con función punitiva y la intencionalidad de ocasionar la ofensa por parte del damnificado⁴.

Por el contrario, cuando se trata de hechos ilícitos que integran delitos meramente culposos, como en el caso de las lesiones personales provocadas por accidentes automovilísticos en los que la jurisprudencia a menudo debe manifestarse en orden al resarcimiento del daño no patrimonial, pareciera que la justificación señalada no es adecuada, por cuanto, en tales casos, el único perfil tomado en consideración por los jueces es el resarcitorio y el satisfactorio, y no el punitivo, ya que entre los parámetros de referencia utilizados para la liquidación de este daño, nunca figura la gravedad de la conducta.

Sin embargo, el actual Código Penal italiano ha extendido la resarcibilidad del daño no patrimonial a todos los delitos sin distinguir entre dolosos y culposos: cfr. el artículo 185 CP, que dispone textualmente: «(...) *Todo delito que haya causado un daño patrimonial o no patrimonial obliga al resarcimiento al culpable y a las personas que, según las leyes civiles (artículo 2043 CC y ss.), deben responder por el hecho*». Ahora bien, semejante opción legislativa mal se concilia con los precedentes legislativos y con las razones de política legislativa en los que se basaba.

A mi entender, la única justificación posible de tal extensión radica en la idea de que en presencia de un delito, puede plan-

⁴ Cfr. BONILINI, *op. cit.*, p. 2966 y ss.; BUSNELLI, “Verso una riscoperta delle «pene private»?”, en *Resp. civ. prev.*, 1984, p. 26 y ss.; CENDON, “Responsabilità civile e pena privata”, en BUSNELLI e SCALFI (a cura di), *Le pene private*, 1985, p. 293 y ss.; SALVI, “Risarcimento del danno extracontrattuale e «pena privata»”, *ibidem*, p. 325; ZENO-ZENCOVICH, *Onore e reputazione nel sistema del diritto civile*, Napoli, 1985, p. 320 y ss.

tearse la hipótesis de una mayor intensidad de la ofensa y de una repercusión en la esfera psíquica del sujeto, por lo cual, ante la presencia de un delito, es más factible probar el daño psíquico padecido por la víctima.

Puede decirse entonces que la normativa expresada en el artículo 2059 CC tendiente a restringir la resarcibilidad solo a los casos determinados por la ley (de los cuales el más importante es el artículo 185 CP) no se explica en una visión sancionatoria y punitiva, sino que se inserta en el marco de las demás normas que reducen la resarcibilidad de los daños de difícil comprobación⁵.

En otros términos, la correlación entre el artículo 2059 CC y el artículo 185 CP, y la recurrente coincidencia del ilícito civil con el penal en materia de daño a la persona implica que este sigue siendo el caso principal de resarcimiento del daño moral, y que tales normas se insertan en el marco de directivas presentes en varias disposiciones del Código Civil (cfr. además del artículo 1223 CC, los artículos 1225 y 1227, que limitan el resarcimiento, respectivamente, a las consecuencias dañosas previsibles y a aquellas que no pueden ser evitadas por el damnificado mediante el trámite ordinario), orientadas a reducir la resarcibilidad de los daños reflejos, indirectos, imprevisibles y de difícil comprobación, que por ello tienden a circunscribir la resarcibilidad del daño no patrimonial a la hipótesis según la cual la perturbación psíquica es más manifiesta, es decir, en cierto sentido, *in re ipsa*.

Los siguientes constituyen otros casos previstos hasta ahora por el legislador italiano: las ofensas contenidas en los escritos o en los discursos pronunciados ante las autoridades judiciales (cfr. artículos 89.2 CPC y 598.2 CPP); la hipótesis explícitamente prevista en la ley que introdujo la responsabilidad del Estado por culpa grave y por dolo del juez (cfr. artículo 2 n. 1 de la ley N° 117 del 13-04-1988 sobre la indemnización del daño no patrimonial que deriva de la privación de la libertad personal); el artículo 29.9 de la ley N° 675 del 31-12-1996 sobre el tratamiento de los datos personales, que dispone la resarcibilidad del daño no patrimonial en los casos de violaciones de preceptos de la misma ley no configurados como delitos, y la normativa sobre inmigración con normas sobre la condición del extranjero que introdujo el artículo 42-7 de la ley N° 40 del 6-3-1998, que autoriza al juez que comprueba la existencia de un acto de discriminación a condenar al demandado al resarcimiento del daño no patrimonial luego de la acción civil.

⁵ VISINTINI, "Commento alla sentenza Corte cost., 14 luglio 1986, n. 184", en *Dir. inf.*, 1986, 765; D'AMICO, *Il danno da emozioni*, Milán, 1992, p. 70 y ss.

Dicho esto, resulta indudable que la toma de posición restrictiva del Código de 1942 constituyó la base sobre la que se fundamentaron una serie de orientaciones tendientes a eludir esta norma restrictiva en el ámbito del daño a la persona.

En efecto, la presencia de tal norma ha llevado con frecuencia a los jueces civiles a extender las pretensiones del daño patrimonial para incluir en ellas también a los perjuicios que solo indirectamente pueden definirse patrimoniales. Así es que con relación al daño a la persona, se han elaborado tipologías de daños tales como el “daño a la vida de relación”, el “daño estético”, el “daño biológico” y el “daño existencial”, que los jueces contraponen al daño moral subjetivo (*pretium doloris*), único daño que los magistrados incluyen en el ámbito de la previsión del artículo 2059 CC y de la reserva de la ley allí prevista.

En las numerosas sentencias que se han sucedido a través del tiempo, pueden observarse perjuicios que tienen una relevancia indirecta tal en la vida social y en la calidad de vida que resulta más fácil efectuar una evaluación de los mismos en términos económicos, y que por ello no pueden ser definidos como morales a los fines del artículo 2059 CC.

Es así que en relación con el daño a la persona, el sistema italiano se ha caracterizado por lo siguiente. En la actualidad, el juez determina el daño a la persona valiéndose de las siguientes voces: el “daño biológico”, que les corresponde a todas las víctimas y que se calcula recurriendo a tablas elaboradas por los jueces (con excepción de los infortunios en el trabajo y de las lesiones llamadas micropermanentes en las que el legislador ha intervenido recientemente), y, en caso de probarse, las siguientes: el “daño a la vida de relación”, el “daño patrimonial” consistente en pérdidas (gastos de atención médica y de funerales) y en lucro cesante (suspensión de la actividad laboral), el “daño estético” y el “daño moral”. En caso de daño por muerte o por lesiones gravísimas, algunos jueces también han otorgado de manera equitativa un resarcimiento a los familiares sobrevivientes y a aquellos que deben asistir a la víctima que no puede valerse por sí misma, a título de “daño existencial” por el trastorno de la vida familiar provocado por el hecho ilícito⁶.

Sin embargo, en el estado actual de las orientaciones jurisprudenciales, este último daño a menudo aparece en los casos en

⁶ Remito para las referencias a: VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*, Padova, III edición 2005, *passim* y especialmente el cap. VII.

que, en virtud del artículo 2043 CC, el daño injusto se sustancia en la lesión de la dignidad de la persona, y también en relación con inmisiones padecidas por el vecino propietario de la vivienda (donde, por ejemplo, en caso de ruidos molestos, a la pérdida del valor del inmueble se agregan las molestias causadas a quien reside allí) y con las perturbaciones debidas a dilaciones procesales (donde está en juego la lesión del interés por un justo proceso), más que en relación con la lesión de la integridad física de la persona⁷.

En consecuencia, como puede observarse claramente, el sistema indemnizatorio del daño a la persona se encuentra en gran parte en manos de la discrecionalidad de los jueces. Además, resulta poco organizado y sistemático, y no guarda semejanza con otros ordenamientos, inclusive con aquellos cercanos al nuestro.

De allí el intento reiterado de obtener una censura por parte de la Corte Constitucional de la opción legislativa manifestada en el artículo 2059 CC, censura que por otra parte nunca se efectivizó.

De hecho, la cuestión de inconstitucionalidad siempre fue rechazada a partir de una sentencia del año 1979 según la cual los artículos 3, 24 y 32 de la Constitución no contradicen las limitaciones a la resarcibilidad del daño no patrimonial previstas en el artículo 2059 CC y, según una sentencia del 14-7-1986, N° 184, muy comentada por la doctrina civilista, los artículos 2 y 32 de la Constitución tampoco las contradicen⁸. En fechas más recientes, hubo tres pronunciamientos en igual sentido⁹.

⁷ Las siguientes sentencias son emblemáticas: Corte de Casación del 7 de junio de 2000, N° 7713, en *Danno e resp.*, 2000, 835, en la que se reconoce el resarcimiento del daño existencial a un hijo natural por la conducta del progenitor que durante años se negó a reconocerlo y a proveer a su mantención; Corte de Casación, 5 de noviembre de 2002, N° 15449, en *Giur. it.*, 2003, I, 21, citada también en VISINTINI, *I fatti illeciti. I. Ingiustizia del danno*, Padova, III edición 2004, p. 107 y ss. (que además considera ese tipo de daño resarcible en virtud de la ley N° 89 del 24 de marzo de 2001, que introdujo la reparación equitativa en caso de violación del plazo razonable del proceso); y Trib. de Milán del 21 de octubre de 1999, en *N.G.C.C.*, 2000, I, 558; Trib. de Venecia, del 27 de septiembre de 2000, en *Danno e resp.*, 2001, 524 y en VISINTINI, *op. ult. cit.*, 127 y ss. (que reconocen el resarcimiento del *stress* psíquico y del trastorno de las actividades normales del individuo causados por la contaminación sonora).

⁸ Cfr. Corte Const. 29 de julio de 1979, N° 88, en *Giur. cost.* 1979, 656, con nota de Anzon, y en *Giur. it.*, 1980, I, 1, 9, con nota de Alpa, y en *Rass. dir. civ.*, 1980, I, 180, con nota de Flamini; y 29 de julio de 1979, N° 87, *ibidem*, 1979, I, 652 y en *Foro it.*, 1979, I, 2543. Ver también en ambas sentencias el comentario de Ponzanelli en *Resp. civ. prev.*, 1979, 698.

La sentencia N°184/1986 puede leerse en *Foro it.*, 1986, I, 2053 y *ibid.* en la col. 2976, las notas de Ponzanelli y de Monateri; en *Nuove Leggi civ. comm.*, 1986, 601 *ibid.*, comentario de A. Giusti; en *N.G.C.C.*, 1986, con nota de Alpa; en *Resp. civ. prev.* 1986, con nota de Scalfi, en *Dir. Inf.* 1986, 1986, *ibid.*, p. 725 y ss. comentarios de Alpa, De Cupis, G. B. Ferri, Paradiso, Scalfi, Amato Vincenzi y Visintini.

⁹ Cfr. Corte Const. 27 de octubre de 1994, N° 372 en *Giur. it.*, 1995, I, 406, con nota de Jannarelli; Id., ord. 22 julio de 1996, N° 293, en *Foro it.*, 1996, I, 2963,

Las primeras sentencias se encuadran en la tendencia jurisprudencial que había iniciado el proceso, que culminó en el reconocimiento de la resarcibilidad de los daños a las personas, del daño biológico como pretensión de daño resarcible autónomamente junto al daño patrimonial y moral, que esencialmente afirman que ante la resarcibilidad de este tipo de daño, independientemente de sus reflejos económicos sobre la capacidad de rédito, en el ámbito de aplicación del artículo 2043 CC, nada obsta para mantener el principio de limitación de la resarcibilidad del daño moral contenido en el artículo 2059 CC.

Recorramos el proceso de las tomas de posición de la Corte Constitucional.

En primer término, en la sentencia que enfrentó la cuestión en 1979 se lee lo siguiente: «*Dada la diferencia sustancial entre el hecho que ocasiona el daño delictivo y el hecho dañoso que constituye un ilícito meramente civil, en la discrecionalidad del legislador cabe adoptar un tratamiento diferenciado de ambas situaciones, siendo razonable valorar la calificación criminal de la conducta lesiva, pudiendo el derecho al resarcimiento ser influenciado por la condición subjetiva del autor del ilícito*». Y más aún: «*El artículo 2059 CC concierne exclusivamente a los daños morales subjetivos y no excluye que otras disposiciones prevean la resarcibilidad del daño biológico per se*».

La Corte Constitucional luego tuvo que enfrentar la cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 24 de la Constitución y sostuvo que la norma no era censurable bajo este perfil, en razón de que la misma presupone la existencia de un derecho que tiene por objeto el resarcimiento del daño no patrimonial y, por ello, limita el objeto de este derecho y no el ejercicio del mismo.

No obstante esta clara toma de posición, la cuestión sobre la inconstitucionalidad de la disposición en examen fue planteada nuevamente en 1986 por el Tribunal de Génova y por el Tribunal de Salerno con base en una supuesta incoherencia y contradicción entre la sentencia cuya máxima transcribí anteriormente y la sentencia N° 88 del 26-7-1979 que, rechazando la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 2043 CC en relación con lo dispuesto por el artículo 32 de la Constitución, había afirmado claramente la resarcibilidad del daño a la salud independientemente de cualquier reflejo de orden económico, pero lo había catalogado

con nota de De Marzo, y en *Danno e resp.*, 1996, 679, con nota de Ponzanelli; Id., 11 de julio de 2003, N° 233 en *Foro it.*, 2003, I, 2201, con nota de Navarretta y en Visintini, *I fatti illeciti. I. Ingiustizia del danno*, Padova, III edición de 2005, p. 18 y ss.

entre los daños morales. En ese caso subsistía el delito, por lo cual la Corte Constitucional no se había planteado el problema, pero había surgido el equívoco de que el daño a la salud en la acepción del daño biológico, según la sentencia N° 88, era resarcible solo en caso de delito¹⁰.

A raíz de ello, se volvió a presentar la cuestión en relación con juicios de indemnización del daño por accidentes automovilísticos, que se encuadran en el ámbito de aplicación del artículo 2054 CC con la consiguiente imputación de la responsabilidad civil por presunción de culpa (incisos primero y segundo) o con base en criterios objetivos (incisos tercero y cuarto) y, por lo tanto, independientemente de la comprobación de un delito.

En efecto, en las ordenanzas se planteó la cuestión de la injustificada diferencia de tratamiento de los ciudadanos damnificados en su integridad física cuando, dadas las mismas lesiones, son sometidos a un régimen resarcitorio diferenciado según se encuentren ante un responsable perseguible penalmente o ante un responsable al cual es imposible imputar una culpa penalmente relevante, que está obligado a reparar el daño de conformidad con el artículo 2054 CC en razón de la falta de previsión en el artículo 2059 CC de una tutela resarcitoria de la salud afectada por ilícitos meramente civiles o imputables a responsables con base en presunciones a tenor del artículo 2054.1 CC.

También en esta segunda ocasión, la Corte Constitucional consideró infundada la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 2059 CC, afirmando que la norma se refiere solo al daño moral subjetivo y no al daño a la salud que es resarcible con base en otras normas y, en particular, con base en el artículo 2043 CC¹¹. Esta vez se trata de una “sentencia-tratado” (firmada por el juez penalista Prof. Renato DELL’ANDRO), género poco cónsono con la función de la Corte Constitucional, que debería dictaminar sentencias sintéticas sobre la inconstitucionalidad. Pero el redactor ha querido servirse de la ocasión para recorrer la historia de los precedentes legislativos antes mencionados para sostener, con una articulada motivación, el rechazo de la cuestión. La Corte ha pretendido insertarse en el debate sobre el daño biológico y adherir a la posición manifestada al mismo tiempo por la Corte de Casación¹², que se había remitido al artículo 32 de la Constitución en función de la apreciación de la injusticia del daño consistente

¹⁰ Cfr. el comentario de ALPA en *Giur. it.*, 1980, *loc. cit.*

¹¹ Cfr. Corte Const., 14 de julio de 1986, N° 184, cit. *retro* a la nota 1.

¹² Cfr. Corte de Casación, 11 de febrero de 1985, N° 1130 en *Giur. it.*, 1095, I, 1, 1181, con nota de DE MATTEIS, citada también en VISINTINI, *I fatti illeciti*, cit., p. 87, que había sacado del ámbito del artículo N° 2059 CC al daño biológico

en la lesión de la salud a partir de valores constitucionales. A propósito de ello, es preciso reconocer que la Corte Constitucional delineó una interpretación más clara que la Corte de Casación de la distinción entre el “daño injusto”, como lesión de interés en cuyo ámbito debía insertarse también el daño biológico, y el “daño no patrimonial”, consistente en el simple daño moral subjetivo resultante de la lesión. Es más, la Corte Constitucional, en la sentencia N° 184/1986 (el redactor es un conocido civilista, el Prof. Luigi MENGONI), advierte que no deben confundirse nociones completamente diferentes, como lo son, por un lado, el daño a la salud, que entra en la categoría legislativa de “daño injusto” o “daño eventual”, y el daño-consecuencia, en el que se encuadran los perjuicios resarcibles, por el otro. Solamente pertenecen a este tipo de daños-consecuencia las calificaciones de los daños como patrimoniales/no patrimoniales, patrimoniales/morales subjetivos, patrimoniales indirectos/ biológico/existencial, etc.

En conclusión, según dicha sentencia, en el ámbito del artículo 2043 CC, la expresión “daño injusto” equivale a la lesión de un interés jurídicamente relevante y, por ello, como tal, comprende también la lesión de la salud, independientemente de la evaluación en términos patrimoniales de las consecuencias de la lesión. De ello surge la adhesión al derecho viviente manifestado por la jurisprudencia civilista en el sentido de la autónoma resarcibilidad de la lesión de la salud, incluso si no está acompañada por pérdidas patrimoniales o por lucro cesante.

En otros términos, el recurso a la noción de impronta penalista de “daño eventual”, en el extenso proceso argumentativo de la sentencia, sirve para aclarar la doble noción del término “daño” en el contexto del artículo 2043 CC: lesión de un interés jurídicamente relevante cuando se requiere el presupuesto de un “daño injusto”, por un lado, y de un daño-perjuicio (daño en el sentido común del término), que puede ser patrimonial o no, cuando se prevé la obligación de resarcimiento, por el otro¹³.

En el año 2003, la Corte Constitucional siguió sosteniendo que es infundada la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 2059 CC, pero avaló una interpretación, con referencia al artículo 185 CP, según la cual el daño no patrimonial debe ser indemnizado inclusive en la hipótesis de que la culpa del autor del hecho ilícito resulte de una presunción, es decir, cuando el ilícito corresponda

definiéndolo de naturaleza patrimonial y por lo tanto resarcible en virtud del artículo 2043 CC.

¹³ Para mayor abundamiento, remito a VISINTINI, *Trattato*, cit. *passim* y particularmente la p. 435.

solo en abstracto a un tipo de delito¹⁴. La máxima reza como sigue: «El artículo 2059 CC debe interpretarse en el sentido de que el daño no patrimonial, en cuanto se refiere al delito en abstracto, es resarcible inclusive en la hipótesis de que, en sede civil, la culpa del autor del hecho resulte de una presunción de ley. La cuestión de inconstitucionalidad del artículo 2059 CC con referencia a los artículos 2 y 3 de la Constitución es infundada».

En la motivación no hay indicios de otra argumentación posible en apoyo al rechazo de la cuestión de inconstitucionalidad, o sea de aquella según la cual no se ve cómo la Corte Constitucional habría podido censurar el artículo 2059 CC, que se limita a contener una reserva de ley. Solamente el legislador puede ampliar los casos de indemnizabilidad del daño moral más allá de los ya previstos, e incluso intervenir drásticamente, como lo plantean algunos autores, para abrogar toda restricción a la indemnizabilidad¹⁵.

De todas formas, también es preciso observar que en esta ocasión la Corte Constitucional se adecua a la orientación manifestada pocos meses antes por la Corte de Casación, según la cual, teniendo en cuenta la desaparición, a partir del nuevo Código Procesal Penal (cfr. artículos 75 y 652 CPP vigente), de la preeminencia de la jurisdicción penal sobre la civil, la falta de una comprobación positiva de la culpa del autor del daño no impide la resarcibilidad del daño moral si esta, como en el caso de los artículos 2054 y 2051 CC, debe considerarse subsistente con base en una presunción de la ley y si, existiendo la culpa, el hecho podría calificarse como delito¹⁶.

Tal jurisprudencia pone fin a una orientación consolidada que negaba la resarcibilidad ante la falta de comprobación de la culpabilidad, orientación que mal se conciliaba con las aperturas descriptas hasta aquí sobre otros temas¹⁷.

¹⁴ Corte Constitucional, 11 de julio de 2003, N° 233, en *Foro it.*, 2003, 2201, con nota de NAVARETTA, citada también en VISINTINI, *I fatti illeciti. I. Ingiustizia del danno*, cit., p. 18.

¹⁵ Cfr., en este segundo sentido, ZENO-ZENCOVICH, *Onore e reputazione nel sistema dell'illecito civile*, cit., p. 315 y ss.

¹⁶ Corte de Casación, 12 de mayo de 2003, N° 7282, 7281 y 7283, en *Foro it.*, 2003, 2201 y en *Giur. it.*, 2003, 1777 (en la sent. N° 7283) y en *Gius.*, 2003, 2283 (*ibid.* sent. N° 7281). Dos sentencias concernientes a los accidentes automovilísticos que implican la responsabilidad del conductor y la tercera concierne a los daños por peligros viales con responsabilidad del ANAS (sociedad que gestiona la red vial italiana).

¹⁷ Cfr. entre otros exponentes de la orientación referida en el texto: Corte de Casación, 8 de febrero de 1991, N° 1328, en *Giust. civ.*, 1992, I, 1343; Corte de Casación, 3 de septiembre de 1995, N° 11999, en *Mass. Giur. it.*, 1993.

Sin embargo, independientemente de la escasa fundamentación de las cuestiones de inconstitucionalidad, por un lado, la Corte Constitucional aprovecha la ocasión para expresar su adhesión a la tesis restrictiva de la noción de daño moral y, por el otro, su adhesión a la tesis que amplía el concepto de daño a la salud para otorgar un mayor resarcimiento del daño a la persona.

La definición de daño no patrimonial adoptada por la Corte Constitucional es la que hemos mencionado y que reiteran constantemente las grandes orientaciones jurisprudenciales existentes desde hace tiempo y antes de la entrada en vigor del Código Civil de 1942:

«Los daños no patrimoniales son los daños morales puros, es decir aquellos que no acarreen ni directa ni indirectamente consecuencias patrimoniales económicamente evaluables e identificables en el injusto trastorno de las condiciones del ánimo del sujeto perjudicado»¹⁸.

Por otro lado, tal concepción del daño no patrimonial le permite a la jurisprudencia ampliar la esfera del daño resarcible cuando no existe coincidencia entre hecho ilícito penal e ilícito civil.

En efecto, las categorías conceptuales creadas por la jurisprudencia, como las de “daño a la vida de relación”, “daño estético”, “daño biológico” y daño existencial, representan una tentativa de ampliar la resarcibilidad de los daños que indirectamente comportan la disminución del patrimonio y que, en realidad, reflejan consecuencias morales del hecho ilícito. Ello ha ocurrido porque la elaboración de la jurisprudencia sobre el daño a la persona se ha hecho de manera no falta de ambigüedad, aunque ese movimiento jurisprudencial ha sido posible gracias a la toma de posición en orden a una versión restringida del concepto de daño no patrimonial y a una versión ampliada del daño patrimonial resarcible.

Por otra parte, es preciso reconocer una reciente toma de posición de la Corte de Casación, acogida favorablemente por varios

¹⁸ Cfr., para todas, Corte de Casación, 31 de octubre de 1961, N° 2531, en *Resp. civ. prev.*, 1962, 73; Corte de Casación, 17 de enero de 1967, N° 159, en *Mass. Giur. it.*, 1967; Corte de Casación, 25 de marzo de 1970, N° 820, *ibid.*, 1971; Corte de Casación, 23 de mayo de 1975, N° 2063, *ibid.*, 1975; Corte de Casación, 11 de octubre de 1985, N° 4947, *ibid.*, 1985.

La tendencia de la jurisprudencia a restringir la noción del daño no patrimonial al daño moral subjetivo pertenece a la más remota tradición jurisprudencial como se ha dicho en el texto: cfr. respecto de ese punto RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milán, 1964, p. 12 en la nota 40; ROTONDI, *Istituzioni di diritto privato*, 8a ed., Milán, 1962, p. 410 y ss.; SCOGNAMIGLIO, “Il danno morale”, en *Riv. dir. civ.*, 1957, I, p. 277 y ss.; *id.*, VOCE « danno morale », en *Noviss.Dig. it.*, ed. Utet, Torino, 1960, p. 146 y ss.

comentaristas¹⁹, que asemeja a un *revirement* de la definición del daño no patrimonial. La máxima que refleja esta orientación es la siguiente: «El daño no patrimonial por la pérdida de la relación parental, en cuanto ontológicamente diferente al daño moral subjetivo contingente, puede ser reconocido a favor de los parientes juntamente con este último, sin que pueda observarse una duplicación del resarcimiento».

El fundamento de la nueva orientación puede observarse en el artículo 2 de la Constitución y en la idea de que cuando el daño se vincula con la lesión de un interés constitucionalmente protegido, no puede dejar de ser resarcido incluso si carece de las características de la patrimonialidad²⁰.

Quien escribe opina que frente a tal toma de posición, existe, por un lado, una superposición de los dos significados del término daño (daño injusto y daño perjuicio), con el consiguiente enfoque incorrecto de las problemáticas correspondientes, y, por el otro, el conocimiento de que el derecho al resarcimiento del daño moral no pertenece siempre y solamente al infortunado, sino que es preciso reconocer también el consorcio familiar²¹, y que ciertos perjuicios de tipo existencial, por su incidencia en la vida de relación, no coinciden con el daño moral subjetivo, pese a lo cual deben ser resarcidos equitativamente. Ello no necesariamente significa un cambio de perspectiva en cuanto a la definición del daño de conformidad con el artículo 2059 CC.

En el marco de esta tendencia a una mayor extensión del daño resarcible, es preciso señalar, en el ámbito del daño a la persona, una orientación unánime de la jurisprudencia en el sentido de la admisibilidad de una comprobación *incidenter tantum* del delito por parte del juez civil cuando falta la comprobación del juez penal por falta de querella. Es necesario tener presente que siendo el delito de lesiones personales perseguible por querella, era muy importante establecer que el juez civil, por falta de querella, pudiera determinar el resarcimiento del daño no patrimonial vinculado con el daño físico sufrido por la persona todas las veces que la apreciación de las circunstancias del caso concreto lleve a configurar en abstracto los elementos constitutivos del delito de lesiones personales.

¹⁹ Cfr. para todos, M. FRANZONI, "Il danno non patrimoniale, il danno morale: una svolta per il danno alla persona", en *Corr. giur.*, 2003, 1031.

²⁰ Corte de Casación, 31 de mayo de 2003, N° 8827, en *Corr. giur.*, 2003, 1017, citada en VISINTINI, *op. ult. cit.*, p. 147 y ss. Ver también Corte de Casación, 26 de mayo de 2004, N° 10157 cit., que califica al daño por descalificación profesional como no patrimonial.

²¹ Cfr. VISINTINI, *Trattato*, cit, cap. VII, párr. 6.

El hecho de que los jueces reputen que el juicio civil no ha precluido pese a la manifestación de voluntad del ofendido de renunciar a pedir el castigo del reo ante el juez competente para comprobar directamente la existencia del delito equivale, sustancialmente, a ampliar el ámbito de resarcimiento de los daños morales. Esto ha ocurrido en el supuesto de que la obligación civil de resarcimiento del daño moral deriva del hecho ilícito civil, solo abstractamente configurable como delito, y que, por lo tanto, no solo sobrevive a la extinción de este último (cfr. artículo 198 CP), sino que también puede ser objeto de una pretensión invocable autónomamente ante el juez civil.

Además, la jurisprudencia reconoce que la solicitud de resarcimiento del daño moral ante el juez civil incluye implícitamente el pedido de comprobación del delito y, por lo tanto, la falta de presentación de la querella equivale, según los jueces, a una remisión y por lo tanto a una causa de extinción del delito que implica la supervivencia de las causas civiles²².

Expresión de la misma tendencia interpretativa es también la orientación que admite la obligación del resarcimiento del daño no patrimonial a cargo del sujeto inimputable y, por lo tanto, no perseguible como autor de un delito.

Es obvio que tal interpretación extensiva apunta a entender el término “culpable” de conformidad con el artículo 185 CP en el sentido de autor del hecho material-delito y, por lo tanto, no en el significado corriente del sujeto al que se le puede referir psicológicamente una culpa²³.

²² Cfr., en los términos del texto, Corte de Casación, 23 de mayo de 1975, N° 2063, en *Mass. Giur. it.*, 1965; Corte de Casación, 20 de octubre de 1975, N° 3447, *ibid.*, 1975; Corte de Apelaciones de Milán, 14 de junio de 1974, en *Arch. giur. circ.*, 1974, 970; Corte de Casación, 18 de octubre de 1984, N° 5259, en *N.G. C.C.*, 1985, I, 84 y ss., sentencia recordada por la doctrina como sentencia sobre el decálogo de los periodistas (cfr. VISINTINI, *I fatti illeciti, I. Ingiustizia del danno*, cit., p. 277 y ss.).

Cfr. también sobre la cuestión BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, cit., p. 321 y ss.; SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 307 y ss.; RAVAZZONI, *La riparazione del danno non patrimoniale*, cit., p. 105 y ss.; FRANZONI, *op. cit.*, sub artículo 2059, p. 1170 y ss.; y, sobre todo, para mayor profundización ZENO-ZENCOVICH, *La responsabilità civile da reato*, cit., p. 215 y ss.

²³ Cfr. en un caso en el que el hecho ilícito fue ocasionado por un menor de 14 años de edad, en el que ni siquiera se planteó querella, Corte de Casación, 6 de diciembre de 1982, N° 6651, en *Foro it.*, 1983, I, 1630, con nota de JANNARELLI; en *Giust. civ.*, 1983, 1155, con nota de COSSU; en *Giur. it.*, 1984, I, 1, 150, con nota de MASTROPAOLO; en *Riv. dir. comm.*, 1983, II, 217, con nota de ZENO-ZENCOVICH, y en *Resp. civ. prev.*, 1983, 637, con observaciones de BONILINI. La sentencia también está citada en VISINTINI, *op. cit.*, p. 470.

En el mismo sentido, ver Corte de Casación, 20 de noviembre de 1990, N° 11198, en *Mass. Giur. it.*, 1990. Para profundizar en el debate sobre la posibilidad del resarcimiento del daño no patrimonial en el caso en que el autor no es imputable, cfr. también la doctrina en BONILINI, *Il danno non patrimoniale*,

También son expresión de una tendencia a la ampliación de la resarcibilidad del daño moral aquellas sentencias que, rara vez por cierto, a través de la vía del reconocimiento del cúmulo entre responsabilidad contractual y extracontractual, han admitido el ejercicio de la acción aquiliana tendiente a obtener el resarcimiento del daño moral en caso de incumplimiento del contrato, que a su vez constituye un delito o al que se vincula un delito como la estafa o la apropiación indebida²⁴.

Por otro lado, al perfil expansivo de la categoría del daño existencial pertenece la casuística de los perjuicios vinculados con determinados incumplimientos como el daño por vacaciones frustradas, el daño sufrido por el usuario debido a un retraso en la

cit., p. 515 y ss.; y para la tesis contraria, SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 328, y POGLIANI, *Responsabilità e risarcimento da illecito civile*, cit., p. 450 y ss.

Sin embargo, la jurisprudencia constantemente se orienta en el sentido de la resarcibilidad del daño moral incluso cuando la obligación de resarcimiento es impuesta a un sujeto que no puede ser calificado como autor por ser inimputable. Para un precedente conforme a la sentencia citada, ver Corte de Casación, 28 de abril de 1977, N° 1623, en *Resp. civ. prev.*, 1977, 872; y para la jurisprudencia sucesiva, cfr. Corte de Casación, 20 de noviembre de 1990, N° 11198, en *Mass. Giur. it.*, 1990; y Corte de Casación, 18 de junio de 1985, N° 3664, en *Mass. Giur. it.*, 1985.

Con referencia a la hipótesis de delito cometido por una persona inimputable con una enfermedad psiquiátrica, cfr. en el mismo sentido Trib. de Trieste, 23 de noviembre de 1990, en *N.G.C.C.*, 1993, I, 988.

²⁴ Cfr. Corte de Casación, 6 de agosto de 1974, en *Mass. Foro it.*, 1974, N° 2252, con referencia a un caso de apropiación indebida cometida por un cajero.

A esta sentencia puede parecerse, por ejemplo, la casuística jurisprudencial demostrada por experiencias extranjeras, como el caso del incumplimiento por parte de una agencia de viajes que ubicó a sus clientes en pensiones de mínima categoría, en lugar de hacerlo, como había sido acordado, en hoteles de lujo, frustrando de ese modo sus vacaciones [cfr., para detalles sobre casos ingleses, ZENO ZENCOVICH, "Danni non patrimoniali e inadempimento", en VISINTINI (a cura di), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milán, 1984, p. 109 y ss., *ibid.*, p. 119, en la nota 25].

En relación con un delito por lesiones personales en virtud del artículo 590 CP cometido por un equipo de médicos contra una niña que nació con asfixia por falta de asistencia durante el parto de la madre, los jueces declararon que: «no obsta para la resarcibilidad del daño moral la circunstancia de que el mismo represente la consecuencia de un ilícito contractual, en cuanto el único presupuesto para la resarcibilidad del daño, a semejanza del ordenamiento vigente, radica en que el hecho integre una hipótesis de delito independientemente de la circunstancia de que el mismo sea inherente a un título de responsabilidad contractual o aquiliana» (cfr. Trib. de Milán, 13 de mayo de 1982, en *Resp. civ. prev.*, 1983, 156, con nota de g. BONILINI).

También han surgido problemáticas en orden a la resarcibilidad de daños morales por incumplimiento en el sector de las violaciones contractuales por parte del empleador que, por ejemplo, no cumple con la obligación de establecer un contrato de trabajo, o bien asigna ilegítimamente tareas inferiores a los trabajadores que habían sido contratados para otras tareas, o bien despidió ilegítimamente al trabajador con la consiguiente condena al reintegro del dependiente en el lugar de trabajo. Sin embargo, en general la problemática se resuelve con el reconocimiento del resarcimiento de un daño biológico inherente al equilibrio psicofísico de la persona y a la disminución de la calidad de vida.

Cfr. para profundizar y otras citas doctrinales, FRANZONI, *op. cit.*, sub artículo 2059, p. 1186 y ss.; y costanza, *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 127 y ss. Ver también *supra*, cap. IV, § 3.

activación del servicio de telefonía o por un importante retraso en un vuelo, que algunos jueces de paz han considerado resarcibles por el estrés, las molestias y el gasto de energía necesarios para enfrentar los incumplimientos²⁵.

Queda aún por resolver el problema de la resarcibilidad del daño moral cuando el criterio de imputación de la responsabilidad es objetivo, como en los casos en que el sujeto responsable es custodio del objeto del que ha derivado el daño, según lo dispuesto por el artículo 2051 CC, o es propietario del vehículo, de conformidad con el artículo 2054 CC. La jurisprudencia todavía no se ha consolidado en este aspecto y coexisten posiciones divergentes.

Por un lado, parece que la Corte de Casación ha sostenido la idea de que, a los fines del resarcimiento del daño moral, basta que la responsabilidad civil por daño a la persona sea planteada con base en una presunción de culpa²⁶. Sin embargo, sería auspicioso que la Corte de Casación adoptara una posición favorable a la resarcibilidad incluso cuando el criterio de imputación es objetivo, como en el caso de la responsabilidad por el hecho ajeno o en aquel previsto en el último inciso del artículo 2054 CC²⁷.

Con estas reservas, en opinión de quien escribe, es posible compartir la defensa que la Corte Constitucional hace de un límite al resarcimiento del daño moral en su acepción más estricta, en razón de la extrema incertidumbre manifiesta a la hora de comprobar semejante daño, y no en función del reconocimiento de una función punitiva de tal resarcimiento que no tiene razón

²⁵ Cfr. Juez de Paz de Bari, 21 de abril de 1999, en *Arch. circ.*, 1999, 876; Juez de Paz de Siracusa, 26 de marzo de 1999, en *Giust. civ.*, 2000, I, 1205; Juez de Paz de Venezia, 16 de marzo de 2001, en *Giur. it.*, 2001, 1159; Juez de Paz de Milán, 18 de diciembre de 2000, *ibid.* 2001, 1159; Juez de Paz de Roma, 11 de julio de 2003, en *Danno e resp.*, 2004, 85. En la doctrina: LIBERATI, *La liquidazione del danno esistenziale*, Padova, 2004, p. 117 y ss.; CENDON E ZIVIZ, *Il risarcimento del danno esistenziale*, cit., p. 317. Para una extensa reconstrucción de la casuística a la que se refiere el texto, se puede consultar el texto de SAVORANI, *Il danno non patrimoniale da inadempimento* en *Trattato della responsabilità contrattuale*, dirigido por G. VISINTINI, vol. III, Cedam, 2009.

²⁶ Cfr. las citas en nota 16.

²⁷ Contrariamente a la hipótesis regulada por el artículo 2051 CC en el número de las responsabilidades fundadas en presunciones de culpa que privilegia la Corte de Casación (en la sent. del 13 de mayo de 2003, N° 7281, cit. en nota 16), hay que reconocer que este caso también debe calificarse como responsabilidad objetiva (ver nota 16). A propósito de ello, ya se ha reconocido la resarcibilidad del daño moral (ver texto en nota 16). Por el contrario, una sentencia más reciente ha manifestado la tesis según la cual, para el reconocimiento del daño moral en el caso de la responsabilidad del propietario por el hecho ilícito del conductor, debe comprobarse el elemento psicológico del delito con referencia al autor del ilícito (cfr. Corte de Casación, 1° de junio de 2004, N° 10482, en *Danno e resp.*, 2004, 953).

de ser en la mayor parte de los casos de lesiones provocadas por negligencias o imprudencias no graves en la circulación de los vehículos o en el mal funcionamiento de las estructuras hospitalarias, sin menospreciar la relevancia de una culpa grave o del dolo a los fines de la determinación del monto del daño²⁸.

Además, la confrontación entre la actitud de la Corte Constitucional respecto del problema y la jurisprudencia de la Corte de Casación lleva a privilegiar la primera por la mayor lucidez y razonabilidad de sus argumentaciones, y por el estilo sucinto y circunscripto a la cuestión planteada que se observa en la última sentencia N° 233/2003.

No es convincente la llamada interpretación constitucionalmente orientada que la Corte de Casación hace del artículo 2059 CC en varias de sus sentencias recientes. Por ejemplo, en la motivación de una sentencia que reconoció el resarcimiento del daño moral a los familiares de una víctima de lesiones gravísimas (que quedó prácticamente en estado vegetativo), se afirma que las normas constitucionales sobre los derechos de la familia constituyen la reserva de la ley en virtud del artículo 2059, en el sentido de que el límite allí previsto sería inoperante cuando la lesión concierne a los valores de la persona constitucionalmente protegidos²⁹.

En opinión de quien escribe, esta argumentación no parece sustentarse en cánones interpretativos acreditados por la doctrina reconocida. De hecho, según la interpretación común, la reserva de la ley debe ser entendida en el doble significado de que efectivamente la ley debe regular la materia y de que no puede ser sustituida por otra fuente. Es evidente que la Constitución no prevé forma alguna de reparación del daño no patrimonial vinculado con la lesión de los derechos familiares y con la pérdida de la relación parental.

Sin embargo, la decisión debe ser compartida en su esencia. Las argumentaciones para sostenerla no faltaron: podía afirmarse preliminarmente que el interés por preservar la relación parental tal cual era antes del hecho ilícito es un interés digno de tutela en el plano de la apreciación de la injusticia del daño que compete a los jueces. En consecuencia, la Corte Constitucional podría haber sostenido que los perjuicios morales y patrimoniales vinculados

²⁸ La gravedad de la conducta en la praxis judicial constituye un parámetro con el que se puede fijar el monto del daño en función punitiva del responsable: cfr. PETRELLI, *Il danno non patrimoniale*, en colección dirigida por F. GALGANO, *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, Padova, 1997.

²⁹ Cfr. Corte de Casación, 31 de mayo de 2003, N° 8827, en *Corr. giur.*, 2003, 1017, y en VISINTINI, *I fatti illeciti* cit., p. 147.

con el trastorno de la vida familiar son susceptibles de ser resarcidos independientemente de la posibilidad de procesamiento penal del responsable, ya que la víctima que ha sufrido un daño cerebral no está en condiciones de percibir el daño moral subjetivo y por ello no hay peligro de duplicidad de resarcimientos. Además, era posible argumentar, a partir del carácter pluriofensivo del ilícito (homicidio) y de la orientación jurisprudencial tradicional que siempre ha reconocido *iure proprio* a los parientes cercanos, el derecho a la compensación monetaria por el sufrimiento padecido por la pérdida del familiar³⁰.

La misma crítica puede hacerse con respecto a una sentencia relativa a un caso de daños por homicidio, según la cual el daño no patrimonial por pérdida de la relación parental es algo ontológicamente diferente al daño moral subjetivo, por lo cual puede ser resarcido junto con este último. Tal sentencia se ubica en la actual tendencia que elaboró la categoría del daño existencial como pretensión ulterior y autónoma de daño resarcible respecto del daño moral.

En relación con esto, en el año 2008 intervino la Corte de Casación para negar la configuración, en nuestro sistema resarcitorio, de la figura del daño existencial y para reiterar la posición manifestada en 2003 en orden a la interpretación constitucionalmente orientada del daño no patrimonial³¹.

En síntesis, la decisión a la que se atuvieron otras sentencias recientes puede resumirse de esta manera³²:

El artículo 2059 CC no dispone un tipo de ilícito autónomo diferente al del artículo 2043 CC, sino que se limita a disponer los límites y las condiciones de resarcibilidad de los daños no patrimoniales, presuponiendo la subsistencia de todos los elementos constitutivos del ilícito requeridos por el artículo 2043 CC. El daño

³⁰ La praxis judicial que señala el texto es propia de los jueces alemanes, ya que en ese ordenamiento existe una norma análoga al artículo 2059 (ver § 253); a propósito, ver el texto de GALGANO, *Danno non patrimoniale e diritti dell'uomo in Contratto e Impresa*, 2009, 883.

³¹ La sentencia del 11.11.2008 N° 26972 (ver también en la misma fecha las sentencias nos. 26973, 26974, y 26975) ha sido comentada en varias oportunidades: ver la publicada en *Corriere giur.* 2009, 415, con nota de PATTI, "Le Sezioni Unite e la parabola del danno esistenziale"; en *Foro it.*, 2009, I, 139, con nota de NAVARRETTA, "Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali"; en *Resp. civ. prev.*, 2009, 261, con nota de C. SCOGNAMIGLIO, "Il sistema del danno non patrimoniale dopo le decisioni delle Sez. Un."; en *Giur. it.*, 2009, parte IV, con comentarios de CENDON, PONZANELLI, VISINTINI, de MATTEIS, BENEDETTI y otros.

³² Cfr. Corte de Casación 25.9.2009, N° 20684, en *Nuova Giur. civ. comm.*, 2010, 144 y ss.; y Corte de Casación, 11.7.2009, N° 13530, en *Persona e Mercato*, 2010 (ver: <<http://www.personaemercato.it/responsabilita-civile/cass13530del2009/>>).

no patrimonial es resarcible solo en los casos “previstos por la ley”, es decir: (a) cuando el hecho ilícito es abstractamente configurable como delito; (b) en caso de que la ley permita expresamente la reparación del daño no patrimonial fuera de una hipótesis de delito, y (c) cuando el hecho ilícito haya violado gravemente los derechos inviolables de la persona, objeto de tutela constitucional; en tal caso, la víctima tendrá derecho al resarcimiento del daño cuando la lesión de interés sea grave, es decir, cuando la ofensa supere el umbral mínimo de tolerancia y el daño no sea fútil.

En conclusión, en el estado actual de las orientaciones jurisprudenciales en Italia, prevalece la opinión según la cual la norma del artículo 2059 CC es justificada por una opción de política legislativa tendiente a no resarcir daños inciertos o que pueden definirse fútiles, es decir, que expresan fastidio y molestias fácilmente tolerables y que no son relevantes en el plano económico. Sin embargo, a su vez, los jueces reivindican su competencia en la apreciación discrecional de las circunstancias del caso concreto y en la identificación de los perjuicios que deben ser resarcidos.

También se ha observado que la historia del daño moral comienza con el iusnaturalismo y que, por lo tanto, la jurisprudencia nacional actual, tendiente a ampliar el resarcimiento de los daños no patrimoniales en caso de graves violaciones de los derechos humanos de rango constitucional, se ubica en el marco de las relaciones entre iusnaturalismo y constitucionalismo³³.

Más allá de las correctas motivaciones de las técnicas interpretativas y de los diferentes nominalismos, podría decirse que en el ámbito del daño a la persona, inclusive de los daños por homicidio, los jueces, tanto si agregan la figura del daño existencial (como ocurrió antes de la intervención de la Corte de Casación) como si incluyen esta pretensión de daño resultante del trastorno de la vida familiar y del malestar de las condiciones de vida en el ámbito del daño no patrimonial entendido en una acepción más amplia respecto del daño subjetivo tradicional, recurren a la evaluación equitativa para personalizar el resarcimiento y ampliar su monto.

Fuera del ámbito del daño a la persona en sentido biológico, puede decirse que amerita un seguimiento la orientación antes referida que recurre a la figura del daño existencial, como en el

³³ Cfr. GALGANO, *op. cit.*, quien recuerda que fue el alemán Samuel PUFENDORF quien postuló por primera vez el resarcimiento de la llamada *pecunia doloris*. Cfr. también, para una articulada elaboración teórica de la que seguramente abrevó la jurisprudencia de la Corte de Casación recordada en el texto, NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996.

pasado se recurría al daño a la vida de relación en ocasión de las ofensas a la dignidad de la persona, de abusos procesales, de *mobbing* y demás, cuando el ilícito constituye un caso no coincidente con un delito y, por lo tanto, cuando un delito no puede configurarse ni siquiera abstractamente ante la falta de una referencia legislativa.

El cuadro es muy complejo y por lo tanto poco traducible y comparable con el de otros ordenamientos. Para comprenderlo, es necesario poseer una cultura del precedente judicial y una lectura de las sentencias que ahonde más en la sustancia de las decisiones adoptadas por los jueces que en el nivel formal de los enunciados que se leen en las motivaciones.

EL DAÑO MORAL EN LOS PROYECTOS DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

Luis Moisset de Espanés (*)

José Fernando Márquez (**)

SUMARIO: 1. Introducción. 1.1. El Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil. 2. El daño moral y el Proyecto de Unificación de 1987. 3. Los nuevos intentos de Unificación. 4. El daño moral en el Proyecto de la Cámara de Diputados. 4.1. El artículo 522. 4.2. Artículos 1068 y 1078. 4.3. Artículo 1099. 5. El daño moral en el Proyecto del Poder Ejecutivo. 5.1. La indemnización por daño moral: bien propio. 5.2. El daño moral y la intimidad personal. 5.3. El daño moral y las personas jurídicas. 5.4. El concepto de daño. 5.5. "Quantum" de la indemnización por daño moral. 5.6. Personas legitimadas. 6. El Proyecto de nuevo Código de 1998. 6.1. El Proyecto. 6.2. La responsabilidad civil en el Proyecto. 6.3. El daño extrapatrimonial. 6.4. Ejercicio de la acción por daño extrapatrimonial. 6.4.1. Legitimación activa. 6.5. El modo de reparación del daño. 6.6. Transmisibilidad de la acción. 7. Palabras finales.

1. INTRODUCCIÓN.

El Derecho Civil argentino, en materia de daño moral, fue precursor. El Código de Vélez es, quizás, el primer Código Civil que consagra la indemnización por daño moral.

Pero los precursores corren riesgos graves. Cuando VÉLEZ, adelantándole a su época, en la cual no se admitía el resarcimiento por daño moral, incluye

(*) Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Córdoba-Argentina. Miembro Honorario de la Real Academia Española de Jurisprudencia y Legislación. Ex Presidente de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba. Miembro correspondiente de la Academia Peruana de Derecho. Presidente de la Mesa Permanente de Academias Iberoamericanas de Jurisprudencia y Legislación.

(**) Profesor titular de Derecho Privado en la Universidad Empresarial Siglo 21, Córdoba. Profesor adjunto de Derecho Civil en la Universidad Católica de Córdoba. Profesor regular de contratos y del seminario sobre Derecho de Consumo, Master en Derecho Empresario, UES21, Córdoba.

una norma expresa que contempla el problema, pone un límite, y lo acepta sólo en el campo de los delitos del derecho criminal (artículo 1078, Código Civil)¹. En la nota de esta norma se menciona como antecedente una Ley de la Partida Siete, pero –como bien lo indica SEGOVIA²– se inspira en AUBRY y RAU, que en el segundo párrafo del § 445, expresan que la reparación incluye, “al menos cuando se trata de un delito del Derecho Criminal, el daño moral que el delito ha hecho sufrir a la persona lesionada, sea turbándola en su seguridad personal o en el goce de su patrimonio, sea hiriendo sus afecciones legítimas”³.

Esa norma, que era de avanzada, se convierte luego en una valla, pues es interpretada de manera restrictiva por la doctrina mayoritaria⁴ e impide el desarrollo de la jurisprudencia que, de manera creadora, en aquellos países cuyos códigos habían silenciado toda referencia al daño moral, avanzó mucho más allá de lo que nosotros podíamos hacerlo con la norma limitativa.

El problema se plantea con cierta agudeza; algunos tribunales aceptan la tesis amplia de reparación y los juristas reclaman la modificación del Código para remover los obstáculos que se oponían a esta solución. Sobre el punto hay pronunciamientos en certámenes científicos.

1.1. EL TERCER CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CIVIL

No podemos olvidar el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, que se reunió en Córdoba en octubre de 1961, uno de cuyos temas era precisamente: “La reparación del daño moral en los casos no previstos por el Código Civil”⁵.

- 1 Texto originario del Código: “Artículo 1078.- Si el hecho fuese un delito del derecho criminal, la obligación que de él nace no sólo comprende la indemnización de pérdidas e intereses, sino también del agravio moral que el delito hubiese hecho sufrir a la persona, molestándola en su seguridad personal, o en el goce de sus bienes, o hiriendo sus afecciones legítimas”.
- 2 SEGOVIA, Lisandro: *El Código Civil de la República Argentina. Su explicación y crítica bajo la forma de nota*, nueva edición, Buenos Aires, 1933, T. I, artículo 1079, p. 307.
- 3 “du moins lorsqu’il s’agit d’un délit de Droit criminel, le tort moral que le délit a fait éprouver à la personne lésée, soit en la troublant dans sa sûreté personnelle ou dans la jouissance de son patrimoine, soit en la blessant dans des affections légitimes” (C. AUBRY y C. RAU, “Cours de Droit civil français”, 4ª ed., París, 1871, T. IV, § 445, p. 748).
- 4 BREBBIA que, pese al tenor literal del viejo artículo 1078 ha luchado denodadamente por una interpretación amplia que permitiese indemnizar en todos los casos el daño moral, menciona como seguidores de la tesis restrictiva a Salvat, Orgaz, Cammarota, Aguiar, Imaz, Ovejero, Llambías, Rezzonico y Legón (ver “El daño moral”, 2ª ed., Orbir, Rosario, 1967, p. 179, nota 310).
- 5 Ver el Tema Nº 8, y su consideración: *Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil*, Imp. Universidad Nacional, Córdoba, 1962, T. II, p. 649 y ss., a partir de una ponencia de Roberto H. Brebbia.

Hubo además dictámenes preliminares del propio BREBBIA, BORDA y los profesores de Córdoba: Edgard A. FERREYRA, Rolando MORONI PETIT, y Enrique C. BANCHIO, y observaciones de Acdeel E. SALAS y Jorge Joaquín LLAMBIAS, pues allí se aprobó por unanimidad una Recomendación que aconsejaba hacer extensiva la indemnización del daño moral a todos los casos, tanto de responsabilidad contractual como extracontractual⁶, en lugar de circunscribirla a los delitos del derecho criminal. El análisis detenido de los debates del Tercer Congreso, en los que participó la doctrina más calificada del país, y de las reformas que en su consecuencia se introdujeron al Código, merece un estudio separado que dejamos para otra oportunidad. Nos limitamos a señalar que la Recomendación votada resultó decisiva algún tiempo después, e inspiró las modificaciones que la ley 17.711 introdujo a los artículos 522 y 1078 del Código Civil⁷. La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiese resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos”.

Esas reformas pusieron al día a nuestro Derecho en materia de indemnización por daño moral; pero, la redacción no fue del todo afortunada, sobre todo en el ámbito contractual, donde aparece un verbo: podrá, que crea problemas a la doctrina y jurisprudencia nacionales, y origina una polémica que no se ha agotado hasta el día de hoy y ha motivado que en más de una oportunidad en certámenes científicos se propongan interpretaciones de la norma que superen las dificultades del tan poco feliz podrá utilizado en el artículo 522⁸. También en el Quinto Encuentro de Abogados

⁶ La Recomendación N° 17 del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, aprobada el 14 de octubre de 1961, expresa “que en todos los casos de indemnización por responsabilidad contractual o extracontractual, el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y las circunstancias del caso” (ver “Tercer Congreso...”, T. II, p. 779).

⁷ “Artículo 522 (ley 17.711).- En los casos de indemnización por responsabilidad contractual el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso”.

“Artículo 1078 (ley 17.711).- La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral causado a la víctima.

⁸ Ya en el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba, septiembre de 1969), en el punto 3, de *lege ferenda*, de la ponencia de MOSSET ITURRASPE, Jorge se propicia que se esclarezca el alcance del artículo 522, que “parece acordar a los jueces una facultad discrecional... respecto a la indemnización del daño moral debidamente probado” (p. 362); mientras que LEONFANTI, María Antonia, en su “dictamen preliminar”, estima que “conviene que intervenga el criterio jurisprudencial”, y que el daño moral “en materia contractual queda librado al juez, como lo dispone el artículo 522” (p. 365).

El punto dividió a la comisión. a punto tal que 11 de sus miembros proponían una modificación del artículo 522, y otros 11 que se mantuviese (ver palabras

Civilistas (Santa Fe, 1991) se sostuvo que “el vocablo podrá contenido en la fórmula del artículo 522 del Código Civil, no debe interpretarse en el sentido que queda librado incausadamente al arbitrio del magistrado acordar o no la indemnización por daño moral”.

No es menester ahondar en estos antecedentes, pero no podemos dejar de recordarlos porque van a incidir en las modificaciones que se propongan en materia de daño moral, en los proyectos presentados con posterioridad.

2. EL DAÑO MORAL Y EL PROYECTO DE UNIFICACIÓN DE 1987.

Así, ya en 1987 cuando en la Cámara de Diputados se elabora el Proyecto de Unificación, con relación al daño moral se retoca sólo el artículo 522, ubicado en el título destinado a las obligaciones en general, y se lo deja en un texto muy breve que hace desaparecer, precisamente, aquel verbo conflictivo, para hablar genéricamente de que la indemnización por el incumplimiento de las obligaciones comprende el daño moral⁹.

El laconismo del texto parece limar también otro punto de conflicto, pues desaparece la denominación de “agravio moral”, esgrimida por algunos para justificar la diferencia de trato en el ámbito contractual, pues el artículo 1078, en materia de actos ilícitos, habla de “daño moral”. De esa forma se pretende borrar las dificultades de interpretación que habían surgido alrededor del podrá; pero eso es todo. El proyecto, que obtuvo aprobación a libro cerrado, sin gozar de la difusión y discusión previa que una buena técnica legislativa exige, no contempla ninguno de los otros problemas que se suscitaban, como por ejemplo los vinculados con las personas legitimadas, tanto activa como pasivamente. La única solución que se brinda, con miras a unificar la indemnización en el campo de lo contractual y lo extracontractual, es no

de GUAGLIANONE, p. 380), razón por la cual no se formuló despacho ni se discutió en el plenario.

En las Jornadas Australes de Derecho (Comodoro Rivadavia, 1980), al tratar el tema “A”: “Extensión del resarcimiento en la responsabilidad objetiva”, al tratar el ámbito contractual se interpretó que “La extensión de la reparación en la responsabilidad objetiva debe abarcar el resarcimiento de todos los daños en relación de causalidad adecuada”, y que “la indemnización o resarcimiento del daño moral procede en todos los casos, por aplicación del artículo 522 del Código Civil”.

Posteriormente, en las Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (1984), al tratar el Tema VI: “Daño moral”, se recomendó mayoritariamente el reemplazo de “podrá” por “deberá”.

⁹ “Artículo 522 (Proyecto de Unificación de 1987).- La indemnización comprende el daño moral”.

hablar más de “agravio” y suprimir el “podrá” que habían sido utilizados por algún sector de la doctrina y de la jurisprudencia para justificar el “arbitrio” del juez y permitirle, en el ámbito contractual, que resolviera discrecionalmente si hacía o no lugar a la indemnización por daño moral.

Personalmente tengo sobre este punto una particular interpretación pues entiendo que los problemas de indemnización del daño moral no son totalmente idénticos en el campo contractual y en el extracontractual, no porque me apegue a esas denominaciones tradicionales, sino porque hay una diferencia sustancial entre el incumplimiento de una obligación preexistente, y los perjuicios que nacen de ese incumplimiento, y los alcances que tiene una obligación nueva, que se genera en virtud de un hecho dañoso.

Para determinar la extensión del resarcimiento en una y otra hipótesis es indispensable ahondar en el análisis del nexo causal, para determinar con precisión hasta donde llegan las consecuencias indemnizables, que guardan un “nexo de causalidad adecuada”, con el hecho generador del daño. Y puede advertirse que muchas veces los jueces recurren al podrá para obviar el estudio del nexo causal.

En materia de actos ilícitos el daño moral suele ser una consecuencia “inmediata”, o “mediata previsible” y, por consiguiente, queda comprendida sin ninguna duda entre los daños que deben indemnizarse. Pero cuando se trata del mero “incumplimiento de obligaciones preexistentes”, no siempre el daño moral se presenta como una consecuencia inmediata, ni siquiera como consecuencia “mediata previsible” y, si no hay nexo de causalidad adecuada no corresponderá indemnizarlo. Cuando el magistrado se enfrenta con el problema, e intuitivamente percibe que el daño moral que se reclama no es una consecuencia próxima del incumplimiento, en lugar de analizar la “causalidad”, para concluir sobre esta base que no corresponde la indemnización reclamada, le resulta más fácil negarla diciendo “puedo” negarla; de manera similar, cuando lo admite porque estima que corresponde, también suele afirmar “puedo” concederlo, sin detenerse a indagar si existe el nexo de causalidad adecuada.

Sin duda que si se aprueba un texto como el que proponía el Proyecto de Unificación de 1987, haciendo desaparecer el podrá y disponiendo que la indemnización comprende el daño moral, subsistirá íntegramente el problema de analizar el caso para determinar si existe el nexo de causalidad adecuado, aspecto que en adelante no podrá ser soslayado por el magistrado en su sentencia.

3. LOS NUEVOS INTENTOS DE UNIFICACIÓN.

Abortado el Proyecto de 1987, después de su sanción en el Senado en 1991, en razón del veto presidencial, se inician dos nuevos intentos de reforma, que marchan por caminos separados.

Este hecho sinceramente nos acongoja porque creemos -y en esto sin duda coincidimos totalmente con MOSSET ITURRASPE, Jorge pues en alguna oportunidad lo hemos escuchado pronunciarse en sentido coincidente- que todos los juristas argentinos debemos aunar nuestros esfuerzos, y trabajar juntos por lograr para el futuro de nuestro país el mejor Derecho, en lugar de apresurarnos en pos de la aprobación de nuestro proyecto, antes que el proyecto de los otros. No se trata de enfrentar el proyecto de la Cámara de Diputados con el proyecto del Ministerio de Justicia, sino de dar una ley para el país, que se va a aplicar a todos, por lo que es indispensable trabajar de consuno para buscar las mejores soluciones.

Nos acongojaba, insistimos, que se transitara el camino por carriles distintos, y que esto llegase a generar enfrentamientos que, lamentablemente, tuvieron una consecuencia frustrante: que no se aprobase ni uno ni otro proyecto. Preferíamos que no prevaleciese ninguno, sino que se lograra amalgamarlos en uno solo, que recibiese los mejores aspectos de uno y de otro, para obtener la reforma que el país necesita, con el aporte consciente de todos los que con sus conocimientos e inteligencia puedan hacer algo por el mejoramiento del Derecho argentino.

Frente a la Comisión de Diputados, en el ámbito del Ministerio de Justicia ha trabajado otra Comisión¹⁰, que ha elaborado un proyecto sustancialmente diferente, hasta en su filosofía, aunque se encuentren soluciones coincidentes en muchos puntos.

¿Por qué digo que la filosofía de los proyectos es sustancialmente distinta? Porque el elaborado por la Comisión designada por la Cámara de Diputados, publicado en el Orden del Día 1322, sigue la línea de pensamiento que inspiró el Proyecto de Reforma de 1987 y se estructura sobre la base de la derogación del Código de Comercio, y retoques al Código Civil, pero manteniendo la estructura del viejo Código hasta en la numeración de los artículos, tocando sólo lo que se ha considerado indispensable, de manera que las reformas se integren dentro del cuerpo legal actualmente vigente. El intento podrá ser más o menos feliz, pero es destacable

¹⁰ La Comisión fue designada por decreto 468/92, y estuvo integrada por Augusto César Belluscio, Salvador Darío Bergel, Aida Rosa Kemelmajer de Carlucci, Sergio Le Pera, Julio César Rivera, Federico Videla Escalada y Eduardo A. Zannoni.

que su filosofía tiende a “poner al día al Código”, respetando su estructura metodológica y su fisonomía.

Ésta fue la metodología de trabajo adoptada en 1987 por la Comisión que elaboró el Proyecto que fuera vetado por el Poder Ejecutivo, que expresaba en sus Notas Explicativas:

“El método elegido para la unificación del derecho privado fue:

1. Independizar del Código de Comercio la legislación que le estaba incorporada.
2. Modificar el Código Civil de modo que supla la derogación del Código de Comercio, y modernizar algunos de sus contenidos.
3. Modificar ciertas leyes especiales para adecuarlas a la nueva situación.
4. Derogar el Código de Comercio”.

En cambio, si analizamos el Proyecto de Reformas elaborado por la Comisión designada por el Ministerio de Justicia, advertiremos sin dificultad que persigue como propósito la sustitución total del Código Civil. En efecto, vemos que se ha incorporado al Libro Primero una Sección Tercera, destinada a legislar el régimen patrimonial del matrimonio; se ha remodelado totalmente el Libro Segundo, dando nueva redacción y numeración a todas sus normas; se ha sustituido también de manera íntegra la Sección Tercera del Libro Cuarto, que trata de la prescripción, incluyendo previsiones sobre caducidad de los derechos (...) Es decir, se realizan cambios estructurales, que afectan no sólo los contenidos, sino también la organización metodológica de las materias, y el lenguaje normativo, actitud que solamente se justifica si se persigue el propósito de encarar luego una reforma similar de los restantes libros del Código.

No decimos que esto sea malo; al contrario, puede ser el camino más correcto en este momento de la vida jurídica de nuestro país. En Rosario, en un encuentro de abogados civilistas, hemos escuchado a alguno de los miembros de la Comisión reformadora del Ministerio de Justicia afirmar con énfasis que no son admisibles más reformas de “parche”, y que debe realizarse una reforma orgánica e integral del Código.

En realidad, si el Congreso se redujese a dar sanción a lo que ha elaborado esa Comisión, se trataría también de una reforma de “parche”, pero no de “pequeños parches”, sino de un “gran parche”.

Insistimos, el Proyecto del Poder Ejecutivo sustituye íntegramente el Libro Segundo del Código y una Sección del Libro Cuarto,

agregando otra al Libro Primero. Esta metodología de trabajo, aun que no se lo diga de manera expresa, responde a una concepción que impulsa el reemplazo total del Código vigente, por etapas, en una tarea de proyección escalonada, que debería cumplirse de manera similar a lo que MEIJERS proyectó para Holanda, sin llegar a concluirlo personalmente, pero que ha sido proseguido por otros juristas y después de treinta años de trabajo se ha completado: se han ido sustituyendo uno tras otro los distintos libros, para integrar un nuevo Código.

Quizás el único defecto que tenga el empleo de este método por la Comisión designada por el Poder Ejecutivo es el no enunciarlo claramente, porque en Holanda cuando se optó por este camino se lo hizo a conciencia y todos estaban advertidos que cada libro que se confeccionaba tendía a la unidad futura de un nuevo Código. En nuestro país esto no se ha dicho, sino que parece subyacer en el pensamiento íntimo de los integrantes de la Comisión, pero quien profundice en la filosofía que inspira su actuar no puede dejar de advertir esta realidad, ya que la forma en que se ha procedido a la sustitución total del Libro Segundo sólo puede tener sentido si lo que se pretende es realizar un nuevo Código.

En octubre del año 1989 el Proyecto de 1987 se encontraba en el "limbo", ya que luego de su aprobación por la Cámara de Diputados, y la designación por el H. Senado de una Comisión encargada de estudiarlo, se habían suspendido las tareas de la Comisión, por una decisión política del senador Alberto Rodríguez Saa, que no tenía interés en que se estudiase y aprobara el Proyecto. Tuvimos oportunidad entonces de conversar con el entonces Presidente Provisorio del Senado, Eduardo Menem, para preguntarle si existía intención de seguir adelante seriamente con el estudio del Proyecto, porque de lo contrario sería perder el tiempo.

Nos comentó entonces que había estado conversando sobre el tema con Eduardo ZANNONI, quien pensaba que lo conveniente era reformar íntegramente el Código Civil. Respondimos:

Bueno; es una idea válida. Pero para hacerlo hay que trabajar seriamente, con la firme decisión política de llevar adelante la reforma, y un estudio a fondo de los problemas. Deben plantearse previamente, por vía de una Ley de Bases, las líneas estructurales del nuevo Código, en lugar de dejarlas en las manos, por más expertas que sean, de un solo técnico, que seguirá sus impulsos personales, sin satisfacer quizás lo que es el interés mayoritario, o la creencia generalizada -nunca pensemos en unanimidades- del pensamiento jurídico del país.

Eduardo ZANNONI, que integró la Comisión designada por el Poder Ejecutivo, es partidario de la reforma total del Código Civil. En conocimiento de este hecho, y frente a la metodología elegida por ese Proyecto, extraemos la conclusión de que se trataba simplemente de un paso hacia la reforma total, y en buena hora que así lo sea. Pero es menester que se tuviese conciencia de ello, que se lo dijese claramente, y que se definiesen previamente las líneas generales de esa reforma.

Pedimos disculpas por habernos extendido en estos problemas introductorios, pero hemos estimado conveniente referirnos a ellos para una mejor comprensión de las reformas que se proyectan.

4. EL DAÑO MORAL EN EL PROYECTO DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS.

4.1. ARTÍCULO 522

Ocupémonos ahora de la forma en que se han plasmado las modificaciones propuestas en cada uno de los dos proyectos. En el de la Cámara de Diputados encontraremos retoques sustanciales a cuatro artículos: el 522, en la parte de obligaciones en general, y los artículos 1068, 1078 y 1099. Veamos que disponen cada una de estas normas y como justifican los cambios propuestos, los integrantes de la Comisión designada por la Cámara de Diputados.

En el artículo 522 encontramos una modificación y un agregado; procuremos analizar ambos.

El primer párrafo, de manera escueta y genérica, expresa: “*La indemnización comprende el daño moral*”.

Se reemplaza de esta manera a la norma vigente que se refiere a la “responsabilidad contractual”, utiliza el verbo “podrá”, y no habla de “daño moral”, sino de “agravio”¹¹. En el mensaje con que se acompaña el Proyecto encontramos algunas referencias a estos problemas, cuando nos dice:

“El artículo 522 reproduce a la letra el texto que con el mismo número incluía el Proyecto de Código Único de 1987 (...)”.

¹¹ “Artículo 522 (texto ordenado por la Ley 17.711).- En los casos de indemnización por responsabilidad contractual el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso”.

En rigor de verdad el mensaje debería decir: “El primer párrafo del nuevo texto del artículo 522, etc. (...)”, ya que luego se incluye un importante agregado que no se encuentra ni en la ley vigente, ni el en Proyecto de 1987. La redacción genérica que se da a ese párrafo, sin referencia alguna a la responsabilidad contractual, de manera que englobe tanto los actos ilícitos como los incumplimientos contractuales, es consecuencia del intento de unificar ambos ámbitos de responsabilidad y para justificar las modificaciones que ese primer párrafo introduce a la legislación en vigor, se explica en el mensaje:

“(...) De tal suerte se supera la discusión doctrinal que existió sobre todo en los primeros tiempos de vigencia del artículo 522 introducido por la ley 17.711, en tanto en cuanto en éste se dice que el juez “podrá” condenar al responsable a la reparación del “agravio moral” que hubiese causado.

Parte de la doctrina sostuvo que existían diferencias entre la órbita contractual y la extracontractual a la hora de establecer el resarcimiento del daño moral, pues la dicción textual del artículo 522 -al utilizarse el giro “podrá”- consagraría una facultad o una potestad judicial para conceder la indemnización, a diferencia del carácter imperativo que tendría para los magistrados la norma del artículo 1078”¹².

En realidad este aspecto de la norma no es el más novedoso, ya que el Proyecto de 1987 le daba a ese primer párrafo la misma redacción, y el mensaje se reduce a comentar esa modificación, sin hacer mención a lo más importante, que es el agregado que introduce el segundo párrafo del texto que se propone para el artículo 522:

“En los casos de daños moral y patrimonial, causados por infracciones contractuales, será de aplicación la facultad morigeradora consagrada en el artículo 1069”.

Estimamos que la interpretación de este agregado no ofrece mayores dificultades, ya que se limita a incorporar al texto legal algo que tanto doctrina como jurisprudencia aceptaban sin mayor discusión, es decir que la facultad morigeradora del juez no se limitaba al campo de las obligaciones nacidas de un acto ilícito,

¹² En el Mensaje se agrega:

“Es más, se dijo que en la esfera del contrato se acuerda al perjudicado una indemnización de “equidad”, mientras que en la esfera del acto ilícito (aquiliano) se le reconoce una indemnización de “justicia”. En los últimos años los juristas especializados en la materia -cuando menos en mayoría- restaron toda importancia a este afirmado distingo, emanado de una interpretación formalista del artículo 522 vigente en estos momentos, que contradice el sentido histórico y finalista de la ley. No obstante, y para despejar toda duda, se impone reformar el susodicho artículo 522 en el sentido propuesto”.

sino que también podía aplicarse en las hipótesis de incumplimientos contractuales¹³.

4.2. ARTÍCULOS 1068 y 1078

El artículo 1068 brinda de manera genérica el concepto de daño, comprendiendo tanto al material como al moral:

“Artículo 1068.- Hay daño cuando se lesione un interés ajeno, protegido por el ordenamiento jurídico, de naturaleza moral o material”.

En realidad lo que se caracteriza aquí es el “daño resarcible”, limitándolo a los casos en que el interés lesionado es “ajeno”, ya que también hay verdadero perjuicio en los casos en que el interés lesionado es el propio, pero no genera un problema jurídico de reparación¹⁴. Veamos cómo justifica la Comisión, en su informe, las modificaciones que propone a esta norma:

“El artículo 1068 reemplaza al poco feliz texto actual -conectado con los artículos 519 y 1069, 1ª parte, no menos desacertados-, y aborda de forma directa el concepto de daño, a cuyo fin opta por proponer la tesis que entiende que es tal (es decir, que es daño), la lesión a intereses¹⁵. Y especifica, por supuesto, que éstos para ser configurantes del concepto definido, deben estar amparados por el ordenamiento jurídico (...)”.

El artículo 1078 del Proyecto es más específico y dispone, en materia de actos ilícitos, que la obligación de resarcir los perjuicios que ellos han ocasionado comprende el daño moral:

“Artículo 1078.- La obligación de resarcir los perjuicios causados por los actos ilícitos comprende el daño moral. (...)”

¹³ La Comisión, en su Informe, realiza una breve referencia al artículo 1069 del Proyecto, expresando que “reproduce la facultad moderadora de los jueces para atenuar las indemnizaciones, cuando el daño no sea atribuible al agente a título de dolo. Consecuentemente, deja inalterado el segundo párrafo del actual precepto”. Y a ese segundo párrafo es al que remite el artículo 522.

¹⁴ El Código de Vélez, con gran sabiduría, contempla casos en que el menoscabo causado en los bienes propios puede generar acciones de terceros, cuando con ese daño se crea la “posibilidad” de ocasionar perjuicio a intereses de terceros. Recordamos en este sentido lo dispuesto en materia de hipotecas en los artículos 3157 a 3159.

¹⁵ El Informe dirige un duro reproche a estas normas del Código, quizás justificado, pero debe destacarse que esos conceptos, aunque la doctrina los considere desacertados, no han impedido brindar justicia en los casos litigiosos. Por ello nos limitaríamos a expresar el deseo de que la nueva formulación del concepto de daño, aunque pueda llegar a merecer críticas en el siglo venidero, tampoco constituya un obstáculo en la tarea de administrar justicia.

A continuación la norma varía en algo el alcance de la legitimación para reclamar por daño moral, precisando quienes pueden hacerlo. Dice al respecto:

“(...) La acción de indemnización del daño moral competirá al damnificado directo, y en vida de éste a sus padres, hijos y cónyuge. Si del hecho sobreviene la muerte de la víctima, tendrán acción sus ascendientes, descendientes, cónyuge y hermanos”.

Entiende, pues, que a raíz del hecho ilícito además del damnificado directo pueden haber sufrido un daño moral resarcible los hijos, cónyuge y padres, y por ende gozarán de acción independiente para reclamar ese perjuicio, lo que equivale a considerarlos “damnificados directos” con respecto al daño moral.

La redacción dada a esta norma no es quizás muy feliz, ya que al legitimar para accionar por daño moral de manera directa a los padres, hijos y cónyuge de quien sufrió un daño personal, lo hace sobre la base de que ellos han sufrido un daño moral “directo”, aunque no hayan sufrido daño en sus personas. En definitiva, la norma está consagrando el principio de que el daño infligido a un sujeto en “su persona”, le ocasiona tanto a él, como a los allegados que enumera, un daño moral. Se procura precisar la repercusión que puede tener un hecho dañoso en materia de “daño moral”, restringiendo la esfera de los posibles damnificados, que en un caso –cuando la víctima está viva– alcanza al cónyuge y a quienes son parientes consanguíneos en primer grado (padres e hijos), y en otra hipótesis –cuando el hecho dañoso ha producido la muerte del sujeto– además del cónyuge alcanzará a todos los ascendientes y descendientes (parientes en línea recta), y también a sus hermanos, es decir los parientes consanguíneos colaterales en segundo grado.

¿Qué dice el informe sobre el texto propuesto? Se ha extendido largamente sobre el punto, procurando ilustrar las razones que justifican la solución que adopta. Comienza expresando:

“El artículo 1078 proyectado mantiene en el primer párrafo el resarcimiento amplio del daño moral que surge del texto actual. Y además, introduce en un segundo párrafo una ampliación de la legitimación para pretender tal perjuicio. Cabe destacar que la susodicha ampliación fue reclamada con insistencia por la doctrina, con minúsculas excepciones, primordialmente en los últimos tiempos. (...)”

A continuación recuerda que la Comisión debió enfrentar una encrucijada, o permitir que cualquiera –pariente o no pariente del

sujeto que sufrió un daño personal- estuviese legitimado para reclamar el daño moral que ese ilícito le ocasionaba, o “establecer límites” a esa facultad de reclamar. Y continúa diciendo:

“(...) Es interesante remarcar que las opiniones de los autores especializados, vertidas en trabajos y en congresos y jornadas científicas, pese a coincidir en la necesidad de acrecentar el número de legitimados, no siempre fueron precisas a la hora de establecer en concreto los alcances o topes de la legitimación. (...)”

Consideró, pues, la Comisión que debía actuar con prudencia, evitando que la ampliación excesiva de la legitimación provocara una “catarata de damnificados”, razón por la cual se inclinó a establecer los límites que hemos reseñado más arriba, y reemplazar la expresión genérica actual de “herederos forzosos”, por la específica de “ascendientes, descendientes y cónyuges”.

Se recuerda en el Informe que la expresión “herederos forzosos” había creado cierta confusión, pues si bien la opinión dominante estimaba que hacía referencia a los herederos “potenciales” y no a los que lo fuesen efectivamente al tiempo del llamamiento hereditario, “una minoría había sostenido lo contrario, confundiendo sin duda problemas de sucesión hereditaria con reparación de daños”. Concluye la Comisión su extenso comentario afirmando:

“De todos modos, la cuestión debe aclararse en una reforma legislativa, no sólo por la incidencia que los diversos miramientos pueden tener cuando se establece quién está legitimado para pretender en un caso concreto, sino también debido a que el cónyuge no es heredero cuando concurre a la herencia con descendientes y los bienes son gananciales, a menos que se recurra a la figura del heres sine re (...)”.

En definitiva, para evitar cualquier confusión y eliminar posibilidades de discusión, el Proyecto enumera de manera precisa las personas legitimadas para reclamar por “daño moral”.

4.3. ARTÍCULO 1099

Finalmente, en vinculación con el tema que nos ocupa, el Proyecto de Diputados reforma también el artículo 1099, que contempla la hipótesis en que si bien el hecho no ha provocado la muerte de la víctima, el sujeto fallece antes de haber deducido la acción:

“Artículo 1099.- La acción para reclamar el daño moral cuando no ha sido deducida por el causante no pasa a los herederos, salvo que se demuestre que aquél estaba imposibilitado para accionar”.

Como bien señala la Comisión en su Informe resulta indispensable modificar el viejo texto del artículo 1099 ya que a partir de la amplitud que la Ley 17.711 otorgó a la indemnización del daño moral, las previsiones de esa norma redactada por VÉLEZ habían quedado desactualizadas.

A la Comisión se le planteó entonces la disyuntiva de mantener la idea central que inspiraba a la norma, que impide el ejercicio de la acción cuando no fue ejercitada en vida por la víctima –que a nuestro criterio es la solución más correcta– o “autorizar el traspaso de esa acción a los herederos sin cortapisas”. El problema fue motivo de arduas discusiones y se convino, finalmente en adoptar una solución que, manteniendo la regla general de la no transmisibilidad de la acción, admite sin embargo como excepción el caso en que el damnificado “estuvo imposibilitado para realizar el reclamo”. La opinión de la mayoría de la Comisión se ve reflejada en su Informe, cuando sostiene:

“Esta excepción a la directriz básica es altamente valiosa, dado que contribuye en alguna medida a atenuar el riguroso personalismo de la pretensión por el daño al espíritu –mero resabio histórico–, en correspondencia con el carácter resarcitorio (y no punitivo que tiene el susodicho perjuicio)”.

5. EL DAÑO MORAL EN EL PROYECTO DEL PODER EJECUTIVO.

Las reformas introducidas por la Comisión que trabajó en el ámbito del Ministerio de Justicia son mucho más profundas ya que –como dijimos– ese Proyecto pretende reelaborar toda la estructura del Código.

Como el Proyecto del Ejecutivo incursiona sobre temas que exceden ampliamente el problema de la Unificación del Derecho Privado, como el régimen patrimonial del matrimonio, encontraremos allí una norma que se expresa que las indemnizaciones por daño moral tienen el carácter de bien propio; además, se pronuncia sobre problemas que dividen a nuestra doctrina y jurisprudencia, inclinándose por una de las posturas en pugna, como sucede cuando niega la posibilidad de que las personas jurídicas se vean afectadas por un daño moral y reclamen su resarcimiento. Nos ocuparemos primero brevemente de estos dos aspectos.

5.1. LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL: BIEN PROPIO

Ya hemos dicho que el Proyecto del Poder Ejecutivo incorpora al Libro Primero del Código una Sección Tercera, que consta de

dos Títulos; el segundo de ellos, que comprende los artículos 514 a 571, está dedicado al Régimen de la Comunidad, y el primero de los artículos de su Capítulo II, el artículo 515, determina cuáles son los bienes propios de cada uno de los cónyuges, en una larga enumeración que consta de 17 incisos. Entre esos bienes propios se incluye, en el inciso 14, a:

“Las indemnizaciones por daño moral y por daño físico causado a la persona del cónyuge, excepto la del lucro cesante correspondiente a ingresos que habrían sido gananciales”.

Cabe destacar que algunos de los miembros de la Comisión designada por el Poder Ejecutivo (BELLUSCIO y LE PERA), elaboraron algunas disidencias o salvedades. En las salvedades formuladas por Belluscio encontramos la misma previsión como inciso 14 del artículo 511.

Debemos confesar que no nos parece muy feliz la redacción del mentado inciso 14, pues en lugar de referirse como propio a las indemnizaciones por cualquier daño moral o físico que la persona haya sufrido, parece reducir la hipótesis a casos en que esos daños se han causado ¡a la persona del cónyuge!

Adviertan que si se trata de un daño físico ocasionado a la persona del cónyuge, será éste quien tenga legitimación de manera directa, salvo que haya muerto, y si hubiese muerto: ¿qué sentido tiene calificar la indemnización de propia? ¿Frente a quien se efectuará esta calificación, si ya no existe sociedad conyugal?

La redacción que se ha dado a la norma propuesta ¿significa que se ha apartado deliberadamente de las fuentes que menciona?

¿Trata acaso de contemplar un supuesto de hecho distinto? ¿Qué calificación merecerán las indemnizaciones por daño moral cuando no provengan de daños causados a la persona del otro cónyuge, sino a él mismo? Sin afán de crítica resulta oportuno señalar lo difícil que es redactar normas claras, de significado unívoco y que describan con precisión el supuesto de hecho que en ellas se contempla.

Tanto el Proyecto de la Comisión, como las salvedades de BELLUSCIO, citan las fuentes en que se ha inspirado esta norma, mencionando al Código Civil Francés (artículo 1404)¹⁶ (Integran los propios por su naturaleza, aunque hayan sido adquiridos durante el matrimonio (...) las acciones de reparación de un daño corporal

¹⁶ “Código Civil Francés: Artículo 1404.- *Forment des propres par leur nature, quand même ils auraient été acquis pendant le mariage, (...) les actions en réparation d'un dommage corporel ou moral, (...)*”.

o moral (...)”, al Código Belga (artículo 1401, inciso 3)¹⁷, y al Código de Quebec (artículo 485)¹⁸ “Sont également propres à l’époux le droit de réclamer des dommages intérêts et l’indemnité reçue en réparation d’un préjudice moral ou corporel. (...)”, acotando que han sido “completados”.

Al analizar las normas mencionadas advertimos que los Códigos de Francia y Bélgica se refieren globalmente a las indemnizaciones por daño “corporal o moral”, sentando la regla general de que son bienes propios. En el anterior Código de Quebec el problema de los bienes propios se regulaba en los artículos 1266 e, hasta el 1266 n, y de ellos el que se vinculaba con el carácter de bien propio de las indemnizaciones era el 1266 i, que no mencionaba expresamente el daño moral, sino que hablaba de “injurias, daños personales o heridas corporales”.

El artículo 485 del nuevo Código dice que también se consideran propios de los esposos el derecho a reclamar los daños y perjuicios y la indemnización percibida para reparar un daño moral o corporal¹⁹ (Son igualmente propias de los esposos las indemnizaciones percibidas después de la celebración del matrimonio en carácter de daños y perjuicios por injurias, daños personales o heridas corporales, así como el derecho a estas indemnizaciones y las acciones que de ellas emanan).

5.2. EL DAÑO MORAL Y LA INTIMIDAD PERSONAL

Merece destacarse muy especialmente la proposición que se formula de incorporar un nuevo Título a la Sección Primera del Libro Primero, que se ocuparía de los Derechos de la personalidad²⁰, problema que ningún Código moderno descuida, como lo podemos apreciar en el excelente Código Peruano de 1984 que, sobre la base de una ponencia de Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO ha tratado especialmente estos problemas.

La primera norma contenida en este Título VIII es el artículo 110, que expresa:

“Las personas de existencia visible, afectadas en sus derechos a la intimidad personal y familiar y al respeto de

¹⁷ Como es sabido el Código Belga sigue casi textualmente al Código Napoleón.

¹⁸ El artículo 485 del Código de Quebec, en vigencia desde 1991, dispone:

¹⁹ “Código de Quebec: Artículo 1266 i.- Son également propres à l’époux les indemnités perçues après la célébration du mariage à titre de dommages-intérêts pour injures, torts personnels ou blessures corporelles, ainsi que le droit à ces indemnités et les actions qui en découlent”.

²⁰ Sería el Título VIII, y comprendería los artículos 110 a 125.

su honra o reputación podrán reclamar la reparación de los daños sufridos”.

En realidad esta norma se refiere a daños que tradicionalmente la doctrina ha incluido dentro del denominado “daño moral”. Vemos así que BREBBIA, en su clásica obra sobre “Daño moral”, en el Capítulo dedicado a clasificar esta categoría de perjuicios²¹, menciona los ataques al honor²², al nombre²³, y los producidos por violación del derecho de intimidad²⁴. Sin embargo no la consideramos redundante, sino que –como decíamos más arriba– refleja una tendencia de la codificación contemporánea, que se preocupa especialmente de los derechos de la personalidad, hecho que podemos corroborar si consultamos los últimos Códigos Civiles iberoamericanos²⁵. Perú, de 1984, que consagra el Título II (artículos 3 a 18), de la Sección Primera del Libro Primero, a los derechos de la persona, declarando que estos derechos son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión (artículo 5), protegiendo la intimidad de la vida personal (artículo 14), y concediendo acción para exigir la cesación de los actos lesivos, con responsabilidad solidaria para los autores (artículo 17).

Creemos conveniente reproducir la Nota con que la Comisión ilustra el artículo 110 de su proyecto:

“El artículo trata del derecho a la intimidad, el que se reconoce en favor de toda persona física, tal cual lo ha entendido la doctrina nacional, y ha tenido reflejo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación (in re “Ponzetti de Balbín c/ Editorial Atlántida”, 12 diciembre 1984, L.L. 1985 - B - 121). Siguiendo los criterios de la doctrina nacional tejida alrededor del artículo 1071 bis del Código Civil, se elimina el requisito de que el hecho no sea un delito del derecho criminal, la mención de la

²¹ Roberto H. BREBBIA, *El daño moral*, 2ª ed., Orbir, Rosario, 1967, Cap. XII, p. 253 a 313.

²² Autor y obra citados en nota anterior, N° 131, p. 260. Nos dice allí que “la lesión o el menoscabo sufridos por una persona en su honor configura uno de los casos más típicos de agravio moral”.

²³ BREBBIA, obra citada, N° 132, p. 265.

²⁴ BREBBIA, obra citada, N° 141, p. 297.

²⁵ Citaremos en orden cronológico los siguientes Códigos: Portugal, de 1967, que dedica una Sección a los “derechos de la personalidad” (artículos 70 a 81), del cual destacamos el inciso 1 del artículo 70, según el cual “la ley protege los individuos contra cualquier ofensa ilícita o amenaza de ofensa a su personalidad física o moral”. Bolivia, de 1975, que trata el tema en el Capítulo III del primer título del Libro Primero (artículos 6 a 23), mencionando el derecho al honor (artículo 17) y a la intimidad (artículo 18), para culminar el Capítulo expresando que “los derechos de la personalidad son inviolables y cualquier hecho contra ellos confiere al damnificado la facultad de demandar el cese de ese hecho, aparte del resarcimiento por el daño material o moral” (artículo 23).

arbitrariedad y la alusión a la equidad como pauta de determinación de la indemnización. Asimismo, siguiendo una de las corrientes del derecho comparado, se elimina también la enumeración de ciertos actos que pueden ser considerados atentatorios de la intimidad (Cod. Civil francés, artículo 9; Cod. Civil suizo, artículo 28). Seguidamente la norma se ha referido a la protección del honor, para lo cual ha utilizado la fórmula del artículo 11, inc. 2, in fine, de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, absteniéndose también de definir qué se entiende por honra”.

Entendemos que en manera alguna la Comisión ha pretendido restringir la indemnización del daño moral, cuando se atenta contra derechos de la personalidad, a las hipótesis de ataques contra la honra y la intimidad (...) Siempre serán aplicables las disposiciones genéricas de los artículos 1565, 1567 y 1571 del Proyecto, a los que nos hemos de referir más adelante. El propósito que inspira a la Comisión, sin duda, ha sido acentuar esta hipótesis por la frecuencia que ha adquirido, y la difusión masiva del hecho dañoso en los “medios” publicitarios, por lo que incluye previsiones complementarias en el artículo 116 del Proyecto²⁶. En caso de fallecimiento del titular las acciones podrán ser continuadas por sus herederos.

Se advierte sí, una limitación importante: por tratarse de derechos de la “personalidad”, se ha entendido que sólo gozan de ellos “las personas de existencia visible”. Quedan excluidas las “personas jurídicas” que, sin duda, no tienen “intimidad familiar”, y quizás tampoco personal ni pueda hablarse de su “honra”, pero, cabe preguntarse: ¿Esos entes de ficción, que a veces cumplen finalidades altruistas de gran beneficio para la sociedad, no poseen acaso “reputación”? Nos ocuparemos de este problema en el próximo punto.

5.3. EL DAÑO MORAL Y LAS PERSONAS JURÍDICAS

La posición restrictiva adoptada en materia de “derechos personalísimos” concuerda con la solución que de manera general consagra el artículo 1596 del Proyecto, negando legitimación para reclamar cualquier “daño moral” a las personas jurídicas:

“Artículo 1596.- La acción por indemnización del daño moral compete a la persona física que lo ha sufrido. (...)”.

²⁶ “Artículo 116 (Proyecto del Ejecutivo).- Además de lo dispuesto por el artículo 110, el damnificado por atentados contra su personalidad tiene derecho a:

1) Exigir que el atentado que ha comenzado a ser ejecutado cese inmediatamente, sin necesidad de acreditar culpa o dolo del autor.
2) Solicitar las publicaciones que le sean satisfactorias.

Señalemos de paso que en el artículo 110 se hablaba de “personas de existencia visible”, y aquí se alude a “personas físicas”. Podemos considerar que se trata de expresiones sinónimas.

En la siempre difícil tarea de dar normas que rijan la vida jurídica futura, el legislador enfrenta a menudo problemas que dividen a la doctrina y puede optar por dos caminos: guardar silencio, dejando que la jurisprudencia resuelva el conflicto, cuando se plantee, o zanjar el diferendo optando por una de las posiciones en pugna. Cualquiera sea el camino que adopte, siempre recibirá críticas: en un caso por no haber resuelto el problema; en el otro, de parte de aquellos que sustentan una posición contraria a la que adoptó.

Además corre el riesgo de que el camino adoptado, con el transcurso del tiempo se convierta en una traba para la correcta evolución de las ideas, como le sucedió a Vélez Sársfield, precisamente en materia de “daño moral”, cuando limitó su resarcimiento a los “delitos del derecho criminal”.

La Comisión del Ejecutivo, al negar acción por daño moral a las personas jurídicas, punto que divide a la doctrina nacional²⁷. En especial nos parece conveniente consultar sobre este punto la colaboración de BREBBIA en el libro Homenaje a Morello, titulada “La persona jurídica como sujeto pasivo del agravio moral” (ver “Temas de Responsabilidad Civil”, La Plata, 1981, p. 55 y ss.) y extranjera²⁸. En la doctrina española Rafael ALVAREZ VIGARAY sostiene que “pueden causarse daños morales a las personas jurídicas” (ver “La responsabilidad por daño moral”, A.D.C., 1966 - I, p. 83), se inclina implícitamente por una concepción del daño moral que se reduce a la existencia de “dolor” o “sentimientos heridos”, mientras que nosotros estimamos que el llamado “daño moral” comprende todo menoscabo a derechos subjetivos que, pese a su carencia de contenido patrimonial, son dignos de tutela jurídica²⁹.

²⁷ El punto fue objeto de debate en las Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil y dividió a los delegados.

Jorge MOSSET ITURRASPE, que se cuenta entre los que niegan a las personas jurídicas indemnización por daño moral, menciona en apoyo de esta postura a Bueres, Trigo Represas, Orgaz, Pizarro, Zavala de González (ver “Responsabilidad por Daños - T. IV, Daño moral”, Ediar, Buenos Aires, 1985, N^o 76, p. 224).

Entre los que consideran que puede inferirse un daño moral resarcible a las personas jurídicas se cuentan Brebbia, Goldenberg, Banchio, Vallespinos y el autor de estas líneas.

²⁸ MOSSET ITURRASPE, en la obra citada en la nota precedente, reconoce que la mayor parte de la doctrina francesa “es ampliamente favorable al reconocimiento de esta posibilidad a los entes ideales” (p. 227), citando en tal sentido a los Mazeaud, Savatier, Lalou, Givord y Carbonnier.

Es también la opinión predominante en la doctrina italiana, con la excepción de SCOGNAMIGLIO, a cuyas ideas adhiere MOSSET ITURRASPE (p. 228).

²⁹ Conf. Rafael ALVAREZ VIGARAY, quien nos dice: “(...) el concepto de daños morales no debe reducirse solamente a los dolores o sufrimientos injustamente ocasionados sino que en él ha de incluirse todo perjuicio no pecuniario producido

Es cierto que, como decíamos más arriba, no se concibe que una persona jurídica pueda ser titular del derecho de “intimidación familiar”, pero la persona jurídica tiene derecho a su “nombre”, a la “reputación” e incluso, en sentido lato, a la “honra”. Según las actividades que desempeñe tendrá derecho también a que se proteja el “secreto profesional”.

Si alguien atenta contra estos “intereses”, para utilizar el léxico que emplean ambos Proyectos, debe resarcir el daño que causa, aunque ese perjuicio carezca de contenido patrimonial, y aunque el damnificado no sea una persona física, sino una persona jurídica.

Quienes sólo reconocen una indemnización cuando el ataque al nombre, la reputación o el secreto profesional de la persona jurídica se ha traducido, además, en un perjuicio económico –disminución de ingresos, pérdida de clientela, etc.– tienen un concepto excesivamente “economicista” de las personas jurídicas, y parecen olvidar que muchos de estos entes no persiguen en manera alguna fines de lucro. Resulta paradójal advertir que si se ataca el “buen nombre” de una sociedad comercial, ella puede lograr una indemnización aduciendo la pérdida de ingresos, y que si se mancha la reputación de una entidad como la “Cruz Roja”, como ese ataque no se traduce en pérdida de ingresos, o de clientela, no obtenga ninguna reparación y el autor del hecho ilícito pueda liberarse de toda responsabilidad.

Debe tenerse muy en cuenta que numerosas personas jurídicas son asociaciones sin fines de lucro (clubes deportivos, por ejemplo), o –más aún– fundaciones que persiguen exclusivamente el cumplimiento de finalidades de bien público, como la instituida por Nobel para premiar las más elevadas manifestaciones de la ciencia y el arte. Aunque sean “personas ideales”, el derecho les reconoce “su nombre”, y una esfera de actuación digna de protección³⁰.

Por ello nos preguntamos: ¿es correcto que se niegue acción a las personas jurídicas para reclamar la indemnización del daño que provocan esos atentados? Item más: el proyecto, en su artículo 116, reconoce a las personas físicas la facultad de reclamar el cese de esos ataques, y yo pregunto: aunque las acciones previstas en esa norma están concebidas para las personas físicas,

por la lesión de un bien de la persona (salud, libertad, honestidad, honor, etc.) o de sus sentimientos y afectos más elevados” (ver “La responsabilidad por daño moral”, A.D.C., 1966 - I, p. 85).

³⁰ Hemos expuesto nuestra opinión en un comentario a fallo titulado: Daño moral y personas jurídicas”, publicado en Zeus-Córdoba, T. 4, año 1985, p. 134.

¿podrá negarse a una persona jurídica la facultad de solicitar que cese el ataque que afecta su nombre, honra o reputación? ¿Podrá sostenerse que carece de derecho para solicitar y lograr que se efectúen publicaciones aclaratorias, a costa del ofensor?

Dejamos pendientes estos interrogantes, con la esperanza de que los miembros de la Comisión redactora del Proyecto puedan contestarlos.

5.4. EL CONCEPTO DE DAÑO

Efectuaremos previamente una breve digresión sobre el Plan de materias del Proyecto del Ejecutivo que, como hemos dicho, reformula totalmente el Libro Segundo del Código. Se destina la Sección Tercera del mencionado libro a las fuentes de las obligaciones, y se la divide en cuatro partes. La última, integrada por tres títulos, regula los problemas de responsabilidad civil, con fórmulas aplicables tanto al ámbito contractual, como al extracontractual, expresando que “los principios que subyacen en la regulación proyectada” se inspiran en “la unidad del fenómeno resarcitorio”, propiciada ya por el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil³¹ reunido en Córdoba en 1961, principio que, como recuerdan los miembros de la Comisión, ha sido reiterado en las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Rosario, 1971), y en las Duodécimas (Bariloche, 1989), como también en las Jornadas Australes de Derecho (Comodoro Rivadavia, 1980), en las Segundas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil (Junín, 1986), y en las Terceras Jornadas de Derecho Civil y Comercial de La Pampa (Santa Rosa, 1991).

Dentro del Título Primero de esta Sección, el Capítulo IV (artículos 1565 a 1578), se ocupa específicamente del daño. El concepto que nos brinda en la primera de esas normas reconoce parcialmente como fuente el actual artículo 1068 pero, al igual que el Proyecto de Diputados incorpora la noción de intereses, “conforme la posición doctrinal prevaleciente”:

“Artículo 1565.- Existe daño siempre que se cause a otro algún perjuicio a su persona, a su patrimonio o a sus intereses no reprobados por la ley. Es indemnizable el daño cierto y personal del damnificado”.

³¹ El punto 1 de la Recomendación N° 14 de dicho certamen científico, aprobada el 14 de octubre de 1961, expresa: “La reparación ha de sancionarse según fórmula integral y unificada, aplicable tanto a la responsabilidad contractual, cualquiera sea la naturaleza de la prestación, como a la extracontractual, sea que los hechos configuren o no delitos del derecho criminal” (ver “Tercer Congreso (...)”, Imp. Univ. Nac., Córdoba, 1962, T. II, p. 778).

Un poco más adelante el artículo 1567 aclara que “la indemnización comprende el daño material y el moral”.

5.5. “QUANTUM” DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL

El artículo 1571 del Proyecto del Poder Ejecutivo, citando como antecedente las Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (año 1984), y el Cuarto encuentro de Abogados Civilistas (Santa Fe, 1991), afirma que la indemnización por daño moral no debe vincularse con el daño material sufrido, y que el juez, para determinar el monto, debe tomar en consideración “la índole del hecho generador y demás circunstancias del caso”³².

Consideramos acertada la desvinculación del monto indemnizatorio respecto al daño material, pues pese a que éste último sea ínfimo, o no exista, el patrimonio moral de la víctima puede haber resultado seriamente menoscabado; y a la inversa, hay casos en que los daños materiales son cuantiosos y no existe ningún daño moral resarcible.

Las otras “directivas” que se incorporan para apreciar el perjuicio son muy imprecisas, pero no le reprochamos a la Comisión esa vaguedad, pues las características mismas del daño moral, y la multiplicidad de hipótesis que abarca, tornan imposible brindar orientaciones más concretas.

Sin hacer referencia especial para el daño moral, y con carácter abarcador de cualquier tipo de perjuicios, el artículo 1572 concede al magistrado la facultad de atenuar la indemnización “si fuere equitativo”³³, de manera que en definitiva la solución es coincidente con la propuesta por la Comisión de Diputados en el artículo 522, como lo hemos visto más arriba.

5.6. PERSONAS LEGITIMADAS

Para concluir nos referiremos al artículo 1596 que –como ya hemos visto– en su primer párrafo limita la legitimación activa para reclamar la indemnización por daño moral, concediéndola únicamente “a la persona física que lo ha sufrido”, de manera que

³² “Artículo 1571 (Proyecto del Poder Ejecutivo).- El juez debe determinar el monto del daño moral con independencia del daño material sufrido, tomando en consideración la índole del hecho generador y demás circunstancias del caso”.

³³ “Artículo 1572 (Proyecto del Poder Ejecutivo).- El juez podrá considerar la situación patrimonial del deudor, atenuando la indemnización si fuese equitativo; esta facultad no será aplicable si el daño fuere imputable a dolo o malicia del responsable”.

excluye a las personas jurídicas³⁴. Si del hecho dañoso hubiese resultado la muerte de la víctima, están legitimados el cónyuge, los descendientes, los ascendientes y las personas que convivían con ella al tiempo del hecho.

A continuación se plantea el problema de que existan otras personas, distintas de la víctima, que puedan haber sufrido un daño moral como consecuencia del hecho y, a diferencia del Proyecto de Diputados que establece un límite objetivo, concediendo la acción de manera limitada a los parientes en primer grado, y al cónyuge, se inclina por dejar en manos de los magistrados la facultad de establecer si procede o no indemnizar ese perjuicio. El texto propuesto nos dice:

“(...) Los jueces valorarán la procedencia del resarcimiento del daño moral sufrido por otros damnificados distintos a la víctima. (...)”

Se inclina de esta manera a recoger propuestas formuladas en el Segundo Congreso Internacional de Daños (Buenos Aires, 1991), y en las Jornadas de La Pampa, del mismo año, ampliando el elenco de personas legitimadas para reclamar “daño moral”, sin poner límites precisos, difiriendo de esta manera a la jurisprudencia la tarea de establecer en cada caso concreto si el reclamo es o no procedente.

A continuación, en el mismo párrafo del artículo 1596, consagra la regla de que la acción es intransmisble y sólo pasa a los “sucesores universales del damnificado”, cuando ya estaba interpuesta por éste antes de fallecer, en lo que coincide con el Proyecto de Diputados, pero no contiene la previsión que vimos incluye aquél, respecto a las hipótesis de “imposibilidad”.

En principio, pues, si la víctima muere sin haber intentado la acción, está ya no puede ser ejercitada por sus herederos, con una sola excepción, que la muerte hubiese resultado del hecho dañoso, hipótesis en la que se admite con alguna amplitud el ejercicio de la acción, de acuerdo a lo previsto en el segundo párrafo del artículo 1596.

³⁴ Reproduciremos íntegramente en esta nota el texto del artículo 1596, cuyos distintos dispositivos deben ser analizados fraccionadamente:

“Artículo 1596 (Proyecto del Poder Ejecutivo).- La acción por indemnización del daño moral compete a la persona física que lo ha sufrido. Los jueces valorarán la procedencia del resarcimiento del daño moral sufrido por otros damnificados distintos a la víctima. La acción sólo se transmite a los sucesores universales del damnificado si fue interpuesta por éste.

Esta norma, al igual que la proyectada por Diputados, no habla de los “herederos” o “sucesores” del damnificado muerto, sino que especifica que las personas legitimadas son los “ascendientes, descendientes y cónyuge”; pero mientras en el Proyecto de Diputados a esa enumeración se agregan los “hermanos”, el Proyecto del Ejecutivo en lugar de los hermanos incluye “a las personas que convivían con la víctima al tiempo del hecho”.

Por una parte se reduce el círculo de los parientes legitimados; por otro se amplía la nómina incluyendo a los “convivientes”, de forma amplia, incluso sin establecer el límite que ponen otras legislaciones, concediendo la acción a quienes se encontraba “alimentariamente” a cargo de la víctima. No se toma en cuenta ese vínculo, sino el hecho mismo de “convivir” cualquiera sea la razón de esa convivencia y exista o no parentesco entre la víctima y el “conviviente”, sin que el vocablo se reduzca, tampoco, a las hipótesis en que se “hace vida en común”, al margen de la institución matrimonial.

Pareciera que la idea de los autores del Proyecto es conferir la acción a aquellas personas que, sean o no parientes y existan o no vínculos legales, se encuentran compartiendo con la víctima una relación de vida que podríamos denominar “cuasi-familiar”, lo que haría presumir que su deceso, provocado por el hecho dañoso, les infiere un “daño moral”, que se considera indemnizable.

6. EL PROYECTO DE NUEVO CÓDIGO DE 1998

6.1. EL PROYECTO

El Proyecto de Código Civil de la República Argentina, unificado con el Código de Comercio³⁵, comúnmente conocido como Proyecto de 1998, fue el más ambicioso en sus fines, pues propuso la unificación de las normas centrales del derecho privado en un único cuerpo legal (el Código Civil), con derogación completa del Código de Comercio y la subsistencia de las leyes especiales (sociedades, concursos, seguros, etc.) como legislación complementaria y en cuerpos separados.

6.2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL PROYECTO

En materia de responsabilidad civil, haciéndose eco de la doctrina mas difundida, unifica las normas de la responsabilidad

³⁵ Por Decreto del Poder Ejecutivo Nacional 685/95 se designó una Comisión Honoraria a los fines de estudiar las reformas necesarias al derecho privado. El Proyecto de Código Civil unificado por el Código de Comercio, elaborado por dicha comisión fue presentado al Ministro de Justicia de la Nación el 18 de diciembre de 1998, tuvo tratamiento legislativo, pero no fue aprobado.

contractual y extracontractual en el Capítulo I (“Responsabilidad Civil”) del Título IV (“De otras fuentes de las obligaciones”)³⁶ del Libro IV (“De los derechos personales”). Se trata, de este modo, de superar las diferencias entre ambos regímenes existentes en el Código Civil vigente, el que prevé normas aplicables a las responsabilidad contractual (u obligacional) en la Sección Primera del Libro Segundo –sin perjuicio de las normas específicas previstas para algunos contratos– y a la responsabilidad extracontractual en la Sección Segunda del mismo Libro, con soluciones a veces diferentes³⁷.

El proyectado artículo 1581 marca esta postura: *“Aplicación. Las disposiciones de este Título son aplicables cualquiera sea la fuente del deber jurídico de cumplir o reparar el daño”*³⁸.

6.3. EL DAÑO EXTRAPATRIMONIAL

La Sección Tercera del Título IV regula el elemento Daño. El artículo 1600, con una técnica quizá no adecuada, en cinco incisos conceptualiza el daño patrimonial, el extrapatrimonial, el daño al interés negativo, el daño indirecto y la indemnización de equidad.

En lo que es materia de nuestro interés para este trabajo, el literal b) de este artículo reza: “b) El daño extrapatrimonial comprende el que interfiere en el proyecto de vida, perjudicando a la salud física o psíquica o impidiendo el pleno disfrute de la vida, así como al que causa molestias en la libertad, en la seguridad personal, en la dignidad personal, o en cualesquiera otras afectaciones legítimas”.

Y el artículo 1601, bajo el epígrafe Daño reparable expresa: *“Son reparables el daño patrimonial y el daño extrapatrimonial, sea directo o indirecto, así como el daño futuro cierto, y la pérdida de probabilidades en la medida en que su contingencia sea razonable”*³⁹.

³⁶ El Título IV legisla, como fuentes de las obligaciones distintas al contrato además de la responsabilidad civil, la Gestión de negocios (Capítulo II), el Empleo Útil (Capítulo III), el Enriquecimiento sin causa (Capítulo IV), la Declaración unilateral de voluntad (Capítulo V) y los Títulos Valores (Capítulo VI).

³⁷ Sin perjuicio de un largo listado de diferencias que marca la doctrina, las principales se presentan en materia de extensión del resarcimiento y plazo de prescripción.

³⁸ Los artículos 1582 y 1583 prevén la existencia de otras normas, legales o convencionales, que regulen la cuestión, determinando el orden de prelación normativa.

³⁹ El orden debió ser inverso, para su mejor comprensión. Primero determinar qué daños entiende el legislador deben ser reparados y luego determinar, en cada caso, qué consecuencias se comprenden.

El primer aspecto a resaltar es que el Proyecto cambia la denominación de lo que tradicionalmente se ha denominado en nuestro derecho “daño moral” por el de “daño extrapatrimonial”.

La nomenclatura de “daño moral” o “agravio moral” (como denomina a este daño el artículo 522 del Código Civil Argentino al tratar el supuesto de reparación en la responsabilidad obligacional) muchas veces ha permitido un acotamiento de las indemnizaciones por perjuicios sufridos a partir de lesiones a intereses no patrimoniales al considerarse que sólo hay “daño moral” cuando hay sufrimiento o pena, descartándose por ello supuestos en que no habría tales afecciones (v.g. así se argumentó para descartar daño moral en personas descerebradas o en estado vegetativo). Sin embargo, la buena doctrina ha ido moldeando un sistema de reparación amplio, que comprende como daño moral no sólo al sufrimiento en las afecciones, sino también, por ejemplo, a supuestos en que lo que se pierde es la posibilidad de ese sufrimiento.

Por ello no creemos necesario el cambio del nombre dado al supuesto, como lo hace el Proyecto. La noción de daño moral se encuentra fuertemente arraigada en la cultura jurídica argentina, y los operadores entienden que dentro de dicha noción encuadran supuestos de daños sin “sufrimiento moral”.

Esta postura de intento de ampliación de la noción tradicional de daño moral como afección sentimental se lee claramente en el literal b) del proyectado artículo 1600, pues al enumerar qué situaciones se entienden comprendidas dentro del daño extrapatrimonial, comienza por la idea de interferencia al proyecto de vida y el perjuicio a la salud física o psíquica y el pleno disfrute de la vida (aspectos que se pueden objetivizar y pueden producirse aún sin sufrimiento) y remata agregando a las molestias (a la libertad, la seguridad personal, la dignidad personal) y cualquier otra afección legítima (aspectos netamente subjetivos).

Entendemos que la intención del legislador es buena, al intentar dar carta de ciudadanía definitiva a supuestos en que se producen perjuicios en el ámbito no económico de la persona mas no se presentan signos visibles de sufrimiento o afección, mas el cambio de nomenclatura puede no ser conveniente ante el arraigo que la noción daño moral tiene en nuestra cultura jurídica.

6.4. EJERCICIO DE LA ACCIÓN POR DAÑO EXTRAPATRIMONIAL

6.4.1. LEGITIMACIÓN ACTIVA

El proyectado artículo 1689 regula la legitimación activa para ejercer la acción tendiente a la reparación del daño extrapatri-

monial, del siguiente modo: “*La persona humana damnificada directa tiene legitimación para accionar por la satisfacción de su daño extrapatrimonial. Si sufre gran discapacidad, o del hecho dañoso resulta su muerte, también tienen legitimación a título corresponda, según corresponda conforme a las circunstancias, el cónyuge, los descendientes, los ascendientes, y quienes convivían con ella recibiendo trato familiar ostensible. Los tribunales tienen atribuciones para asignar legitimación a otros sujetos, en los casos especiales en los que el hecho tiene un grado de repercusión en el reclamante que excede del ordinario, habida cuenta de su vinculación con el damnificado y demás circunstancias*”.

En el sistema argentino la legitimación para reclamar por daño moral es un tema siempre controvertido y en debate.

La norma vigente –el artículo 1078, aplicable tanto al ámbito extracontractual como al contractual, según la mejor doctrina– limita la acción a la víctima del hecho (damnificado directo) y, sólo en caso de muerte, a sus herederos forzosos (cónyuge, ascendientes y descendientes)⁴⁰.

Los diferentes proyectos de reformas han intentado modificar la norma, con mayores o menores alcances.

El Proyecto de 1998 es, sin dudas, el que ha ido más lejos en ese propósito. A pesar de mantener el principio de que, si el hecho no produjo la muerte de la víctima, sólo el damnificado directo está legitimado para accionar, abre varios anchos caminos para reconocer legitimación, a saber:

En caso de sufrimiento de “gran discapacidad” por parte de la víctima⁴¹, reconoce legitimación a título personal a los herederos forzosos (cónyuges, ascendientes y descendientes) –que en el sistema vigente sólo pueden reclamar en caso de muerte de la víctima– y a quienes convivían con ella recibiendo trato familiar ostensible. En este supuesto el Proyecto otorga legitimación, sin posibilidad de que el juez la deniegue.

El artículo proyectado recoge un reclamo generalizado de la doctrina en el sentido de que las limitaciones previstas en la

⁴⁰ Tratamos la cuestión en FERNANDO MÁRQUEZ, José. *Daño moral por muerte de la persona por nacer. Procedencia, legitimación, cuantía y costas*, La Ley Córdoba, 2004 (mayo), 349 – Doctrina Judicial 2004-2, 718.

⁴¹ La noción de “gran discapacidad” o “grandes inválidos” refiere a la situación en la que el damnificado se ve imposibilitado de realizar cualquier actividad, aún los diarios elementales y, por ello, depende de la atención permanente de otras personas. ZAVALA DE GONZÁLEZ, V. Matilde. *Tratado de Daños a las Personas. Disminuciones psicofísicas*, T. 2, Astrea, Buenos Aires, 2009, p. 136; GALDÓS, Jorge Mario. *Un caso de discapacidad en fallo ejemplar*, La Ley 2005-B-868.

regulación vigente crea situaciones de notoria injusticia ante supuestos de notorios perjuicios morales (o extrapatrimoniales en la denominación que el proyecto propone) y que han generado, incluso, declaraciones de su inconstitucionalidad o, directamente, su inobservancia:

En caso de muerte de la víctima, se amplía la legitimación no sólo a los herederos forzosos, sino también a algunos convivientes calificados (que recibían trato familiar ostensible).

Y, por último, en caso de muerte o si no se produjo, se otorga una facultad a los tribunales –que en el caso sí pueden actuar discrecionalmente–, para otorgar legitimación a otras personas para reclamar daño moral, teniendo en cuenta la repercusión extraordinaria del hecho en su persona según la vinculación con la víctima y demás circunstancias. Se abre aquí la posibilidad de reclamos, por ejemplo, por parte de amigos íntimos que puedan demostrar los extremos que prevé la norma para legitimarlos.

Desde nuestra óptica la ampliación de legitimados proyectados recepta la postura correcta sobre el tema, pues entendemos que la procedencia del reclamo de daño moral por perjuicios causados por otras personas no es una cuestión que deba definirse legislativamente excluyendo legitimados, sino que pasa por el análisis de la relación causal adecuada entre los perjuicios invocados y el hecho dañoso. Es indudable que la solución vigente alivia a los tribunales de reclamos infundados de personas no parientes que invoquen perjuicios inexistentes, mas también es cierto que la regulación ha coartado la posibilidad de otorgar indemnizaciones que aparecen patentes ante el sentido común (como el daño moral sufrido por padres de hijos que han quedado en estado de vida vegetativa). Ante las dos opciones, nos inclinamos por una apertura de las posibilidades de reclamos, con un muy fino análisis de la procedencia de la indemnización.

6.5. EL MODO DE REPARACIÓN DEL DAÑO

El Proyecto toma una postura sobre la naturaleza de la reparación del daño extrapatrimonial. El artículo 1621 expresa que “*El daño es reparable, según el caso, mediante: (...) d) La satisfacción del valor del daño extrapatrimonial*” y el artículo 1640 que “*El acreedor tiene derecho a requerir que el daño extrapatrimonial sea satisfecho, total o parcialmente, mediante el pago de dinero, o de otro modo distinto. El tribunal, según las circunstancias, dispone lo que corresponde; en los casos a lesiones a la dignidad personal puede ordenar la publicación de la sentencia*”.

Se otorga carácter satisfactivo a la reparación (ante la imposibilidad de restituir las cosas a su estado anterior)⁴² y se permite que dicha satisfacción sea dineraria o de otro modo distinto, tipificando uno de estos modos a través de la publicación de la sentencia en caso de lesiones a la dignidad personal.

6.6. TRANSMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN

El artículo 1690 del Proyecto en estudio, en materia de transmisibilidad de la acción por daño extrapatrimonial, expresa: *“La transmisibilidad de la acción por reparación del daño está sujeta a estas reglas: (...) b) La acción por satisfacción del daño extrapatrimonial es transmisible por acto entre vivos. También lo es a los herederos del damnificado si éste la ha interpuesto en vida, o ha fallecido dentro de los seis (6) meses de sufrido el daño”*.

El Código Civil Argentino regula la cuestión en el artículo 1099, indicando que la acción por reparación del daño moral es transmisible a los herederos sólo si el damnificado la ha promovido en vida⁴³. Hay acuerdo en que la norma regula la transmisibilidad *mortis causa*.

El Código no regula la transmisibilidad de la acción por acto entre vivos, lo que ha dado lugar a una polémica doctrinaria entre quienes la rechazan en forma absoluta (fundados en la naturaleza personalísima del derecho y de la acción)⁴⁴, quienes admiten la transferencia sólo en el supuesto en que la acción haya sido ejercida previamente por el damnificado (en aplicación analógica de lo dispuesto por el artículo 1099 para transmisión por causa

⁴² Enseña Ramón PIZARRO, Daniel (Daño moral. Reparación. Prevención, Punición, 2ª. Edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 398) que en materia de daño moral la reparación no asume una función de equivalencia, sino que el dinero tiene un papel de corte satisfactivo para la víctima: “No se trata de alcanzar una equivalencia más o menos exacta sino de brindar una satisfacción o compensación al damnificado”.

⁴³ Artículo 1099 Código Civil Argentino: “Si se tratare de delitos que no hubiesen causado sino agravio moral, como las injurias o la difamación, la acción civil no pasa a los herederos y sucesores universales, sino cuando hubiese sido entablada por el difunto”. Ramón Daniel PIZARRO (obra citada, p. 292) expresa que “La norma, más allá de algunas imperfecciones, es de una claridad elocuente: la acción por daño moral sólo se transmite a los herederos cuando el causante- damnificado la hubiese entablado. En tal supuesto, aquellos están legitimados para continuarla. Si el damnificado hubiese fallecido sin deducir la acción rescacitoria, ésta no se transmite a los herederos, quienes carecen de legitimación activa para intentarla *iure hereditatis*”. El autor está de acuerdo con la solución legal, en base a los parámetros subjetivos en que se funda el daño moral y la ponderación personal de los mismos.

⁴⁴ Por ejemplo BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, 8ª. edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 249.

de muerte)⁴⁵ y aquellos que propugnan la transmisibilidad amplia del derecho a la reparación (pues no existe norma que lo prohíba y la patrimonialización del derecho o interés no patrimonial lesionado)⁴⁶.

El Proyecto admite la transmisibilidad amplia de la acción por satisfacción del daño moral por acto entre vivos⁴⁷, ratifica la solución del Código de que es trasmisible a los herederos del damnificado si éste promovió la ejecución en vida y da una solución distinta para el caso de que el damnificado no lo hubiere ejercido permitiendo el ejercicio por los herederos, limitando este derecho a que se promueva la acción dentro de los seis meses de sufrido el daño.

7. PALABRAS FINALES.

Razones de espacio y tiempo nos impiden extendernos más. Hemos procurado no criticar, ni alabar, las normas proyectadas, sino simplemente efectuar una primera búsqueda que nos ilustre sobre el estado de la cuestión en los distintos Proyectos de reforma de la legislación vigente, y permita luego -sobre la base de este conocimiento- buscar la armonización de los textos proyectados para, de esa manera, dar al país las normas que parezcan más adecuadas.

⁴⁵ Entre otros, ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. *Resarcimiento de daños*. T. 2a, Daños a las personas, Hammurabi, Buenos Aires, 1990, p. 501.

⁴⁶ En la Argentina esta posición es defendida, en minoría, entre otros por Ramón Daniel PIZARRO, Obra citada, p. 302.

⁴⁷ Fue la postura aprobada por la Comisión N° 2 en las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en San Miguel de Tucumán, 1993.

EL DAÑO MORAL. LA CUANTÍA DEL RESARCIMIENTO Y LA FUNCIÓN DEL JUEZ

Jorge Mosset Iturraspe ()*

SUMARIO: 1. Resarcimiento real y resarcimiento simbólico. 2. Criterio para evaluar el daño y fijar el resarcimiento. 3. Criterios para determinar la cuantía de la reparación. 3.1. Determinación de la cuantía en atención al daño patrimonial. 3.2. Determinación de la cuantía con base en la gravedad de la falta. 3.3. Determinación con base en un criterio subjetivo. 3.4. Determinación atendiendo a los "placeres compensatorios". 3.5. El llamado a la prudencia judicial. 3.6. Los precedentes judiciales. 4. Diez reglas para la determinación de la indemnización por daño moral.

1. RESARCIMIENTO REAL Y RESARCIMIENTO SIMBÓLICO.

La opción por la tesis reparadora no implica haber superado los problemas. Casi es verdad lo contrario: los problemas comienzan, a partir de esa elección, en la medida en que deben establecerse pautas, criterios o parámetros para cuantificar la reparación, establecer su cuantía o monto. De nada vale sostener, por un lado, que debe resarcirse a la víctima, para luego, a la hora de determinar el monto de la indemnización, hacerlo con una suma puramente simbólica, sin entidad alguna, que nada compensa, o bien hacerlo arbitraria o capricho-

(*) Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires/Argentina. Profesor y ex Decano en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. Miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Miembro correspondiente de la Academia Peruana de Derecho.

samente, con el importe que se me ocurre o me parece, desde mi muy personal opinión.

Ni indemnizaciones simbólicas o insignificantes; ni indemnizaciones enriquecedoras; ni indemnizaciones arbitrarias. Nada de eso hace bien a la idea de justicia y equidad que se busca consagrar.

COLOMBO remarcaba la necesidad de insistir sobre “temas ya viejos”, pues, a su juicio, “significa no pocas veces poner de relieve muchas de las deficiencias sobre las que se basan y un indiscutible afán de renovación”¹.

Y como alerta en la cuestión decía enfáticamente: “La intensidad del agravio moral nada tiene que ver con su fuente productora. Nazca de acto delictual, nazca de un cuasidelito, no por eso variará. Lo cierto es que frecuentemente un hecho de menor gravedad, suele ocasionar un dolor más hondo que otro cuya gravedad es mayor”².

El tema, arduo y difícil como pocos, debe encararse con la pretensión, firme y constante, de lograr una solución justa para ambas partes: víctima y victimario; no sacrificar a uno en aras de otro; no enriquecer con generosidad olvidando al empobrecido; ni dejar las cosas como están, para evitar equivocarse.

De allí que nos parezca atinado el llamado que ESTÉVEZ BRASA hace a los jueces en la materia: “Entendemos y no cesaremos de poner en ello el acento, que el Derecho no puede verse como una estructura deshumanizada que aprisione al juzgador al punto que le impida mirar a la Justicia como idealidad trascendente, pero plenamente realizable dentro de la falibilidad hominal. Nos aterra un poco, lo confesamos, los ‘visectores jurídicos’, empeñados en una exégesis legalista capaz de atomizar el Derecho en holocausto de una intocable pureza normativa”³.

A su turno, dice con razón MARTÍN DE MUNDO: “El carácter resarcitorio que informa toda la materia de los daños e intereses ofrece en materia moral la natural dificultad de su correcta estimación cuantitativamente considerada; sin embargo el inconveniente anotado no es privativo del ámbito moral; ya Justiniano, buscando evitar controversias y precisar un límite para la indemnización determinó que ésta no podía exceder del doble de la prestación

¹ COLOMBO, L. A., *En torno a la indemnización del daño moral*, en L. L. 109-1963-1173.

² COLOMBO, ob. cit., p. 1.174.

³ ESTÉVEZ BRASA, T. M., *El daño moral*, en L. L. 119-1965-703.

primitiva⁴, solución que la doctrina moderna rechaza, señalándose que los poderes de la apreciación judicial en materia de indemnización no pueden moderar la cifra reclamada y bien acreditada en juicio por tal concepto, cualquiera sea su monto. Por lo demás –agrega–, el cálculo de lo moral en el amplio cuadro de la reparación integral es sólo una cuestión de hecho comprobada en la realidad de la vida; son las circunstancias de persona, lugar y tiempo, en defecto de las previsiones contractuales, las llamadas a establecer el criterio judicial sobre la cantidad y procedencia de la indemnización pedida, con arreglo, naturalmente, a la prueba producida por el acreedor reclamante en las actuaciones que se consideren”⁵.

No caben dudas de que establecer la existencia concreta del daño moral, En una especie determinada, no equivale ciertamente a establecer su medida y menos aún a liquidarlo. Ha de afrontarse, subraya SCOGNAMIGLIO, este otro problema que presenta dificultades todavía mayores y, en cierto sentido, insolubles⁶.

Es oportuno resaltar estas dificultades, relativas a la determinación de la entidad del daño, y, a la elección de un criterio que permita además su liquidación en dinero, no para que el juzgador retroceda o renuncie ante ellas, sino para que aguce el ingenio y acometa debidamente pertrechado la tarea difícil. Con realismo y convicción; no meramente en apariencia, pretendiendo componer lo inconciliable. Esas decisiones le han hecho exclamar a ORGAZ que “los jueces aparecen cambiando el contenido de los frascos”. Nada de ello⁷.

2. CRITERIO PARA EVALUAR EL DAÑO Y FIJAR EL RESARCIMIENTO.

Para evitar, al menos de entrada, el “cambio de frascos”, nada mejor que enfatizar acerca del criterio central que debe presidir la investigación en la materia: es el que se funda en la *ratio* de nuestra institución y que alude a la intensidad del “dolor” padecido.

⁴ Cód., Lib. 70, Tít. 47, ley única.

⁵ MARTÍN DEL MUNDO, José A., El daño moral en la doctrina, *el Derecho positivo y la jurisprudencia*, en L. L. 62-1951-163.

⁶ SCOGNAMIGLIO, Renato, N° 28, p. 86. (“Il danno morale”, en Riv.Dir.Civ. 1957).

⁷ ORGAZ, ob. cit., p. 213, nota 29. Motiva la expresión un fallo en el cual el juzgador dice participar de la tesis punitiva pero, a la vez, le atribuye a la reparación un carácter “simbólico” para “testimoniar de esta manera, única que se estima asequible, la necesidad de confortar los sentimientos menoscabados (...)” (Cám. Nac. Civ., Sala A, 25-2-75, E. D. 61-295). ORGAZ, “El daño moral”, *El Derecho* 79-855.

La reparación debe guardar relación adecuada, en punto a su cuantía, con la intensidad del dolor padecido.

Luego, cabe dilucidar con claridad si privan los criterios objetivos o los subjetivos en la evaluación del daño. El o los objetivos parten, en tema de daño moral, del “hombre medio”, del “interés tipo”, del “sufrimiento normal”; el o los subjetivos, en cambio, atienden al perjudicado en concreto, a su “dolor”, a su situación personal, con base en su sensibilidad, su entorno, sus circunstancias⁸.

Así como en materia de daño patrimonial priva el criterio objetivo, en la cuestión del daño moral priva, a nuestro parecer, la apreciación subjetiva⁹.

Y el otro aspecto fundamental aquí es el relativo al rol o papel del juzgador. Si para toda hipótesis se remarca la importancia de la “prudencia” judicial –señalada por VÉLEZ en el artículo 1084–, se agrega ahora una particular “circunspección”, con el significado de enriquecer esa prudencia con la equidad; atender a las circunstancias del caso a decidir: la valoración equitativa, el justo arbitrio, del cual nos habla la doctrina¹⁰.

3. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA CUANTÍA DE LA REPARACIÓN.

Abordaremos ahora, luego de una breve introducción, el análisis de los criterios expuestos, de los que nos parecen desacertados, primero, y luego de los razonables o aconsejables.

⁸ MOSSET ITURRASPE, J., *Responsabilidad por Daños*, T.I.

⁹ No tiene desperdicio una nota de DE CUPIS, ob. cit., p. 368, N° 49, nota 54, contestando a RAVAZZONI (*La riparazione del danno non patrimoniale* cit., p. 92, nota 10): “Se ha pretendido sostener por algunos –dice– la completa irrelevancia del interés de afección, considerado como comportamiento psíquico del perjudicado respecto a un determinado bien. Ahora bien, si se puede permitir no reconocer relevancia a alguna cosa, por ser caprichosa o fantástica, a resultados de la sensibilidad de la persona respecto a un bien (que incluso podría constituir un motivo fútil para alcanzar un resarcimiento exagerado), no se puede negar que existen hipótesis (como las indicadas), en las que negar relevancia al interés de afección, significaría desposeer de la tutela jurídica a un interés humano apreciable y digno de respeto. Si un bien patrimonial, aparte de la utilidad económica que intrínsecamente proporcione constituye la fuente, para una específica persona de profundas satisfacciones morales, ligadas a un recuerdo sentimental, al prestigio de unas tradiciones, a la calma y serenidad del espíritu, no se alcanza el por qué tales valores deban quedar extraños a la consideración del Derecho. La destrucción o alteración de un mismo bien material puede ser, para otra persona, causa de amargos dolores, por su incidencia sobre otros bienes –morales, no patrimoniales– que se muestran unidos, para su criterio, al mismo bien material. El daño se considera referido a la persona que ha afectado, a la concreta esfera de interés en que recae, por lo que, respecto al resarcimiento, el interés de afección asume relevancia, dentro de los límites propios del interés no patrimonial en cuya categoría se coloca”. (“Il danno”, GIUFFRÉ, Milano 1954).

¹⁰ DE CUPIS, *El daño*, N° 49, p. 366; SCOGNAMIGLIO, ob. cit., N° 28, p. 87.

3.1. DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA EN ATENCIÓN AL DAÑO PATRIMONIAL

La tentación, hija más del facilismo que de la lógica, de justificar una cierta proporcionalidad entre el daño patrimonial y el daño moral, en orden a su reparación –que apareció en un primer momento fuertemente influenciada por criterios limitacionistas–, ha sido afortunadamente rechazada por la doctrina judicial y autoral. Lo vimos antes de ahora, al considerar la autonomía del daño moral¹¹: “El daño moral no tiene por qué tener vinculación con el daño material, en lo que hace a la consideración de su cuantía, pues no es complementario ni accesorio. Tiene condición autónoma y vigencia propia que asiente en aspectos presentes y futuros, propios del dolor, la herida a los sentimientos, los padecimientos de toda índole que el mal acarrea, las afecciones destruidas. Tiene, por ello, configuración independiente de los detrimentos patrimoniales y de subsistencia y no requiere la prueba de los efectos producidos por el ataque, pues surgen del hecho mismo, *res ipsa loquitur*”¹².

“No es razonable el criterio según el cual el monto de la reparación del daño moral debe guardar una relación proporcional con los daños materiales, ya que en algunos casos resultaría exorbitante, y en cambio pueden darse casos en que el daño moral sea el principal o el único originado”¹³.

3.2. DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA CON BASE EN LA GRAVEDAD DE LA FALTA

Este criterio, también lo señalamos, no se acomoda a la naturaleza de nuestra institución: si se trata de resarcimiento y no de pena, no se explica por qué la cuantía ha de medirse prestando atención al grado de culpabilidad, de reprochabilidad del obrar del agente, y no a la intensidad del daño moral causado.

Parte, como lo destaca la doctrina, de la consideración de que dentro de las circunstancias del caso, necesarias en su apreciación para un juicio equitativo, seguramente se encuentra la culpa del reo. “En particular la violación de la personalidad humana y

¹¹ No es exclusiva de nuestra doctrina; ha tenido voceros en la italiana, española, francesa, etc. BONASSI BENUCCI, ob. cit., p. 56. (“La responsabilidad civil”, Bosch, 1958).

¹² Cám. Nac. Civ., sala C; 24-8-82, E. D. 102-205; en el mismo sentido, Cám. Nac. Civ., sala G, 2-11-81, Rep. E. D. 17, fallo 125; Cám. Nac. Civ. y Com. Fed., sala II, 9-11-82, E. D. 103-546; sala III, 8-5-81, y sala V, 8-10-81, ambos en Rep. E. D. 17, fallos, etc.

¹³ Cám. Nac. Esp. Civ. y Com., sala III, 18-12-81, Rep. E. D. 17, N° 102.

la aneja a sentimiento de justicia, será tanto más grave cuanto mayor sea la culpa con que se cometa”¹⁴.

En nuestro Derecho tiene relevancia, aunque secundaria o accesorio. En materia de daño moral por actos ilícitos, si bien superado, en orden a la reparación, el distingo entre delitos y cuasidelitos, la norma del artículo 1069 autoriza al juez a efectuar “atenuaciones equitativas”, pero sólo si hubiere culpa en el agente” (...) pero no será aplicable esta facultad si el daño fuere imputable a dolo del responsable”-. De donde es relevante saber, a la hora de establecer la cuantía de la indemnización, si se obró con culpa o con dolo, con negligencia o con intención de dañar¹⁵.

Y, en cuanto al daño moral contractual, el artículo 522 alude a “la índole del hecho generador de la responsabilidad”, expresión en la cual, aunque no de un modo principal, a nuestro juicio aparece lo relativo a la gravedad del incumplimiento en punto al factor de atribución: malicia, dolo o culpa¹⁶.

Es indudable que son los partidarios de la “pena privada”, de la sanción punitiva, quienes más han hecho hincapié en la importancia del factor de imputabilidad, al punto de negar el resarcimiento moral cuando sólo media culpa. Pero no debemos ignorar que también los que postulan la sanción resarcitoria han reparado en el tema, sea de una manera principal, con base en lo establecido en el 522 ya recordado, o de una manera secundaria, a mérito del 1069, también mencionado.

En nuestra opinión la gravedad de la falta -que, por ejemplo, en materia de lesiones no significa la gravedad de la lesión causada sino del hecho productor, por ser un hecho querido o sólo

¹⁴ SCOGNAMIGLIO, ob. cit., N° 28, p. 89.

¹⁵ Repárase, empero, que la norma no dice que el juez fijará la cuantía atendiendo a si hubo culpa o dolo sino que el juez podrá atenuar la cuantía ya determinada, con base en el factor de atribución, o mejor, prestando atención a la “situación patrimonial del deudor”, siempre que el factor sea éste y no aquél.

¹⁶ Son numerosos los fallos que dan mérito de la gravedad de la falta: “Para establecer el *quantum* de la sanción por daño moral ha de atenderse, en principio, a la gravedad de la falta y a las circunstancias personales del autor, entre las que cobra importante significación su situación económica” (Cám. Nac. Civ., sala A, 18-8-76, E. D. 72-136). Este criterio ha sido constante en la sala A. La “actitud del contratante” ha sido mencionada por la sala C (28-9-76, E. D. 71-173). La sala G ha aludido a la “gravedad de la culpa” (25-6-81, E. D. 95-568). Lo mismo la Cám. Nac. Esp. Civ. y Com., sala V (15-5-81, Rep. E. D. 16, N° 54). En posición extrema se lee: “Tratándose de un incumplimiento contractual culposo, no procede la reparación del daño moral” (voto del Dr. Quintana Terán) (Cám. Nac. Civ. y Como Fed., sala n, 24-3-81, Rep. E. D. 16, N° 15): La “naturaleza y gravedad de la falta cometida por el autor del hecho” es también valorada por la sala D de la Cám. Nac. Civ. (23-9-81, E. D. 101, N° 69), y la sala B (5-5-93, L. L. del 25-11-94, con nota de MOSSET ITURRASPE, J., *El consumidor de cablevideo frustrado y el daño moral*).

producto del descuido o del abandono- debe siempre, en los actos ilícitos y en los incumplimientos obligacionales, tenerse en cuenta. Integra las circunstancias del caso, que la equidad impone considerar. Pero de ninguna manera puede ser la razón del acogimiento o del rechazo de la pretensión indemnizatoria, ni el factor principal de determinación de la cuantía. Tal criterio, además de desnaturalizar la institución, carece de apoyo legal en nuestro ordenamiento¹⁷.

3.3. DETERMINACIÓN CON BASE EN UN CRITERIO SUBJETIVO

Hemos recordado una y otra vez que el reconocimiento del daño moral y de su reparación tiene que ver con la conciencia social media de un pueblo. Es verdad, asimismo, que el daño moral se infiere o deduce de situaciones determinadas que, para el hombre medio -en una comunidad y en un tiempo-, son productoras o causantes de sufrimiento. Y todo ello con un criterio objetivo.

Empero, la aplicación de los estándares de la “intensidad del justo dolor en el hombre medio”, no deben conducir, en nuestro parecer, a dejar de lado la indagación acerca de “la repercusión subjetiva en cada persona”¹⁸; vale decir, el criterio subjetivo de evaluación.

La jurisprudencia nacional se ha referido a él, en pluralidad de sentencias, bajo la denominación de “circunstancias personales”. Y ellas son muy variadas y ricas, alcanzando tanto a la víctima como al victimario.

Nosotros, decimos, sin embargo, que deben privilegiarse las circunstancias de la víctima: en la medida en que el resarcimiento “mira a la víctima”; tiende a darle a ella una “cierta compensación”; el dolor es el suyo y la indemnización presta oídos a ese dolor. Sin que por ello pueda sostenerse que es indiferente la persona o que lo son las circunstancias del victimario.

Las “circunstancias personales” son muy variadas: las hay económicas, como las relativas al estado económico o patrimonial; familiares: el estado civil, el número de hijos, la edad y ocupación de los mismos, etcétera, y también espirituales, que dicen de la sensibilidad de cada persona, de la influencia de los hechos ex-

¹⁷ Compartimos, por lo expuesto, la decisión de la Cám. Nac. Esp. Civ. y Com., sala IV, 30-7-80, cuando expresa: “Aunque la idea de sanción no sea absolutamente ajena a la reparación del perjuicio moral -como tampoco lo es enteramente a la reparación del perjuicio material- sería confundir responsabilidad civil y responsabilidad penal si para apreciar la existencia del daño y su cuantía se toma en cuenta la gravedad de la falta cometida” (E. D. 101-575, fallo 80).

¹⁸ En contra, GARRIDO CORDOBERA, su “ponencia” a las *Jornadas* de San Juan.

teriores, sobre sus estados de ánimo; de su carácter receptivo o no; etcétera.

La “situación patrimonial” del artículo 1069 –donde se alude a la del deudor– es una de las “circunstancias del caso”, que debe computarse, conforme al 522.

En doctrina se habla de las “condiciones económicas de las partes”; así INVREA Y ROTONDI, en Italia; SAVATIER, en Francia, y FISCHER y KNOEPEL, en la doctrina alemana¹⁹.

SANTOS BRIZ, partidario de atender a esta cuestión, entre otras, expresa: “*Para determinar la cuantía de la indemnización por daño puramente moral, han de tenerse en cuenta, por tanto, todas las circunstancias que contribuyan a caracterizar especialmente el hecho dañoso en concreto [...] también tiene importancia la situación económica del dañador, porque la obligación de indemnizar daños morales no debe conducir a tratar al agente con injusta dureza. Por otra parte, si su situación patrimonial es mala, esto no debe conducir tampoco a la desaparición total de su obligación, ya que el factor patrimonial es sólo uno de los varios que se han de tener en cuenta. La mala situación económica del agente tendrá más o menos importancia según el motivo u ocasión del hecho dañoso, en especial según el grado de culpa. También, ha de tenerse en cuenta si el agente tiene a su favor un seguro de responsabilidad Civil aunque la consideración de este factor no es tan clara como el de los anteriores*”²⁰.

Para otro sector de la doctrina, la tendencia a computar las condiciones económicas de las partes –y no sólo, reiteramos, del agente– “no está en condiciones de justificar con razones de equidad el que tales condiciones primen en la estimación del daño”. Se reconoce que para una apreciación equitativa “han de apreciarse al máximo todas las circunstancias” que rodean el caso, “pero no al punto de tener presente las que le son extrañas”²¹. Se enfatiza en que “el problema no consiste en realizar una mayor justicia social o en infligir una pena póstuma al reo, sino que se trata de otorgar a la víctima una compensación a los dolores sufridos”²².

En esta misma postura contraria se ha sostenido que “se trata de algo externo a la reparación”, que sólo se justifica contemplar si existen previsiones legislativas específicas²³.

¹⁹ Citados por SCOGNAMIGLIO, ob. cit., N° 28, p. 88.

²⁰ SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil* cit., p. 163.

²¹ SCOGNAMIGLIO, ob. y lug. cit.

²² Ídem nota anterior.

²³ Así GAMARRA, en la doctrina uruguaya (ob. cit., p. 265); VISINTINI, *La responsabilità civile nella giurisprudenza*, Padova, 1967, p. 687, que, sin embargo, recoge sentencias italianas favorables.

Compartimos la tesis favorable a computar la situación económica de las partes. Además de integrar las circunstancias del caso, a las que refiere la norma del artículo 522, aparecen mencionadas en el 1069. Una responsabilidad de equidad no puede prescindir de esta cuestión, en la medida en que la reparación ha de salir de un patrimonio –el del agente– para ingresar en otro patrimonio y atender a sus necesidades –el de la víctima–.

A la doctrina mencionada ya, pueden agregarse las opiniones favorables de LARENZ²⁴, en Alemania; LAGOSTENA BASSI-RUBINI²⁵, en Italia, y ÁLVAREZ, en la doctrina española²⁶.

Así como con la indemnización no ha de buscarse un enriquecimiento, desproporcionado, tampoco es indiferente la ruina del agente, que será innegablemente la ruina de su familia, en la mayoría de los casos. Y admitamos sin hesitaciones que el desahogo de la víctima y de su familia, aunque no impedirá, de manera alguna, las modificaciones disvaliosas del espíritu, harán menos imperiosa una indemnización de entidad o cuantía patrimonial²⁷.

La entidad de la lesión, del sufrimiento, de la modificación disvaliosa en el estado de espíritu es, sin lugar a dudas, la circunstancia personal más importante, la central o decisiva, a la vez que el criterio que debe predominar²⁸.

RAVAZZONI afirma que es “en rigor el único metro”²⁹.

Se trata del “daño moral en sí mismo”, más que de un criterio, pauta o. parámetro³⁰. Como si dijéramos, para medir la cuantía del daño moral debemos atender a ese daño moral.

Ahora bien, dentro de las circunstancias personales de la víctima, la doctrina ha pretendido distinguir ciertos aspectos, que tienen una mayor exterioridad, tales como: la entidad de las

²⁴ LARENZ, *Derecho de las Obligaciones* cit., t. II, p. 642.

²⁵ LAGOSTENA BASSI-RUBINI, *La responsabilità civile per la circolazione dei veicoli*, Milano, 1972, y *La liquidazione del danno*, Milano, 1974, p. 343.

²⁶ ÁLVAREZ VIGAYAY, *La responsabilidad por daño moral* cit., pp. 81 y ss.

²⁷ Partimos, sin lugar a dudas, de una concepción solidarista del Derecho. Los tribunales han aludido en infinidad de casos a las “circunstancias personales”, a veces del agente y otras de los dos; como también a la “situación económica” (Cám. Nac. Esp. Civ. y Com., sala 1,22-8-80, Rep. E. D. 16, N° 52; Cám. Nac. Civ., sala G, voto del Dr. MONTES DE OCA, 29-5-82, E. D. 101-300; ídem sala B, 10-7-74, E. D. 58-535).

²⁸ Cám. Nac. Civ., sala E, 23-9-74, E. D. 59-129; Cám. Nac. Esp. Civ. y Com., sala V, 23-4-81, Rep. E. D. 17, fallo 101; sala 1,22-8-80, Rep. E. D. 16, fallo 52; sala IV, 16-12-81, Rep. E. D. 16, fallo 56.

²⁹ RAVAZZONI, ob. cit., p. 178.

³⁰ Pero son las dificultades en su medición las que nos llevan razonablemente a juzgar la intensidad de ese sufrimiento con base en otras pautas, más perceptibles.

lesiones causantes de los padecimientos físicos, su duración y las secuelas, a los que ha denominado “objetivos”; separándolos de otros aspectos, más internos, tales como la sensibilidad personal del ofendido, a los que puede denominarse subjetivos. Admitamos que eso sea así; no obstante insistimos en que el daño moral verdadero, si cabe la expresión, es ese aspecto subjetivo –“la modificación disvaliosa del espíritu”– que, por lo normal, guarda relación con las incidencias o aspectos objetivos³¹.

Lo que nos interesa destacar aquí, una vez más, es que la apreciación del daño debe realizarse en concreto, no abstractamente; valorando la mayor o menor sensibilidad de la víctima; adecuándose, en consecuencia, a “datos reales e individuales” que el juez debe tratar de aprehender³², rechazando los genéricos o ficticios.

Y adelantamos así un tema de prueba, la labor del abogado de la víctima debe estar orientada a mostrar al juez la persona concreta del justiciable, pasando del “hombre medio” al “hombre real”, en una especie de rectificación que va de lo abstracto a lo concreto.

La sensibilidad personal de la víctima, en lugar de la sensibilidad media, que equivale a decir el sufrimiento real rectificando el sufrimiento medio.

VISINTINI, en la doctrina italiana, señala que, si bien hay que admitir, como fruto de la experiencia, que un padre experimenta dolor por la muerte del hijo, las circunstancias permiten una cuantificación atendiendo a: si la vida del padre estaba fundamentalmente dedicada a su familia o tenía diversos intereses; si se trataba o no de un hijo único; si el padre convivía con el hijo; la

³¹ LE TOURNEAU, N° 512, p. 186; LAGOSTENA BASSI Y RUBINI, ob. cit., p. 344, etc. La ponencia de los juristas cordobeses a las *Jornadas* de San Juan, en el apartado 9° expresa: “Para valorar la entidad del daño moral habrá que atender a la gravedad objetiva, al detrimento causado”. La referencia al “hombre medio” se encuentra con cierta asiduidad en las decisiones judiciales: “Para determinar el resarcimiento por daño moral debe contemplarse la gravedad del daño inferido, la personalidad de la víctima, su receptividad particular y las diversas circunstancias propias de cada caso, de modo tal que la compensación debida no constituye un motivo de enriquecimiento sin causa, ni tampoco una mera expresión simbólica inadecuada a la entidad del agravio moral padecido, el que ha de ser apreciado según la sensibilidad del hombre medio, de la que el magistrado representa el intérprete más seguro. Pero ello no significa que haya de prescindirse de toda valoración de la conducta del autor del daño” (del voto del Dr. MONCAYO, Cám. Nac. Civ., sala A, 25-2-75, E. D. 61-975).

³² La labor es primordialmente de las partes y consiste en arrimar elementos suficientes para el conocimiento de esas “circunstancias personales”; para humanizar la situación planteada, sacándola de cartabones o moldes “de confección”.

falta de apoyo moral, etcétera³³. En otro caso se valoró la escasa edad del hijo, su buena salud y el éxito en los estudios³⁴.

3.4. DETERMINACIÓN ATENDIENDO A LOS “PLACERES COMPENSATORIOS”

Con alguna insistencia hemos aludido a este criterio que, a nuestro juicio, brinda posibilidades ciertas de cuantificar el daño moral. No de manera exclusiva, no solo o aislado, sino complementando los otros criterios propuestos.

Mencionamos la doctrina favorable a su admisión, y entre otras la opinión de LAFAILLE, y también las críticas, que hacen pie en las “apetencias hedonísticas”; en las dificultades para encontrar una relación entre el sufrimiento y el placer; una justa medición del “dinero del placer”, como se le ha denominado. Empero, hemos rechazado algunas de esas críticas, que nos parecen contradictorias, como la que alude a la necesidad de proceder con un “exquisito subjetivismo”, que impulsaría a “búsquedas individuales”. Y decimos de la contradicción, porque ese subjetivismo es, a nuestro juicio, de la “esencia” de la reparación del daño moral; nada más justo que tales búsquedas individuales.

Algunas decisiones judiciales han comenzado a hablar de los placeres compensatorios: “Cuando se pretende indemnización por daño moral, de lo que se trata no es de hacer ingresar en el patrimonio de la víctima una cantidad equivalente al valor del dolor sufrido, porque se estaría en la imposibilidad de tarifar en metálico los quebrantos morales, sino de procurar al lesionado otros goces que sustituyen al perdido”³⁵.

³³ VISINTINI, *La responsabilità civile (...)* cit., p. 683.

³⁴ Ídem nota anterior, pp. 684 y ss.

³⁵ Cám. Apel. Civ. y Como de Mercedes, 5-5-81, E. D. 101-573, N° 64. SANTOS BRIZ alude a una posición que “pretende proporcionar al lesionado o perjudicado una satisfacción por la aflicción y la ofensa que se le causó, que le otorgue no ciertamente una indemnización propiamente dicha o un equivalente mensurable por la pérdida de su tranquilidad y placer de vivir, pero sí una cierta compensación por la ofensa sufrida y por la injusticia contra él personalmente cometida”. Señala que este criterio tiene aceptación en Alemania y es seguido últimamente por el B. G. B. Más adelante agrega que: “Ha de abandonarse por impracticable el criterio de que haya de proporcionarse al perjudicado el ‘placer de vivir’ en igual medida en que se ha visto privado del mismo por la infracción lesiva. La sola finalidad de compensación –concluye– nos da únicamente una base imperfecta para evaluar la indemnización; la finalidad de satisfacción exige tener en cuenta también otras circunstancias, particularmente el grado de culpabilidad”. Recordemos que este autor es partidario del criterio mixto: reparador-ejemplarizador.

Y la suma de dinero entregada como indemnización debe ser suficiente para lograr esos goces, que no apuntan, por lo común –como ya señaláramos– a darse placeres superfluos, voluptuarios o de lujo, sino a cubrir necesidades primarias o sentidas como urgentes.

3.5. EL LLAMADO A LA PRUDENCIA JUDICIAL

Insistimos en que la equidad preside esta responsabilidad por daños morales, tanto la extracontractual como la contractual. De ahí que el rol del juez sea fundamental. La norma delega en el juez la apreciación soberana, al señalar que podrá o no establecer la condena a reparar. Ello no importa arbitrariedad ni discrecionalismo.

La decisión debe ser fundada en las circunstancias personales de víctima y victimario; en las circunstancias del caso y en la índole del hecho generador de las consecuencias dañosas.

No nos parecen sensatas las decisiones que aluden a la libertad de los jueces en la determinación de la cuantía del daño moral, o sea aquellas que se quedan en el “libre arbitrio”, en la “facultad soberana”, cuando no en la “prudencia” desnuda, sin arrimar o resaltar los criterios que deben iluminar ese arbitrio, y deben dar contenido a la prudencia. Si vale el parangón, es también lo que acontece con el valor de la vida humana.

3.6. LOS PRECEDENTES JUDICIALES

Por todo lo dicho, en particular por la necesidad de agotar la investigación acerca de las particularidades del caso, no existen dos situaciones iguales, en orden a la reparación del daño moral. Sólo si nos quedamos en la superficie, sin adentrarnos en la profundidad del asunto sometido a fallo, podremos aludir a “casos iguales”.

De ahí la relatividad del precedente.

De ahí que no pueda tomarse una suma dineraria como prototipo para tales o cuales situaciones –como el monto exacto de la “compensación”–.

Además de ello, la inflación y su consecuencia, la pérdida del poder adquisitivo del dinero, hace que la suma que hoy parece razonable, no lo sea para el caso de mañana.

4. DIEZ REGLAS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL.

Nos ha parecido conveniente sintetizar criterios que consideramos válidos, en diez reglas³⁶:

1. No a la indemnización simbólica.
2. No al enriquecimiento injusto.
3. No a la tarifación con “piso” o “techo”.
4. No a un porcentaje del daño patrimonial.
5. No a la determinación sobre la base de la mera prudencia.
6. Sí a la diferenciación según la gravedad del daño.
7. Sí a la atención a las peculiaridades del caso: de la víctima y del victimario.
8. Sí a la armonización de las reparaciones en casos semejantes.
9. Sí a los placeres compensatorios.
10. Sí a sumas que puedan pagarse, dentro del contexto económico del país y el general *standard* de vida.

Esta pretensión merece una breve explicación.

El tema es recurrente, en la doctrina nacional y extranjera: ATIYAH-CRANE y JOLOWICZ, en Inglaterra; LE ROY, en Francia; BARGAGNA-BUSNELLI y MONATERI-BELLERO, en Italia, son muestras de la preocupación por superar la falta de homogeneidad: trasladar al dinero el daño extrapatrimonial.

Siempre habrá escépticos a la hora de proporcionar un criterio de evaluación: que la estimación es tan arbitraria que ningún principio puede recomendarse.

No lo creemos así. Pero es verdad que no pueden darse reglas rígidas o que puedan aplicarse a todos los casos o que tengan el sentido de una conversión exacta.

Veamos ahora las bases propuestas:

La primera: Traduce la visión del Derecho de Daños a partir de la situación de la víctima: le interesa recibir una suma dineraria que tenga alguna entidad, jerarquía o importancia. Ya no se trata de castigar al autor y, menos aún, con una suma puramen-

³⁶ Trabajo publ. en L. L. del 3-2-94, pp. 5 y ss.

te simbólica, al estilo de los tribunales ingleses; que signifique, para una comunidad jurídicamente evolucionada, un reproche a su obrar.

Se ha observado, con razón, que esta idea sugiere en última instancia, la necesidad de un límite mínimo: no debe ser irrisoria; dentro del método llamado *tariff approach* o bien *calcul au point*.

Cuando la indemnización, por su modicidad alcanza a ser simbólica o irrisoria, es una cuestión librada al buen sentido de los magistrados.

Segunda: Las conocimos, a las extravagantemente elevadas, durante los años de la inflación desatada y de la hiperinflación; es como si se hubiera perdido el rumbo (...).

La reparación de un daño moral, cualquiera sea su jerarquía, no debe significar un “cambio de vida” para la víctima o para su familia. Una fuente de enriquecimiento.

Otra vez podemos preguntarnos cuál es el límite máximo flexible: sin lugar a dudas no lo son los cientos de miles de pesos; sea que el juez determine ese importe o bien que se llegue a él a través de la aplicación de Índices correctores. En uno y otros casos rozamos la arbitrariedad.

Tercera: La tarificación rígida, en una suma tope, en carácter de mínimo o de máximo, es odiosa, caprichosa y violadora de principios propios del Derecho de Daños, como el de la reparación integral, que los juristas mucho apreciamos. El mínimo, por la vida humana, tuvo consagración a partir de un plenario de los tribunales de Rosario y fue luego, hace muy poco, abandonado; el máximo aparece en el artículo 1113 de la ley vetada en diciembre de 1991, denominada vulgarmente Proyecto de Unificación de 1987.

Sirve a los cálculos actuariales, a las aseguradoras; pero materializa en extremo la cuestión y deshumaniza un tema tan delicado, tan relacionado con los sentimientos, con lo más íntimo de la persona humana.

Cuarta: Es un criterio absurdo, simplista, sin base lógica ni jurídica, apartado de toda razonabilidad; sin embargo, logró un cierto consenso y fue aplicado por distintos tribunales de la República. Ello traduce el afán de lograr “reglas claras”, de introducir, en alguna medida, las matemáticas, el saber cierto.

El daño a la persona humana, se denomine como “daño moral” –expresión algo desvirtuada a partir de su configuración como “precio del dolor”– o se acepte calificarlo como una “tercera categoría”, a partir de la referencia del artículo 1068 –“mal hecho a su persona”– y de las enseñanzas del Código del Perú, tiene entidad propia, autonomía y se juzga en sí mismo, sin atender a otros daños, de índole diferente.

Quinta: La prudencia es una virtud excelsa. Lo es también la denominada prudencia de los jueces. Pero a partir del juez creador del Derecho del caso, a contar desde que “el Derecho es lo que los jueces dicen que es”, no parece suficiente, como fundamento de una condena, la mera referencia a la prudencia.

Es razonable que se le tema a una prudencia desnuda, que aparece sin compañías, escuálida, declarada y sin apoyo.

De ahí que la Corte Suprema de Justicia de la Nación haya tachado de arbitrariedad las decisiones que, con base en la sola invocación de la prudencia, prescinden de parámetros tales como: la edad de la víctima, su ocupación, sus proyectos de vida, sus gastos personales y familiares, sus ingresos, etcétera.

Sexta: Un primer paso hacia el esclarecimiento del tema analizado puede estar dado por la confección de un catálogo de los daños que, actualmente, se ubican como morales:

- Alteración disvaliosa de los estados de ánimo, angustia, tristeza, etcétera;
- alteración originada en una disminución de la salud, de la integridad psicofísica;
- alteración por la pérdida de un órgano, de un sentido, de un miembro, etcétera;
- alteración por la tragedia ocurrida a un familiar: cónyuge, padres o hijos;
- alteraciones nacidas del avance en la intimidad o reserva;
- alteraciones por la pérdida de la armonía o belleza, del rostro o de partes del cuerpo que se muestran;
- alteración por la frustración de los proyectos de vida;
- alteración por la limitación de la vida de relación;

- alteración por el ataque a la identidad personal, al bagaje cultural propio, etcétera.

Y otro paso relevante consiste en proceder, luego deja tipificación de los daños morales, de las distintas especies, a su clasificación y jerarquización, según las consecuencias.

No es fácil, más aún resulta harto dificultoso, ponerse de acuerdo, lograr un consenso, pero no es imposible.

Séptima: El Derecho positivo se compone de normas, genéricas y abstractas que los jueces deben concretar y particularizar a partir de las especificaciones del caso. En este sentido, puede afirmarse, al menos como regla, que cada caso es diferente y distinto. De donde, salvo que nos inclinemos por una Justicia realmente ciega, el juez debe, al momento de sentenciar, atender a lo que el caso tiene de propio, a sus particularidades.

Allí radica una razón importante para la no igualación de las sentencias.

En nuestro ordenamiento contamos con la sabia preceptiva del artículo 1069, obviamente aplicable a los daños morales: *“Los jueces, al fijar las indemnizaciones por daños, podrán considerar la situación patrimonial del deudor, atenuándola si fuere equitativo; pero no será aplicable esta facultad si el daño fuere imputable a dolo del responsable”*.

Este texto posibilita, respecto del obligado a pagar la indemnización, la consideración por el juez de su situación económica, la de él y de sus familiares convivientes, y, así mismo, la apreciación de la imputabilidad del hecho causante del daño: de los factores que fundan esa atribución, de la concurrencia o no de factores objetivos y subjetivos, etcétera.

Y atentos a los avances unificadores, de los cambios de la responsabilidad, debe estarse, igualmente, ante cualquier daño moral, conforme con el artículo 522, al tipo de agravio, a la índole del hecho generador y, por sobre todo, a “las circunstancias del caso”.

Octava: Es preciso terminar con el “escándalo” que importan sentencias que, para casos “semejantes” –no iguales–, condenan a pagar indemnizaciones de cuantías harto diferentes, diez o más veces inferior o superior una a otra, sin dar razón del porqué de semejantes actitudes.

La doctrina comparada, preocupada por mantener la fe en el Derecho, el respeto a la justicia y la credibilidad del hombre común en la justicia del ordenamiento, alude a una “convergencia hacia valores de equilibrio”, al decir de MONATERI-BELLERO; a lograr puntos de entendimiento y acuerdo sobre los montos de las indemnizaciones, que BONVICINI denomina “puntos de cristalización”.

Los creemos fundamentales para este momento argentino de estabilidad económica y monetaria. La tecnología de la informática, a partir del método estadístico, puede brindar a los jueces bases sólidas para la armonización aquí señalada.

Novena: En seguimiento de las enseñanzas del maestro LAFAILLE pensamos, desde hace mucho tiempo, que los placeres compensatorios, la posibilidad de lograr con el dinero la satisfacción de necesidades, es un criterio válido.

No se trata de borrar el dolor con el placer. Ni de compensar sufrimientos con gozos.

Pero la víctima o sus familiares, a través del empleo del capital recibido, podrían, razonablemente, superar una escasez, una limitación, una falta de bienes o servicios y ello contribuye a dar calidad a la vida.

Somos conscientes de que no es fácil la traducción: encontrar el placer compensatorio y sobre todo relacionar su costo con la indemnización que el victimario debe abonar.

Pero un juez compenetrado del caso, de los personajes que se mueven en el mismo, de sus situaciones vitales, puede intentarlo, con imaginación y, estamos convencidos, provecho.

Décima: Nuestras indemnizaciones han padecido, en muchos casos, el vicio del “costo argentino”. De donde pueden ubicarse entre las más elevadas del mundo occidental, próximas a las fijadas en los Estados Unidos y muy lejos de las que tienen acogida en Latinoamérica.

Señalarlo no significa ceder a una interpretación “economicista del Derecho de Daños”; ni subestimar a las víctimas, a su dolor, sufrimiento o alteración disvaliosa de sus estados de ánimo.

Empero, el realismo que propugnamos pasa también por el costo del dinero, por la recesión, por la situación del país; por lo que VINEY denomina “dinamismo económico” y por las consecuencias disvaliosas que una indemnización exagerada puede tener en el mismo, en su ritmo o paralización.

Sumas generosas que quedan impagas, ante la insolvencia del deudor, a nada conducen; más vale una determinación a tono con las posibilidades de ser satisfecha.

No es que el hombre argentino, a partir de unos años a esta parte, valga menos que antes. Ocurre que las indemnizaciones graciosas o fijadas alegremente no parecen tomar en serio ni el Derecho ni la economía del país³⁷.

³⁷ ALTERINI, A. A., *La cuantificación del daño*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998; GHERSI, C. A., *Cuantificación económica del daño*, Astrea, Buenos Aires, 1998; GHERSI, ROSSELLO e HISE, *Derecho y reparación de daños*, Universidad, Buenos Aires, 1998; ZAVALA DE GONZÁLEZ, M., *Cuanto por daño moral*, en L. L. del 10-11-98, pp. 1 y ss.; RUIZ VADILLO, E., *Criterios para la valoración de los daños personales*, Cívitas, Madrid, 1991.

LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL EN LOS CASOS DE LESIÓN AL HONOR, LA INTIMIDAD Y LA IMAGEN

Julio César Rivera (*)

Gustavo Giatti (**)

Juan Ignacio Alonso (***)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Brevisima epítome de los derechos personalísimos involucrados. 2.1. El derecho al honor. 2.2. El derecho a la imagen. 2.3. El derecho a la intimidad. 2.4. Las sanciones por afectación a los derechos al honor, la imagen y la intimidad. 2.5. La reparación del daño moral producido por la lesión al honor, la intimidad y la imagen. 2.6. Cuantificación del daño moral. 2.7. Cuantificación del daño moral en el caso de lesión al honor, la intimidad y la imagen. 2.7.1. La naturaleza de la ofensa. 2.7.2. El prestigio de la víctima. 2.7.3. Las circunstancias personales de la víctima. 2.7.4. El nivel de difusión del hecho. 2.7.5. El carácter "reparador" de la indemnización. 2.7.6. La indemnización debe ser tal que desaliente las conductas lesivas.

1. INTRODUCCIÓN.

Un problema al que recurrentemente se enfrentan tanto las partes como los jueces consiste en precisar la cuantía de la indemnización por daño moral en los casos de lesión a la intimidad, a la imagen y al honor.

(*) Catedrático de Derecho Civil, miembro de la Academia de Derecho de Buenos Aires y miembro correspondiente de la Academia Peruana de Derecho, Miembro asociado de la International Academy of Comparative Law; Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Comparado y del Capítulo Rioplatense del Club Español del Arbitraje.

(**) Socio en Julio César Rivera - Abogados. Se especializa en derecho de la insolvencia (concursos preventivos, quiebras, reestructuraciones de deuda y acuerdos preventivos extrajudiciales), derecho ambiental, derecho societario y litigio comercial.

(***) Abogado Senior en Julio César Rivera - Abogados. Se especializa en Concursos Preventivos y Quiebras, Juicios Civiles y Comerciales. Ha escrito artículos en materia de derecho comercial, publicados en revistas especializadas.

Está claro que la esencia del daño en cuestión impide fijar mecanismos matemáticos para su determinación, pero no es menos cierto que los repertorios de jurisprudencia evidencian notables diferencias en los resarcimientos otorgados en casos en principio similares, lo cual origina un amargo desconcierto entre los actores involucrados.

Sin perder de vista la particularidad apuntada (producto como ya dijimos de la esencia de un daño que es único en cada caso), más en la inteligencia que un derecho más previsible coadyuva a lograr el loable propósito del Preámbulo de afianzar la justicia, intentaremos establecer algunas pautas o criterios rectores que puedan servir como referencia para tener una idea más aproximada de cuál será la medida de la responsabilidad patrimonial que deberán afrontar aquellos que agredan los derechos personalísimos de una persona.

2. BREVÍSIMA EPÍTOME DE LOS DERECHOS PERSONALÍSIMOS INVOLUCRADOS.

2.1. EL DERECHO AL HONOR

El Diccionario de la Lengua Española define el “honor” como la “cualidad moral que nos lleva al cumplimiento de los propios deberes respecto del prójimo y de uno mismo”. En la segunda acepción, lo caracteriza como la “gloria o buena reputación que sigue a la virtud, al mérito o a las acciones heroicas, la cual trasciende a las familias, personas y acciones del que se la granjea”. En la tercera acepción agrega: “honestidad y recato en las mujeres y buena opinión que se granjean con estas virtudes”. A su vez, al vocablo “honra” le atribuye los siguientes significados: (i) estima y respeto de la dignidad propia; (ii) buena opinión y fama, adquirida por la virtud y el mérito; (iii) demostración de aprecio que se hace de alguien por su virtud y mérito; (iv) pudor, honestidad y recato de las mujeres.

En la doctrina jurídica se acepta mayoritariamente la definición de DE CUPIS, quien expresa que es “la dignidad personal reflejada en la consideración de los terceros y en el sentimiento de la persona misma”¹.

Se suelen distinguir dos aspectos del honor, el honor subjetivo que está dado por la autovaloración, el íntimo sentimiento que cada persona tiene de la propia dignidad y la de su familia, al margen de sus defectos y flaquezas, y el honor objetivo que es

¹ DE CUPIS, A, *I diritti della personalità*, Milan, 1959, p. 83.

el buen nombre y la buena reputación objetivamente adquiridos por la virtud y el mérito de la persona o de la familia de que se trate, dentro del marco de sociabilidad del ser humano, es decir, la estimación ajena, fama o reputación².

El primero de estos aspectos aparece como una cualidad o atributo invariable que es común e inherente a todos los seres humanos en razón de su condición de tales; de modo que no es admisible la existencia de personas carentes de honor subjetivo jurídicamente tutelable, o privadas de honor por causa de infamia, toda vez que a ninguna persona puede serle desconocida su propia dignidad como tal, sin perjuicio de que las circunstancias de hecho de cada caso puedan ser tenidas en cuenta para apreciar si ha existido o no menoscabo de la reputación; esto, a los fines de valorar la entidad del perjuicio reparable.

En cuanto al honor objetivo hay, en cambio, mucho de contingente y convencional, pues resulta preponderantemente de la conducta de cada individuo y su apreciación depende de la opinión ajena y de las costumbres y culturas de cada época y de cada país.

No obstante, desde el punto de vista normativo, esta clasificación didáctica carece de trascendencia, pues tanto la lesión a un aspecto como al otro, recibe la misma sanción³.

Distintas normas de nuestro ordenamiento protegen el derecho al honor.

Así, el Código Penal contiene normas que sancionan los delitos de calumnias e injurias (artículos 109 a 117); mientras que en el Código Civil, sólo las disposiciones de los artículos 1089 y 1090, ubicadas entre las reglas relativas a los delitos contra las personas, se refieren a las consecuencias de los delitos de calumnia e injuria (artículo 1089) y acusación calumniosa (artículo 1090).

En el caso del delito de calumnia e injuria⁴, pese a que la norma autoriza a la víctima a exigir una indemnización pecuniaria

² MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad Por Daños*, Tomo II-B, N° 240, p. 232.

³ CIFUENTES, Santos, *Los derechos personalísimos*, p. 283.

⁴ En tal sentido, se ha dicho que la disposición normativa abarca el delito de "calumnia o de injuria de cualquier especie" y resulta innecesario que el delito encuadre expresamente en la figura penal para que proceda la indemnización del artículo 1089 del Código Civil (CIFUENTES, Santos, *Código Civil comentado y anotado*, tomo I, p. 832, ed. La Ley). Desde antaño se entiende que es injuria toda ofensa al honor que no llegue a ser calumnia: "se comete injuria cuando se deshonra, desacredita o menosprecia a otro por medio de palabras, escritos, etc. ... siempre que no se incurra en calumnia" (CCrim Tuc, 8/8/55, JA 1957-I-12). La injuria puede provenir de hechos o de palabras. Originándose en la prensa o en el decir o actuar de una persona cualquiera. Debe tener el acto cuestionado entidad suficiente como para deshonrar o desacreditar; de esa manera se dejan fuera las pretensiones de reparación de meras susceptibilidades (MOSSET ITURRASPE, Jorge - PIEDECASAS, Miguel A, *Código Civil Comentado*, tomo responsabilidad civil, artículos 1066 a 1131, p. 187). Se consideraron comprendidas dentro del artículo 1089 variadas situaciones. Así quedaron comprendidas dentro de su ámbito

“si probase que por la calumnia o injuria le resultó algún daño efectivo o cesación de ganancia apreciable en dinero”, la doctrina y jurisprudencia son contestes en que tal previsión no impide la reclamación de una indemnización por daño moral en los términos del artículo 1078. Más aún, lo corriente ha de ser que la injuria o calumnia se proyecte en una lesión espiritual generadora de un daño de esta especie.

Por su parte, el artículo 1090 establece que en el caso de la acusación calumniosa, el delincuente, además de la indemnización del artículo 1089, deberá pagar al ofendido todo lo que hubiese gastado en su defensa, y todas las ganancias que dejó de tener por motivo de la acusación calumniosa, pero aquí el bien jurídico tutelado de manera directa no es el honor, sino la honestidad, concepto distinto que, incluso, comprende la libertad sexual.

El Código Civil también sanciona de modo particular las actitudes, comisiones y conductas injuriosas de uno o ambos cónyuges que lesionen el honor, la dignidad y la estima personal del otro.

Otros casos particulares de sanciones civiles por causa de injurias graves aparecen contemplados en los artículos 1858, 3747 y 3843 del mismo ordenamiento civil, los cuales autorizan, respectivamente, la revocación de donaciones, la desheredación y la revocación de legados, por las causas que indican.

Adicionalmente cabe añadir que el honor puede también ser lesionado a través de un acto meramente culpable o aun del ejercicio abusivo de un derecho, como es el de informar, y el de la creación artística. Entre el derecho a la intimidad y el derecho al honor, existe una notable vinculación, por lo que en tales casos no hay obstáculo para que dicho derecho encuentre una más generosa protección en el artículo 1071 *bis* del Código Civil, que amplía los factores de atribución y permite formas de reparación peculiares, como la publicación de la sentencia que admita la demanda de la persona afectada, criterio que ha sido expresamente acogido por la Corte Suprema de la Nación, la que ha resuelto que no hay ningún obstáculo interpretativo para que, frente a la notable vinculación existente entre el derecho a la intimidad y el derecho al honor, este último encuentre una protección adicional en el artículo 1071 *bis*, que permite como forma de reparación no excluyente la publicación de la sentencia.

las agresiones de un director técnico de fútbol a un árbitro, el trabajador que imputa alteraciones psicóticas y falta de coherencia a su jefe por una misiva, los insultos telefónicos probados, el letrado insultado, agredido y calumniado por su ex cliente.

Un caso especial lo constituye la lesión al honor a través de los medios de prensa. En tal sentido se ha señalado⁵:

- que la libertad de prensa no es un derecho absoluto salvo en lo que respecta a la inexistencia de censura previa⁶;
- que el derecho a la libertad de prensa puede ser ejercido abusivamente, pero ello compromete la responsabilidad del medio⁷;
- que la prensa tiene un deber genérico de veracidad, por ende la información que publica debe ser veraz; ser actual, tener un cierto interés general, y no debe ser presentada de manera distorsionada⁸;
- cuando se trata de noticias que ofenden el honor de una persona, como pueden ser las policiales o tribunalicias, el órgano o medio de prensa se exime de responsabilidad indicando la fuente de la noticia⁹, usando un tiempo de verbo potencial, u omitiendo el nombre de los involucrados.

En el caso de los funcionarios públicos, se considera que poseen un umbral más bajo de tutela, de donde los límites de la crítica permitida son más amplios que los de un mero particular, ya que si bien el funcionario goza de protección de su honor, las

⁵ RIVERA, Julio César. Responsabilidad de la prensa. Estado actual de la cuestión. En: *Rev. De Derecho de Daños*, N° 8, p. 259.

⁶ CSJN, 10/12/1984, "Ponzetti de Balbín", L.L., 1985-B-120; idem, CSJN, 19/11/1991, "Vago, Jorge Antonio c/Ediciones de La Urraca SA. y otros".

⁷ CSJN, 15/5/1986, "Campillay", L.L., 1986-C-40; idem, 12/03/1987, Costa, Héctor Rubén v. M.C.B.A. y otros", Fallos 3 10:508.

⁸ CNCiv, sala A, 07/07/1986, "Gutiérrez Ardaya"; CNCiv, Sala C, 27/12/1989, E.D., 138-455.

⁹ La tesis de la individualización de la fuente como causal de exención de la responsabilidad civil fue elaborada por la Corte en "Campillay" y luego delimitados sus alcances en "Granada" (CSJN, 26/10/1993, L.L., 1994-A-237, "Triaca" (CSN, 26/10/1993, L.L., 1994-A-246), "Espinosa" (CSN, 27/10/1994, JA, 1995-11-196), "Acuña" (CSN, 10/12/1996, L.L. 1997-C-897) y "Ramos" (CSN, 27/12/1996, J.A., ejemplar del 25/2/1998). De estos fallos surge el principio que, en materia de asuntos de interés público, los medios de prensa son responsables por la difusión de una noticia falsa o inexacta cuando atribuyen la noticia a una fuente identificable (no siendo necesario que sea oficial o confiable) y transcriben en forma sustancialmente fiel lo manifestado por aquella. En este sentido, la Corte ha destacado en "Granada" que cuando el órgano de prensa individualiza la fuente de la noticia *"se transparente el origen de las informaciones y se permite a los lectores relacionarlas no con el medio a través del cual las han recibido, sino con la específica causa que las ha generado. También los propios aludidos resultan beneficiados, en la medida en que sus eventuales reclamos [...] podrán ser dirigidos contra aquellos de quienes las noticias realmente emanaron y no contra los que sólo fueron sus canales de difusión"*.

exigencias de esa protección deben equilibrarse con los intereses de la libre discusión de las cuestiones políticas¹⁰.

Para finalizar diremos que, con relación a las personas jurídicas, la Corte ha negado una reparación del daño moral a favor de una sociedad comercial¹¹, puntualizando que su capacidad jurídica está limitada por el principio de especialidad (artículos 35, Código Civil y 2º, Ley 19.550) y que su finalidad propia es la obtención de ganancias (artículo 1º, ley citada), todo aquello que pueda afectar su prestigio, o su buen nombre comercial, o bien redunde en la disminución de sus beneficios, o bien carece de trascendencia a los fines indemnizatorios, ya que se trata de entes que no son susceptibles de sufrir padecimientos espirituales¹².

No obstante, por nuestra parte señalamos que aún excluido el daño moral, la afectación de la reputación de una persona jurídica tiene aptitud para causarle un daño material, ya que la afectación de su reputación se traduce normalmente en una pérdida económica por disminución o no aumento de la clientela¹³.

¹⁰ Esta postura está plasmada en el fallo “Lingens” de la Corte Europea de Derechos Humanos, y puede consultarse en BERGER, Vincent, *Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l’Homme*, 5ºed., Paris, 1996, N° 1081, p. 404 y ss. En nuestro país la cuestión no ha sido planteada exactamente en estos términos, pero sin duda la aplicación de la doctrina de la *actual malice* en algunos fallos de la Corte, se dirige en la misma orientación; o sea, atribuir una protección aminorada cuando se trata de funcionarios públicos y es exigido un debate amplio de las cuestiones políticas.

¹¹ La cuestión había dado lugar a arduas controversias en la doctrina. Así, Kemelmajer de Carlucci señalaba: “el honor es un derecho personalísimo: por ende, cualquier persona puede ser sujeto pasivo de este delito. Incluso, las personas jurídicas, ya que si civilmente, es posible atribuirles un delito (art. 43) también puede ser ofendida por una calumnia (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Código Civil Comentado*, dirigido por BELLUSCIO, Augusto, tomo 5, p. 245).

¹² CSJN, 23/2/1990, L.L., 1991-A-50; el criterio se ha reiterado en otro fallo de la misma CSJN, 18/9/1990, L.L., 1991-A- 186; y ha sido recibido a la letra por la CNCom., 13/9/1996, ED, 173-299.

¹³ En efecto, existe un daño a esa reputación comercial cuando han mediado manifestaciones: (i) referidas a la situación financiera de la sociedad; (ii) que descalifican la eficacia de la gestión empresarial; (iii) que atacan la capacidad y honestidad de los administradores de la sociedad; (iv) que se refieren ofensivamente a los bienes o servicios que ofrece la sociedad. De modo que cuando alguna de estas manifestaciones ofensivas se produce, los tribunales presumen de manera absoluta la existencia de un daño económico 145 sin que sea preciso probar su existencia ni su cuantía. Desde nuestro punto de vista, el buen nombre, el prestigio, la confianza pública, el crédito tienen un valor económico, pues son el resultado de la organización y el funcionamiento de todos los elementos del fondo; y se reflejan en la obtención de la clientela, que es su finalidad. Por lo que una conducta que afecte esa reputación, fama, buen nombre, prestigio, confianza pública, crédito está privando o afectando un elemento valioso en el sentido de productor de rédito económico. Ya que puede afirmarse, sin lugar a dudas, que la pérdida o afectación de la reputación incide derechamente en la pérdida de clientela (o en la posibilidad de aumentarla) y, como se señaló, para el derecho argentino la clientela es un elemento del fondo de comercio que como tal tiene un valor económico. De donde resulta que si la conducta es atribuible en función de alguno de los factores de atribución que prevé la ley,

2.2. EL DERECHO A LA IMAGEN

El derecho a la imagen es el derecho personalísimo que permite a su titular oponerse a que otros individuos y por cualquier medio, capten, reproduzcan, difundan o publiquen –sin su el consentimiento o el de la ley– su propia imagen¹⁴.

Inicialmente el concepto del derecho a la imagen estuvo referido a la reproducción fotográfica. Hoy se coincide en que dicha particular tutela debe ser extendida a la voz, a la palabra hablada del ser humano, la cual es también parte esencial integrante de la personalidad del mismo y, por lo tanto merecedora de ser protegida al igual que su imagen física, más allá de la protección a la intimidad.

Es por ello, que la jurisprudencia la ha definido como *“la facultad de cada persona de disponer exclusivamente de ella a través de la fotografía divulgada por los medios masivos de comunicación, como la prensa y la televisión, así como por el cinematográfico. Como consecuencia de ello, también consiste en el derecho a oponerse a que otro la utilice con cualquier fin”*¹⁵.

Ahora bien se ha discutido si el derecho a la imagen constituye un mero aspecto del derecho a la intimidad o del derecho al honor, o si, en cambio, comporta una categoría autónoma e independiente de la tutela de esos dos últimos.

La doctrina y jurisprudencia actuales consideran que la mera captación, reproducción o publicidad de imagen –fuera de los casos en que deban considerarse lícitas–, constituyen un atentado al derecho a la imagen, sin que sea necesario demostrar que como consecuencia de dicho atentado se ha afectado la privacidad del sujeto a su honor, o reputación.

En tal sentido, la Corte Suprema de la Nación resolvió que *“el derecho a la imagen es autónomo del derecho al honor o al decoro. Tal autonomía lo es también respecto del “right of privacy” o inti-*

ese daño debe ser indemnizado. La pérdida de clientela, agregamos, acostumbra suceder según el curso ordinario y natural de las cosas, por lo que es una consecuencia inmediata. Y justamente porque es lo corriente, lo ordinario, lo normal, puede sostenerse la existencia de una presunción simple de que ante la afectación del prestigio, fama, buen nombre, reputación, confianza pública, crédito, media un daño material; la que puede ser valorada por el juez de acuerdo con la pauta del artículo 163, inciso 50, Código Procesal. V. Rivera, Julio César, El honor de las personas jurídicas, en Estudios de Derecho Privado, Bs. As-Santa Fe, 2006.

¹⁴ RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil*, Tº II, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., p. 114.

¹⁵ CNCIV, Sala D, 22/4/97, “V., E. O c. Editorial Perfil”, LL 1998-B, 703.

midad, para hacer ocupar al derecho a la imagen un puesto más alto en la escala de los valores humanos íntimamente conectados con la personalidad. De ahí que corresponda seguir un criterio severo en lo que concierne a la verificación de la existencia y alcances de la autorización para su utilización requerida por la ley en forma expresa”¹⁶.

Por consiguiente, con arreglo a este criterio bien se advierte que el derecho a la imagen tiene un ámbito tutelar propio y autónomo, independiente de la protección de la intimidad o del honor, y que, por tanto, el remedio legal debe ser aplicado donde aparezca una indebida exposición o difusión publicitaria de la imagen, o una simple reproducción del retrato, aun cuando no resulte lesión a la privacidad o a la reputación de la persona.

Claro que como los derechos de la personalidad son relativamente disponibles, por lo que su titular puede autorizar la indagación o conocimiento de su vida privada, cuanto la captación, difusión o utilización de la imagen. En este punto, cabe señalar que el consentimiento para la publicación de la imagen no puede presumirse y es de interpretación restrictiva, lo cual veda la posibilidad de admitir un consentimiento implícito anticipado para su publicación.

En nuestra legislación, el derecho a la propia imagen se encuentra genéricamente protegido en el artículo 31 de la Ley 11.723 sobre “régimen legal de la propiedad intelectual”, el cual regula su uso disponiendo que *“el retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma y muerta ésta, de su cónyuge e hijos o descendientes directos de éstos o, en su defecto, del padre o la madre. Faltando el cónyuge, los hijos, el padre o la madre o los descendientes directos de los hijos, la publicación es libre”*.

Es dable advertir que la expresión retrato fotográfico no debe tomarse *ad pedem litteris*; sino como comprensiva de dibujos, retratos a lápiz, pinturas, esculturas, televisión, caricaturas y cualquier otra forma de captar y/o reproducir la imagen humana¹⁷.

Ahora bien, la prohibición señalada no es sin embargo absoluta. El mencionado artículo contiene expresa excepciones al establecer la libre publicación del retrato “cuando se relaciona con fines

¹⁶ CSJN, 27/12/88, “Lambrechi, N. C. Wilton Palace.

¹⁷ En el caso de la caricatura la cuestión puede caer bajo la protección del derecho a la imagen o del honor: v. RIVERA, Julio César. *La caricatura como medio de expresión de las ideas*, en Derecho Privado, Libro Homenaje a Alberto Bueres, Bs.As., 2001, p. 307.

científicos, didácticos y en general culturales, o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público”; excepciones que también cabrá interpretar restrictivamente¹⁸, ya que el ejercicio del derecho de expresión no puede extenderse en detrimento de la necesaria armonía con los restantes derechos constitucionales, que merecen igual protección¹⁹.

El derecho a la imagen encuentra también protección en el ámbito del artículo 1071 bis del Código Civil, que tutela el derecho a la intimidad sancionando la intromisión “en la vida ajena publicando retratos”.

2.3. EL DERECHO A LA INTIMIDAD

Se entiende por intimidad el ámbito comúnmente reservado de la vida, de las acciones, de los asuntos, de los sentimientos, creencias y afecciones de un individuo o de una familia. Es lo más personal, interior o privado; lo que no se desea conocer ni dejarse ver ni sentir.

El derecho a la intimidad es el que garantiza a su titular el desenvolvimiento de su vida y de su conducta dentro de aquel ámbito privado, sin injerencias ni intromisiones que puedan provenir de la autoridad o de terceros, y en tanto dicha conducta no ofenda al orden público y a la moral pública, ni perjudique a otras personas.

En definitiva, el derecho a la intimidad es uno de los derechos personalísimos que tienen por titular al ser humano. Por tanto, participa de la naturaleza jurídica y de los caracteres que a aquellos distingue.

Este derecho tiene dos importantes facultades que son de exclusión y de autoconfiguración.

El primero de esos caracteres es que el derecho a la intimidad concede a su titular una facultad de exclusión, es decir, de la atribución de excluir a terceros de la intromisión en aquello que constituye zona nuclear de la personalidad que forma lo privado, lo reservado, lo íntimo.

¹⁸ Cifuentes, Santos, *Los Derechos Personalísimos*, p. 176/7, Ed. Lerner, Bs As-Córdoba 1974.

¹⁹ CSJN, 29/9/1998, “Cancela, Omar J. C/ Artear S.A. y otros”, LL del 19/10/98, p. 3.

A la vez, esa zona nuclear de la personalidad es autoconfigurada por el sujeto: a él le corresponde un poder definidor del ámbito protegido de su intimidad, manteniendo con sus propios actos una mayor o menor reserva, según su particular idiosincrasia, necesidad o aspiraciones. Esta idea de los actos propios ha sido tomada en consideración por los Tribunales e incluso por algunos documentos internacionales, señalándose que, si bien todas las personas tienen derecho a la intimidad, no pueden quejarse aquellos que con su propia conducta han contribuido a crear una suerte de curiosidad general.

Dentro del ámbito tutelado podemos mencionar: (i) el secreto o reserva de los actos de la vida privada; (ii) el secreto de la correspondencia epistolar y de los papeles privados; (iii) la privacidad del domicilio; (iv) derecho a la imagen; (v) derecho al nombre; (vi) el derecho al secreto profesional.

Este derecho tiene protección constitucional en el artículo 19 CN que establece que “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados (...)”.

Se ha señalado que esta norma consagra el amparo de la intimidad de las personas e implica poner límites a las atribuciones de los poderes del Estado, en referencia a las conductas que dichas personas desarrollen dentro de la esfera privada y sin traspasar los límites que la mencionada norma prefija.

En nuestro derecho civil la protección se encuentra en el artículo 1071 bis que ha sido incorporado por la Ley 21.173.

De la norma se desprende que el hecho que da lugar a la protección legal es el entrometimiento arbitrario en la vida ajena que perturbe de cualquier modo su intimidad.

El entrometimiento (o intromisión) es la acción de quien se introduce o penetra donde no es llamado, interfiriendo en el ámbito privado ajeno. Puede ocurrir por hecho propio o por un hecho de otro por se deba responder. No es sancionable cuando la interferencia es solicitada o consentida por el propio sujeto que la sufre, por quien tenga autoridad legítima sobre este último.

La arbitrariedad implica que la acción de entrometimiento ha sido realizada “sin derecho”; en algunas hipótesis puede significar ejercicio de una prerrogativa jurídica más allá de los límites que ella tiene marcados, o sea ejercicio abusivo de un derecho.

Así, la intimidad puede ser agravada tanto por una conducta ilícita, cuanto por el ejercicio abusivo de un derecho²⁰ sin que el hecho fuere un delito penal.

Finalmente, una de las cuestiones más complejas es la de los límites que cabe reconocer al derecho a la intimidad.

Al respecto, corresponde puntualizar que nuestra Constitución, considera comprendidas en la privacidad “las acciones que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero (...)”. De donde surge, por aplicación del argumento a contrario, que no están amparadas por el derecho a la vida privada las acciones que ofendan el orden, la moral pública o dañen a terceros.

En las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil se ha declarado que es legítima la intromisión que tenga por objeto defender o garantizar un interés público prevaleciente, como puede ser la persecución del crimen, la tutela de la salud o la defensa de las buenas costumbres.

No obstante, una de las cuestiones más complejas se ha suscitado cuando se tiene en cuenta que una de las limitaciones más importantes que se presentan al derecho a la privacidad nace de su relación con el derecho a la información que se vincula directamente con la libertad de prensa.

Ello pues, la libertad de prensa constituye un bien inapreciable de la humanidad que muchas veces se enfrenta con la intimidad o el honor de las personas aludidas en la difusión de una noticia o comentarios.

Al respecto debemos señalar que algunos autores participan de la idea de que en caso de conflicto debe prevalecer la tutela a la intimidad, mientras que otros rescatan el valor de la libertad de prensa como elemento insustituible de la vida democrática, mientras que otros consideran que todos los derechos amparados por la Constitución tienen la misma jerarquía; y por ende, el intérprete y el juzgador deben perseguir su armonización. En este sentido, se pronunciaron las Jornadas sobre Responsabilidad Civil en homenaje al Dr. Bustamante Alsina²¹.

En definitiva, la libertad es uno de los derechos que cuenta con mayor entidad y con la máxima tutela jurisdiccional²², pero el hecho de ocupar un lugar preferente en el rango constitucional

²⁰ Conf., Jornadas de Derecho Civil en Homenaje al Dr. MOSSET ITURRASPE.

²¹ Buenos Aires 1990.

²² “Fallos”, 315:1943.

no significa que el periodismo sea ajeno al deber de reparar los daños causados por la difusión de noticias falsas o erróneas, o bien que invadan la privacidad, pues como surge de la jurisprudencia y de la opinión de la mayoría de los autores, dicha libertad no significa impunidad²³.

Por último, es dable recordar que la famosa prueba de la verdad no sirve como eximente en tanto la intimidad debe ser protegida con independencia de la verdad o falsedad de los asuntos motivos de la intromisión. A diferencia de lo que sucede con el interés jurídico protegido en el derecho al honor, la *exceptio veritatis* no excluye la antijuridicidad de la conducta lesiva de la intimidad²⁴.

2.4. LAS SANCIONES POR AFECTACIÓN A LOS DERECHOS AL HONOR, LA IMAGEN Y LA INTIMIDAD

La agresión a los derechos al honor, la imagen y la intimidad da lugar a distintas reacciones del ordenamiento positivo.

Como primera medida, el agente causante del daño será obligado a cesar en la actividad perturbadora si ésta subsistiera y a indemnizar el daño moral causado a la víctima. Además, podrá establecerse la publicación de la sentencia e incluso que el perjudicado emita una réplica o respuesta a ser publicada en el mismo medio y con las mismas características que lo fue la noticia falsa.

Cada una de esas reacciones genera problemas cuya dilucidación excede el ámbito de este trabajo. Por lo que solo nos dedicaremos en esta oportunidad a tratar la cuestión inherente a la reparación del daño moral.

2.5. LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL PRODUCIDO POR LA LESIÓN AL HONOR, LA INTIMIDAD Y LA IMAGEN

Ya vimos que cuando se viola uno de los derechos inherentes a la personalidad del sujeto se provoca un daño moral que debe ser indemnizado.

Ese daño moral debe entenderse como la lesión a intereses no patrimoniales del damnificado, que consiste en el desmedro o desconsideración que el agravio pueda causar en la persona

²³ “Fallos”, 269:189; 306:1892- La Ley, 1995-B, 120-; 310:508, -La Ley, 1987-B, 269.

²⁴ CNCiv, sala M, 01/03/93, LL, 1994-C-314.

agraviada o los padecimientos físicos, la pena moral, las inquietudes o cualquier molestia que pueda ser consecuencia del hecho perjudicial²⁵.

Con la reparación del daño moral se indemniza el quebranto que supone la lesión o disminución de bienes no patrimoniales, pero igualmente protegidos por representar un valor en la vida del hombre, como ser el honor, la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, el derecho a la imagen o a la intimidad y los demás sagrados afectos. La reparación se justifica como reafirmación del derecho, protegiéndose así a los valores morales atacados a través del medio más idóneo para hacerlo: el dinero²⁶.

El daño moral directo cumple una función satisfactiva desde la perspectiva resarcitoria; en consecuencia, no puede cuestionarse la fijación de una suma dineraria por tal concepto. No obsta a ello la redacción del artículo 1089 CC, que en su literalidad alude a una indemnización pecuniaria al damnificado “si probase que por la calumnia o injuria le resultó algún daño efectivo o cesación de ganancia apreciable en dinero”. De un lado el “daño moral” constituye un “daño efectivo”, pero amén de ello la norma no contradice el principio del artículo 1099 CC, que se refiere a los delitos que no causan sino agravio moral, como la injuria o la difamación²⁷.

2.6. CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL

Valorar el daño es determinar su entidad cualitativa, o, lo que es igual, esclarecer su contenido intrínseco o composición material y las posibles oscilaciones de agravación o de disminución, pasadas o futuras; y supone, en el caso del daño moral, indagar sobre la índole del interés espiritual lesionado y sobre las proyecciones disvaliosas en la subjetividad del damnificado que derivan de dicha minoración²⁸.

De modo pues que el daño moral se determina en función de la entidad que asume la modificación disvaliosa del espíritu de la víctima en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, y por la repercusión que tal minoración deter-

²⁵ CNCAF, sala I, 17/8/97, “Sandez, Marta Susana c/ Consejo Federal de Inversiones s/ Empleo público”.

²⁶ CNCiv., sala F, 01/08/79, en ED 85-160.

²⁷ CNCiv., sala A, 07/07/86, “Gutiérrez Ardaya, Elías v. Clarín A.G.E.A. S.A. y otro”, J.A. 1986-IV-61.

²⁸ PIZARRO, Ramón D. La cuantificación de la indemnización del daño moral en el Código Civil, En: *Revista de Derecho de Daños*, 2001-1, p. 338.

mina en su modo de estar, que resulta siempre anímicamente perjudicial²⁹.

No obstante, determinar el valor y cuantificación indemnizatoria del daño moral resulta ser un problema extremadamente delicado.

Es que en estos casos falta un común denominador para establecer la relación entre el padecimiento espiritual y la indemnización dineraria, dado que los intereses extrapatrimoniales afectados y la espiritualidad quebrantada no tienen una exacta traducción económica³⁰; a lo cual debe adicionarse que las perturbaciones anímicas suelen quedar en el fuero íntimo del damnificado³¹.

De modo que la cuantificación del daño moral pasa a depender preponderantemente del arbitrio judicial, el cual debe asentarse en un criterio de prudencia, razonabilidad, y equidad³².

No obstante, tal estimación prudencial no autoriza al juez a prescindir de las reglas y principios procesales vigentes, como por ejemplo el de congruencia³³. Así, se ha resuelto que el monto reclamado fija el máximo que por tal daño puede concederse, ya que ni siquiera el juez puede estar en mejores condiciones que la víctima para apreciar cuánto es necesario para satisfacer el daño moral sufrido³⁴; excepción hecha de que durante la sustanciación

²⁹ PIZARRO, Ramón D. *Daño Moral. Prevención. Reparación. Punición*, p. 340.

³⁰ PIZARRO, Ramón D. La cuantificación de la indemnización del daño moral en el Código Civil, En: *Revista de Derecho de Daños*, 2001-1, p. 339.

³¹ CNCiv, Sala M, 15/10/97, "P. de P.N., D c/ M., R.A".

³² CI°Ccom. de Mar del Plata, Sala II, 6-6-2000, "López, Celia c/ Municipalidad de General Pueyrredón s/ Daños y Perjuicios".

³³ El principio de congruencia, se ha dicho, constituye la columna vertebral del dispositivismo del proceso, en la medida en que liga al juez a las pretensiones que se debaten en aquél (FALCÓN, Enrique M., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Bs. As. 1983, t. II, p. 142; SERANTES PEÑA, Oscar Enrique-PALMA, Jorge Francisco, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Bs. As., 1983, t. I, p. 82. En efecto, son las partes quienes determinan el "thema decidendum", debiendo el órgano judicial limitar su pronunciamiento tan sólo a lo que ha sido pedido por aquellas (PALACIO, *Derecho Procesal Civil*, T 1, p. 258; Ed. Abeledo - Perrot. Bs. As., 1986), e incurriendo en incongruencia el juez que, al fallar, se aparta de las cuestiones incluidas en la pretensión del actor y en la oposición del demandado (PALACIO, cit., con cita de Prieto Castro, Goldschmidt, Kisch, Díaz, y Devis Echandía).

³⁴ Cám. Civ y Com. de San Isidro, Sala II, 30/11/98, "Velázquez c/ Ledesma s/ Daños y Perjuicios". En el mismo orden de idas la jurisprudencia ha dicho que "la ausencia de estimación del monto reclamado en la demanda, en concepto de daño moral, constituye uno de los supuestos que justifica la viabilidad de excepción de defecto legal. No obstante la reconocida dificultad en la determinación dineraria por el perjuicio espiritual, nadie mejor que la víctima para su estimación, aunque sea en forma provisoria, dejándola librada al arbitrio judicial. Con ello permite a la otra parte y al magistrado un conocimiento de la compensación pretendida por los perjuicios espirituales. Por el contrario, el silencio sobre tal extremo torna al a pretensión en imprecisa, lo que conlleva

del juicio se haya probado que las circunstancias del hecho han incrementado los padecimientos de la víctima³⁵.

Por otra parte, la indemnización por daño moral no tiene por qué guardar proporción con el daño material³⁶, pues no se trata de un daño accesorio a éste³⁷.

Se ha señalado entonces que para establecer el *quantum* del daño moral debe ponderarse, por sobre todas las cosas, su carácter reparador³⁸, la gravedad del hecho y los padecimientos soportados por el afectado³⁹.

La gravedad del hecho y su repercusión en el ámbito subjetivo de la víctima están configurados, como dice GOLDENBERG⁴⁰, por la personalidad del afectado, la naturaleza de la intrusión, la finalidad perseguida, la potencialidad dañosa del medio empleado, el grado de difusión y la incidencia futura que pueda acarrear en la vida familiar, de relación o en el empleo o función del damnificado.

Finalmente, también se ha dicho que la responsabilidad del daño moral producido por hechos dolosos o gravemente culposos será mayor que la emergente de hechos que generan responsabilidad objetiva, en los que además del reproche, la obligación de responder surge de un criterio socializador del daño⁴¹.

2.7. CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL EN EL CASO DE LESIÓN AL HONOR, LA INTIMIDAD Y LA IMAGEN

En el caso de la lesión al honor, a la intimidad y a la imagen, el daño moral adquiere ribetes específicos en función de la naturaleza y características de los derechos afectados.

a una limitación del derecho de defensa del demandado, que no se agota en la discusión sobre la viabilidad o no del resarcimiento, sino también en su importancia, por lo que tiene derecho a conocer ab initio el importe que pretende la parte" (Cám. 8ª Civ. y Com de Córdoba, "Brochero, Héctor Hernán c/ Héctor Jorge Fantini y otros s/ Ordinario", sent 99).

³⁵ Cám. Civ y Com. de San Isidro, Sala I, 24/10/96, "Barreto de Frank c/ Fernández s/ Daños y Perjuicios".

³⁶ C1aCCom. de La Plata, Sala II, 11-5-99, "Melgare, Mabel c/ Provincia de Buenos Aires s/ Daños y Perjuicios".

³⁷ CCCom de San Isidro, Sala I, 29-10-98, "Zazzali, P. c/ Pereyra, E. s/ Daños y Perjuicios".

³⁸ Ya que cumple una función resarcitoria, no punitiva.

³⁹ CNCAF, sala I, 17/08/97, "Sandez, Marta Susana c/ Consejo Federal de Inversiones s/ Empleo Público", cit.

⁴⁰ En su trabajo *Indemnización por daños y perjuicios*, Editorial Hammurabi, p. 353 y ss.

⁴¹ Cám. Civ. Com. y Min. de Neuquen, Sala II, "Barrera, Omar Blas c/ Maripillan Pérez, María Ofelia y otros/ Daños y Perjuicios".

No obstante, el punto de partida es el mismo: todo reclamo de una indemnización por daño moral no puede sustentarse en la mera invocación genérica de tal perjuicio, sino que es menester que se especifique en que consiste el mismo, es decir, cómo la conducta agravante incidió sobre la persona del damnificado⁴².

Sin embargo, ello no significa que el daño moral sólo pueda acreditarse mediante el empleo de pruebas directas.

Por el contrario, la certeza de su existencia y la medida de la reparación es fundamentalmente fruto de un juicio de razonable probabilidad, basado en reglas de experiencias de vida emergentes de la reacción espiritual que es supponible en la víctima y de la aptitud que ha tenido la agresión para producirla, además de la prueba directa que, según la situación, fuese posible aportar por añadidura. Esto no significa que el daño pueda presumirse, sino que es a través principalmente de la prueba de presunciones que cabe inferir su concurrencia, siendo la demostración indirecta tan legítima como la que no lo es⁴³.

En lo que respecta al quantum de la indemnización, existe coincidencia en cuanto a que en tal menester debe buscarse un equilibrio, en el que, la reparación del daño moral funcione como disuasivo de conductas inescrupulosas⁴⁴ pero sin que implique dejar de lado las circunstancias sociales, económicas y familiares de la víctima y de los reclamantes.

Dicho en otras palabras: la indemnización no debe enriquecer al reclamante⁴⁵ ni tampoco debe ser ínfima, pues de ser así, como señala Cifuentes, se convierte en lucrativa y se fomenta la industria del escándalo⁴⁶.

Es que tampoco puede perderse de vista que el sistema de responsabilidad civil debe ser ejemplarizador, que desaliente las

⁴² CNCiv., Sala G, 18/5/82, "Strambi, Hugo c. Chichimanian, Juan A", E.D. 101-103.

⁴³ CNCiv, sala J, 03/07/2002, "D., E. C. c. Sociedad Anónima La Nación", ED 201, 524 - ED 24/03/2003, 6 - LA LEY 2003-D, 178.

⁴⁴ CNCiv., Sala A, 9/8/94, "G.P., de K.D. c. Duperial S.A.I.C. s/daños y perjuicios"; Juzgado Nac. de Primera Instancia N° 29, 30/5/95, "Alemann, Catalina y otro c. Editorial Perfil S.A. s/ daños y perjuicios".

⁴⁵ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal - Sala 3, 30/08/2005, "Espindola Carlos Alberto c/ Estado Nacional Ministerio de Defensa Ejército Argentino s/ Daños y Perjuicios". En igual sentido, también se ha dicho que debe tenerse presente que la reparación del daño moral no puede ser fuente de un beneficio inesperado ni de enriquecimiento injusto (CNCAF, sala IV, 03/03/97, "Antiori, Osvaldo R. c/ E.N. s/ Proceso de Conocimiento").

⁴⁶ CNCiv, sala H, 29/03/96, "M. de D. de V., R. c/ Ed. P. S.A. s/sumario", ED 18 de abril de 1997.

conductas dañosas, y cree la conciencia de que no será más barato indemnizar que evitar el daño⁴⁷.

Algunos criterios que la doctrina y jurisprudencia han venido aplicando para determinar la cuantía de la indemnización por daño moral son los siguientes:

2.7.1. LA NATURALEZA DE LA OFENSA

La jurisprudencia ha señalado que la mera ocurrencia de una injuria importa el desmedro de las afecciones legítimas de la víctima⁴⁸.

Además, si lo afectado es el derecho al honor con motivo de una publicación periodística, en la fijación de la indemnización debe tenerse en cuenta la deformación del hecho y la gravedad de las imputaciones⁴⁹.

En cambio, la indemnización no debería ser elevada en el caso de insultos proferidos en un contexto social en el que la degradación del lenguaje era algo habitual ya aceptado. Así se resolvió en un caso en el cual una asistente semanal a una velada tanguera fue insultada a viva voz por otro concurrente, remarcándose que si bien la procacidad no debe ser tolerada, la condición humilde de la actora, su vida sencilla, su edad, su contexto familiar, sus gustos o su gran gusto y vocación que le lleva buena parte de sus energías y de su tiempo -el tango-, hacen que deba procurarse una reparación que movilice el espíritu de la agraviada con intensidad similar aunque obviamente en sentido inverso que cuando fue insultada⁵⁰.

En un caso de violación al derecho a la intimidad, por ejemplo, se tuvo especialmente en cuenta lo *innecesario* de haber incluido los datos personales de la víctima en la nota periodística por la que se difundió la noticia y que permitieron la individualización del menor⁵¹.

⁴⁷ SCHAFER - OTT, *Manual del Análisis Económico del Derecho Civil*, Madrid, 1986, cap. IV, p. 98 y ss.; RIVERA, Julio César, Economía e interpretación jurídica, LL 9.10.92, incluido también en Estudios de Derecho Privado, Bs.As. - Sta Fe, 2006.

⁴⁸ CNCiv, sala A, 03/04/89, "Alvelo Hernández de Montes, J. v. Canal 13 Río de la Plata T.V. y otro", J.A. 1989-11-519.

⁴⁹ CNCiv, sala A, 7/7/86, "Gutiérrez c. Clarín", J.A. 1986-IV-61; Sala H, 29/3/96, "M. de D., R. c. Editorial Perfil S.A. - Rev. Noticias", JA 09/04/97 y LL 05/07/97.

⁵⁰ C. Civ. y Com. Bahía Blanca, sala 2ª, 23/11/2006, "G., S. v. M., J.", Lexis Nº 1/70036078-1.

⁵¹ CNCiv, sala J, 03/07/2002, "D., E. C. c. Sociedad Anónima La Nación", ED 201, 524 - ED 24/03/2003, 6 - LA LEY 2003-D, 178. En ese caso, la indemnización por daño moral fue elevada a \$ 15.000.

En otro supuesto, la ilegítima difusión periodística de una enfermedad que afectaba a los actores, y que hubo tomado estado público contrariando el derecho que tenían sus titulares a mantenerla en reserva, justificó la condena al pago de los daños morales por las angustias, los sufrimientos padecidos y las aflicciones que derivaron de la marginación y el rechazo que debieron soportar las víctimas por parte de la comunidad de vecinos con quienes debían alternar⁵².

Asimismo, en un fallo se trató el tema de una noticia periodística en la cual, con grandes caracteres en negrita, se tituló que la brigada de investigaciones de Lanús había desbaratado a una superbanda de sidosos. Luego, en la segunda edición del mismo día, aparecía desplegado con análogos caracteres grandilocuentes, el título una superbanda en la que todos estaban infectados, con nombre y apellido de sus supuestos integrantes.

Los actores iniciaron pleito contra la editorial reconociendo que efectivamente fueron detenidos durante el lapso de mes, pero que no se encontraban afectados de la enfermedad indicada en la noticia.

En la sentencia se resolvió que el hecho que una persona esté o no afectada de SIDA pertenece a la esfera de su intimidad, es ajena al interés público y en modo alguno es susceptible de ser divulgado por un medio de comunicación aunque el sujeto estuviere sometido a proceso penal. Ello pues, cualquiera hubiera sido la conducta de los actores o las circunstancias que lo rodean (la detención policial y su calidad de imputados en una causa penal) éstos gozaban del derecho a mantener en reserva cuestiones vinculadas a su condición de salud como derecho personalísimo que merece el amparo jurisdiccional. En este caso se reconoció a los actores una indemnización de \$ 20.000⁵³.

También se ha considerado por la jurisprudencia como invasivo de la intimidad, las reiteradas llamadas telefónicas proferidas por quien, al ser respondidas por el destinatario, pasaba a guardar estricto silencio. La Cámara Civil y Comercial de Bahía Blanca sostuvo que aun cuando no pudiera atribuirse a esas llamadas un carácter amenazante, su sola frecuencia, su pertinacia en sí misma, era susceptible de cobrar el cariz de una alteración lesiva, que define en médula y contorno el daño indemnizable de que

⁵² Cám. Apel. Civ y Com de Paraná, sala 1ª, 07/04/98, "D., J.I.P. y otra c/ E.L."

⁵³ CNCiv, sala A, 27/03/2003, "D.G.F. y otros c. Editorial Sarmiento S.A. s/ Daños y Perjuicios" ED, 204-180.

habla el Código Civil, fijando así una indemnización de \$ 4.000 a favor del damnificado⁵⁴.

En otro caso, se rechazó la demanda por resarcimiento de los daños y perjuicios provocados por la publicación de una fotografía del accionante en una revista dirigida a un grupo de determinada orientación sexual, tomada mientras participaba en un desfile de moda de “vanguardia”. Se juzgó que el accionante admitió expresamente que el desfile en el cual participó fue denominado “Androgenia” (expresión que, en su acepción vulgar, es entendida como la fusión del rol de los sexos, uniendo las características de comportamiento, tanto físicas como psicológicas, de hombres y mujeres) por lo que la ulterior publicación de tales fotografías en un medio gráfico dirigido a la comunidad homosexual mal pudo haberlo sorprendido del modo en que lo denuncia, causándole un estupor y sorpresa que, dadas las circunstancias, resultan inverosímiles. Se agregó que bajo tales circunstancias, la publicación no desnaturalizó la significación que tuvo el desfile, y la aparición del accionante en una revista de “periodismo gay” constituyó una natural consecuencia del tenor del desfile en el que participó; por lo que cabía descartar toda posibilidad de perjuicio ya sea a la reputación o estimación social (honor en sentido objetivo), sea al sentimiento de dignidad personal propio del sujeto pasivo (honor en sentido subjetivo), sentimiento éste que no debía ser confundido, se aclaró, con una eventual hipersensibilidad del sujeto⁵⁵.

En cambio, se otorgó una indemnización de \$3000 a una menor cuya imagen había sido utilizada en un programa de televisión para ilustrar un programa en el cual se trataba la problemática de los padres que suministran psicofármacos a sus hijos para que lleven una vida más sosegada. La Cámara Civil de la Capital Federal juzgó que en el caso se había violado el derecho a la imagen de la menor (la circunstancia de que la filmación haya sido realizada “en un lugar público y por personas que no estaban ocultas” no puede verse amparado por la ley cuando no se han producido hechos que lo justifiquen como asambleas, procesiones, ceremonias de interés público, etc.), aun cuando en el caso dicha violación no traía aparejada lesión al honor de la fotografiada, pues no se hizo referencia ni podía inferirse del programa que los niños cuya ima-

⁵⁴ Cám. 1ª de Apel. Civ y Com de Bahía Blanca, sala 1, 25/09/2001, “A., Y . R. y otro c/ A. de C., M.” En este caso, la sentencia reconoció la suma de pesos cuatro mil como indemnizatoria por los perjuicios sufridos por los actores.

⁵⁵ CNCom., sala D, 10/12/2008, “Martinez, Raul C/ Nexo Asociacion Civil S/ Ordinario”, Lexis Nº 8/20973.

gen allí se exponía tuvieran que ver con la temática en tratamiento ni se hizo público el nombre ni la filiación de la niña⁵⁶.

También se ha considerado reprochable la conducta de la productora de televisión cuando las imágenes tomadas con consentimiento de la víctima al aceptar contestar las preguntas que se le formularon –si bien triviales en su contenido–, fueron luego utilizadas fuera de contexto, en tanto no estuvo al corriente de los dichos que sobre ella había formulado con anterioridad la conductora del programa, pues la eficacia del consentimiento debe estar contenida en los límites que ha establecido quien la otorgó. En ese caso se otorgó una indemnización de \$ 5000⁵⁷.

2.7.2. EL PRESTIGIO DE LA VÍCTIMA

En tal sentido se resolvió que la magnitud del daño causado al actor por la difusión de la sanción ilegítimamente aplicada debía valorarse a la luz de sus prestigiosos antecedentes curriculares, puesto que la lesión a la integridad moral, a la honorabilidad, a la reputación personal y profesional es tanto más agravante cuanto mayor es el empeño y la dedicación puestos por la víctima en la adquisición y desarrollo de esas cualidades⁵⁸.

En otro caso, los testigos habían declarado que la afectada era una prestigiosa médica psiquiatra con una importante trayectoria profesional y académica, que había sido expuesta en un programa televisivo y a través de una “cámara oculta”, como realizando un delito de acción pública (contrabando de dinero hacia Uruguay). La Cámara de Apelaciones, al elevar de \$ 45.000 a \$ 60.000 la indemnización, tuvo especialmente en cuenta la afectación que sufrió la víctima en su prestigio profesional y académico⁵⁹.

Se decidió elevar una indemnización (de \$ 8.000 a \$ 14.000) en un caso en el cual se demostró la inquietud y pesadumbre sufrida por el actor al ver involucrada su imagen en una campaña publicitaria de un diario deportivo, cuando por su condición de deportista amateur no habría podido prestarse a ello, bajo el riesgo de ser sancionado por los órganos disciplinarios de la federación deportiva. En esta oportunidad se adujo que la ofensa moral que debió sentir el actor cobraba mayor relieve si se reparaba en que

⁵⁶ CNCom., sala E, 17/03/2008, “B., P. G. v. América TV S.A”, Lexis N° 70045717.

⁵⁷ CNCom., sala E, 20/02/2008, “Muro de Nadal de Avogadro, María V. Endemol Argentina SA s/ Ordinario”, Lexis N° 11/45673.

⁵⁸ TSJ ad hoc, de Córdoba, 28-2-99, “Gravier Tagle, C. c/ Roberto Loustau Bidaut y otros s/ Ordinario”.

⁵⁹ CNCiv, sala K, 22.03.06, “B. L. c/ América TVSA s/ daños y perjuicios”, MJJ8336.

el mismo fue un explícito defensor del desinteresado desempeño deportivo, por lo que su prestigio personal podía ensombrecerse o suponerse actitudes hipócritas si frente a esa declamada convicción se prestaba a una publicidad gráfica. El relevante desempeño deportivo del actor y el consecuente conocimiento público que respecto de su personalidad tendrían los seguidores del rugby sin duda determinó que la actitud de los responsables lo colocara en una situación espiritualmente incómoda y que le produjera una notable lesión a sus justas susceptibilidades, razones todas por las cuales los magistrados decidieron incrementar el monto del daño moral⁶⁰.

2.7.3. LAS CIRCUNSTANCIAS PERSONALES DE LA VÍCTIMA

La cuantificación del daño moral debe también atender a las circunstancias personales de los damnificados⁶¹; ello así por cuanto la indemnización del daño moral es de carácter principalmente resarcitorio, extremo que lleva –naturalmente– a centrar la atención en la situación de la víctima⁶².

Tal ponderación deberá realizarse bajo la óptica de la sensibilidad del ‘hombre medio’, de la cual el magistrado representa el intérprete más seguro, pero sin descuidar al hombre ‘real’ ya que la apreciación de todo daño debe hacerse en concreto, no en abstracto”⁶³.

Así, por ejemplo, si se trata de un profesional de los medios de comunicación de muy amplio desempeño se ha considerado que debe encontrarse habituado a recibir, en algunos casos, improperios provenientes de distintas opiniones o actitudes⁶⁴.

En otro caso, se consideró relevante para fijar el monto indemnizatorio el hecho que el menor damnificado tenía una vida familiar y de relación reducida, lo cual había provocado que el hecho dañoso tuviera una amplia repercusión en su ánimo⁶⁵.

En igual sentido, recientemente se ha resuelto que para graduar el *quantum* indemnizatorio correspondiente al daño moral ocasionado a un menor con motivo de la publicación sin su con-

⁶⁰ CNCiv, sala A, 04/07/2003, “Camerlinckx, Pablo J. v. Editorial Arte Gráfico Argentino S.A.”, JA 2003-IV-416.

⁶¹ CNCom, Sala C, 8/9/2000, “Rodríguez Fernández Consuelo y otro c/ Citibank N.A. s/ Sumario”.

⁶² CNCCF., Sala II, 8/10/97, “Rivero, Vicente Gabriel c/ Estado Nacional. Estado Mayor General de la Armada”.

⁶³ TSJ Córdoba - Sala Civil - 10/04/2001, “Belitzky Luis Edgard c/ Marta Montoto de Spila - Ordinario - Daño Moral - Recurso de Casación”.

⁶⁴ CNCiv, sala K, 21/08/98, “Neustadt, Bernardo c/ Romay, Argentino Alejandro Saúl s/ Daños y Perjuicios”.

⁶⁵ CNCiv, sala J, 03/07/2002, “D., E. C. c. Sociedad Anónima La Nación”, ED 201, 524 - ED 24/03/2003, 6 - LA LEY 2003-D, 178.

sentimiento de un fotografía suya, es preciso ponderar la cuantía de los perjuicios y las condiciones personales de la víctima, así como también otros parámetros específicos de las circunstancias que rodean el caso, tales como la edad de la persona retratada, la temática sobre la que versó la nota periodística ilustrada con la fotografía –en el caso, maternidad adolescente–, la difusión masiva del periódico y la repercusión en el círculo de amistades del damnificado⁶⁶.

En otro conocido caso, el Semanario Noticias había difundido sin autorización una serie de notas periodísticas e imágenes fotográficas sobre una presunta paternidad extramatrimonial del Presidente de la República y el estado anímico de su ex cónyuge respecto de tal situación. El afectado promovió acción de daños y perjuicios contra Editorial Perfil con sustento en el artículo 1071 bis del Código Civil. El juez de primera instancia rechazó la demanda. La cámara revocó tal resolución. Concedido el recurso extraordinario, la Corte Suprema confirmó la atribución de responsabilidad, pero redujo el monto de la condena por daño moral en razón del carácter público de la personalidad y su mayor exposición mediática⁶⁷.

Se ha sostenido también que para fijar la indemnización debía tomarse en cuenta como parámetro su retribución como magistrado⁶⁸.

Sobre la cuestión de los daños al honor proferidos a magistrados, en un reciente fallo de la Cámara Civil y Comercial de Bahía Blanca, se dijo que *“(...) se trata, entonces, de encontrar al demandante causas externas que le produzcan placeres y alegrías que en alguna medida logren compensar los padecimientos sufridos; remedios para la tristeza y el dolor (...) Si bien esta cuestión es objetivamente difícil y ardua, quizá en alguna medida se facilita la tarea de este tribunal en el caso concreto, pues justamente el demandante es magistrado judicial de idéntico rango a quienes*

⁶⁶ CNCiv, sala B, 31/03/2006, “Berguer Carlos A y otro c/ Periodismo Universitario S.A”, La Ley Online.

⁶⁷ CSJN, 25/09/2001, “Menem, Carlos S. c. Editorial Perfil S.A. y otros”, LA LEY 2001-E, 723.

⁶⁸ “No puede dejarse de lado para determinar el monto del resarcimiento del daño moral ocasionado por la sanción ilegítima la situación socioeconómica de la víctima, lo que a su vez hace imperativo tomar en cuenta el valor de su retribución como magistrado, que hace a su nivel de vida. Desde esta óptica, la atribución indemnizatoria de tan sólo un par de sueldos resultaría del todo mezquina, y es dudoso que el actor se hubiese embarcado en semejante proceso teniendo en miras tan exigua reparación que, habida cuenta de las circunstancias, rozaría el terreno de simbólico. En cambio, la fijación del quantum resarcitorio en el equivalente a cinco sueldos básicos constituye sí una indemnización idónea, prudente y razonable para compensar pecuniariamente el daño moral que ha experimentado. Resulta consecuencia razonable fijar que dicho monto indemnizatorio en la suma de cuarenta mil pesos.” (TSJ ad hoc, de Córdoba, 28-2-99, “Gravier Tagle, C. c/ Roberto Loustau Bidaut y otros s/ Ordinario”).

debemos juzgar, por lo que aun siendo una tarea enormemente dificultosa, es más fácil para los miembros del tribunal ponerse en el lugar del actor en autos que en el de otro cualquier damnificado por diversas causas. Y también es algo más fácil imaginar en carne propia un agravio como el proferido al actor, pues una circunstancia similar podría ser en concreto atravesada por cualquiera de los miembros de esta Cámara en el ejercicio de sus funciones. (...) Así, debemos imaginar placeres compensatorios que puedan indemnizar adecuadamente el daño padecido por el Dr. S. R., teniendo en cuenta el nivel de vida promedio de un magistrado judicial”.

En el caso citado, el actor había sido falsamente acusado de fallar en una causa en que intervino como letrada su cónyuge, en un programa radial muy conocido con un elevado nivel cuantitativo de oyentes. La Cámara elevó la indemnización de 12.000 a 20.000 pesos, que era el monto máximo pedido en la demanda⁶⁹. Sin embargo, la investidura judicial ha sido también fundamento para rechazar una indemnización por daño moral.

Así resultó en una demanda planteada por una magistrada contra una editorial⁷⁰.

Las falsas denuncias ante los tribunales de disciplina son también ofensivas al honor. En uno de esos casos, un tribunal de Lomás de Zamora dio por sentado que *“todo abogado honesto que es indebidamente demandado en sede civil y además denunciado por ante el Tribunal de Disciplina del Colegio de Abogados por violación de las normas de ética profesional, sufre una lesión en su honor, en cualidad moral del ánimo y en su propia estima subjetiva”*⁷¹.

Otro abogado en cambio reclamó el daño producido por una emisión en un programa de televisión en el cual se transmitió un dibujo animado donde se lo caricaturizaba y se entonaba una canción con frases agraviantes hacia su persona. El actor adujo

⁶⁹ Cám. Civ. y Com. de Bahía Blanca, sala 2ª, 18/12/2008, “S. R., G. J. v. M., H. O”, Lexis Nº 70052566.

⁷⁰ No posee carácter difamatorio la nota periodística de interés público en la que se efectuó un “perfil” de una magistrada, porque los errores que contiene son de menor entidad y la omisión de suministrar otras referencias biográficas que podrían coadyuvar a realzar su prestigio profesional -en el caso, relataba que había ganado un concurso para cubrir una vacante en otra provincia y luego rehusó aceptar la designación, además de efectuar un “perfil” con referencia a circunstancias profesionales y familiares-, no supera el nivel de tolerancia que es dable esperar de quien desempeña la magistratura, pues a los jueces se los debe tratar como hombres con fortaleza de ánimo, capaces de sobrevivir en un clima hostil cuando se los critica en su esfera de actuación pública. (CSJN, 14/10/2003, “B. L., S. c. Editorial Río Negro S.A. y/u otros”, RCyS 2004-III, 31, con nota de José P. Descalzi - LA LEY 2004-A, 390, con nota de Gerardo Ancarola - JA 2003-IV, 229 - DJ 2003-3, 808).

⁷¹ C. Civ. y Com. Lomas de Zamora, sala 1ª, 27/05/2004, “Ronco, Fernando L. v. Ruiz, Oscar A.”, Lexis Nº 70017304.

que se lo trataba de homosexual y se afirmaba que concurría a un prostíbulo masculino homosexual denominado Spartacus. Destacaba que además se hizo alusión a su profesión de abogado, denigrándolo junto con otros colegas y sosteniéndose que carece de idoneidad para su desempeño, y que había obtenido el título comprando materias.

En la sentencia de primera instancia, el juez resolvió que teniendo en cuenta la peculiar personalidad que el actor ostentaba en el medio televisivo y la imagen que intentaba ofrecer de sí en el mismo, y su constante participación en programas en los cuales se exalta la procacidad, la chabacanería y el mal gusto, llevaban a concluir que mal pudo aquél haberse sentido moralmente dañado por las mofas recibidas en el programa emitido por la emisora demandada, pues se trata del mismo ámbito y del mismo estilo en el cual él se desenvuelve y destaca, por lo cual puede atribuírsele eso de que no debe ser escuchado quien se prevalece de su propia torpeza⁷².

En sentido contrario se resolvió que aun cuando pudiera aceptarse inicialmente la afirmación de la juzgadora en cuanto a que el actor no podía desconocer que el “umbral de privacidad” pudiera verse disminuido en razón de haber contraído matrimonio con cierta actriz famosa, de ninguna manera ello autorizaba a concluir que hubiese perdido en forma absoluta su derecho a gozar de un ámbito de privacidad, y menos todavía, a que se sostenga que habría existido un consentimiento tácito a esa invasión de su intimidad. Agregó la Cámara que a efectos de fijar la indemnización en cuestión, correspondía entonces ponderar el hecho de que la nota periodística originó la intromisión en la zona de reserva de la intimidad del actor y, especialmente, las características de las fotografías que fueran difundidas, las cuales indudablemente han de haber lesionado los intereses espirituales y afecciones legítimas y más íntimas del damnificado, considerando prudente y equitativo fijar en concepto de daño moral la cantidad de \$ 15.000⁷³.

Finalmente, en el caso de un profesor que fue entrevistado en un programa televisivo en el cual el entrevistador había afirmado que fue despedido, calificándolo luego de autoritario, cobarde y nazi, sin darle oportunidad de réplica, la Cámara Comercial entendió que todo ello constituyó una injuria que le provocaba un daño a quien debe seguir impartiendo enseñanza, elevando el monto indemnizatorio a la suma de \$30.000⁷⁴.

⁷² Del fallo de Primera Instancia del Juzgado Nacional Civil No. 107, que la CNCiv, Sala G, 18/4//2002, hace suyo, ED, 200-346.

⁷³ CNCiv, sala C, 28/08/2003, “R., H. v. Editorial Sarmiento S.A.”

⁷⁴ CNCom, Sala E, 5/12/08, “Ghio, Marcos c/ América T.V. Radiodifusora del Carmen SA y otros”.

2.7.4. EL NIVEL DE DIFUSIÓN DEL HECHO

También debe valorarse la intensidad de la divulgación del hecho, especialmente en materia de atentados contra el honor y la intimidad de una persona a los fines de la determinación del daño moral⁷⁵.

Ello puesto que la gravedad de la injuria no está únicamente en lo que se dice, sino también en el medio de difusión empleado para decirlo, ya que algunos más que otros aseguran que se esparza la injuria⁷⁶.

Este elemento ha sido tenido en cuenta por la jurisprudencia nacional⁷⁷, y en múltiples oportunidades por la doctrina y jurisprudencia extranjeras, que han valuado el daño en función de la difusión que revela la cantidad de ejemplares que se venden de la publicación ofensiva, más los denominados lectores de kiosko que son los que se paran a mirar los títulos destacados⁷⁸.

En nuestra jurisprudencia, se afirma que para ponderar el daño moral se debe tener en cuenta el medio a través del cual se propalaron las noticias u opiniones dañosas, en orden a su mayor o menor difusión⁷⁹.

Así, en el caso de un comentario difamatorio acerca de la formación que recibían los profesionales egresados de cierto establecimiento educativo, adujo que si bien ello produjo un menoscabo en los sentimientos del actor, se concluyó que la cuestión no había tenido una importante trascendencia social, lo

⁷⁵ ALPA, Guido, *Responsabilità civile e danno*, pág. 536, 11 Mulino, Genova, 1991, citado por PIZARRO, Ramón D, *Daño Moral. Prevención. Reparación. Punición*, pág. 340, Hammurabi, 1996.

⁷⁶ CNCiv, Sala A, 3/5/10 "Mora Silvia Estela y otros c/ Lagos Hilario s/ Daños y Perjuicios". En este fallo se tuvo especialmente en cuenta que una carta de lectores injuriante para tres jueces camaristas del fuero penal había sido publicada en un popular periódico de noticias judiciales cuya tirada es de 10.000 ejemplares en la zona de Tribunales y lo reciben jueces y secretarios en sus despachos.

⁷⁷ CNCiv, sala H, 29/3/96, "M. de D., R. c. Editorial Perfil S.A. -Rev. Noticias", JA 9/4/97 y LL 5/7/97.

⁷⁸ Ver sentencia del Tribunal Federal Alemán del 15.11.94, comentada en Anuario de Derecho Civil t. LI, fascículo II, por Weyers - Kadner, *Apuntes sobre la evolución del derecho de la República Federal de Alemania*, p. 779/780; es el mismo criterio que mantiene la jurisprudencia francesa desde hace muchos años, en tanto manda resarcir en función de la cantidad de ejemplares difundidos, o de la probable ganancia obtenida por el medio de prensa con la noticia agravante: v. la nota de Raymond Lindon en Dalloz 1985-322; en el mismo sentido Alterini, A.A., cita el caso Belmondo, sentencia del 13.2.71, JCP 1971-II-16774.

⁷⁹ CNCiv, sala K, 21/8/98, "Neustadt, Bernardo c/ Romay, Argentino Alejandro Saúl s/ Daños y Perjuicios, cit.

cual convenció al tribunal de otorgar una indemnización menor a la solicitada por ese rubro⁸⁰.

En el mismo sentido, se resolvió que para determinar el monto de la indemnización por el daño moral causado por las calumnias inferidas por una copropietaria a las representantes de otros consorcistas luego de una reunión para la realización de la asamblea, correspondía tener en cuenta que ésta fracasó por falta de quórum y que el hecho tuvo escasa divulgación⁸¹.

De igual forma, en un caso en el cual se responsabilizó al autor de un libro que relata la vida de un personaje famoso por los daños y perjuicios ocasionados al ex cónyuge de esa celebridad, con fundamento en que en varios pasajes de dicha obra se describía al actor como un hombre sin idoneidad para el trabajo, inmoral y mujeriego pues, la exposición pública que pudo haber tenido la vida de aquél y la consiguiente restricción relativa que pueda llegarse a admitir en su derecho a la intimidad, no implica un consentimiento a que se debata públicamente sobre sus defectos, para cuantificar el daño causado se tuvo especialmente en cuenta el nivel de difusión de la noticia.

Así fue que el Tribunal Civil del Fuero Capitalino⁸² dijo que *“(...) es difícil la cuantificación de este perjuicio, desde que el juzgador debe imaginar o predecir el dolor que el evento dañoso produjo en la esfera íntima del reclamante, porque se trata de resarcir afecciones sumamente personales y, por ende, de difícil exteriorización. No obstante debe establecerse una reparación en dinero que de alguna manera supla o compense el desmedro espiritual injustamente sufrido. En estos casos el dinero no cumple una función valorativa exacta, pues el dolor o la afección al honor no pueden medirse o tasarse (...).*

(...) Para ese cometido tiene trascendencia la gravedad de las imputaciones formuladas en el libro, la intensidad del reproche que merece el autor y su muy relativa difusión, que surge del informe contable de fs. 507/508 y fs. 518, donde se indica que en una primera edición se tiraron 9002 ejemplares y en la segunda edición 5296 libros, de los cuales se vendieron 6742, lo

⁸⁰ Trib. Coleg. Resp. Extrac. de Santa Fe N° 1, 2ª Sec, 12/05/97, “Instituto Argentino de Método Científico Moderno (IDEA) y Gómez Paris JC c/ Colegio de Odontólogos de la Provincia de Santa Fe y/u otro s/ indemnización daños y perjuicios”, res. 22, fo. 234/254/, t 41.

⁸¹ CNCiv., sala K, 20/04/2009, “Muñiz, Amalia E. v. Lamparta, Sara”, Lexis N° 1/70052756-1.

⁸² CNCiv, Sala A, 14/10/05. “R., H. c/ J.R. y otro”.

cual arrojó una liquidación de derechos de autor del orden de \$ 8479,60 (...).

(...) En base a esos antecedentes, propongo que se fije la suma de \$ 40.000 para enjugar el daño moral inferido (...)".

En otro caso, en cambio, se decidió incrementar el resarcimiento concedido como indemnización por daño moral a un menor de edad por violación a su intimidad, haciéndose especial hincapié en que la noticia había sido emitida por un matutino de amplia circulación⁸³.

Por último, en un supuesto donde el ex cónyuge de un personaje de notoriedad pública había sido mencionado en un programa de televisión con frases y comentarios injuriantes sobre su persona, se tuvo en cuenta para fijar una indemnización de \$ 10.000 que en el programa en cuestión se trataron otros temas además del que afectó al demandante⁸⁴.

2.7.5. EL CARÁCTER "REPARADOR" DE LA INDEMNIZACIÓN

La indemnización debe ser efectivamente "reparadora" de la lesión moral sufrida.

En otras palabras, el resarcimiento obtenido como reparación del perjuicio experimentado, paliaría éste con placeres o ventajas que subsanarán en sus sentimientos o en su espíritu la situación disvaliosa padecida.

No obstante, tampoco debe caerse en la tentación de formular groseras compensaciones sobre la base del llamado placer vital suplementario. Pero la indemnización debe alcanzar el carácter de una "satisfacción" compensatoria⁸⁵.

⁸³ CNCiv, sala J, 03/07/2002, "D., E. C. c. Sociedad Anónima La Nación", ED 201, 524 - ED 24/03/2003, 6 - LA LEY 2003-D, 178. Lo mismo sucedió en un caso en el cual "una noticia publicada en un diario de gran circulación difundió datos que permitieron individualizar a la menor víctima de una violación. La madre de la menor interpuso acción de daños y perjuicios contra el diario y el director de éste. El juez de primera instancia desestimó la acción incoada. La sala K de la Cámara revocó el fallo apelado e hizo lugar a la demanda, condenando a la demandada a pagar \$15.000. Contra dicha sentencia se interpuso recurso extraordinario, la Corte Suprema dejó sin efecto la sentencia recurrida y mandó dictar un nuevo fallo. La sala F de la Cámara hizo lugar a la demanda y condenó en forma concurrente al diario y a su director a pagar \$40.000 en concepto de daño moral" (información de La Ley Online).

⁸⁴ CNCiv, Sala H, 26/02/03, "R., H. c. Telearte S.A.".

⁸⁵ Cám. Civ y Com. de San Isidro, Sala II, 29/12/98, "Cribelli c/ Almirón s/ Daños y Perjuicios".

La idea central es que la suma a conceder debe resarcir de alguna manera el daño ocasionado, pero sin crear una fuente de indebido lucro⁸⁶.

Es que la indemnización no consiste en una sanción punitiva al agravante, pero mucho menos ha de limitarse a una compensación simbólica o irrisoria.

La medida de indemnización deberá ser fijada en cada caso y de acuerdo a las especiales características del mismo⁸⁷.

En tal sentido, se ha ejemplificado diciéndose que si un determinado daño se produce en una persona con escasísimos ingresos, que nunca tuvo automóvil ni aspira razonablemente a tenerlo durante el curso de su vida, una indemnización que le permita comprar un automóvil nuevo modesto probablemente será una muy buena indemnización, y esta persona se sentirá realmente gratificada por ello y, aunque imperfectamente, compensado su dolor. Si, en cambio, ese mismo daño se produce en una persona que tiene varios automóviles importados último modelo, la misma indemnización será completamente inapropiada sencillamente porque no cumplirá su finalidad: el dañado no tendrá placeres compensatorios que remedien el daño padecido; simplemente porque dada su condición objetiva, subirse a un automóvil modesto cero kilómetro no le representaría ningún placer, y la utilización de esa cantidad de dinero en otro tipo de bien o servicio de su gusto podría producirle alguna satisfacción, pero ínfima en comparación al daño sufrido. (...) Es que el placer concreto con que debe buscarse compensar a cada damnificado por daño moral está directamente relacionado con los placeres concretos con que esa persona acostumbra a regocijarse, resultando éste un elemento importante a tener en cuenta a fin de acercarse a la ansiada pero imposible objetividad a la hora de fijar una indemnización justa. Porque como dice GHERSI, “la disponibilidad de recursos para satisfacer su placer o descanso vacacional, encontrará el límite en aquellos recursos de su clase social”⁸⁸.

⁸⁶ CNCiv, sala M, “Cabrera de Alonso Lidia c. Montero Carlos F. s/ daños y perjuicios”, del 15/02/99; “Ponce Dina C. c. Ferrocarriles Metropolitanos S.A. s/ daños y perjuicios” del 02-12-98.

⁸⁷ En este orden de ideas, se ha sostenido que para fijar su cuantía, el juzgador ha de sortear las dificultades de imaginar el dolor que el evento produjo en la esfera íntima del actor, y que no ha experimentado por sí mismo, para luego transformarlo en una reparación en dinero que compense el dolor y el trastorno espiritual sufrido; motivo éstos por los que el magistrado, más que en cualquier otro rubro, debe atenerse a una prudente apreciación y a las características particulares de la causa (CNCiv, sala L, “Espinosa, Jorge c. Aerolíneas Argentinas”, JA, 1993-I-13).

⁸⁸ Cám. Civ. y Com. de Bahía Blanca, sala 2ª, 18/12/2008, “S. R., G. J. v. M., H. O”, Lexis Nº 70052566.

Otro tribunal, en cambio, consideró que las condiciones socioeconómicas de la víctima no eran determinantes para fijar la indemnización. En ese precedente (en el que se juzgaban las lesiones irrogadas a través de manifestaciones en un medio de prensa) se sostuvo que en el sistema de la ley fonal el factor económico solo habilita a atenuar la indemnización cuando la condición del responsable le hace imposible o dificultoso afrontarla, pero no autoriza a vincular la indemnización con la situación patrimonial del perjudicado, pues tal proceder conduciría con discriminación arbitraria a dar más al rico y menos al pobre ante análoga ofensa. Tal criterio no se encuentra justificado, ya que tener en cuenta los ingresos de la víctima llevaría a establecer un resarcimiento en función de posibilidades económicas, cuando de lo que se trata es de cuantificar el perjuicio inmaterial y absolutamente diferenciado de la riqueza del ofendido. Por tanto, se dijo corresponde valorar una condición patrimonial media, con prescindencia de la de la víctima, y ponderar la gravedad objetiva del menoscabo y sus disvaliosas repercusiones espirituales que el dinero solo puede paliar imperfectamente⁸⁹.

2.7.6. LA INDEMNIZACIÓN DEBE SER TAL QUE DESALIENTE LAS CONDUCTAS LESIVAS

Hemos expuesto en otros trabajos los aportes que el Análisis Económico del Derecho ha hecho en el campo de la responsabilidad civil⁹⁰, que nos permitimos reiterar pues en el ámbito de la reparación de los derechos de la personalidad adquieren especial relevancia.

El AED al ser aplicado al sistema de la responsabilidad civil no prescinde de las funciones de este generalmente reconocidas: compensar a las víctimas, alentar las actividades socialmente útiles, desalentar las actividades dañosas, sino que agrega un aspecto sumamente importante y que, en general, ha sido desatendido por la civilística: *deben propiciarse soluciones que disminuyan el costo social de los accidentes*⁹¹ e *induzcan a la población y a las*

⁸⁹ CCivCom. Córdoba, 2ª, 26/10/2004, "Maidana, Manuel A. v. Manubens Calvet, Reginaldo", Lexis Nº 70021371. En el mismo sentido se expidió la C. Civ. y Com. Lomas de Zamora, sala 1ª, 27/05/2004, *in re* "Ronco, Fernando L. v. Ruiz, Oscar A.", Lexis Nº 70017304.

⁹⁰ RIVERA, Julio César, Ideas directrices del sistema de responsabilidad civil en el proyecto de Código de 1998, en *Anales de la Academia Nacional de Derecho*, 2000 (separata publicada por La Ley); inserto en el volumen *Estudios de Derecho Privado*, Bs.As. - Santa Fe, 2006.

⁹¹ Este punto es tan relevante que se suele identificar como punto de partida del AED - al menos en su versión moderna - los trabajos de Ronald Coase: *The problem of social cost*, publicado en *Journal of Law and Economics*; y de Guido

*empresas a la adopción de mecanismos tendientes a la prevención de la producción de los daños*⁹².

Ello lo hace mediante la formulación o construcción de un modelo sobre supuestos estrictos que pretenden predecir los efectos de la aplicación de las diversas reglas de responsabilidad y el comportamiento futuro de los sujetos.

De modo que el análisis consecuencial que hace el AED permite determinar si un techo demasiado bajo alimentará conductas negligentes, o si una indemnización muy alta hará excesivamente costoso el aseguramiento, etc.

Estos temas los hemos expuesto con mayor extensión en otro trabajo al que remitimos⁹³.

Sin perjuicio de lo cual señalamos a modo de conclusión que el AED ha puesto de relieve:

- La exigencia del análisis consecuencial de las decisiones adoptadas en un sistema de responsabilidad civil;
- Que el sistema de responsabilidad civil tiene funciones múltiples, pero entre ellas debe tenerse presente la de disminución del coste de los accidentes y que por encima de todo *el sistema debe inducir decididamente a la adopción de medidas de prevención de los daños*;
- La prevención del daño excluye tanto la sobrevaloración del daño cuando su infravaloración;
- La sobrevaloración porque disminuye la prevención, en tanto ella es demasiado cara, inaccesible o lisa y llanamente no existe;
- La infravaloración también es mala, porque subvenciona al dañador, disminuye la tendencia a la prevención y por ello incrementa los costos sociales.

Calabresi, *Some thoughts on risk distribution and the law of torts*, publicado en Yale Law Journal, ambos en 1960: v. Tavano, ob. cit., p. 11.

⁹² El aspecto de la prevención es capital en la escuela del análisis económico del derecho; v. Mitchell Polinsky. A. - Shavell, Steven, Punitive damages: an economic analysis, Harvard Law Review, 1998-869; otros autores son citados en "Problemas and proposals in punitive damages reform", Harvard Law Review, vol. 113-2000-7, nota 80, p. 1795.

⁹³ RIVERA, Julio César, Ideas directrices citado.

Si llevamos estas ideas a nuestro tema y a nuestra realidad ¿qué descubrimos?

En primer lugar que hay una marcada infravaloración del daño. Personas de bien afectadas en su intimidad u honor, figuras públicas cuya imagen ha sido usada sin su consentimiento para efectuar publicidades comerciales, funcionarios y jueces honrados vilipendiados por la prensa amarilla, reciben indemnizaciones mínimas. Recordamos un caso en que la fotografía de una bailarina del Teatro Colón fue usada para ilustrar la exhibición de un remedio contra la flebitis, recibió \$ 4.000 de indemnización, Una joven que había sido víctima de una violación y que había sido identificada inútilmente en una nota periodística⁹⁴ fue beneficiada con una indemnización de \$ 10.000 que debía pagar el grupo Clarín que factura millones de pesos por día en publicidad (la indemnización fue levemente incrementada en la segunda sentencia de la Cámara Civil, posterior a la anulación de la Corte Suprema).

Estos montos no son una indemnización sino un mero paliativo que no representa en manera alguna el daño efectivamente causado ni las molestias que provoca el solo hecho de tener que promover un proceso judicial. Desalientan a los abogados a tomar estos casos, con lo cual las víctimas tienen menos posibilidades de estar bien patrocinadas y lo que es peor en vez de inducir a las empresas periodísticas a evitar estas acciones dañosas contribuyen a que las reiteren porque la indemnización que tendrán que pagar será siempre menor que el beneficio que reciban de la publicación escandalosa y dañosa.

Los jueces no tienen que tener miedo de los medios de prensa y de los periodistas estrella, ni deben evaluar las indemnizaciones en función de la magnitud de su propia economía individual limitada por el horizonte de un salario menudo. En la vida de las empresas periodísticas se manejan millones diariamente y las indemnizaciones que los jueces fijan representan un porcentaje minimísimo de los ingresos diarios de esas empresas. Mientras esto siga así nada detendrá el avance del amarillismo y cada uno de nosotros seguirá expuesto a ser la próxima víctima.

⁹⁴ V. el artículo de RIVERA (h), Julio César, en este mismo número.

EVOLUCIÓN DE LOS PERJUICIOS INMATERIALES EN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO

Andrés Orión Álvarez Pérez (*)

SUMARIO: 1. Introducción. 1.1. Consideraciones Generales. 2. Daño Moral. 2.1. Independencia y Autonomía del Daño Moral. 3. Perjuicio Fisiológico. 4. Daño a la Vida de Relación. 4.1. Desarrollo Jurisprudencial de los perjuicios inmateriales. 4.2. Sección Tercera del Consejo de Estado. 4.3. Principio de Reparación Integral. 4.4. Nueva Propuesta sobre la Tipología del Daño Inmaterial.

1. INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo se centrará exclusivamente en el análisis de la permanente evolución jurisprudencial de los perjuicios inmateriales o extrapatrimoniales en la Jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano. Si bien es cierto, en Colombia se presentan contradicciones y tratamientos diferentes en la jurisdicción contencioso administrativa de competencia final de la sección Tercera del Consejo de Estado, con respecto a los pronunciamientos de la jurisdicción civil ordinaria de competencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, nos centraremos en el análisis de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por ser allí donde se han gestado los avances más significativos en aquello de la tipología del daño inmaterial en Colombia.

Es por ello que abordaremos el análisis jurisprudencial de los perjuicios

(*) Abogado Universidad de Medellín, miembro fundador del Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado, Director de la revista "Responsabilidad Civil y del Estado", Especialista en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia, docente y consultor.

cios morales, como de los llamados perjuicios fisiológicos o daño a la vida de relación, desde sus orígenes, precedentes, avances, cambios de pauta, parámetros para su tasación, evolución y naturalmente su cuantificación.

Este trabajo se sustenta en las cátedras que como docente abordo en diferentes universidades del país, en trabajos de investigación, en doctrina nacional y extranjera, por lo cual debemos desde ahora reconocer su excelente y valioso aporte al tema propuesto, en particular a los docentes, investigadores y tratadistas, Doctores JAVIER TAMAYO JARAMILLO, JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, actual Presidente de la Corte Constitucional Colombiana, OBDULIO VELÁSQUEZ POSADA, GILBERTO MARTÍNEZ RAVE, JORGE MOSET ITURRASPE (Argentino), FELIPE NAVIA ARROYO, CARLOS FERNÁNDEZ SÉSAREGO (Peruano), EDGAR CORTÉS, MARÍA CECILIA MCAUSLAND SÁNCHEZ, y desde la Judicatura, ENRIQUE GIL BOTERO, ALIER HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, RICARDO HOYOS DUQUE, entre otros, conscientes de que se han quedado muchos por fuera, pero advirtiendo que los citados se han dedicado con disciplina y sumo interés al impredecible y trascendental tema de los perjuicios inmateriales, unos como miembros del Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil, IARCE, y otros cercanos amigos y vinculados en Encuentros Internacionales, seminarios y naturalmente a la Revista “Responsabilidad Civil y del Estado”, de Medellín, Colombia.

Entrando en materia, podemos decir que los perjuicios inmateriales son aquellos quebrantamientos a bienes que no tienen un contenido económico o no son susceptibles de una valoración patrimonial en términos precisos y objetivos, pero que al ser bienes jurídicos, deben ser protegidos por el ordenamiento, y una vez verificado que existe un menoscabo en la facultad de ejercerlos plenamente, deben ser indemnizados. Dentro de este tipo de perjuicios la doctrina tanto nacional como extranjera ha incluido entre otros, para referirse a los daños inmateriales, los llamados daños a la integridad física, estéticos, biológicos, al honor, al buen nombre, sexuales, perjuicio al agrado, daño al proyecto de vida, perjuicio al goce de vivir, alteración en las condiciones de existencia, daño sicofísico, a los placeres de la vida y a la serenidad familiar; sin embargo la Jurisprudencia Colombiana se refiere sólo al daño moral¹, daño fisiológico² o daño a la vida de relación³, aunque con algunos avances que oportunamente referiremos.

¹ La primera vez que nuestra jurisprudencia reconoce y ordena indemnizar el daño moral, es en el llamado fallo Villaveces, de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia el 21 de julio de 1922, cuyo Magistrado Ponente fue el doctor TANCREDO NANNETTI, en esta ocasión, se ordenó construir un monumento como reconocimiento a la memoria de la esposa muerta, pues los restos de ésta habían sido exhumados sin autorización del demandante.

² Posteriormente, a través de Sentencia del 14 de febrero de 1992, Ponente CARLOS BETANCUR JARAMILLO, la Sección Tercera del Consejo de Estado en el caso de Mariana Barazutti Chiapolino, reconoce la existencia del perjuicio fisiológico

como un nuevo daño inmaterial; aunque anteriormente el Tribunal Superior

Una vez planteada la aproximada definición de aquellos perjuicios, pasaremos a introducirnos en el campo de su desarrollo tanto doctrinal como jurisprudencial, iniciando por algunos aspectos generales, luego precisando los conceptos de daño moral, fisiológico o a la vida de relación, pasando por un análisis de los precedentes en la Sección Tercera del Consejo de Estado, y por último citaremos, casi en forma textual, la nueva propuesta que se viene gestando en un sector de la doctrina y de la judicatura, por ahora insular, pero con pronóstico de hacer carrera y por tanto con vocación de tener aceptación general, más temprano que tarde.

1.1. CONSIDERACIONES GENERALES

La mayor polémica en torno al reconocimiento de los perjuicios inmateriales surge de la dificultad de aportar una prueba sobre la existencia y la medida de su cuantificación, ya que al tratarse de afecciones que consisten en sufrimientos y padecimientos propios del fuero interno del individuo, de esa angustia, pesar, congoja, tristeza, depresión, achicamiento del alma, se torna compleja su demostración, sin embargo, puede decirse que dicha dificultad no lo hace imposible, incluso algún sector de la doctrina, como ADRIANO DE CUPIS⁴, considera que *“a veces es evidente la existencia del daño consistente en el dolor moral. Y además que el daño no patrimonial no se agota en el dolor, ya que en su más amplia acepción, como lesión de un interés personal no patrimonial, está íntimamente ligado a la violación del derecho de la personalidad en forma y manera tal que la prueba de su violación contiene en sí la prueba de su existencia”*, igualmente

de Antioquia había hecho valiosos aportes en este sentido. Cabe precisar que el avance definitivo se hizo por medio de Sentencia del Consejo de Estado del 6 de mayo de 1993, Magistrado Ponente JULIO CÉSAR URIBE ACOSTA, en dónde se le reconoció autonomía a este perjuicio frente al daño moral, a pesar de ello, dicho reconocimiento resultó contradictorio en tanto que otorgó una suma de dinero a una persona lisiada para que sufragara el costo de una silla de ruedas necesaria para su movilización, cubriendo de esta forma una manifestación del daño emergente (valor de la silla), sin incluir el concepto de perjuicio fisiológico definido.

³ Durante varios años el Consejo de Estado se cuestionó la verdadera procedencia o adecuación del término *“Perjuicio Fisiológico”*, así en una aclaración de voto en Sentencia 12499 del 13 de junio de 1997, el Magistrado Ricardo HOYOS DUQUE menciona: *“El adjetivo fisiológico que hace referencia a disfunciones orgánicas, no resulta adecuado para calificar el desarrollo de actividades esenciales y placenteras de la vida diaria (recreativas, culturales, deportivas, etc.)”*; explicándose posteriormente por la misma Corporación que dicha denominación de *fisiológico* se debe a una infortunada traducción de una sentencia de la Corte de Casación Francesa; finalmente, y sólo a partir del 19 de julio de 2000, la jurisprudencia colombiana cambia la concepción de perjuicio fisiológico, con la Sentencia 11842 del Consejo de Estado, por la de *“daño a la vida de relación”*.

⁴ Adriano DE CUPIS, *El Daño*, p. 764.

el doctor JUAN CARLOS HENAO⁵ menciona “*que basta que el juez tenga la convicción de que la víctima padeció una aflicción o una tristeza, producida por el hecho dañino, para que la indemnización proceda*”.

En atención a ello es que encontramos que la indemnización por daños inmateriales apunta a un fin satisfactorio o compensatorio, más no resarcitorio o reparatorio como ocurre en el caso de los perjuicios materiales, y no por esto puede decirse que se esté incursionando en el campo de la seguridad social, ni de la solidaridad, ni sobrepasando los límites de la responsabilidad civil que tiene como fin reparar o dejar indemne el patrimonio del perjudicado⁶.

Así lo han entendido nuestros jueces, a quienes discrecionalmente les corresponde efectuar dichos reconocimientos, por ello extractamos un aparte de una Sentencia del 20 de abril de 2005, expediente 15.247, Consejo de Estado, con ponencia de la Magistrada Ruth Stella CORREA PALACIO, en donde se expresó:

“En relación con el perjuicio moral ha reiterado la Sala que la indemnización que se reconoce a quienes sufran un daño antijurídico, tiene una función básicamente satisfactoria y no reparatoria del daño causado y que los medios de prueba que para el efecto se alleguen al proceso pueden demostrar su existencia pero no una medida patrimonial exacta frente al dolor, por lo tanto, corresponde al juez tasar discrecionalmente la cuantía de su reparación, teniendo en cuenta la gravedad del daño causado al demandante. La magnitud del dolor puede ser apreciada por sus manifestaciones externas y por esto se admite para su demostración cualquier tipo de prueba”.

Una vez abordados los aspectos generales que fundamentan la existencia de este tipo de daños, haremos mención a los per-

⁵ HENAO Juan Carlos. *El Daño*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 244.

⁶ HENAO Juan Carlos, *ob. cit.*, p. 230 y 231: “*Se ha considerado, en efecto, teniendo en cuenta la célebre frase que enuncia que “las lágrimas no se monedean”, que indemnizar un perjuicio que de por sí no tiene una naturaleza económica es desbordar el campo de la responsabilidad civil que busca dejar patrimonialmente indemne a la víctima. Si tal es el objeto de la indemnización civil, no se puede concebir cómo se pueda dejar indemne del dolor, de una desfiguración física, de un estado mental inestable, etc. A pesar de que la doctrina reseñada sea entendible, no se aceptan sin embargo los fundamentos en que se sustenta. En efecto, la indemnización que se decreta con el otorgamiento de una suma de dinero frente a un daño moral, por ejemplo, no busca el pago de las lágrimas ni del dolor producido por el hecho dañino. Las lágrimas vertidas están naturalmente fuera del comercio; el dolor es imposible medirlo con patrones objetivos, por ser en esencia subjetivo. Sin embargo, si ubicamos dicha indemnización desde el ámbito de la compensación y no de la restitución del bien afectado, aquella se defiende en plano conceptual*”.

juicios inmateriales que la Jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano suele reconocer.

2. DAÑO MORAL.

En principio, con este nombre se le llamaba a todo daño que no fuera de tipo material o patrimonial. Actualmente existen rezagos de esta concepción tanto en la legislación, como en algún sector de la doctrina y la jurisprudencia, pues es común que cuando identifican un perjuicio inmaterial que no encuadre en las denominaciones usadas, simplemente se opta por llamarlo *daño moral*, ejemplo de ello, es la Sentencia 14.970 del 05 de mayo de 2005, Magistrado Ponente Alier Eduardo HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, en donde a pesar de reconocerse que existe una vulneración al buen nombre y honra de los demandantes, el Consejo de Estado opta por encuadrarlo dentro de los perjuicios morales, veamos:

“En estas circunstancias, es claro que la diligencia realizada por las autoridades causó un gran revuelo entre los residentes del barrio Villa Rosa de Bucaramanga, quienes vieron cómo la residencia de una de sus vecinas era allanada por la policía judicial. Esta situación, sin lugar a dudas, afectó el buen nombre y honra de los demandantes, pues las reglas de la experiencia enseñan que dichos operativos únicamente se realizan en los lugares en los que se ha cometido un delito o en los que se oculta un delincuente.

De acuerdo con lo anterior, es posible afirmar que el operativo realizado generó un manto de dudas sobre la reputación de la familia de la señora Bautista, afectándolos moralmente. Es claro que toda persona le produce desagrado ser catalogado como delincuente y el hecho de que su honestidad sea puesta en duda causa una aflicción que merece ser reparada.

Así las cosas, los demandantes se vieron afectados en su buen nombre cuando las autoridades, sin cumplir los requisitos para ello, realizaron una diligencia de allanamiento en su residencia. (...)

Por lo anterior, la Sala considera que se debe condenar a la entidad demandada al pago de los perjuicios morales ocasionados a los residentes de la vivienda”.

Darle el ropaje de daño moral a un perjuicio que no es tal, acarrea en últimas confusiones que perjudicarán a las partes, pues de un lado, pueda ser que se causen conjuntamente ambos tipos de perjuicios y que a la víctima solo se le resarza uno de

ellos, como ocurría antes de que se reconocieran los perjuicios fisiológicos⁷, de otra parte, sería acudir a técnicas y parámetros propios del daño moral para resarcir otro perjuicio que puede tener una diferente forma de reparación, tal vez más exacta, efectiva y benéfica para la víctima del daño, como puede ser que, de acuerdo al caso antes mencionado, se le ordenara a los demandados efectuar publicaciones que tengan por fin recuperar o restablecer el buen nombre de los perjudicados. Si se trata de reparar o dejar indemne a la víctima, o al menos en la situación más parecida al momento antes de ocurrir el daño, para el citado caso era más conveniente condenar al victimario a una obligación de hacer como la citada, lo cual efectivamente conduciría al restablecimiento de su buen nombre y prestigio, por el contrario, si se recurre al parámetro establecido para compensar el daño moral, como la entrega de sumas de dinero, seguramente éstas no irían a la recuperación de su buena imagen, sino que sería una mera compensación por la afectación de sus sentimientos, tristeza o congoja.

2.1. INDEPENDENCIA Y AUTONOMÍA DEL DAÑO MORAL

Actualmente podemos decir que el daño moral es un perjuicio específico dentro de los daños inmateriales o extrapatrimoniales, que cuenta con una autonomía e independencia de otros de su género e incluso que puede ser reconocido sin necesidad de que exista un perjuicio material.

En Sentencia ya citada, Expediente 14.970 del 05 de mayo de 2005, Magistrado Ponente Alier Eduardo HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, el Consejo de Estado expresó:

“En relación con los perjuicios materiales, la Sala considera que, en el expediente, no obra prueba que demuestre que los mismos se causaron.

(...) Por lo anterior, la Sala considera que únicamente es procedente la condena a la entidad demandada por el pago de los daños morales causados a los demandantes”.

⁷ En este sentido es importante acudir a los apuntes que el doctor TAMAYO JARAMILLO, Javier hace en su Tratado de Responsabilidad Civil, así: *“Podría argumentarse que en casos similares ya la víctima fue indemnizada, cuando recibió la reparación de los perjuicios morales subjetivos o de los perjuicios materiales, y que en tal virtud se estaría cobrando doble indemnización por un mismo daño. Sin embargo, tal apreciación es inexacta. (...) Repetimos: la indemnización por perjuicios morales subjetivos repara la insatisfacción síquica o el dolor físico de la víctima; en cambio, la indemnización del perjuicio fisiológico repara la supresión de las actividades vitales. Casi podríamos decir que el daño moral subjetivo consiste en un atentado contra las facultades íntimas de la vida, mientras que el daño fisiológico consiste en el atentado a sus facultades de hacer cosas, independientemente de que éstas tengan rendimiento pecuniario”.*

Una vez precisados los anteriores aspectos del daño moral, podemos decir que éste se refiere al íntimo sufrimiento o dolor que padece el individuo y que por lo tanto lesiona su integridad sicológica y espiritual, aunque puede ocurrir que dicho padecimiento se torne permanente y/o patológico, afectando aspectos psíquicos que no se refieren simplemente a los sentimientos o relaciones afectivas, en este caso estaríamos en la órbita de otro tipo de perjuicio como el daño a la vida de relación, cuyo análisis abordaremos con posterioridad.

3. PERJUICIO FISIOLÓGICO.

En general, se puede afirmar que el perjuicio fisiológico es aquel que sufre la víctima directa en virtud de un hecho ilícito o dañoso, y que consiste esencialmente en las limitaciones que se causan a la víctima para realizar algunas actividades que hacen más placentera y grata la vida del individuo, afecta directamente su desarrollo funcional y el desenvolvimiento psicosocial, como perder la capacidad psicomotriz impidiendo la práctica de algún deporte, o no poder caminar por sí mismo; en otras palabras, el perjuicio fisiológico consiste en los cambios que inciden de manera negativa en las condiciones de salud y existencia de la víctima; pero este tipo de perjuicio puede tener otras consecuencias de tipo patrimonial negativas que constituyen perjuicios económicos que deben ser indemnizados, siendo diferentes de los fisiológicos, tales como los gastos generados para atender el estado de salud de la víctima, -daño emergente- o las ganancias que este ha dejado de percibir, lucro cesante-, los cuales no son objeto de estudio de este ensayo. No obstante se debe precisar que esta denominación, fue recogida por el Consejo de Estado, mediante sentencia de julio 19 de 2000, al abordar un profundo análisis sobre la conveniencia y necesidad de desecharlo, para avanzar a una concepción más amplia y omnicomprendensiva, como es el daño a la vida de relación, el cual pasamos a analizar.

4. DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN.

Contrario a lo que sucede con el perjuicio fisiológico, el daño a la vida de relación se reconoce tanto a víctimas directas como a terceros o víctimas indirectas, y encuentra su fuente en la lesión tanto de la integridad psicofísica (salud física o mental) como de cualquier otro bien de la personalidad, considerados como aquellos que integran el patrimonio estrictamente personal del ser humano, carentes por regla general de valor pecuniario, la ma-

yoría de los cuales constituyen derechos fundamentales; en otras palabras, estos bienes son los atributos que conforman la propia esencia del individuo y con los que despliega su potencialidad como ser revestido de dignidad, autonomía e independencia, así, el uso, goce y disfrute de estos derechos constituyen el presupuesto indispensable para el desarrollo del hombre, afectando los actos cotidianos, placenteros y externos de su vida, así como la interacción con las cosas mundanas.

Al igual de lo que sucedía inicialmente con el daño moral, el Consejo de Estado ha convertido este perjuicio en un género el cual puede abarcar una infinidad de diferentes perjuicios que son independientes, por ser producto de la violación a otros bienes jurídicos, como la reputación (honor), la vida, la salud, la intimidad, la identidad (nombre), la libertad, el núcleo familiar, entre otros.

Acudiendo al derecho comparado, el amplio concepto de daño a la vida de relación usado por la jurisprudencia colombiana, se asemeja al perjuicio definido por la jurisprudencia francesa como “*prejudice d’agrément*”, el cual se entiende como la disminución de los placeres de la vida causados por la imposibilidad o la dificultad de entregarse a ciertas actividades normales o de placer, otras denominaciones que ha tenido en Francia son “*Perjuicio de placer*” y “*Daño por alteración de las condiciones de existencia*”; en Italia también se conocen los conceptos de “*daño de relación*” y de “*daño biológico*”, sin embargo la doctrina italiana aplica éste último, sólo al campo de las lesiones personales; en el derecho anglosajón, se conoce como “*loss of the amenity of life*”, concepto bajo el cual se indemniza la pérdida o disminución de la capacidad de la víctima para hacer las cosas que normalmente hacía y para disfrutar de la vida en términos generales. En definitiva, se trata de la imposibilidad de realizar otras actividades, que aunque no generan rendimiento económico, hacen placentera la vida y pone al ser humano en igualdad de condiciones con sus semejantes, tales como correr, desplazarse con autonomía, bailar, tener relaciones sexuales, hacer deporte, etc., actividades tal vez rutinarias, pero que al ser vulneradas producen un daño en la vida de relación de la víctima que le trunca su proyectos, aspiraciones y expectativas.

4.1. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DE LOS PERJUICIOS INMATERIALES

Dada la importancia que revisten los perjuicios inmateriales para víctimas, victimarios, para el sector asegurador, y naturalmente para los jueces, es importante abordar el tema en cuanto al reconocimiento, valoración y cuantificación, desde el punto de

vista de la jurisprudencia colombiana, de un lado la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, de otro, la Sección Tercera del Consejo de Estado, siendo apropiado indicar que esta Corporación ha avanzado con mayor proyección en el desarrollo, reconocimiento y cuantificación de los perjuicios inmateriales y particularmente del daño a la vida de relación, más incipiente en la jurisdicción civil.

Sobre este particular debemos llamar la atención respecto de un fenómeno especial que se viene presentando, el cual se aparta de la experiencia en nuestro país, en el sentido de que son las altas Cortes las que orientan, inspiran y “autorizan” a los juzgados o tribunales al reconocimiento de dichos perjuicios, pero se viene observando que para el caso del daño a la vida de relación, en la jurisdicción civil el avance, desarrollo, reconocimiento y cuantificación lo vienen realizando y liderando los jueces de primera y segunda instancia, es decir, nos apartamos de la costumbre que respeta y atiende los parámetros del superior, y por el contrario, hasta el año 2008, sin contar con antecedentes jurisprudenciales de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, los jueces ya habían comenzado a reconocer la autonomía del daño a la vida de relación con respecto al perjuicio moral.

4.2. SECCIÓN TERCERA DEL CONSEJO DE ESTADO

Esta Corporación acepta como legitimados para demandar esta clase de daños a los padres, hijos, hermanos, abuelos, cónyuges, compañeros permanentes y excepcionalmente a las personas que demuestren haber sufrido un gran dolor, al margen de su relación familiar o de consanguinidad, adicionalmente, considera que los padres e hijos de crianza, cuando esté plenamente demostrada esta condición, también serán beneficiarios de los mismos.

En cuanto a los límites que sirven de precedente, a los Tribunales y Juzgados Administrativos en Colombia, para la cuantificación de los perjuicios inmateriales, el Consejo de Estado, no ha efectuado tan variadas modificaciones como las de la Corte Suprema de Justicia, ya que, desde 1978 aplicó la fórmula del concepto de gramos oro, para evitar la pérdida del poder adquisitivo, y a partir del año 2001, acude a los salarios mínimos mensuales legales vigentes como patrón permanente para dicho reconocimiento, mecanismo que por demás, permite la actualización monetaria o del poder adquisitivo, en tanto los incrementos del salario mínimo atienden a criterios económicos de inflación y pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Desde un principio, esta Corporación se acogió a la tesis expuesta por la Corte Suprema de Justicia, en cuanto a la aplicación

del artículo 95 del Código Penal de 1936; sin embargo, mediante Sentencia 1632 del 9 de febrero de 1978, decide actualizar la suma de dos mil pesos, a mil gramos oro; finalmente, considera que la liquidación de este rubro en gramos oro se convirtió en obsoleta, pues no guardaba un verdadero equilibrio respecto de la pérdida del poder adquisitivo y dado que el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo⁸ dispone que las condenas se liquidarán en moneda legal colombiana, además que no era procedente acudir analógicamente a preceptos del Código Penal, sabiendo que el artículo 16 de la Ley 446 de 1998⁹, tiene plena aplicación en esta materia; de allí que mediante Sentencia del 6 de septiembre de 2001, Expedientes 13.232 y 15.646, Magistrado Ponente Alíer Eduardo HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, decidió fijar como parámetro el salario mínimo legal mensual vigente en Colombia, pues éste atiende fundamentalmente a la variación del índice de precios al consumidor, y estableció que el valor del perjuicio moral, en los casos en que éste cobre su mayor intensidad, como en el caso de muerte o de lesiones con incapacidad total y permanente, puede fijarse en la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Es de advertir, que las sumas fijadas no son límites obligatorios, es una simple guía para los Jueces, quienes deben ceñirse a su prudente arbitrio, aunque como bien se sabe, sin que ello se traduzca en acudir a decisiones arbitrarias y desproporcionadas respecto de casos semejantes, como bien indica el tratadista argentino Jorge MOSSET ITURRASPE¹⁰, *“Es preciso terminar con el “escándalo” que importan sentencias que, para casos “semejantes” -no iguales-, condenan a pagar indemnizaciones de cuantías harto diferentes, diez o más veces inferior o superior una a otra, sin dar razón del porqué de semejantes actitudes”*.

En aras de brindar una reparación integral a las víctimas, y ante la dificultad que genera el hecho de la demostración de los perjuicios inmateriales, el Consejo de Estado ha acudido a ciertas inferencias, y hasta presunciones, dándole la mano y en ocasiones exonerando de la carga de la prueba al demandante, por lo cual es importante resaltar, de una parte, para el caso de las víctima

⁸ Dicho precepto menciona: *“La liquidación de las condenas que se resuelvan mediante sentencias de la jurisdicción en lo contencioso administrativo deberá efectuarse en todos los casos, mediante sumas líquidas de moneda de curso legal en Colombia y cualquier ajuste de dichas condenas solo podrá determinarse tomando como base el índice de precios al consumidor, o al por mayor.”*

⁹ El mencionado artículo dispone: *“Valoración de los Daños. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.”*

¹⁰ Ob. Cit. p. 231.

directas, una vez demostradas las lesiones físicas, bien sean leves o graves, se puede deducir que se ha sufrido perjuicios morales, y naturalmente procede su reconocimiento; de otra parte, en el caso de las víctimas *indirectas*, sí es importante diferenciar si trata de una lesión grave o leve, de modo que en el primer evento aquellas deben demostrar la gravedad del daño, es decir, que se trata de una lesión grave de la víctima directa, que como es obvio puede ser la muerte de ésta, y además el parentesco o vínculo afectivo, hechos a partir de los cuales se infiere o demuestra el perjuicio moral reclamado¹¹, y para el caso de lesiones leves, no se hacen las mencionadas deducciones, por ello corresponde a la víctima probar la lesión misma, es decir el padecimiento sufrido, además de los dos supuestos mencionados antes.

De lo anterior, podemos exponer lo mencionado por el Consejo de Estado en Sentencia del 28 de octubre de 1999, Expediente 12.384, así:

“En el primer caso, por lesiones graves, se ha sostenido: respecto a la víctima, que con la demostración del daño antijurídico por lesión grave tiene derecho a la indemnización de perjuicio moral. En lo que atañe con las víctimas indirectas –en este caso, padres, cónyuge, hermanos, hijos– tienen derecho a la indemnización del perjuicio causado por lesión grave de su pariente o de quien recibe el trato de pariente siempre y cuando demuestren, en primer término, la lesión grave y, en segundo lugar, el parentesco o vínculo de afecto. La jurisprudencia infiere de estos dos hechos, demostrados plenamente, que los actores padecieron dolor moral.

En el segundo caso, es decir indemnización por perjuicios morales ocasionados por lesiones “leves”, deben distinguirse las siguientes situaciones:

Para la víctima directa, una vez prueba el daño antijurídico por lesión leve, es claro, que tiene derecho a la indemnización por perjuicio moral; es de la naturaleza de los seres humanos que cuando sufren directamente el impacto de una lesión física leve tuvo que padecer congoja y tristeza pues su psiquis se afectó desde el ataque, así el resultado no haya sido de magnitud grave; pero para las víctima indirectas, –como en este caso, padres, cónyuge, hermanos

¹¹ El Consejo de Estado en Sentencia del 23 de agosto de 2001, exp. 12.975, indicó: “el juzgador, cuando deduce judicialmente tiene en cuenta como antecedente la experiencia humana, nacida de la observación de las reglas generales de la sociedad y las circunstancias como ocurrió el hecho dañino para inferir que es generalizado y sabido el afecto entre padre, madre, hermanos e hijos; por consiguiente observa que entre seres normales es común que los integrantes de la familia –padres, hermanos, hijos– se produzca un inmenso dolor cuando alguno de estos miembros muere”.

e hijos- es necesario demostrar a más de la lesión leve, el parentesco y además que aquella lesión les produjo dolor moral. Respecto de las lesiones leves la jurisprudencia no infiere padecimiento moral de los dos hechos primeramente mencionados”¹².

De otra parte, en cuanto a la transmisibilidad del daño moral, el Consejo de Estado, al igual que lo hace la Corte Suprema de Justicia, acepta que no existe disposición legal que lo prohíba y que se encuentra plenamente ajustado al ordenamiento su reconocimiento, así, en Sentencia del 10 de marzo de 2005, Expediente 16.346, Magistrado Ponente Ramiro SAAVEDRA BECERRA, indicó:

“... desde luego puede ser ejercido bien directamente por el afectado o por los continuadores de su personalidad, sucesores mortis causa, que en su condición de herederos representan al de cujus, o más propiamente, ocupan el lugar y la posición jurídica que ostentaba el causante frente a la totalidad de los derechos y acciones de contenido patrimonial transmitidas por virtud del fallecimiento”.

4.3. PRINCIPIO DE REPARACIÓN INTEGRAL

Finalmente me referiré a un pronunciamiento reciente, que sin duda ha marcado importantes variaciones y modificaciones en la tipología que de los perjuicios inmateriales viene aplicando el Consejo de Estado Colombiano: Se trata de la sentencia de febrero 20 de 2008, con ponencia del Dr. Enrique GIL BOTERO, Exp. 16.996, en un caso de violación de derechos humanos por parte de la Fuerza Pública, Ministerio de Defensa, Policía Nacional, en donde se desarrolló con pulcritud y detenido análisis el principio de la reparación integral, en acatamiento de los acuerdos internacionales suscritos por el Estado Colombiano, de la Constitución Nacional y del artículo 16 de la Ley 446 de 1998, al desarrollar los conceptos de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción o compensación moral, garantía de no repetición, y reparación simbólica entre otros, establecidos por la Ley 975 de 2005, denominada Ley de Justicia y Paz, que define estos conceptos de la siguiente manera:

¹² También puede verse en este sentido: Sentencia de 26 de febrero de 1993, exp. 7449, Demandante: Antonio Diego Vallejo Jaramillo, Consejero Ponente: Dr. Juan de Dios Montes Hernández; de 16 de junio de 1993, exp. 7872, Demandante: Carmen Julio López Leal, Consejero Ponente: Dr. Juan de Dios Montes Hernández; de 12 de julio de 1993, exp. 7622, Demandante: José Orlando Isaza Cifuentes, Consejero Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo y sentencia proferida el 30 de octubre de 1996, Demandante: Julieta Díez.

Artículo 8°. Derecho a la reparación. El derecho de las víctimas a la reparación comprende las acciones que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción; y las garantías de no repetición de las conductas.

Restitución es la realización de las acciones que propendan por regresar a la víctima a la situación anterior a la comisión del delito.

La indemnización consiste en compensar los perjuicios causados por el delito.

La rehabilitación consiste en realizar las acciones tendientes a la recuperación de las víctimas que sufren traumas físicos y sicológicos como consecuencia del delito.

La satisfacción o compensación moral consiste en realizar las acciones tendientes a restablecer la dignidad de la víctima y difundir la verdad sobre lo sucedido.

Las garantías de no repetición comprenden, entre otras, la desmovilización y el desmantelamiento de los grupos armados al margen de la ley.

Se entiende por reparación simbólica toda prestación realizada a favor de las víctimas o de la comunidad en general que tienda a asegurar la preservación de la memoria histórica, la no repetición de los hechos victimizantes, la aceptación pública de los hechos, el perdón público y el restablecimiento de la dignidad de las víctimas.

En efecto, parte de la tesis contenida en esta sentencia, se encuentra desarrollada por el Consejero Ponente, ya como tratadista, en un artículo publicado en la Revista No. 26 de “Responsabilidad Civil y del Estado”, titulado, “El principio de reparación integral en Colombia a la luz del sistema Interamericano de Derechos Humanos”, del cual extraeré, por su importancia y vigencia, algunos apartes de gran profundidad:

La “reparación”, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (vigésima primera edición) consiste en: i) la acción y efecto de reparar cosas materiales mal hechas o estropeadas; ii) desagravio, satisfacción completa de una ofensa, daño o injuria. Por su parte, el vocablo “reparar”, se define como: i) arreglar una cosa que está rota o estropeada; ii) enmendar, corregir o remediar; iii) desagraviar, satisfacer al ofendido...; iv) remediar o precaver un daño o perjuicio; v) restablecer las fuerzas, dar aliento o vigor.

Por su parte, la “indemnización”, se define según el mismo diccionario como “la acción o efecto de indemnizar o indemnizarse”, e “indemnizar” como “resarcir un daño o perjuicio.”

Analizados los dos conceptos, podemos arribar a una conclusión inicial, consistente en determinar que el término lingüístico de “reparación” comprende y describe en mayor medida lo que implica el resarcimiento o la recomposición de un daño, tanto así que una de las definiciones ofrecidas es la de satisfacción completa de una ofensa, daño o injuria.

De otro lado, la noción de “integral” corresponde según DRAE a “global, total”, en ese orden de ideas, y aunque pareciera tautológico, la reparación integral supone el desagravio y la satisfacción completa, total y global del daño antijurídico irrogado.

En efecto, en la sentencia del 20 de febrero de 2008, exp. 16996, con ocasión del juzgamiento de la responsabilidad extracontractual del Estado, concretamente de la Policía Nacional y del municipio de Tuluá, en un caso en el cual fueron desaparecidos y luego asesinados cuatro hermanos que previamente habían sido detenidos por la fuerza pública, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo precisó:

“(...) el juez de lo contencioso administrativo no debe estar limitado por su función principal, es decir, la de establecer y decretar el resarcimiento económico de un perjuicio cuya valoración económica y técnica es posible en términos actuariales, sino que debe ir mucho más allá, con el fin de que el principio de reparación integral se vea claramente materializado, para lo cual debe aplicar el conjunto de normas que le brindan suficientes instrumentos dirigidos a que se pueda materializar un efectivo restablecimiento integral del daño”.

“(...) Debe colegirse, por lo tanto, que el principio de reparación integral, entendido éste como aquel precepto que orienta el resarcimiento de un daño, con el fin de que la persona que lo padezca sea llevada, al menos, a un punto cercano al que se encontraba antes de la ocurrencia del mismo, debe ser interpretado y aplicado de conformidad con el tipo de daño producido, es decir, bien que se trate de uno derivado de la violación a un derecho humano, según el reconocimiento positivo del orden nacional e internacional o que se refiera a la lesión de un bien o interés jurídico que no se relaciona con el sistema de derechos humanos (DDHH)”.

“En esa perspectiva, la reparación integral en el ámbito de los derechos humanos supone, no sólo el resarcimiento de los daños y perjuicios que se derivan, naturalmente, de una violación a las garantías de la persona, reconocidas nacional e internacionalmente, sino que también implica la búsqueda del restablecimiento del statu quo, motivo por el cual se adoptan una serie de medidas simbólicas y conmemorativas, que propenden por la restitución del núcleo esencial del derecho o derechos infringidos, máxime si se tiene en cuenta que tales vulneraciones, tienen origen en delitos o crímenes que son tipificados como de lesa humanidad”¹³.

“La anterior conclusión se impone, a todas luces, como quiera que, en estos eventos, el reconocimiento de una indemnización económica con miras al cubrimiento de un determinado perjuicio o detrimento, en modo alguno puede catalogarse como suficiente, toda vez que la persona o conglomerado social ven afectado un derecho que, en la mayoría de los casos, es de aquellos que pertenecen a la primera generación de derechos humanos y, por lo tanto, por regla general, se ven cercenadas garantías de naturaleza fundamental, sin las cuales la existencia del ser humano no es plena”.

“En esa dirección, el juez de lo contencioso administrativo debe asumir una posición dinámica frente a las nuevas exigencias que le traza el ordenamiento jurídico interno, así como el internacional, toda vez que, la protección de los derechos humanos se ha convertido en un aspecto de regulación positiva que ha desbordado las barreras que, tradicionalmente habían sido fijadas por los Estados en su defensa acérrima del principio de soberanía nacional (...)”
(Negrillas adicionales).

A partir de los planteamientos transcritos, y con base en el precedente judicial contenido en la sentencia del 19 de octubre de 2007, exp. 29273, el Consejo de Estado en el caso que se viene de reseñar, no sólo se limitó a decretar la condena económica deprecada en la demanda, sino que ordenó las siguientes medidas simbólicas y conmemorativas:

¹³ Sobre el particular, se puede consultar: Estatuto de Roma (Por medio del cual se establece la Corte Penal Internacional), ratificado por Colombia, mediante la ley 742 de 2002, la cual fue objeto de revisión automática de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-578 de 2002.

“1) El señor Director General de la Policía Nacional presentará públicamente, en una ceremonia en la cual estén presentes los familiares de los hermanos Cardona –demandantes en este proceso–, excusas por los hechos acaecidos entre el 27 y 31 de enero de 1995, en la población de Tuluá, relacionados con la desaparición forzada y posterior muerte de los mismos”.

“2) En similar sentido, el Comando de Policía de Tuluá (Valle del Cauca), a través de su personal asignado en dichas instalaciones, diseñará e implementará un sistema de promoción y respeto por los derechos de las personas, mediante charlas en diversos barrios y centros educativos de dicha ciudad, y con entrega, de ser posible, de material didáctico, en el cual la población tenga conciencia de los derechos humanos de los cuales es titular cada individuo”.

“3) La parte resolutive de la presente sentencia, será publicada, en un lugar visible, en el Comando de Policía de Tuluá, por el término de seis (6) meses, de tal forma que toda persona que visite dicha estación, tenga la posibilidad de acceder al contenido de la misma”.

De igual manera, en el referido pronunciamiento se desarrollaron los criterios o parámetros en los que se fundamenta el principio de reparación integral, en los términos trazados por la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación Colombiana, así:

“a. Que la definición de la medidas concretas de reparación se haga en estrecha consulta con los beneficiarios de las mismas dado que el efecto reparador de ellas sólo se obtiene cuando se toman en consideración las aspiraciones, intereses y necesidades de las víctimas, sobre todo en el caso de las reparaciones simbólicas y colectivas”.

“b. Que las reparaciones sean coherentes y complementarias con las medidas de justicia transicional, es decir, con el esclarecimiento de la verdad, y la reconstrucción de la memoria histórica”.

“c. Que las reparaciones mantengan la integralidad, es decir, que logren un adecuado balance entre medidas individuales y colectivas, así como entre medidas materiales y simbólicas. El concepto de reparación integral implica la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición”.

“d. Que la reparación sea adecuada, en el sentido que debe ser acorde y proporcional con los tipos de daño cometidos”.

“e. Que las reparaciones sean efectivas, es decir, que se cumplan en los términos decretados”.

“f. Que la reparación sea rápida, lo cual implica que los plazos en los cuales se ejecuten sean razonables”.

“g. Que la reparación sea proporcional al daño cometido y que esté acorde con los perjuicios causados”.

“h. Que la reparación incluya el enfoque de equidad de género”.

“i. Que la reparación tenga en cuenta las diferencias de edad y condición social de los beneficiarios, así como los grupos especialmente vulnerables tales como las comunidades y pueblos indígenas, las comunidades afrodescendientes”¹⁴.

Ahora bien, la importancia del principio de reparación integral a nivel interno, en los términos desarrollados en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, significa no sólo el cumplimiento de múltiples garantías fundamentales como el acceso efectivo a la administración de justicia, sino que, de forma adicional, evita la condena internacional del Estado por el incumplimiento de las obligaciones entre los Estados contenidas en los diferentes instrumentos internacionales ratificados por Colombia.

Sobre el particular, la jurisprudencia del Consejo de Estado, en la misma providencia del 20 de febrero de 2008, sostuvo:

“Así las cosas, los jueces de lo contencioso administrativo y los tribunales constitucionales, a nivel interno, deben procurar el pleno y completo restablecimiento de los derechos humanos de los que tengan conocimiento, como quiera que esa es su labor, con el propósito, precisamente, de evitar que los tribunales de justicia internacional de derechos humanos, en el caso concreto de Colombia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como tribunal supranacional, tenga que desplazar a la justicia interna en el cumplimiento de los citados propósitos.

¹⁴ Cf. Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación “Recomendación de criterios de reparación y de proporcionalidad restaurativa”, 2007, p. 24 y 25.

Por consiguiente, resulta perfectamente viable, en aplicación del principio de “reparación integral”, como se ha visto, que el juez de lo contencioso administrativo adopte medidas pecuniarias y no pecuniarias, en idéntico o similar sentido a las que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha decantado...” (Se destaca).

Los anteriores planteamientos, repito emanados de la sentencia de febrero de 2008, y del artículo publicado en la citada revista, con ponencia -la sentencia- y autoría -el artículo- del Dr. Enrique GIL BOTERO, nos conducen a un importante debate sobre la tensión actual entre el derecho procesal, y sus principios del debido proceso, de la igualdad de las partes en el proceso, del derecho de defensa y contradicción, de la congruencia de las pretensiones con la sentencia, entre otros, todos de tinte constitucional, frente al principio también constitucional y fundamental de la reparación integral de la víctima.

4.4. NUEVA PROPUESTA SOBRE LA TIPOLOGÍA DEL DAÑO INMATERIAL

Finalmente me permito citar de nuevo al maestro, Consejero de Estado, tratadista y miembro fundador del Instituto Colombiano De Responsabilidad Civil, IARCE, Dr. Enrique GIL BOTERO, quien concluye formulando una severa crítica a la actual clasificación de los daños extrapatrimoniales o inmateriales, entre daño moral y daño a la vida de relación, para proponer:

(...) “en esa perspectiva, se insiste, la noción de daño a la vida de relación que sirvió al Consejo de Estado para indemnizar los perjuicios inmateriales sufridos por el sujeto, diferentes al moral, no es más que un concepto desechado y obsoleto por la doctrina y jurisprudencia Italianas, en la medida en que se ha reconocido independencia entre el perjuicio biológico o fisiológico -relacionado con la órbita psicofísica del individuo- y otros perjuicios que afectan valores, derechos o intereses de la persona que, en la actualidad, en Italia, serían indemnizados bajo la panorámica del daño existencial (v.gr. la tranquilidad del ser humano, la seguridad, las condiciones de existencia, entre otros)¹⁵, sin que esta última categoría

¹⁵ “Allí se define el daño existencial [se refiere a la sentencia de la Sala Plena de la Corte de Casación Italiana No 6572 del 24 de marzo de 2006] como todo perjuicio causado en el hacer no reductual del sujeto, susceptible de ser constatado de manera objetiva, que altera sus hábitos y su modo de relacionarse, induciéndolo a alternativas de vida distintas, que inciden en el despliegue y realización de su personalidad en el mundo exterior.” KOTEICH KHATIB, Milagros “El daño extrapatrimonial”, en “Diritto Romano Comune e America Latina”, Universidad Externado de Colombia, p. 259.

se encuentre lo suficientemente decantada en otras latitudes, razón para rechazar en esta instancia su adopción en el derecho colombiano, máxime si de manera reciente fueron proferidas cuatro sentencias de la Sección Unida (Sala Plena) de la Corte de Casación Italiana, en la que se recoge el daño existencial dado, precisamente, de la amplitud y falta de delimitación conceptual que implicaba (imposibilidad de objetivización)”¹⁶.

*Desde esa panorámica, los daños a la vida de relación o a la alteración de las condiciones de existencia, nunca podrán servir de instrumento para obtener la reparación del daño a la salud, puesto que parten de la confrontación o de un parangón entre la esfera individual y la externa o social; el primero en la carga relacional del sujeto (relaciones sociales) lo que llevó a que fuera considerado en Italia como un daño subjetivo e inequitativo –dado que una persona puede tener una vida social o relacional más activa que otra, sin que eso suponga que deba indemnizarse diferente el daño–, y el segundo, por referirse a una alteración grave y significativa del proyecto de vida, es decir, a los planes y objetivos de la persona hacia el futuro. A contrario sensu, el daño a la salud, gana claridad, precisión y equidad donde los precisados perjuicios la pierden, puesto que siempre está referido a la afectación de la integridad psicofísica del sujeto, y está encaminado a cubrir no sólo la modificación de la unidad corporal sino las consecuencias que las mismas genera, razón por la que, sería comprensivo de otros daños como el estético, el sexual, el psicológico, entre otros, sin que existiera la necesidad de ampliar en demasía la gama o haz de daños indemnizables, con lo que se conseguiría una sistematización del daño no patrimonial*¹⁷.

*En ese orden de ideas, el concepto de salud comprende diversas esferas de la persona, razón por la que no sólo está circunscrito a la interna, sino que comprende aspectos físicos y psíquicos, por lo que su evaluación será mucho más sencilla puesto que ante lesiones iguales corresponderá una indemnización idéntica*¹⁸.

¹⁶ Ver: Corte de Casación Italiana, sentencia del 24 de junio de 2008, publicada el 11 de noviembre de 2008, No 26972.

¹⁷ Fruto del trabajo jurisprudencial en Italia, se llegó a establecer dentro de este orden que el concepto daño biológico agrupa entre otros: el daño a la vida de relación, el daño estético, el daño a la esfera sexual y el daño a la incapacidad laboral genérica, todo lo cual ha sido recogido y reconocido por la Corte Suprema de Casación de ese país. Ver entre otras, las sentencias: No. 2761 de 1990, 1341 de 1991, 11133 de 1990, 9170 de 1994, y 7262 de 1991.

¹⁸ “Este estado de cosas no sólo deja la sensación de desorden, sino que también crea desigualdades entre víctimas, cuyos intereses aparecen, en igual medida, dignos de protección; así pues, el problema de fondo es el de establecer los

Así las cosas, resulta pertinente que la Sección Tercera delimite y sistematice los distintos perjuicios inmateriales distintos al moral, con miras a dotar de seguridad jurídica a la comunidad y, principalmente, para estructurar criterios de resarcimiento fundamentados en bases de igualdad y objetividad, de tal forma que se satisfaga la máxima “a igual daño, igual indemnización”¹⁹.

En consecuencia, se debería adoptar el concepto de daño a la salud, como perjuicio inmaterial diferente al moral que puede ser solicitado y decretado en los casos en que el daño provenga de una lesión corporal, puesto que el mismo no está encaminado al restablecimiento de la pérdida patrimonial, ni a la compensación por la aflicción o el padecimiento que se genera con aquél, sino que está dirigido a resarcir económicamente -como quiera que empíricamente es imposible- una lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, el trastrocamiento del derecho a la salud del individuo. Por lo tanto, cuando el daño tenga origen en una lesión corporal (daño corporal), se podrán reclamar los siguientes tipos de perjuicios, siempre que estén acreditados en el proceso:

i) los materiales o patrimoniales de daño emergente y lucro cesante, y los inmateriales o no patrimoniales, correspondientes al moral y a la salud o fisiológico, el primero tendiente a compensar la aflicción o padecimiento desencadenado por el daño, mientras que el último encaminado a resarcir la pérdida o alteración anatómica o funcional del derecho a la salud y a la integridad corporal²⁰. No resulta pertinente suprimir la categoría del daño moral, a pesar de lo anfibiológico de su nominación, puesto que está encaminado, se insiste, a compensar económica-

límites, que deben ser “límites razonables”, determinados sí, en términos jurídicos.” CORTÉS, EDGAR Ob. cit., p. 57.

¹⁹ “En el histórico fallo 184 de 1986 la Corte Constitucional italiana afirmó que el criterio de liquidación que debe adoptarse para el resarcimiento del daño biológico “debe, de un lado, responder a una uniformidad pecuniaria de base (el mismo tipo de lesión no puede valorarse de manera diferente para cada sujeto) y, de otro, debe ser suficientemente elástico y flexible para adecuar la liquidación del caso concreto a la incidencia efectiva de la lesión sobre las actividades de la vida cotidiana, por medio de las cuales se manifiesta concretamente la eficiencia sicofísica del sujeto perjudicado.” ROZO SORDINI, PAOLO “El daño biológico”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 209 y 210.

²⁰ “Se está en presencia de un nuevo sistema clasificatorio del daño que acepta la existencia de tres modalidades del mismo: los patrimoniales, los morales y el biológico. Diferenciándose el biológico en cuanto al moral en la medida en que el primero es la lesión en sí misma considerada, y otra diferente, son los sufrimientos, el dolor y los afectos que de dicha lesión se pueden derivar, lo que constituiría el efecto o daño moral; sin embargo, ambos hacen parte del daño no patrimonial, esto es, no susceptible de contenido económico.” GIL BOTERO, ENRIQUE “Daño Corporal - Daño Biológico - Daño a la vida de relación”, p. 10.

mente la aflicción espiritual que se origina con un daño, mientras que el daño a la salud va dirigido a resarcir la modificación de la armonía psicofísica de la persona, como presupuesto básico para el ejercicio de otros derechos e intereses legítimos.

(...)

Desde esa perspectiva, se itera, el daño a la salud comprendería toda la órbita psicofísica del sujeto (daño corporal, daño sexual, daño psicológico, alteración o pérdidas anatómicas o funcionales, etc.), mientras que los demás derechos o bienes jurídicos en un criterio dinámico del daño adquirirían un escenario autónomo en donde el juez en cada caso concreto deberá valorar si el perjuicio está acreditado y si reviste la suficiente entidad para su reparación y resarcimiento, es decir, que no constituya un daño bagatelar. En consecuencia, la tipología del perjuicio inmaterial se puede sistematizar de la siguiente manera:

- i) perjuicio moral;*
- ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico);*
- iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de “daño corporal o afectación a la integridad psicofísica” y que merezca una valoración e indemnización individual y autónoma (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros).*

Sintetizando, tenemos en la Jurisprudencia del Consejo de Estado, a la fecha del presente escrito, una tipología del daño inmaterial, compuesta por el daño moral, el anterior daño fisiológico, que en virtud de la sentencia del año 2000 ya citada, cambió su denominación por daño a la vida de relación, y aparece en algunos recientes pronunciamientos, el denominado daño por alteración de las condiciones de existencia, el cual no se desarrolla en este escrito, no sólo por el espacio asignado, sino porque no hay precisión conceptual a la fecha de que en realidad sea un nuevo daño inmaterial, con autonomía e independencia, o la pretensión de redenominación del daño a la vida de relación, lo cual daría para otra disertación.

Queda así esbozado una importante panorámica del origen, las modificaciones, los avances y las actuales condiciones y contenidos de los daños inmateriales o extrapatrimoniales en la jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano, lo que sin

duda genera posiciones polémicas frente a la tensión de varios principios constitucionales en contraposición, así como las variaciones, los cambios en sus denominaciones y contenidos, hasta llegar a la nueva propuesta que invita a recoger lo sembrado hace más de 20 años en nuestra jurisprudencia, todo ello acompañado de la influencia no sólo de la doctrina y jurisprudencia Francesa e Italiana, sino de los recientes pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Es pues apasionante el tema en Colombia, dado que se trata de un asunto escasamente reglado o contenido en normas sustantivas, dado que su avance y progreso se debe a la dinámica de los pronunciamientos judiciales, más que a las normas estáticas y en ocasiones inmodificables del derecho sustantivo.

LOS PERJUICIOS EXTRAPATRIMONIALES

Javier Tamayo Jaramillo (*)

SUMARIO: 1. Plan. Sección I Principios generales sobre los daños extrapatrimoniales. 2. Clases de perjuicios extrapatrimoniales. 3. Clasificación de los perjuicios extrapatrimoniales en el derecho comparado. 4. Consagración de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisprudencia colombiana. 5. Justificación de la indemnización del perjuicio extrapatrimonial. 6. Finalidad de la condena por perjuicios extrapatrimoniales. 7. Forma de indemnizar los daños extrapatrimoniales. 8. La jurisprudencia colombiana y la indemnización de los perjuicios morales. 9. Los perjuicios morales en materia contractual. 10. Perjuicios extrapatrimoniales (morales) por daños a las cosas. 11. Los perjuicios extrapatrimoniales en las personas jurídicas. 12. Los perjuicios materiales no excluyen los extrapatrimoniales. 13. Cada perjuicio extrapatrimonial debe evaluarse por separado. Sección II Reseña sobre los perjuicios extrapatrimoniales más importantes. 14. Plan I. El daño moral subjetivo. 15. Los perjuicios morales subjetivos consisten en dolor físico o psíquico. 16. Los menores de edad también sufren perjuicios morales. 17. Prueba de los perjuicios morales subjetivos. II. El perjuicio fisiológico (préjudice d'agrément). 18. Introducción. § 1. En qué consiste el perjuicio fisiológico. 19. Daños independientes. 20. Daños fisiológicos por muerte de otra persona. 21. Nueva denominación jurisprudencial y ampliación más allá de las lesiones personales. 22. Crítica y desarrollo posterior de esta sentencia. 23. Forma de reparación del daño fisiológico. 24. Valoración pecuniaria del perjuicio fisiológico. § 2. Perjuicio fisiológico en el derecho comparado. 25. Terminología. III. Daño extrapatrimonial por la simple pérdida de la vida. 26. Planteamiento del problema. 27. Nuestra posición. IV El fantasma de los perjuicios morales objetivados. 28. Planteamiento del problema. 29. Definición de la jurisprudencia. 30. Crítica.

1. PLAN. SECCIÓN I PRINCIPIOS GENERALES SOBRE LOS DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES.

Siguiendo la terminología tradicional, este trabajo se refería inicialmente

(*) Ex Magistrado Corte Suprema de Justicia de Colombia. Director de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín.

al estudio de los daños o perjuicios morales. Sin embargo, el auge de otros perjuicios no patrimoniales en el Derecho contemporáneo hizo aconsejable el análisis de todos estos. No sobra advertir que debido a la limitación del espacio disponible, omito referirme a la teoría general del daño y por lo tanto, parto del supuesto de que el lector está familiarizado con dichos conceptos generales. Así las cosas, abordaré inicialmente lo que podríamos llamar teoría general de los daños extrapatrimoniales (sección I), para luego estudiar de cada uno de tales daños (sección II).

2. CLASES DE PERJUICIOS EXTRAPATRIMONIALES

Fuera de los bienes patrimoniales, los individuos poseen otros de carácter extrapatrimonial que son garantizados por la Constitución y por las leyes penales y civiles¹. Entre esos bienes extrapatrimoniales podemos contar la tranquilidad, la libertad, la honra, la buena imagen y el buen nombre, la integridad personal y la vida, la intimidad, la familia, los afectos, etc. La lesión a cualquiera de estos bienes constituye un perjuicio que debe ser reparado². Por lo tanto, no es menester en puro derecho que una de estas lesiones produzca desmedro patrimonial o afectivo de la víctima para que pueda hablarse de daño reparable. El hecho mismo de la lesión al bien es constitutivo del daño. Se trata de daños independientes ontológica y lógicamente hablando, lo que significa que, en teoría, se pueden presentar con o sin la presencia de otros daños. Lo que acontece es que si a causa de determinado daño se afectan otros bienes patrimoniales o extrapatrimoniales de la víctima directa o de un tercero, es porque se han producido varios daños y no uno solo. Por lo tanto, cada bien lesionado es un perjuicio con entidad propia. La simple pérdida de la vida o de la integridad personal es un daño extrapatrimonial que exige reparación; por ello, preferimos renunciar a la distinción entre daño y perjuicio, pues desde el momento en que se afecte un bien de la vida hay un daño.

Hechas estas aclaraciones, la función siguiente consiste en determinar la intensidad de los daños extrapatrimoniales y la forma de evaluarlos. La dificultad o aparente imposibilidad de ello no hace desaparecer la esencia del perjuicio.

¹ El doctor HENAO, JUAN CARLOS propone cambiar la denominación de los perjuicios extrapatrimoniales por la de inmateriales, tesis seductora en principio, pero que genera el riesgo de una mayor confusión conceptual, sobre todo si se tiene en cuenta que en las pólizas de seguros, los daños inmateriales también tienen un contenido económico, siguiendo para ello el clausulado de las pólizas inglesas y norteamericanas.

² En ese sentido, véase ADRIANO DE CUPIS, *El daño*, 2ª ed., Barcelona, Casa Editorial, 1975, No 10; C. S. de J., cas. civ., 22 agosto 1924, G. J. I, t. XXXI. p. 83; MARTY y RAYNAUD, *Droit civil. Les obligations*. Paris, Sirey, 1962, N° 381.

Por otra parte, a menudo se considera que todos los daños extrapatrimoniales son morales³; sin embargo, es preciso conservar esta última denominación únicamente para los perjuicios que afectan los sentimientos íntimos de la víctima, o los provenientes del dolor físico producido por una lesión⁴.

En cuanto a los daños morales objetivados, veremos más adelante como ellos no son más que perjuicios materiales derivados del daño a un bien extrapatrimonial. Por tanto, los perjuicios morales subjetivos son solo una especie del género correspondiente a los perjuicios extrapatrimoniales; lo que sucede es que hasta fecha reciente nuestra jurisprudencia solo tenía en cuenta los daños morales subjetivos, razón por la cual los dos conceptos se confunden; más adelante tendremos oportunidad de referirnos a varios de los perjuicios extrapatrimoniales, diferentes de los morales subjetivos y de los morales objetivados.

De acuerdo con la aclaración anterior y advertida la confusión terminológica, en cada ley en particular debemos analizar si la acepción «perjuicios morales» se refiere a todo daño extrapatrimonial o solo al moral subjetivo. Por ejemplo, el artículo 106 del derogado Código Penal de 1980, en nuestro concepto, identificaba como daño moral todo perjuicio de tipo extrapatrimonial, pues para dicha codificación los daños de la víctima solo podían ser materiales (artículo 107) o morales (artículo 106), ignorando aparentemente cualquier otro perjuicio. Por su parte, el artículo 97 del Código Penal de 2000 no establece distinción alguna y, en consecuencia, tácitamente admitiría todos los tipos de daños.

3. CLASIFICACIÓN DE LOS PERJUICIOS EXTRAPATRIMONIALES EN EL DERECHO COMPARADO.

La jurisprudencia y la doctrina⁵ extranjeras consagran la indemnización de varios perjuicios extrapatrimoniales, entre ellos el daño moral subjetivo causado por dolores físicos o síquicos; asimismo, se indemniza el perjuicio estético, el perjuicio sexual,

³ En ese sentido, véase ADRIANO DE CUPIS, *El daño*, 2ª ed., Barcelona, Casa Editorial, 1975, No 10; C. S. de J., cas. civ., 22 agosto 1924, G. J.º, t. XXXI. p. 83; MARTY y RAYNAUD, *Droit civil. Les obligations*. Paris, Sirey, 1962, No 381.

⁴ La doctrina italiana sostiene este mismo criterio. En ese sentido, véase ADRIANO DE CUPIS, ob. cit., No 10; EDUARDO BONASI BENUCCI, *La responsabilidad civil*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1958, No 19.

⁵ Cfr. JOSSEAND, ob. cit., t. II, vol. I, N.º 442; MARTY y RAYNAUD, *Droit civil. les obligations*, Paris, Sirey, 1962, No 381; JEAN CARBONNIER, ob. cit., No 89; RENÉ SAVATIER, ob. cit., No 225.

el perjuicio al buen nombre y, principalmente, el perjuicio a la integridad personal, denominado por la doctrina italiana “daño a la vida de relación”, y por la francesa, *préjudice d'agrément*; nosotros preferimos denominarlo perjuicio fisiológico y a él nos referiremos más adelante.

4. CONSAGRACIÓN DE LOS PERJUICIOS EXTRAPATRIMONIALES EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA.

En un luminoso fallo de 21 de julio de 1922⁶, la Corte sentó las premisas suficientes y necesarias para estructurar toda una teoría de los perjuicios extrapatrimoniales. En ella no solo se los clasificó, sino que se planteó lo relativo a la carga de la prueba de los mismos y a la forma de indemnizarlos. Expresamente, el fallo acepta la existencia de varios perjuicios extrapatrimoniales, todos ellos indemnizables, uno de los cuales es el denominado *perjuicio moral subjetivo* de afección.

Por desgracia, la posterior evolución jurisprudencial de nuestro orden jurídico arruinó totalmente la claridad conceptual de esa genial providencia. Hasta fecha reciente, solo el daño moral subjetivo continuó siendo indemnizado expresamente⁷, quedando relegados al olvido todos los demás perjuicios extrapatrimoniales, pues el denominado ‘perjuicio moral objetivado’ no es más que un daño patrimonial o material, consecuencia de un daño moral subjetivo⁸. Es de advertir, sin embargo, que en los últimos años se ha abierto paso la indemnización del perjuicio fisiológico como una especie de daño diferente del moral subjetivo. Inclusive, desde hace muchos años y en algunos casos aislados, bajo el ropaje del daño moral objetivado se ha indemnizado el daño fisiológico. Pero sería un notorio avance de nuestros tribunales si aceptaran, como principio general, que las personas a menudo sufren perjuicios mayores que los materiales o que los morales subjetivos, siendo, por tanto, reparables con el mismo criterio con que se acepta la reparación de estos últimos.

⁶ C. S. de J., cas. civ., 21 julio 1922, “G. J.”, No 1515, p. 220.

⁷ LÓPEZ MORALES, Jairo, *Jurisprudencia civil* [C. de E., 23 agosto 1979, Bogotá, Ed. Jurídica Colombiana Ltda., p. 195; C. S. de J., cas. civ., 24 jul., 1959, “G. J.”, t. XCI, p. 771. Todos estos fallos hablan también de daños morales objetivados, pero estos son patrimoniales, es decir, materiales. Sobre este punto, véase infra, núm. 107.

⁸ Más adelante mostraremos como el llamado “perjuicio moral objetivado” no es más que un perjuicio patrimonial o material, consecuencia de un perjuicio moral subjetivo.

A continuación estudiaremos algunos principios comunes a todos los perjuicios extrapatrimoniales. Posteriormente analizaremos en detalle algunos de ellos.

5. JUSTIFICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO EXTRAPATRIMONIAL.

La vicisitud más importante a que se ha visto abocada la doctrina que acepta la indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales proviene del argumento según el cual este daño no es indemnizable, puesto que no hay reparación equivalente posible, ya que el dinero no serviría para reemplazar un bien que no tiene valor pecuniario⁹.

Sin embargo, tal argumento, que solo es válido en la más literal y absurda lógica, llevaría a la conclusión de que únicamente serían reparables los daños que recayeren sobre bienes de género, pues, en principio, los cuerpos ciertos, así tengan valor comercial, las más de las veces no pueden ser reintegrados en el mismo estado en que se hallaban antes de ocurrir el hecho lesivo; lo mismo ocurriría en los atentados contra la vida, la integridad personal, etc.

Precisamente, previendo la dificultad de volver las cosas al estado idéntico en que se encontraban antes de ocurrir el daño, la ley, la doctrina y la jurisprudencia han adoptado la indemnización por equivalencia, acudiendo para ello a dinero, cosas o reparaciones que, en la medida de lo posible, hacen desaparecer los efectos nocivos padecidos por la víctima, Casi siempre, pues, la reparación es incompleta y aproximada, tratando de brindar a la víctima bienes que le reporten satisfacciones similares a las producidas antes por el bien afectado. La imposibilidad de reparación exacta no impide, pues, que el daño sea indemnizado.

Por otro lado, el artículo 2341 del Código Civil ordena que todo perjuicio causado a un tercero sea reparado; es decir, la ley no distingue entre perjuicio patrimonial y extrapatrimonial¹⁰. Por tanto, no cabe duda de que dentro de las indemnizaciones legales está comprendida la de los últimos. Lo que queda por ver es la forma de efectuar la reparación, pero ese problema será analizado más adelante.

⁹ Para una relación de estas críticas, véase MARTY y RAYNAUD, ob. cit., No 382.

¹⁰ Este argumento es esgrimido por la sent. 21 julio 1922, que por primera vez condena por daño moral subjetivo, "G. J.", No 1515, p. 220; también lo menciona RODRÍGUEZ, ALESSANDRI ob. cit., N° 146.

Extremando un poco las ideas, y en una visión pragmática de la vida, tenemos que en última instancia los bienes tanto patrimoniales como extrapatrimoniales producen una satisfacción íntima a quien los posee. Al efecto, basta recordar el axioma de John Locke, según el cual *“(...) la felicidad no consiste en disfrutar los mayores placeres, sino en poseer las cosas que producen los mayores placeres”*.

Así las cosas, tanto los bienes patrimoniales como los extrapatrimoniales otorgan como beneficio último una satisfacción a sus titulares. Así pues, podría decirse que los perjuicios, en sentido jurídico, consisten en el menoscabo de la facultad de obtener satisfacciones derivadas de bienes patrimoniales o extrapatrimoniales. Por ello, toda supresión de un bien constituye, además de un menoscabo patrimonial o extrapatrimonial, una insatisfacción.

Pero, ¿será posible reparar una insatisfacción? Evidentemente, el decurso de la existencia no puede borrarse, razón por la cual las pesadumbres pretéritas jamás podrán ser deshechas. En ese sentido, ningún daño será reparable. No obstante, vistas hacia el futuro, las insatisfacciones provenientes de lesiones a bienes patrimoniales o extrapatrimoniales pueden mitigarse y suprimirse si se crean los mecanismos adecuados para ofrecer a la víctima una satisfacción que compense la pérdida ocasionada por la lesión al bien¹¹.

Ahora, cuando se trata de perjuicios materiales, es obvio que esa satisfacción es alcanzable mediante el otorgamiento de bienes patrimoniales a la víctima, bien sea en especie, bien en dinero. En cambio, si bien esa misma facilidad de reparación no es posible tratándose del perjuicio extrapatrimonial, no por ello hay que renunciar a la posibilidad de indemnización. Al efecto basta examinar las circunstancias de cada caso concreto con el fin de que se le otorgue a la víctima una indemnización que, en la medida de lo posible, elimine hacia el futuro no solo el daño en sí mismo considerado, sino la insatisfacción actual, y compense en parte la ya producida¹².

Así, en los daños contra la honra y buen nombre de las personas puede ser procedente una publicación de prensa que restituya en la medida de lo posible la buena imagen perdida; asimismo, en el perjuicio fisiológico podrá otorgársele a la víctima un medio de

¹¹ El daño moral no es evaluable en dinero, pero una satisfacción compensatoria sí lo es.

¹² Cfr. MARTY y RAYNAUD, ob. cit., No 382.

distracción que en forma aproximada supla las actividades que desarrollaba cuando disponía de toda su integridad física¹³.

En conclusión, la indemnización por perjuicios extrapatrimoniales consiste en tratar de restituir el bien lesionado y en brindar a la víctima una satisfacción que compense y suprima la pena producida por el hecho dañoso. En esa forma, no estamos equiparando los sentimientos a los valores económicos, sino que estamos cambiando un sentimiento por otro. Ahora, lo importante es entender que esa satisfacción no siempre se alcanza con dinero, por lo cual es necesario analizar cuáles son las formas apropiadas para lograr el objetivo y así poder establecer los métodos que permiten reparar el perjuicio extrapatrimonial.

6. FINALIDAD DE LA CONDENA POR PERJUICIOS EXTRAPATRIMONIALES.

Con base en lo sostenido en el párrafo anterior, cabe decir que la sentencia condenatoria por perjuicios extrapatrimoniales tiene por finalidad restituirle a la víctima el bien lesionado o brindarle una satisfacción que repare el menoscabo producido a su honra, sus afectos o su alegría de vivir¹⁴. Así lo ha entendido la jurisprudencia colombiana¹⁵ en la mayoría de los casos, aunque casi siempre se refiere solo a los perjuicios morales subjetivos.

Sin embargo, algunos fallos, siguiendo generalmente a autores extranjeros, han tratado de darle a esta indemnización un carácter diferente. Así, en una sentencia de junio 7 de 1973, el Consejo de Estado, expresó:

“La Corte ha dicho que la indemnización por los perjuicios de esta clase —morales— tiene un carácter ejemplar, no indemnizatorio, pues en el fondo no es sino una pena privada que sanciona un deber moral”¹⁶.

Este punto de vista ya había sido expuesto por la Corte cuando, al citar a RIPERT dijo: “Los daños y perjuicios no tienen en este caso —perjuicios morales— un carácter de indemnización sino un carácter ejemplar”¹⁷.

¹³ En ese sentido, véase JOSSEAND, ob. cit., t. II, vol. I, No 442; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ob. cit., N° 146; JEAN CARBONNIER, ob. cit., N° 89.

¹⁴ JEAN CARBONNIER, ob. cit., No 89; RENÉ SAVATIER, ob. cit., N° 527.

¹⁵ En ese sentido, véase C. de E., 9 febrero 1978, en Jurisprudencia y Doctrina, N° 76, p. 252; C. S. de J., cas. civ., 27 septiembre 1974; C. S. de J., cas. civ., 11 mayo 1976, “G. J.”, t. CLII, p. 143; C. S. de J., cas. civ., 22 agosto 1924, “G. J.”, t. XXXI, p. 83.

¹⁶ C. de E., 7 junio 1973, Anales, t. LXXXIV, p. 313.

¹⁷ C. S. de J., 20 mayo 1952, “G. J.”, t. LXXII, p. 326. En el mismo sentido, véase C. S. de J., cas. civ., 15 marzo 1944, “G. J.”, t. LVII, p. 114; habla de pena y satisfacción, cas. civ., 27 septiembre 1974.

Nosotros consideramos que esta posición es parcialmente cierta, pues la reparación del daño moral debe tener, en principio, carácter compensatorio, sin perjuicio de que en determinadas condiciones también tenga carácter ejemplarizante o punitivo. Sin embargo, según la doctrina mayoritaria de los sistemas civilistas, la responsabilidad civil tiene carácter meramente reparatorio y jamás puede tener una finalidad punitiva, asunto este que es del resorte exclusivo del derecho penal. Según esos mismos autores, si la indemnización por perjuicios extrapatrimoniales tuviera el carácter de sanción ejemplar, el monto de la reparación debería engrosar las arcas del Estado y no las de los particulares.

Por otro lado, una sentencia de la Corte, de marzo 10 de 1943, considera que la indemnización del perjuicio moral subjetivo se otorga “(...) a título de satisfacción o de afirmación de parte de la justicia del derecho vulnerado, la cuantía de ella desempeña un papel secundario”¹⁸.

Creemos que, esta decisión es acertada en parte, pues muchas veces las demandas en responsabilidad no pretenden en el fondo indemnización de tipo patrimonial; en efecto, algunas personas instauran procesos con afán un poco vindicativo¹⁹, y para ellas la mejor forma de reparar su perjuicio moral es obteniendo simplemente un fallo condenatorio en contra del responsable²⁰. Es en esos casos, precisamente, cuando consideramos que la condena por daño moral debe tener un carácter simbólico²¹, pues el otorgamiento de sumas de dinero en nada borra el dolor o el desprestigio del demandante. Naturalmente, y en esto discrepamos del fallo en comento, no siempre tiene que ser así, pues muchas veces una viuda, carece de interés en perjudicar al responsable y solo pide una reparación dineraria que atempere un poco su aflicción; todo, pues, depende de cada caso en particular.

¹⁸ C. S. de J., sala de neg. gen., 10 marzo, 1943, “G. J.”, t. LVII, p. 288; en el mismo sentido, véase JOSSEAND, ob. cit., N° 442.

¹⁹ Por más que se trate de atacar la idea de la venganza en el derecho moderno, es imposible negar que esta subyace en el fondo de muchas acciones judiciales, sobre todo tratándose de procesos en responsabilidad civil; es un poco la aplicación de la teoría de IHERING sobre “la lucha por el derecho”; ya COUTURE decía que la acción “era el sustituto civilizado de la venganza”; a su vez, IVES CHARTIER, al referirse a la justificación de la reparación del daño moral, expresa: “En muchos individuos duerme una voluntad de vengarse, o de vengar la muerte. Que ello no sea necesariamente muy noble, es indiscutible. Parece, sin embargo, difícil no tener en cuenta este estado del espíritu”. (CHARTIER, *La réparation du prejudice*. Paris, Dalloz, 1983, p. 159).

²⁰ Por el ejemplo en demandas por infamia o calumnia, el demandante logra desvanecer su perjuicio extrapatrimonial obteniendo una sentencia en la que se declare que lo dicho por el demandado era falso; en esta forma, el derecho restituye, así sea de una manera incompleta, la honra de la víctima.

²¹ En ese sentido, C. S. de J., cas. civ., 24 julio 1959, “G. J.”, t. XCI, p. 77.

7. FORMA DE INDEMNIZAR LOS DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES.

En principio, la víctima tiene derecho a que se le repare el daño causado, de tal forma que, de ser posible, el bien afectado retome el estado en que se hallaba antes de ocurrir el hecho lesivo. Por tanto, tratándose de daños extrapatrimoniales, su reparación consistirá ante todo en devolverle a la víctima el bien que le fue suprimido²². Así, si el daño consistió en un atentado contra la honra y el buen nombre, el responsable debería pagar todo lo que cuesten los medios (avisos de prensa, de radio, televisión, retractaciones, etc.) tendentes a devolver al perjudicado su buena imagen²³; de igual forma, si el daño consiste en el quebranto de

²² C. S. de J., sent., 21 jul. 1922, "G. J.", t. XXIX, p. 220.

²³ En ese sentido, merece rescatarse un fallo de la Corte Suprema de Justicia (exp. 5.244, Francisco Penagos contra "Cano Isaza & Cía.", p. 37), que al condenar a un medio de comunicación otorgó como indemnización una suma de dinero y la orden de publicar una información rectificadora.

Al respecto, el fallo expresó:

"Por esta razón, estima la Corte que, de un lado, deben tenerse en cuenta factores como los relativos a las condiciones personales trascendentes en el buen nombre y la honra de la víctima, al alcance real de la afectación de estos derechos, a la extensión de la difusión y las circunstancias de la información, a las condiciones periodísticas y económicas del medio de comunicación social, al interés de la víctima por la rectificación y a la disposición del medio para hacerle, etc. Pero del otro, también precisa la Corte la necesidad que, en desarrollo de una correcta aplicación del precitado principio, se seleccionen las formas de resarcimiento que se adecuen a la función compensatoria e paliativa de dicho daño, a fin de lograr en lo posible su justa reparación y evitar un aprovechamiento indebido. "Por ello, las medidas resarcitorias del mencionado perjuicio pueden ser directas, como la condena a la publicación en forma obligatoria y gratuita, de la rectificación correspondiente con la parte resolutive de esta sentencia, o indirectas o equivalentes, como la condena al pago de una suma de dinero, o bien unas y otras, según lo requiera la mencionada reparación.

"2.2 Pues bien, siguiendo el criterio antes mencionado, observa esta corporación que en el caso sub examine el daño moral padecido por el demandante por la publicación nociva del demandado, no solo afectó temporalmente su derecho al buen nombre y a la honra en la región donde residía pero con repercusión nacional, deteriorando asimismo la imagen de ciudadano que tenía, sino que también lo obligó a salir de aquella región y a hacer las aclaraciones del caso en otro periódico, que precisamente el demandado tampoco hizo. Pero, más aun, tuvo el accionante que acudir a los órganos jurisdiccionales para obtener, por su conducto, una rectificación judicial del agravio sufrido. Por esta razón, si bien estas circunstancias ameritan una medida resarcitoria directa mediante la rectificación plena correspondiente, también lo es que el resarcimiento económico, en su carácter de paliativo y complementario de aquella, no puede ser en justicia en la cantidad pedida por el demandante en esa época, esto es, de \$ 10.000.000, precisamente porque esta suma, a juicio de la Sala, trasciende la mencionada función resarcitoria para comprender provecho adicional inadmisibile.

"Por todo lo expuesto, estima entonces la Corte que el justo resarcimiento de este daño moral debe consistir en la rectificación pública de la información con inserción de la parte resolutive de ésta sentencia y reproducción o síntesis de los motivos en que se funda, y el pago de una suma de dinero que los estima para el caso sub examine en la cantidad de cinco millones de pesos (\$ 5.000.000)". (C. S. J., cas. civ., 24 mayo 1999, exp. 5244, M. P. Pedro Lafont Pianetta).

los afectos y sentimientos (daño moral subjetivo) de la víctima, esta tiene derecho a que se haga todo lo necesario para que esa angustia desaparezca (por ejemplo, tratamiento médico); ejemplo de este tipo de indemnizaciones lo encontramos en el citado fallo de la Corte de 21 de julio de 1922, en que se condenó al demandado (el Estado) a sufragar los gastos que ocasionara la construcción de un mausoleo en el que serían depositados los despojos mortales de un familiar del demandante que habían sido arrojados a la fosa común²⁴. Con todo, estas soluciones pueden conducir, en el fondo, a una identidad entre los perjuicios morales y el daño emergente, pues si la reparación se obtiene pagando lo que valga hacer desaparecer el daño moral, ella en nada discrepa de las otras indemnizaciones por daño emergente.

Finalmente, si el daño consiste en la pérdida de las actividades vitales (perjuicio fisiológico), se le brindarán a la víctima los medios necesarios para recuperarlas o para reemplazarlas por otras similares o supletorias.

Si por cualquier motivo (y es lo que generalmente ocurre) es imposible restituirle a la víctima el bien extrapatrimonial que le ha sido lesionado, surge entonces la posibilidad de brindarle una satisfacción económica que, en parte, compense el daño causado; es el juez, en cada caso concreto, quien determina la forma de conseguirlo.

Habida cuenta del poder que tiene el dinero para obtener bienes y servicios que redundan en un mayor confort de la vida material y espiritual, lo más lógico es que si el demandante es persona carente de fortuna, se le brinde una indemnización monetaria más alta de la que normalmente se le pueda brindar por el mismo concepto a una persona adinerada. En efecto, cien mil pesos producen obviamente mucha mayor satisfacción y son de mayor utilidad para la viuda de un obrero fallecido, que para la de un potentado industrial. Claro que podría argumentarse que en ese mismo orden de ideas solo una suma millonaria servirá como reparación a la persona adinerada. Sin embargo, eso sería desbordar los fines del derecho, pues el responsable tampoco podría estar obligado a pagar este tipo de indemnizaciones. Por ello, la jurisprudencia y la doctrina han considerado en múltiples oportunidades que la indemnización por perjuicios morales subjetivos puede tener un carácter simbólico²⁵, pues la finalidad del demandante muchas veces no sería más que el deseo de obtener la satisfacción de que el orden jurídico decreta la ilicitud del demandado y en esta forma se afirme por parte de la justicia que la víctima ha sido vulnerada en sus derechos.

²⁴ Véase SAVATIER, René ob. cit., No 526.

²⁵ SAVATIER, René, ob. cit., t. II, N° 528; MAX LE ROY, *L'évaluation du préjudice corporel*, 8cm ed., Paris, Librairies Techniques, 1980, No 172.

Como se ve, pues, todo depende de las circunstancias, y no hay un derrotero rígido que sirva como criterio de aplicación general. Sin embargo, consideramos que, en principio, si no es posible hacer desaparecer el daño moral subjetivo mediante publicaciones, tratamientos médicos o cualquier otro sistema, la indemnización por dicho concepto debería ser meramente simbólica. La reparación en dinero podría aumentar teniendo en cuenta la intensidad del dolor sufrido y según las modalidades del hecho y el estado económico del demandante, pues, ante una mayor indemnización monetaria, este podrá aliviarse en mayor grado de sus aflicciones²⁶.

En lo que concierne a los perjuicios extrapatrimoniales provenientes de atentados a la integridad personal (perjuicio fisiológico) creemos que la indemnización no puede ser meramente simbólica y su tasación deberá efectuarse teniendo en cuenta la influencia que la merma fisiológica ejerza sobre la víctima. En el caso de un pintor o de un pianista que pierde sus manos, la indemnización deberá ser lo suficientemente cuantiosa como para que el lesionado pueda costear actividades que en parte mitiguen sus limitaciones. Igual cosa debería ocurrir con un deportista que queda reducido a silla de ruedas. Como veremos, esta indemnización es independiente de la proveniente del daño moral subjetivo.

Finalmente, tratándose de daño extrapatrimonial derivado de la pérdida del buen nombre, la libertad, etc., la indemnización monetaria variará de acuerdo con la intensidad del perjuicio y las posibilidades de reparación, pudiendo, incluso ser una indemnización simbólica. A menudo, las víctimas de daños contra la honra y el buen nombre encuentran en la sentencia condenatoria la mejor forma de resarcirse de esos daños, no importando, por tanto, el monto de la condena.

8. LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA Y LA INDEMNIZACIÓN DE LOS PERJUICIOS MORALES.

Como lo hemos dicho, la jurisprudencia colombiana generalmente solo indemniza los perjuicios morales subjetivos, ignorando los otros daños extrapatrimoniales; igualmente, en su gran mayoría los fallos aceptan que la finalidad de la indemnización

²⁶ En ese sentido, véase SAVATIER, ob. cit., t. II, No 528. La tendencia actual de las nuevas doctrinas es la de suprimir la indemnización del daño moral subjetivo y más bien aumentar la proveniente del perjuicio fisiológico o d'agrément. En ese sentido, puede verse la obra de ANDRÉ TUNC, *Pour une loi sur les accidents de la circulation*, Paris, Ed. Económica, 1981, p. 24.

por perjuicios morales es la de dar a la víctima una satisfacción que mitigue en parte el dolor sufrido. Generalmente, la indemnización se concede otorgando al demandante una suma de dinero. El *quantum* indemnizable casi siempre alcanza los límites máximos aceptados por los tribunales, lo que en el fondo contradice la doctrina de que la reparación ha de tener solo un carácter simbólico²⁷.

No obstante, en una decisión de octubre 20 de 1942, la Corte acepta que los perjuicios morales pueden ser reparados mediante indemnizaciones diferentes de sumas dinerarias²⁸. Esa misma sentencia cita el famoso fallo de 21 de julio de 1922, en el que se condenó al municipio de Bogotá a construir un mausoleo como indemnización por los perjuicios extrapatrimoniales sufridos por la víctima a raíz de que los despojos mortales de un ser querido habían sido llevados a la fosa común²⁹.

Por otra parte, una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de abril 23 de 1941, acoge el mismo principio aceptado por nosotros en el sentido de que la indemnización por perjuicios morales debe ser monetaria y de cuantía más o menos alta cuando la víctima carece de medios económicos, pues en esa forma se mitiga un poco su desgracia. De igual forma, el fallo acepta que en muchos casos la indemnización sea solo simbólica. El párrafo pertinente de ese fallo expresa:

*“Y queda, finalmente, por considerar en la norma legal a que se alude —C. P., art. 95— la forma de disposición del arbitrio del juez, que allí establece, en orden al señalamiento del quantum. Este procedimiento es el aconsejable para estos casos, en que, dentro de una suma reducida, podrá el juez apreciar si las circunstancias del lesionado imponen la entrega de la cantidad total o de una parte, o si ellas permiten o indican como mejor la mera condenación simbólica aplicada en algunas ocasiones por ciertos tribunales a una cantidad ínfima, que generalmente es la unidad más pequeña en la moneda respectiva, pero con cuya condenación se obtiene el propósito que se quiere alcanzar, según queda explicado (...)”*³⁰.

²⁷ Sin embargo, algunos fallos se refieren a la indemnización simbólica: C. S. de J., cas. civ., 27 septiembre 1974, «G. J.», t. CXLVII, p. 251, C. S. de J., cas. civ., 24 de julio 1959, «G. J.», t. XCI, p. 77; C. S. de J., sala de neg. gen., 23 abril 1941, «G. J.», t. LI, p. 435.

²⁸ C. S. de J., cas. civ., 20 octubre 1942, «G. J.», p. 188.

²⁹ C. S. de J., cas. civ., 21 julio 1922, «G. J.», t. XXIX, p. 220.

³⁰ C. S. de J., 23 abril 1941, «G. J.», t. LI, p. 435.

Más adelante, la misma sentencia manifiesta lo siguiente:

“(...) Se considera asimismo, que por tratarse de una satisfacción que ha de reconocerse en favor de los deudos de un trabajador a jornal, que derivaba todas sus entradas pecuniarias, para sí y los suyos, del esfuerzo de su trabajo diario, y que no dejó a su familia bienes materiales de fortuna, la justicia impone no hacer aquí una condenación simbólica o ínfima, que en otras circunstancias económicas de los lesionados sería suficiente satisfacción moral pecuniaria, sino decretar el pago por el monto total de la pequeña suma señalada por la ley”³¹.

El fallo no hace más que cumplir las directrices señaladas por la Sentencia de julio 21 de 1922, en la que se establecía que para la fijación del *quantum* se debería tener en cuenta la posición social de los interesados, el grado de su cultura y la magnitud del pesar causado³².

9. LOS PERJUICIOS MORALES EN MATERIA CONTRACTUAL.

Tanto en materia de responsabilidad aquiliana como contractual hay lugar a indemnización de perjuicios morales, a condición, lógicamente, de que aparezcan probados. En uno y otro caso las limitaciones son las mismas. En efecto, si no ha habido dolo del deudor contractual, este estará obligado a pagar, según el artículo 1616 del Código Civil, todos los perjuicios directos previsibles, patrimoniales o extrapatrimoniales; pero si ha habido dolo de su parte, indemnizará también los imprevisibles. El legislador civil no hace distinción alguna.

No obstante, la jurisprudencia colombiana, siguiendo a varios autores franceses del siglo pasado³³, sostuvo hace algunas décadas que cuando se trata de responsabilidad contractual no hay lugar a indemnización del perjuicio moral, aunque este se haya producido. Es lamentable que la Corte, sin más justificación que la de una doctrina caduca y aislada, pero sin analizarla, negase la indemnización de daños que aparecen demostrados procesalmente.

³¹ C. S. de J., 23 abril 1941, “G. J.”, t. II, p. 436. En el mismo sentido puede encontrarse salvamento de voto a sentencia de septiembre 27 de 1974 en Jurisprudencia y Doctrina, 1974, pp. 627 y ss.; también aparece publicada en “G. J.”, t. CXLVIII, p. 251.

³² C. S. de J., cas. civ., 21 julio 1922, “G. J.”, t. XXIX, No 1515, p. 220.

³³ LAURENT-BAUDRY-LACANTINIERE, citados POR MAZEAUD-TUNC—CHABAS, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile. délictuelle et contractuelle*, 9ème ed. t. I, Paris, Montchrestien, No 333, nota I.

te. No se trata de rechazar la doctrina extranjera, pero tampoco de aceptarla irracionalmente. Todo lo contrario: ella es demasiado útil en nuestro derecho, pero siempre y cuando se verifique su conveniencia lógica en la interpretación de nuestras normas.

Porque, en realidad, los fallos que niegan la indemnización del perjuicio moral contractual no dan un solo argumento de interpretación jurídica que justifique su posición. Así, en un fallo de febrero 20 de 1944, la Corte expresa:

“Cuando tratándose de responsabilidad por culpa contractual según los autores y la jurisprudencia, no hay lugar a la reparación de daños morales como los de que aquí se trata”³⁴.

En el mismo sentido, una sentencia de octubre 29 de 1945 sostiene:

“(...) la Corte, siguiendo la doctrina de los tratadistas, tiene sentada jurisprudencia de que el incumplimiento o cumplimiento retardado de una obligación contractual, no da lugar a exigir una indemnización por perjuicios morales”³⁵.

La precaria fundamentación subsiste en otro fallo de noviembre 23 de 1954, en el cual se dice que, de aceptarse la indemnización de perjuicios morales en materia contractual, toda responsabilidad de este tipo daría lugar a la indemnización, “lo cual es inadmisibles”, según la Corte. Al respecto, expresa:

“Ahora bien: entre los perjuicios que deben pagarse por culpa o falta contractual, no se incluyen los morales. Si se comprendieran, el incumplimiento de cualquier contrato: préstamo, arrendamiento, venta, confección de una obra (como un edificio, un escritorio, un vestido) daría lugar al cobro de perjuicios morales, lo cual es inadmisibles, porque hasta la aplicación del artículo 95 del Código Penal, resultaría inadecuada en el campo contractual.

“Por esto y por muchas otras razones, la Corte, en varios fallos, como el de 29 de julio de 1944 (Gaceta Judicial, núm. 2010, p. 492), ha declarado:

“Los perjuicios morales que cobra el demandante como consecuencia del no cumplimiento de sus obligaciones de parte de la compañía demandada, no tienen base legal en el presente juicio. Ellos tienen su fundamento en los artículos 2341 y siguientes del Código Civil, y se derivan de un hecho

³⁴ C. S. de J., cas. civ., 20 febrero 1944, “G. J.”, t. LVIII, p. 613.

³⁵ C. S. de J., sent., 29 octubre 1945, “G. J.”, t. LIX, p. 748.

delictuoso o culposo que haya inferido daño a otra persona, es decir, por hechos extracontractuales, lo que equivale a lo que los expositores llaman culpa aquiliana, pero como en este litigio los perjuicios provienen del incumplimiento de un contrato, ellos se originan en una culpa contractual y no aquiliana y por consiguiente, no obró correctamente el juez al condenar a perjuicios morales”³⁶.

La precariedad a que nos referíamos es evidente si observamos que la Corte se limita a invocar la tradición jurisprudencial y no aclara con argumentos de lógica jurídica por qué todos esos perjuicios que figuran en sus ejemplos no han de ser indemnizados. Así, si un acreedor contractual sufre angustia y dolor porque el arquitecto que había contratado no construyó un mausoleo para guardar los restos mortales de un ser querido, no hay razón alguna para negarle la indemnización del daño moral sufrido. Igual cosa ocurre con los demás ejemplos planteados. Así, si un paciente sufre perjuicios morales por causa de un mal servicio médico solicitado contractualmente, ¿cuál sería la fundamentación para negarle la reparación del perjuicio moral causado? Aún más, si el arrendatario de un inmueble que se destruye por su mala calidad, sufre perjuicios morales por la pérdida de objetos de valor que guardaba en su casa, ¿por qué negarle la reparación del perjuicio moral? A ninguna de estas preguntas podría responder la Corte si utilizara para ello los argumentos del fallo que se comenta.

Finalmente, en una sentencia de agosto 28 de 1959, la Corte continua negando la indemnización del perjuicio moral en materia contractual, pero el único argumento para hacerlo es el de que la corporación ya lo había negado anteriormente. Al respecto, expresa:

“Finalmente, tampoco será motivo para infirmar la sentencia, la glosa hecho a ella en la demanda de casación y consistente en no haberse condenado al arquitecto al pago de \$ 2.000.00, en que fueron estimados los perjuicios morales por las contra demandadas. No procedía en este caso tal declaración, no porque no se hubiese establecido la existencia y el importe de tales perjuicios, como lo dijo el juez sexto civil del circuito de Medellín, sino porque cuando se trata del incumplimiento o del cumplimiento tardío de una obligación de carácter contractual, no cabe un reclamo por razón de perjuicios morales. Esta ha sido la doctrina de la Corte, la cual ha consignado su pensamiento sobre el particular en numerosos fallos, entre ellos el de fecha 29 octubre 1945 («G.J.», t. LIX, p. 748)”³⁷.

³⁶ C. S. de J., cas. civ., 23 noviembre 1954, “G. J”, t. LXXIX, pp. 669 y ss.

³⁷ C. S. de J., cas. civ., 28 agosto 1959, “G. J.”, t. XCI, p. 481.

Como se observa, toda esta cadena de decisiones judiciales se fundamenta en las anteriores, y la primera de ellas es la opinión de dos doctrinantes franceses del siglo XIX. Afortunadamente, la unanimidad de la doctrina contemporánea³⁸ está de acuerdo en que la indemnización del perjuicio moral en materia contractual es plenamente válida; esta unanimidad doctrinaria sería suficiente para que nuestros tribunales dejaran de utilizar simplemente como pretexto la tradición jurisprudencial.

Felizmente, el legislador colombiano ha venido consagrando en forma expresa la indemnización de perjuicios extrapatrimoniales en materia contractual, condenando así, de manera indirecta, la doctrina que los negaba. En efecto, el artículo 1006 del Código de Comercio establece que los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato de transporte de pasajeros da lugar a la indemnización no solo de los perjuicios materiales, sino también de los morales que aparecieran demostrados. La Corte ya ha tenido oportunidad de referirse a la interpretación de la mencionada disposición.

Así, en sentencia de agosto 22 de 1979, la corporación expresó:

*“En cuanto a los perjuicios morales, es palmario que el tribunal violó, igualmente por falta de aplicación, el artículo 1006, del C. de Co., que a la letra dice: ‘Los herederos del pasajero fallecido a consecuencia de un accidente que ocurra durante la ejecución del contrato de transporte, no podrán ejercitar acumulativamente la acción contractual transmitida por su causante y la extracontractual derivada del perjuicio que personalmente les haya inferido su muerte; pero podrán intentarlas separada o sucesivamente. En uno y otro caso, si se demuestra, habrá lugar a la indemnización del daño moral’. No es pues admisible la conclusión de que, cuando se trata de responsabilidad contractual por incumplimiento de la obligación de conducir al pasajero sano y salvo al lugar de su destino, no haya lugar a la indemnización por perjuicios morales”*³⁹.

Esta interpretación de la Corte se ha hecho extensiva a otros contratos, aunque la ley nada diga al respecto. De hecho, nuestros tribunales actualmente otorgan indemnización de los daños morales cuando se trata de demandas por responsabilidad

³⁸ En ese sentido, véase MAZEAUD—TUNC-CHABAS, quienes al respecto expresan: “Si numerosos autores eran anteriormente insensibles a estas razones, todos hoy en día admiten la reparación del perjuicio moral en materia contractual” (ob. cit., t. 1, No 333); PHILIPPE LE TOURNEAU, ob. cit., No 472.

³⁹ Sent., 22 agosto 1979, en Jurisprudencia Civil, Bogotá Edit. Tiempos Duros, 1979, p. 183.

contractual de los médicos o de los hospitales, o cuando se trata de acciones de tipo laboral por accidentes de trabajo.

Finalmente, queremos referirnos a una sentencia de julio 6 de 1955, en la cual se condenó a un mandante que en forma unilateral e intempestiva había revocado el mandato judicial otorgado a un abogado. Se trataba, evidentemente, de un abuso del derecho de tipo contractual. Aunque la Corte considero que había una culpa aquiliana, condenó sin embargo a la indemnización de perjuicios morales.

Al respecto, expresó:

“La revocación de un mandato judicial, hecha en forma intempestiva o sin motivo legitimo por parte del mandante, constituye un abuso del derecho que puede dar lugar a acción indemnizatoria de los perjuicios materiales y morales sufridos por el mandatario. En tal caso el mandante incurre en responsabilidad por culpa aquiliana en razón del abuso del derecho de revocación; el abuso puede consistir desde la culpa más grave, equivalente al dolo, cuando se procede movido por la intención de dañar (animus nocendi), hasta la simple negligencia o imprudencia, no intencionadas, por la falta de precauciones para no causar daño al mandatario removido”⁴⁰.

Obviamente, pareciera ser que la Corte no contradice su decisión de no indemnizar el perjuicio moral contractual. Sin embargo, la verdad es que se trata de la reparación de un daño sufrido por el incumplimiento del contrato de mandato, lo que, en cierta forma, quiebra la interpretación tradicional.

Pero el hecho de que admitamos como viable la indemnización del perjuicio moral subjetivo en materia contractual, no quiere decir que todo incumplimiento dé lugar a dicha reparación. Solo en aquellos casos en que el daño aparezca demostrado procederá la indemnización⁴¹. En ese sentido tendremos que rechazar otra doctrina de la Corte, según la cual los perjuicios morales se presumen en los parientes más próximos de la víctima fallecida.

10. PERJUICIOS EXTRAPATRIMONIALES (MORALES) POR DAÑOS A LAS COSAS.

La doctrina y la jurisprudencia francesas⁴² son reacias a otorgar indemnización por perjuicios morales provenientes de daños a

⁴⁰ C. S. de J., cas. civ., 6 julio 1955, «G. J.», t. LXXX, p. 658.

⁴¹ Así lo dispone el art. 1006 del C. de Co. en materia de responsabilidad contractual por incumplimiento del contrato de transporte de pasajeros.

⁴² En ese sentido, PHILIPPE LETOURNEAU, ob. cit., No 474.

las cosas. En especial se niega indemnización cuando se ha producido la muerte de un animal. En estricto derecho, no hay razón alguna para rechazar la reparación en estos eventos, puesto que no habiendo norma escrita que los excluya, la interpretación no debe ser restrictiva. Otra cosa es la prueba de esos perjuicios, en cuyo caso el juez debe ser muy exigente, pues no se justifica una indemnización automática por tal concepto. De todas maneras, no podría negarse indemnización al propietario de un bien con valor afectivo que ha sido destruido o demeritado por el responsable. Todo consiste, pues, en analizar cada caso concreto.

En varias oportunidades, la jurisprudencia colombiana ha aceptado la indemnización de perjuicios morales por daños a las cosas, a condición, lógicamente, de que los perjuicios aparezcan probados. Así, en un fallo de la Corte en el que se resolvía una demanda por los daños causados a un vehículo, se ordenó indemnizar tanto los daños materiales como los morales, lo que significa que es procedente la reparación. Al respecto, el fallo dijo:

“En este caso, en el que se trata de culpa extracontractual o aquiliana, indudable que en la expresión genérica de «perjuicios» empleada en la demanda, se comprende tanto los morales como los materiales, y por tal motivo, es procedente la condena por todas esas clases de perjuicios”⁴³.

11. LOS PERJUICIOS EXTRAPATRIMONIALES EN LAS PERSONAS JURÍDICAS.

Puesto que los perjuicios morales subjetivos consisten en un dolor físico o psíquico, no hay lugar entonces a indemnización por este concepto a favor de personas jurídicas⁴⁴. En efecto, dichos entes no son sujetos capaces de sufrir ninguno de los dos males, por exclusión de materia. Otra cosa es que los miembros, socios o representantes legales de la persona jurídica sufran angustia

⁴³ C. S. de J., cas. civ., 4 diciembre 1954, “G. J.”, t. LXXIX, p. 212; por pérdida de unas vacas, otorga reparación de daño moral, C. S. de J., sala de neg. gen., 30 noviembre 1962, “G. J.”, t. C, p. 708; otros fallos aceptan teóricamente este tipo de indemnización si bien en los casos sometidos a decisión no fue otorgada por falta de prueba, o por cualquier otra circunstancia. En ese sentido, C. S. de J., cas. civ., 6 julio 1955, “G. J.”, t. LXXX, p. 657; C. de E., 16 julio 1980, Anales, t. XCIX, p. 446; salvamento de voto a cas. civ., 27 septiembre 1974 en Jurisprudencia y Doctrina, núm. 34. p. 627.

⁴⁴ En ese sentido, un fallo del Consejo de Estado, de 7 junio 1973, expresa: «obviamente, el daño moral subjetivo no puede predicarse de las personas jurídicas». Anales, t. LXXXIV, p. 313. Sin embargo, una sentencia de la Corte, de 28 de septiembre de 1938, condena a perjuicios morales subjetivos a favor de una persona jurídica que demandaba por competencia desleal. “G. J.”, t. XLV, p. 758.

por el atentado que se ha producido contra el ente del que hacen parte. Pero en tales circunstancias se tratará de un perjuicio moral que solo podrá ser cobrado por la persona que lo ha sufrido, mas no por la persona jurídica representada⁴⁵.

En lo que se refiere a la pérdida del buen nombre y reputación de las personas jurídicas, pensamos que sí es posible hablar de daños extrapatrimoniales, aunque de tal lesión no se deriven pérdidas pecuniarias, siempre y cuando no sean personas jurídicas con ánimo de lucro⁴⁶. Tal ocurriría, por ejemplo, en el caso de asociaciones profesionales, corporaciones y fundaciones sin ánimo de lucro, etc. Desde luego, es necesario que tales entidades tengan personería jurídica reconocida, pues de lo contrario no es procedente la indemnización.

12. LOS PERJUICIOS MATERIALES NO EXCLUYEN LOS EXTRAPATRIMONIALES.

Los perjuicios materiales y los extrapatrimoniales pueden darse conjunta o separadamente. Por tanto, es errónea la doctrina según la cual cuando ha habido indemnización por los primeros no hay lugar a conceder reparación por los segundos. La Corte Suprema de Justicia, en varios fallos⁴⁷, condena una jurisprudencia inicial según la cual ambos perjuicios no podían coexistir en una misma víctima, lo que implicaba negar la reparación de un daño cierto.

13. CADA PERJUICIO EXTRAPATRIMONIAL DEBE EVALUARSE POR SEPARADO - SECCIÓN II: RESEÑA SOBRE LOS PERJUICIOS EXTRAPATRIMONIALES MÁS IMPORTANTES.

Como veremos luego, la jurisprudencia nacional pone un límite a la indemnización por el daño moral subjetivo; en materia civil, ese límite es actualizado periódicamente por la Corte Suprema de Justicia. En materia contencioso administrativa, tradicionalmente

⁴⁵ Esa es la solución adoptada por el fallo ya anotado del C. de E. de 7 junio 1973. En él se condenó a reparar los perjuicios morales subjetivos de los miembros de un colegio de abogados que fue difamado por el demandado. Anales, t. LXXXIV, p. 312.

⁴⁶ En ese sentido, véase Adriano De Cupis, ob. cit., N° 10.

⁴⁷ Se refieren expresamente a la posibilidad de indemnizar los dos perjuicios conjuntamente, C. S. de J., cas. civ., 20 junio 1941, "G. J.", t. LI, p. 292; C. S. de J., sala de neg. gen., 14 marzo 1942, "G. J.", t. III, p. 920; C. S. de J., sala de neg. gen., 2 abril 1942, "G. J.", t. LV, p. 413. En adelante, todos los fallos se acogieron a esta doctrina la cual no ha sido modificada, aunque ninguna de esas decisiones se refiere en forma expresa al problema, tal vez, porque ya ni siquiera se discute.

el límite era el equivalente a mil gramos oro, suma que venía del Código Penal de 1980 y que había sido fijada por el Consejo de Estado. Sin embargo, a partir de la sentencia de 6 de septiembre de 2001 (exp. 13232-15646, C.P. Alier Eduardo Hernández Henríquez), esa corporación abandonó el patrón oro para la indemnización de perjuicios extrapatrimoniales y, aproximándose al criterio establecido por el Código Penal de 2000, adoptó un parámetro consistente en salarios mínimos mensuales vigentes.

Con muy buen sentido, esa corporación indemniza por separado el daño moral subjetivo y el perjuicio fisiológico. Así se desprende del fallo del 6 de mayo de 1993⁴⁸, ratificado en múltiples oportunidades⁴⁹. Esta separación obedece a la injusticia que representaría pagar la misma suma de dinero por daño extrapatrimonial a un niño recién nacido por la muerte de un hermano, que a la víctima directa de un accidente que ha perdido toda su capacidad de movimiento y el gusto por la vida. Cada daño tiene su entidad y cuantificación autónoma.

14. PLAN I. EL DAÑO MORAL SUBJETIVO.

Hay perjuicios extrapatrimoniales de la más diversa índole y es casi imposible clasificarlos con exactitud, pues son muchos los bienes extrapatrimoniales protegidos por la Constitución y las leyes. Sin embargo, queremos referirnos a algunos de ellos, tales como los morales subjetivos (I), los fisiológicos (II), el proveniente de la pérdida de la vida (III) y los mal llamados morales objetivados (IV).

15. LOS PERJUICIOS MORALES SUBJETIVOS CONSISTEN EN DOLOR FÍSICO O PSÍQUICO.

La indemnización por perjuicios morales subjetivos, llamada también *pretium doloris*, busca remediar en parte no solo las angustias y depresiones producidas por el hecho lesivo, sino también el dolor físico que en un momento determinado pueda sufrir la víctima de un accidente⁵⁰. En ese sentido, debe ser superior la indemnización de la víctima lesionada en su integridad personal, puesto que la intensidad de su daño es mayor, no solo en razón del dolor físico, sino también de la angustia y la depre-

⁴⁸ Citado y comentado por HENAO, Juan Carlos. *El Daño*, Bogotá, Univ. Externado de Colombia, 1998, p. 264.

⁴⁹ Ver HENAO, JUAN CARLOS, ob. cit., pp. 267 ss.

⁵⁰ En ese sentido, véase CARBONNIER, Jean, ob. cit., No 89; LE ROY, Max, ob. cit., No 96; WEILL, Alex y TERRÉ, Francois, ob. cit., N° 610,

sión producidas por el hecho. Esto quiere decir que, tratándose de lesiones personales, la indemnización por perjuicios morales tiene plena aplicación.

No obstante, la jurisprudencia colombiana ha sido vacilante en este punto si bien en innumerables decisiones ordena reparar los perjuicios morales subjetivos de personas lesionadas. En efecto, algunas sentencias consideran que el dolor físico y moral que producen los atentados a la integridad personal no da lugar a *pretium doloris*. En ese sentido, un fallo de marzo 1º de 1954, expresa que “El daño moral subjetivo jamás puede confundirse con el dolor físico resultante de la lesión”⁵¹.

Y una providencia de la Corte, de noviembre de 1943, sostiene que:

*“No es posible, en el campo jurídico y para efectos de su reparación, calificar como daño de especie el dolor y la perturbación moral que coexisten infaliblemente con las lesiones del cuerpo”*⁵².

Finalmente, en un fallo de octubre 26 de 1951, la Corte, al decidir sobre las pretensiones de una persona que sufrió la ruptura de una pierna y otras lesiones adicionales, manifestó que no era “(...) del caso condenar al pago de perjuicios morales, que no aparecen en el proceso”⁵³.

Estamos en total desacuerdo con esta doctrina de la Corte, pues si algo es connatural a las lesiones del cuerpo es la insatisfacción que produce el dolor físico y la ansiedad y depresión consecuentes causadas por esta. El absurdo de todas estas decisiones consiste en que la misma Corte admite que los perjuicios morales se presumen en los parientes de la víctima directa. Empero, no se requiere más que el instinto natural para darse cuenta que es más presumible y aceptable el daño moral en quien recibe directamente la lesión, que en quien solo la sufre emocionalmente por reflejo. El caótico manejo de la institución de los perjuicios morales subjetivos por lesiones personales lo vemos reflejado en un fallo de un tribunal superior que negó indemnización por dicho concepto a un militar que resultó lesionado en el desempeño de sus funciones, “(...) toda vez que —dice el tribunal— la reputación social y el honor de distinguido militar salieron acrecentados del referido accidente”.

Naturalmente, la Corte debió rechazar semejante argumentación, aunque el fallo no pudo ser revocado en este punto, pues

⁵¹ “G. J.”, t. LXXXVII, p. 56.

⁵² “G.J.”, t. LVI, p. 298.

⁵³ C. S. de J., sent., 26 octubre 1951, “G.J.”, t. TXX, p. 951.

el recurrente no lo solicitó⁵⁴. Frente a una sentencia de esta naturaleza no cabe más que sobrecojerse, pues nadie puede ser tan ingenuo como para creer que la más masoquista o narcisista de las personas se enriquezca espiritualmente con las lesiones y desfiguración de su cuerpo.

Por fortuna, la mayoría de las sentencias en la jurisprudencia colombiana omite distinciones y conceden expresamente reparación de perjuicios morales subjetivos causados por el dolor físico derivado de lesiones personales⁵⁵, condenando en esa forma la doctrina contraria.

16. LOS MENORES DE EDAD TAMBIÉN SUFREN PERJUICIOS MORALES.

Con el pretexto de que los menores de edad no se dan cuenta cabal de la muerte de un ser querido, en varias oportunidades se les ha negado indemnización por dicho concepto⁵⁶. Sin embargo, este argumento es fácilmente rebatible si se tienen en cuenta,

⁵⁴ C. S. de J. sala de neg. gen., septiembre 12 1947, "G. J.", t. LXII. p. 887.

⁵⁵ En ese sentido, entre muchos otros, puede consultarse C. S. de J., sala de neg. gen. 13 septiembre 1947, "G. J.", t. LXII, p. 892; 19 diciembre 1956. "G.J". t. LXXXIII, p. 1274; C. de E., 28 junio 1967, Anales, t. LXXII, p. 292; C. S. de J., sala de neg. gen., 3 noviembre 1944, "G. J.", t. LIV, p. 392.

⁵⁶ Así, en un fallo de octubre 18 de 1950, la Corte expresó:
"Por lo que hace a los perjuicios morales subjetivos, se sabe que su indemnización corresponde a la aflicción o quebranto moral sufrido por la persona a consecuencia del daño que recibió. Pero como ese dolor moral esta proporcionado a una consciente capacidad electiva en quien lo recibe, es apenas natural que quien carece de ella esté así mismo en imposibilidad de experimentarlo y, en consecuencia, de pretender ninguna indemnización por este concepto.

"El niño sin uso de razón, como es el caso de la menor Esperanza Varela Lasso, que para la muerte de su padre solo contaba un año, nueve meses y dos días de edad, puede, como es obvio, hasta advertir en el acto mismo en que se produce, la ausencia física del ser querido que le deja, para olvidarla en seguida ante el menor halago: pero no tiene capacidad ninguna para discernir sobre la razón de ella, ni sobre las consecuencias que en el orden afectivo pueda producirle. Más aún: en aptitud de recibir un mayor o menor grado de aflicción por el solo hecho de que el padre se aparte de su lado, aun para las faenas ordinarias del oficio, resulta incierto y aventurado reconocérsela, para que pueda advertir la imposibilidad o simple retardo del regreso, máxime cuando —como aquí sucede— no está probado ni cabe presumir una asidua y regular compañía del padre natural con su hija. Todo lo cual conduce a la conclusión de ser improcedente toda condena por concepto de perjuicios morales" (C. S. de J., sala de neg. gen., 18 octubre 1950, "G. J.", t. LXVIII, p. 469).

En el mismo sentido, C. S. de J., sala de neg. gen., 10 marzo 1943, «G. J.», t. LVII, p. 287; 21 agosto 1951, "G. J.", t. LXX, p. 318; C. de E., Cont. Adm., 2 julio 1968, Anales, t. LXXV, p. 327.

Admiten la indemnización, pero reducida y basados en el mismo argumento, C. S. de J., sala de neg. gen., 29 abril 1946, "G. J.", t. LX, p. 603; C. de E., Cont. Adm., 23 abril 1981, Anales, año LVI, t. C, p. 407; 22 noviembre 1982, Anales, t. CIV, p. 584; 24 febrero 1983, Anales, t. CIV, p. 623.

simplemente, los actuales desarrollos de la psicología y concretamente del psicoanálisis. En efecto, se sabe que los traumas afectivos padecidos en la primera infancia solo aparecen como manifestaciones neuróticas cuando la persona que lo sufre ingresa a la adolescencia y a la edad adulta. Por ello es explicable que la pérdida de la madre, del padre o de los hermanos tenga consecuencias nefastas en la solución, entre otros, de los problemas edípicos del niño. En consecuencia, si bien el daño moral no aparece de manera inmediata, la verdad es que el mismo aparecerá con mayor intensidad en época posterior. Por tanto, no hay lugar en estos casos para negar o reducir la indemnización del perjuicio moral subjetivo. Por fortuna así lo ha entendido la jurisprudencia nacional en la mayoría de los fallos que sobre ese punto han sido proferidos en los últimos años. Así, un fallo de la alta corporación, de mayo 20 de 1952, expresa:

“Perjuicios morales. Sobre perjuicios morales subjetivos se presentan tres tesis que deben estudiarse: la del señor procurador, la de la Corte y la de la parte actora.

“El señor procurador opina que tan solo respecto de los hijos mayores de siete años, que son cuatro, María Leonor, María Aura, María Belén y María Isabel, se justifica la indemnización de los perjuicios morales no objetivados”, por haber adquirido el uso de la razón, y eso reducida a la mitad, pues así se satisface ampliamente, en su concepto, dicha indemnización simbólica.

“Ya la Corte rechazó esa reducción del resarcimiento de los perjuicios morales subjetivos a la mitad, diciendo que ella ‘repugna a los sentimientos efectivos, que en más de las veces son de mayor intensidad en niños de corta edad que en los adultos’ (sentencia de 13 de febrero de 1951, “G. J.”, t. LXIX, No 2096-2097, p. 245).

“Mas quiere hoy la sala reevaluar también la doctrina de que la indemnización de perjuicios morales subjetivos no se debe a hijos que no han llegado al uso de la razón al tiempo del fallecimiento de uno de sus progenitores, admitida por la Corte en varios fallos, para llegar a la contraria de que se debe decretar en su favor, aunque no hayan cumplido los siete años, que es la edad comúnmente admitida para suponer el discernimiento.

“La doctrina que se analiza tiene como base la de decir que si el perjuicio moral subjetivo consiste en la lesión que se sufre en los afectos, en el dolor del ánimo ocasionado,

Lógicamente, el problema no existe cuando el menor ha recibido directamente la lesión, pues allí el daño moral subjetivo es indiscutible; el problema surge, pues, cuando los demandantes son menores que reclaman indemnización de perjuicios morales subjetivos por la muerte de uno de sus padres o hermanos.

para un caso como el de que se trata, por la pérdida de una persona querida, mal puede ordenarse su reparación en favor de quien no ha podido experimentarlo por falta de raciocinio. Dicho de otro modo, la obligación del resarcimiento no puede existir si la pena no se ha sentido, y ese sufrimiento en la parte meramente afectiva no puede sentirlo quien no ha llegado al uso de la razón.

“Pero la tesis falla por dos aspectos, el primero de los cuales es el de que hoy no se considera la indemnización de los perjuicios morales subjetivos como una compensación del sufrimiento, como el *pretium doloris* de que habló JOSSERAND, pues que, como dice RIPERT, ‘sería profundamente inmoral afirmar que quien ha sido afectado en sus sentimientos, haya de consolarse del golpe merced a la indemnización que habrá de recibir’. Los perjuicios morales son irreparables en especie... Cuando ocurren, se trata de proporcionar una ‘satisfacción de reemplazo’, como la llama este mismo comentador, para quien ‘los daños y perjuicios no tienen en este caso su carácter de indemnización, sino un carácter ejemplar.

“En forma más circunscrita al argumento, este flaquea también por lo inaceptable que resulta afirmar que el menor de siete años no siente verdadera pena por la falta de la tutela afectiva de sus progenitores, sobre todo de la madre, pues ello resulta arbitrario y opuesto a la realidad. Pero admitiendo que haya un límite de tiempo, que pudiera fijarse en más o en menos, en que al infante no sienta dolor del ánimo por la pérdida de sus padres, tampoco se podría negar la reparación, pues es indudable para la Corte que esa pena o afección habría de terminar por sentirse ciertamente, al salir de los umbrales que en materia de edad se han venido teniendo en cuenta hasta ahora.

“Y esto porque, como afirman los comentadores, «entra en el resarcimiento todo daño que se derive necesariamente del hecho injurioso» (CHIRONI). Dicho de otro modo, es indispensable que el daño exista, que sea cierto y que sea causado por el hecho ilícito. Pero no es necesario que se haya experimentado, pues basta la certidumbre de que el hecho causal lo producirá, caso en que también el daño es cierto y, por tanto, es justo asignar una indemnización. Así, PLANIOL y RIPERT dicen que ‘un perjuicio no realizado todavía puede justificar una condena inmediata, si resulta ser cierta su realización futura, por tratarse del desarrollo indudable de un perjuicio actualmente en evolución’⁵⁷.

⁵⁷ C. S. de J., sala de neg. gen., 20 mayo 1952, ‘G. J.’, t. LXXII, pp. 324 y ss. En ese mismo sentido: C. S. de J., sala de neg. gen., 25 julio 1952, ‘G. J.’, t. LXXII, p. 812; 13 febrero 1951, ‘G. J.’, t. LXIX, p. 245; 10 diciembre 1942, ‘G. J.’, t. LIV, p. 438. Fuera de lo anterior, algunos fallos otorgan indemnización reducida a

Esta posición de la Corte ha sido ratificada en los últimos años sobre todo por el Consejo de Estado, corporación que en varias oportunidades ha condenado al pago de perjuicios morales subjetivos en favor de hijos póstumos⁵⁸.

17. PRUEBA DE LOS PERJUICIOS MORALES SUBJETIVOS. II. EL PERJUICIO FISIOLÓGICO. (PRÉJUDICE D'AGRÉMENT)

Los perjuicios morales subjetivos, igual que los materiales, deben aparecer demostrados procesalmente. Si bien su cuantificación económica es imposible, dada la naturaleza misma del daño, lo cierto es que su intensidad es perfectamente demostrable. La medicina y la psiquiatría contemporáneas pueden dictaminar casi con exactitud el grado y duración del dolor físico y síquico. Con base en esa verificación, los médicos formulan medicamentos, analgésicos o antidepresivos y, llegado el caso, realizan sicoterapias que procuren la salud de la víctima.

Teniendo en cuenta esa intensidad. El juez prudencialmente, y utilizando para ello la equidad, ordena la forma de reparación que considere más adecuada, o condena a una suma de dinero determinada como reparación de ese dolor físico o psíquico sufrido.

Por tanto, es errónea la doctrina que sostiene que los perjuicios morales subjetivos no pueden ser probados; que ellos se presumen solo respecto de los parientes más próximos y que su cuantificación está sometida a la más absoluta arbitrariedad del juez. Lo que acontece es que por la naturaleza misma del daño moral este no puede demostrarse mediante las pruebas directas, sino utilizando las indirectas del indicio. En ese sentido, cabría decir que el vínculo de parentesco es un buen indicio para inferir, por demostración indirecta, la existencia del daño moral. Lo que acontece es que ante la ausencia de pruebas adicionales que demuestren la intensidad del perjuicio, sólo cabrá ordenar la reparación simbólica mediante el otorgamiento de una suma mínima.

La doctrina de que los perjuicios morales se presumen parte de una errónea identificación de las presunciones y de la prueba mediante indicios. Por fortuna, la doctrina contemporánea distin-

favor de menores de edad; otros, sin referirse a la discusión aquí planteada, se limitan a condenar a indemnización por perjuicios morales subjetivos a favor de menores de edad. En ese sentido, véase C. de E., 17 abril 1980, citado por LÓPEZ MORALES, Responsabilidad extracontractual del Estado, 2ª ed., Bogotá, Edit. Lex, 1981, p. 215.

⁵⁸ Véanse fallos citados y comentados por HENAO, Juan Carlos, ob. cit., p. 234.

que perfectamente los dos conceptos. A ello nos referiremos más adelante. Por lo pronto, digamos que en la presunción la ley está liberando al interesado de la demostración del hecho que se presume probado. En cambio, en la prueba indiciaria, el interesado, mediante la prueba de hechos indirectos, logra llevar al juez a la convicción de que el hecho que se invoca y se desconoce ha sido debidamente probado. En conclusión, en la presunción no se exige prueba; en el indicio, esta existe pero de manera indirecta.

18. INTRODUCCIÓN

§ 1. EN QUÉ CONSISTE EL PERJUICIO FISIOLÓGICO.

Al lado de los perjuicios morales subjetivos hallamos otra serie de perjuicios extrapatrimoniales cuya entidad depende del bien extrapatrimonial afectado. Sin embargo, merece especial atención el que hemos denominado perjuicio fisiológico, aceptado pacíficamente desde hace algunos años por la jurisprudencia colombiana cuando se trata, sobre todo, de atentados a la integridad personal. En líneas generales, este daño es el mismo que la jurisprudencia francesa denomina como *préjudice d'grément* y la jurisprudencia italiana como, '*perjuicio a la vida de relación*'. Es de observar que esta última considera que tal perjuicio es de tipo patrimonial, pero en el fondo acepta que su indemnización es procedente aunque no haya merma económica real⁵⁹. En primer lugar, analizaremos en qué consiste este perjuicio (§1) y posteriormente estudiaremos lo que al respecto se establece en el derecho comparado (§2) y en la jurisprudencia colombiana (§3).

19. DAÑOS INDEPENDIENTES.

Además del menoscabo económico (daños patrimoniales) y emocional (daños morales) que pueda sufrir la víctima de un atentado a su integridad física, podemos hallar otra alteración en sus condiciones de existencia. En efecto, la incapacidad física o psicológica del lesionado va a producirle no solo pérdida de utilidades pecuniarias (daño material) o la de la estabilidad emocional, o dolor físico (perjuicios morales subjetivos), sino que en adelante no podrá realizar otras actividades vitales que,

⁵⁹ Al respecto, BONNASI, Eduardo expresa; "La pérdida de un miembro, por ejemplo, aun cuando por el tipo de trabajo realizado por la víctima, no lleve consigo una disminución de ingresos, constituye evidentemente un daño resarcible, por la mengua y situación de inferioridad que lleva consigo en la vida la relación" (ob. Cit., núm. 19). En el mismo sentido, véase ADRIANO DE CUPIS, ob. cit., núm. 10.

aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia. Así, la pérdida de los ojos privara a la víctima del placer de dedicarse a la observación de un paisaje, a la lectura, o asistir a un espectáculo; de igual forma, la lesión en un pie privara al deportista de la práctica de su deporte preferido; finalmente, la pérdida de los órganos genitales afectará una de las funciones más importantes que tiene el desarrollo psicológico y fisiológico del individuo. Se habla entonces, de daños fisiológicos, de daños por alteración de las condiciones de existencia, o de daños a la vida de relación. Para nosotros, los términos son sinónimos.

Podría argumentarse que en casos similares ya la víctima fue indemnizada cuando recibió reparación de los perjuicios morales subjetivos o de los perjuicios materiales y que en tal virtud se estaría cobrando doble indemnización por un mismo daño. Sin embargo, tal apreciación es inexacta. Veamos.

A causa de la lesión física o psíquica la víctima pierde su capacidad laboral, es decir, no podrá seguir desplegando una actividad que le produzca un ingreso periódico.

Fuera de lo anterior, la lesión le produjo a la víctima dolores físicos y descompensación emocional, por lo cual surge la obligación de indemnizar perjuicios morales subjetivos. Suponiendo que la víctima reciba la indemnización de esos daños, seguirá existiendo el fisiológico, que también debe ser reparado. En realidad, la víctima se podría hacer esta reflexión: "Mi integridad personal me concedía tres beneficios; ingresos periódicos, estabilidad emocional y actividades placenteras". Si las dos primeras han sido satisfechas con la indemnización, quedaría por reparar la tercera, que es la que da lugar precisamente a la indemnización por perjuicios fisiológicos. Si, por ejemplo, la víctima queda reducida a una silla de ruedas por una incapacidad permanente total, no podemos decir que al habersele indemnizado los perjuicios materiales y los perjuicios morales subjetivos, ya todo el daño ha sido reparado.

¿De qué vale a la víctima seguir recibiendo el valor de su salario u obtener una satisfacción equivalente a su perjuicio moral subjetivo si para el resto de actividades vitales no dispone de la más mínima capacidad? Sigamos con el ejemplo: supongamos que la víctima, después de la indemnización de los daños materiales y morales subjetivos, queda con dinero y tranquila. Sin embargo, seguirá estando muy lejos de la situación privilegiada en que se encontraba antes del hecho dañino, pues no podrá seguir disfrutando los placeres de la vida. Esto nos indica que el daño moral subjetivo y el fisiológico son diferentes. De un lado, la víctima pudiera recuperar su tranquilidad, así no pudiese seguir realizando las funciones vitales; de igual forma, podría pensarse que a pesar de que las funciones de la vida diaria

no se vean afectadas, el hecho lesivo causa a la víctima una terrible angustia. En consecuencia, aunque ambos perjuicios normalmente se presentan en forma conjunta, nada impide que se den en forma individual, lo que demuestra que se trata de perjuicios distintos.

Repetimos: la indemnización por perjuicios morales subjetivos repara la insatisfacción psíquica o el dolor físico de la víctima; en cambio, la indemnización del perjuicio fisiológico repara la supresión de las actividades vitales. Casi podíamos decir que el daño moral subjetivo consiste en un atentado contra las facultades íntimas de la víctima, mientras que el daño fisiológico consiste en el atentado a sus facultades para hacer cosas, independientemente de que estas tengan rendimiento pecuniario.

A riesgo de ser exagerados, podríamos gráficamente afirmar que el daño moral consiste en una vivencia desagradable, mientras que el daño fisiológico consiste en no poder disfrutar de una vivencia agradable. Y aunque alguien podría pensar que ello no es más que un juego de palabras, lo cierto es que existe allí una diferencia importante. En efecto, una persona puede no sentir dolor físico o psíquico (ausencia de daño moral), aunque su vida carezca de actividades placenteras. Si esa persona es lesionada, habrá sufrido dolor psíquico o físico, constitutivo del daño moral, pero no habrá sufrido daño fisiológico. Pasados el dolor físico o psíquico, el daño moral habrá desaparecido. En cambio, puede suceder que la víctima no solo no tuviera dolores físicos o psíquicos, sino que, adicionalmente, viviera una vida intensa que le producía, además de la tranquilidad física y psíquica, otros placeres vitales. A menudo, vemos que hay personas que viven mejor que otras teniendo en cuenta las actividades de la vida diaria, así las unas y las otras carezcan de dolores físicos y psíquicos. En ese caso, la víctima que se ve privada de sus actividades no solo se pone a vivir mal (daño moral), sino que deja de vivir tan bien como lo hacía antes. Pasados el dolor físico y psíquico, la víctima podría lamentarse de no poder seguir realizando su actividad preferida.

De acuerdo con ello, la indemnización que tradicionalmente otorgan los jueces colombianos por concepto de perjuicios morales subjetivos no comprende la reparación del perjuicio fisiológico y, en consecuencia, en este último caso los topes máximos impuestos por la Corte y por el Consejo de Estado no le son aplicables. En realidad, una incapacidad grave requiere una indemnización mucho más alta que la otorgada por daño moral subjetivo. La reparación de este perjuicio fisiológico tampoco está englobada dentro de la indemnización de perjuicios mate-

riales por incapacidad laboral, pues, como ya vimos, esta última repara la ausencia de ingresos (lucro cesante), en tanto que la reparación del daño fisiológico cubre la pérdida de la capacidad vital. La distinción entre los dos daños ha sido esclarecida por la doctrina contemporánea⁶⁰.

20. DAÑOS FISIOLÓGICOS POR MUERTE DE OTRA PERSONA.

Tradicionalmente, la jurisprudencia francesa solo concede indemnización por perjuicio fisiológico en caso de lesiones personales y la niega tratándose de muerte de una persona⁶¹. Esta solución se basa en el hecho de que darle cabida a semejante solución podría dar lugar a desbordamiento de los tribunales. En efecto, tenemos claro que cuando a causa de la muerte de un ser querido se sufre psíquicamente, así sea en forma intensa, estamos solo en presencia de daños morales subjetivos que, como hemos dicho, son diferentes de los fisiológicos. Argumentar que cuando alguien muere se nos alteran las condiciones de existencia y por eso existe un perjuicio fisiológico es exagerado, pues entonces siempre se producirán los dos daños, algo que nadie ha siquiera sugerido. La indemnización del daño fisiológico por alteración de las condiciones de existencia solo procede cuando independiente del dolor psíquico o daño moral subjetivo se alteran otras satisfacciones de la vida diaria. Así pues, la simple aflicción por la muerte de una persona, aunque por ese solo hecho, se alteren las condiciones de existencia, no tiene por qué dar lugar a indemnización de daños fisiológicos. Para ello está la indemnización del daño moral.

⁶⁰ En ese sentido, YVES CHARTIER expresa:

«Así parece que la noción de incapacidad permanente parcial engloba dos ideas que pueden conducir a la reparación de dos perjuicios de naturaleza diferente, tal y conforme ya se ha dejado dicho, para la incapacidad temporal. De una parte, la incapacidad permanente implica eventualmente un perjuicio económico, es decir, una disminución de ganancias presentes o futuras de la víctima (comprendido en ello, la pérdida de chance de futuros ingresos). De otra parte, y esta vez necesariamente, un perjuicio fisiológico, resultante para la víctima de un atentado a su integridad física y a sus condiciones de existencia. Esos dos perjuicios son diferentes, inclusive si quisiéramos considerar que ellos no son más que dos aspectos de la misma incapacidad permanente. Y es ello también lo que explica que la tasa de incapacidad retenida para el uno y para el otro puede ser diferente» (YVES CHARTIER, ob. cit. No 173).

Por otro lado, Jacques GHESTIN, Genevieve VINEY, al referirse a la diversidad de perjuicios extrapatrimoniales expresan que, "En lo que concierne a la disminución de capacidad física desprovista de incidencia económica, la jurisprudencia admite su indemnización (...) lo que obliga, a cifrar esta indemnización independientemente de la que corresponde a la pérdida de ganancias o de esperanzas de ganancias" (Jacques GHESTIN, Genevieve VINEY, ob. cit., No 262).

⁶¹ Véase a HENAO, Juan Carlos ob. cit., p. 76.

Sin embargo, cuando en forma excepcional se prueba que la víctima fallecida tenía un proyecto de vida íntimamente ligado a la vida de la otra persona, es innegable que hay un daño fisiológico diferente del daño moral subjetivo. Téngase como ejemplo el caso del científico que trabajando con su esposa durante años en una investigación, se ve completamente imposibilitado de seguir su trabajo, pues solo su esposa fallecida estaba en capacidad de ayudarle en la investigación. En ese caso no solo existe el perjuicio moral por la angustia que produce la muerte de la compañera, sino que se produce daño fisiológico puesto que el demandante ya no puede realizar sus actividades placenteras.

Esta misma solución se aplica tratándose de indemnizar el denominado perjuicio sexual, pues a menudo el cónyuge sobreviviente alega que debido a la muerte de su pareja ha perdido la posibilidad de una vida sexual plena. En estos casos, nos parece que la indemnización por daño fisiológico es posible en la medida en que pese a que la capacidad sexual del demandante no ha desaparecido y todavía tiene posibilidades de desarrollarla plenamente, durante un tiempo, su vida sexual quedará traumatizada.

21. NUEVA DENOMINACIÓN JURISPRUDENCIAL Y AMPLIACIÓN MÁS ALLÁ DE LAS LESIONES PERSONALES.

Sin embargo de todo lo anterior, debe anotarse que el Consejo de Estado desde una jurisprudencia de julio 19 de 2000, varió la denominación de lo que hasta entonces se venía conociendo como perjuicio fisiológico e introdujo la nueva denominación “daño a la vida de relación”, al entender que la expresión “daño fisiológico” realmente correspondía a una errónea traducción del francés. Entendió el Consejo de Estado que, siendo un daño de naturaleza autónoma, el adjetivo “fisiológico” no resultaba adecuado para calificar el desarrollo de actividades esenciales y placenteras de la vida diaria cuya pérdida, precisamente, pretendía indemnizar. Además, el citado fallo considera que el derecho a la indemnización corresponde no solo a la persona que sufra lesiones personales, sino que lo generaliza a todo tipo de daños, incluido el derivado de la muerte de un ser querido.

Dijo en esa oportunidad el Consejo de Estado, en las consideraciones de esa jurisprudencia, que se ha venido reiterando, y que nos parece importante reproducir por la importancia que han tenido en el desarrollo jurisprudencial desde entonces, lo siguiente:

“De ahí que no sea exacto considerar como perjuicio de placer el deterioro o destrucción de instrumentos como gafas, prótesis, sillas de ruedas, bastones, muletas, etc., mediante las cuales algunas personas suplen sus deficiencias, ya que no hay duda que aquí se trataría de un perjuicio material bajo la modalidad de daño emergente, en cuanto la víctima tendrá que efectuar una erogación para sustituir el elemento perdido”.

“Así mismo, tampoco constituye perjuicio de placer el caso en que la víctima, ‘a pesar de no presentar ninguna anomalía orgánica, a causa de la depresión en que se ve sumergido no puede realizar las actividades normales de la vida’, perjuicio que debe entenderse indemnizado bajo el rubro de lucro cesante (ganancia o provecho frustrado), a fin de evitar la resurrección del fantasma del daño moral objetivado, concepto en el que la jurisprudencia busco englobar en el pasado las llamadas repercusiones objetivas del daño moral”.

“Se critica, entonces, en esta providencia, la expresión “perjuicio fisiológico”, y parece considerarse más adecuado el concepto de perjuicio de placer”.

“No obstante, es claro que no se renuncia finalmente a la utilización de aquella; así se desprende de la lectura de uno de los párrafos finales del texto jurisprudencial, donde se expresa, al descender a la situación concreta por decidir: ‘...en el presente caso puede hablarse de la existencia del perjuicio fisiológico, ya que se encuentra plenamente acreditada la disminución del pleno goce de la existencia por el hecho de que la lesión sufrida afectó el desarrollo de actividades esenciales y placenteras de la vida diaria, la práctica de actividades recreativas, culturales, deportivas, el deseo sexual y la capacidad para la realización del mismo’” (se subraya).

“Por lo demás, la Sala ha seguido usando la expresión citada, asimilándola a la de daño a la vida de relación, en fallos posteriores. Tal vez por esta razón y por el hecho de que, hasta ahora, solo se ha reconocido la existencia de un perjuicio extrapatrimonial diferente del moral, en casos de lesiones corporales que producen alteraciones a nivel orgánico, el profesor Juan Carlos Henao Pérez expresa que “no es extraño que el campo de aplicación del daño fisiológico lo constituya el de daños físicos sobre la persona... En todos estos eventos la lesión física supone la pérdida de una oportunidad del goce de la vida y la privación de vivir en igualdad de condiciones que los congéneres”.

“Debe insistirse ahora, entonces, con mayor énfasis, en que el daño extrapatrimonial denominado en los fallos mencionados ‘daño a la vida de relación’, corresponde a un concepto mucho más comprensivo, por lo cual resulta ciertamente inadecuado el uso de la expresión perjuicio fisiológico, que, en realidad, no podría ser sinónima de aquélla, ni siquiera en los casos en que este daño extrapatrimonial –distinto del moral– es consecuencia de una lesión física o corporal. Por esta razón, debe la Sala desecharla definitivamente su utilización. En efecto, el perjuicio aludido no consiste en la lesión en sí misma, sino en las consecuencias que, en razón de ella, se producen en la vida de relación de quien la sufre”.

“De otra parte, se precisa que una afectación de tal naturaleza puede surgir de diferentes hechos, y no exclusivamente como consecuencia de una lesión corporal. De otra manera, el concepto resultaría limitado y, por lo tanto, insuficiente, dado que, como lo advierte el profesor Felipe Navia Arroyo, únicamente permitiría considerar el perjuicio sufrido por la lesión a uno solo de los derechos de la personalidad, la integridad física. Así, aquella afectación puede tener causa en cualquier hecho con virtualidad para provocar una alteración a la vida de relación de las personas, como una acusación calumniosa o injuriosa, la discusión del derecho al uso del propio nombre o la utilización de este por otra persona (situaciones a las que alude, expresamente, el artículo 4° del Decreto 1260 de 1970), o un sufrimiento muy intenso (daño moral), que, dada su gravedad, modifique el comportamiento social de quien lo padece, como podría suceder en aquellos casos en que la muerte de un ser querido afecta profundamente la vida familiar y social de una persona. Y no se descarta, por lo demás, la posibilidad de que el perjuicio a la vida de relación provenga de una afectación al patrimonio, como podría ocurrir en aquellos eventos en que la pérdida económica es tan grande que –al margen del perjuicio material que en sí misma implica– produce una alteración importante de las posibilidades vitales de las personas”.

“Debe decirse, además, que este perjuicio extrapatrimonial puede ser sufrido por la víctima directa del daño o por otras personas cercanas a ella, por razones de parentesco o amistad, entre otras. Así, en muchos casos, parecerá indudable la afectación que –además del perjuicio patrimonial y moral– puedan sufrir la esposa y los hijos de una persona, en su vida de relación, cuando ésta muere. Así sucederá, por ejemplo, cuando aquéllos pierden la

oportunidad de continuar gozando de la protección, el apoyo o las enseñanzas ofrecidas por su padre y compañero, o cuando su cercanía a éste les facilitaba, dadas sus especiales condiciones profesionales o de otra índole, el acceso a ciertos círculos sociales y el establecimiento de determinadas relaciones provechosas, que, en su ausencia, resultan imposibles”.

“Debe advertirse, adicionalmente, que el perjuicio al que se viene haciendo referencia no alude, exclusivamente, a la imposibilidad de gozar de los placeres de la vida, como parece desprenderse de la expresión *préjudice d’agrément* (perjuicio de agrado), utilizada por la doctrina civilista francesa. No todas las actividades que, como consecuencia del daño causado, se hacen difíciles o imposibles, tendrían que ser calificadas de placenteras. Puede tratarse de simples actividades rutinarias, que ya no pueden realizarse, o requieren de un esfuerzo excesivo. Es por esto que, como se anota en el fallo del 25 de septiembre de 1997, algunos autores prefieren no hablar de un perjuicio de agrado, sino de desagrado. Lo anterior resulta claro si se piensa en la incomodidad que representa, para una persona parapléjica, la realización de cualquier desplazamiento, que, para una persona normal, resulta muy fácil de lograr, al punto que puede constituir, en muchos eventos, un acto reflejo o prácticamente inconsciente”.

“En este sentido, son afortunadas las precisiones efectuadas por esta Sala en sentencia del 2 de octubre de 1997, donde se expresó, en relación con el concepto aludido, que no se trata de indemnizar la tristeza o el dolor experimentado por la víctima -daño moral-, y tampoco de resarcir las consecuencias patrimoniales que para la víctima siguen por causa de la lesión -daño material-, ‘sino más bien de compensar, en procura de otorgar al damnificado una indemnización integral’. La mengua de las posibilidades de realizar actividades que la víctima bien podría haber realizado o realizar, de no mediar la conducta dañina que se manifestó en su integridad corporal”.

“Para designar este tipo de perjuicio, ha acudido la jurisprudencia administrativa francesa a la expresión alteración de las condiciones de existencia, que, en principio y por lo expresado anteriormente, parecería más afortunada. No obstante, considera la Sala que su utilización puede ser equívoca, en la medida en que, en estricto sentido, cualquier perjuicio implica, en sí mismo, alteraciones en las condiciones de existencia de una persona, ya sea que éstas se ubiquen en

su patrimonio económico o por fuera de él. Tal vez por esta razón se explica la confusión que se ha presentado en el derecho francés, en algunos eventos, entre este tipo de perjuicio y el perjuicio material, tema al que se refiere ampliamente el profesor HENAO PÉREZ, en el texto citado”.

“De acuerdo con lo anterior, resulta, sin duda, más adecuada la expresión daño a la vida de relación, utilizada por la doctrina italiana, la cual acoge plenamente esta corporación. Se advierte, sin embargo, que, en opinión de la Sala, no se trata simplemente de la afectación sufrida por la persona en su relación con los seres que la rodean. Este perjuicio extrapatrimonial puede afectar muchos otros actos de su vida, aun los de carácter individual, pero externos, y su relación, en general, con las cosas del mundo. En efecto, se trata, en realidad, de un daño extrapatrimonial a la vida exterior; aquél que afecta directamente la vida interior sería siempre un daño moral”.

“Por último, debe precisarse que, como en todos los casos, la existencia e intensidad de este tipo de perjuicio deberá ser demostrada, dentro del proceso, por la parte demandante, y a diferencia de lo que sucede, en algunos eventos, con el perjuicio moral, la prueba puede resultar relativamente fácil, en la medida en que, sin duda, se trata de un perjuicio que, como se acaba de explicar, se realiza siempre en la vida exterior de los afectados y es, por lo tanto, fácilmente perceptible. Podrá recurrirse, entonces, a la práctica de testimonios o dictámenes periciales, entre otros medios posibles”.

“Lo anterior debe entenderse, claro está, sin perjuicio de que, en algunos eventos, dadas las circunstancias especiales del caso concreto, el juez pueda construir presunciones, con fundamento en indicios, esto es, en hechos debidamente acreditados dentro del proceso, que resulten suficientes para tener por demostrado el perjuicio sufrido⁶²”.

En conclusión, entonces, el Consejo de Estado indemniza ahora el llamado por nosotros perjuicio fisiológico bajo la denominación de “alteración en las condiciones de existencia” o “daño a la vida de relación”, tal como en el derecho comparado. Y precisa que este daño puede ocurrir cuando recae sobre la integridad física de la víctima directa o sobre cualquier otro de los derechos de la personalidad; que puede indemnizarse aun en víctimas indirectas y que no se refiere solo a la privación de las actividades que producen agrado.

⁶² C. de E., julio 19 de 2000, exp.11.842, Consejero Ponente, HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, ALIER EDUARDO.

22. CRÍTICA Y DESARROLLO POSTERIOR DE ESTA SENTENCIA.

Antes de la citada sentencia, nosotros, en la primera edición de esta obra, habíamos sostenido la misma tesis acogida por el Consejo de Estado, aunque referida solo a las lesiones personales y excepcionalmente, a la muerte de una persona, sin extenderla a todo tipo de daños. Pero advertíamos que su aplicación generalizada y casi automática, como se hace con los daños morales subjetivos, podía dar lugar a un desfase peligroso, por los costos que para los demandados significaba el tener que pagar siempre tanto el daño moral subjetivo como el daño fisiológico, llamado ahora daño a la vida de relación. Dicho de otra forma: para nosotros el daño a la vida de relación por la muerte de una persona solo sería indemnizable en caso de daños extremadamente graves y excepcionales, y que no se terminara pagando dos veces el daño moral.

En efecto, en el caso de indemnización de los daños a la vida de relación por muerte de una persona, se corre el peligro de indemnizar dos veces el mismo daño. Es claro e indiscutible que la muerte de un ser querido menoscaba la vida de relación y las calidades de existencia del pariente que sobrevive, debido al desarreglo emocional o dolor psíquico. Ese desarreglo o dolor psíquico al dañar la vida de relación genera lo que denominamos perjuicio moral subjetivo o *pretium doloris*. Pero si no hay una pérdida diferente del dolor psíquico que produce dicha muerte, consideramos que no es factible otorgar tanto la indemnización por daño moral, como la indemnización por daño a la vida de relación. En realidad, la indemnización del daño moral lo que busca es satisfacer así sea parcialmente los desarreglos emocionales que genera la muerte de la víctima directa. Es decir, los daños morales consisten en la alteración de las condiciones de estabilidad emocional del perjudicado como consecuencia de la muerte del ser querido. En cambio, si como lo planteábamos unos párrafos atrás, antes de la sentencia que comentamos, si un científico ve paralizada una investigación placentera como consecuencia de la muerte de su esposa, quien compartía con él la misma afición, es claro que además del daño moral (dolor psíquico) se causa una alteración a las condiciones de existencia en la medida en que el esposo no podrá en adelante dedicarse con su compañera a la investigación que era la razón de ser de su existencia. En ese ejemplo se ve con claridad que hay un daño diferente del moral subjetivo. En conclusión, hay que evitar indemnizar dos veces el daño moral, pues lo que se repara con su indemnización es la angustia y tristeza que alteran la vida de relación del demandante. Además del dolor psíquico

es preciso demostrar una pérdida adicional no relacionada con el daño moral en sí mismo considerado.

Por otro lado, es indiscutible que en teoría, puede haber daño a la vida de relación derivado de otros daños iniciales, como serían por ejemplo el deterioro del paisaje, pero como siempre ocurre en la responsabilidad civil, es necesario poner diques a la reparación de daños, pues de lo contrario arruinaremos el sistema. Así por ejemplo, es claro que si al frente de la casa de una persona construyen un edificio que le tapa una bella vista, sus condiciones de existencia se alteran negativamente, pero sería imposible que el dueño del nuevo edificio tuviera que indemnizar las molestias a la vida de relación que a una cantidad numerosa de personas genera su obra.

De otra parte, y de pronto teniendo en cuenta todos estos peligros, pareciera ser que el Consejo de Estado entró por esta vía, pues pese a la generalización que hizo en el fallo anotado, lo cierto es que son muy pocas las sentencias donde se ha otorgado indemnización por daños a la vida de relación a favor de terceras personas ajenas a la víctima directa o los que, siendo sufridos por la propia víctima, no se derivan de lesiones personales.

En efecto, en tratándose de daños fisiológicos por la muerte de una persona, sólo conocemos un fallo en el que se le concede a la madre de la víctima tanto indemnización por el daño moral subjetivo como indemnización por el daño a la vida de relación, pero en este caso, se probó que el daño a la vida de relación era grave y excepcional. Al respecto, el Consejo de Estado, en fallo del 23 de agosto de 2002, dijo:

“Se encuentra acreditado plenamente que con la muerte de su hijo, la actora experimentó un sufrimiento de tal intensidad, que le produjo un trastorno mental, diagnosticado como duelo patológico, el cual le modificó su vida en los siguientes aspectos: la vida matrimonial que llevaba con el señor se terminó; al igual que su vida laboral, dado que dejó de realizar sus actividades profesionales, lo cual condujo a que la responsabilidad económica pasara a su progenitora; también su vida social se limitó a su madre, con quien vivía después de su separación; y, su vida personal se concentró en venerar la memoria de su hijo en el cementerio, en las condiciones relatadas por los referidos testigos. En tales condiciones, la Sala considera que está demostrada la existencia de perjuicios a la vida de relación, sufridos por la madre del joven, de manera grave y definitiva en su vida personal, familiar, laboral y social, en las circunstancias antes descritas; razón por

la cual, conforme al prudente juicio que le compete al juzgador para tasar el valor de la indemnización de estos perjuicios extrapatrimoniales, debe condenarse a pagar a la entidad demandada, por este concepto, la suma de dinero equivalente a dos mil (2.000) gramos de oro, a favor de la mama”⁶³.

Lo curioso es que en el mismo fallo, el Consejo de Estado, pese a que los herederos de la víctima fallecida demandaban tanto perjuicios morales subjetivos como daños a la vida de relación, solo les concede los primeros guardando silencio inexplicablemente en relación con los segundos.

En otra decisión, los demandantes pedían tanto daños morales subjetivos como daños a la vida de relación no solo para los hijos ya nacidos a la hora del fallecimiento de la víctima, sino también a favor de un hijo póstumo.

Sin embargo, el Consejo de Estado, curiosamente, solo le concedió indemnización de daños a la vida de relación al hijo póstumo, pero le negó la indemnización por los daños morales subjetivos; y a los hijos que vivían cuando la víctima murió solo les concedió perjuicios morales subjetivos y una vez más, nada dijo sobre los daños a la vida de relación, pese a que habían sido demandados⁶⁴.

En otro importante fallo, el Consejo de Estado decide las pretensiones de una mujer que fue contaminada con el virus del VIH mediante una transfusión sanguínea. Igualmente demandan su compañero, su hija y sus padres. Tanto ella como los parientes piden 3.000 gramos de oro para cada uno de los demandantes, por perjuicios morales⁶⁵.

El Consejo de Estado condena al demandado a pagarle a la paciente contaminada el equivalente a mil gramos de oro por concepto de perjuicios morales subjetivos, e interpretando la demanda y la cuantía de las pretensiones, le concede el equivalente a 2.000 gramos de oro por concepto de daños a la vida de relación, pese a que la víctima no los solicito en la demanda. En total se le concedieron los 3.000 gramos de oro solicitados, convertidos a

⁶³ C. de E., sentencia de agosto 23 de 2001, exp. 13745 (rad. 1993-0585) Consejero Ponente RODRÍGUEZ VILLAMIZAR, Germán, proceso de María Rocío Tabares y otros contra La Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional.

⁶⁴ C. de E., sentencia de agosto 15 de 2002, exp. 14.357, Consejero Ponente RICARDO HOYOS DUQUE, proceso de Benilda Pérez Arrieta y otros contra Municipio de San Marcos y otros.

⁶⁵ C. de E., sentencia de enero 29 de 2004, exp. 18273, Consejero Ponente Alier Eduardo HERNÁNDEZ HENRÍQUEZ.

salarios mínimos, sumando ambos perjuicios, cifra que las víctimas habían englobado únicamente para los daños morales.

Sin embargo, en lo que se refiere a los parientes, que también habían pedido 3.000 gramos de oro por perjuicios morales, solo les concede el equivalente en salarios mínimos a 1.000 gramos de oro por los daños morales subjetivos y, sin saberse por qué, no les concede a ellos indemnización por daños a la vida de relación. Los argumentos eran idénticos para todos los demandantes. Sin embargo el forzado y elogiado esguince que se hizo a favor de la víctima directa no se hizo a favor de los otros demandantes. De nuevo, el Consejo de Estado guarda silencio sobre esta pretensión sin referirse a ella, bien fuera para negarla o aceptarla.

Finalmente, para abundar en ejemplos, referimos otro caso en el cual el Consejo de Estado concede indemnización de daños a la vida de relación a favor de una persona cuyo derecho al buen nombre había sido injustamente puesto en duda por las autoridades, en un caso de lamentable homonimia⁶⁶.

Al respecto, el fallo afirma:

“(...) respecto de la solicitud de indemnización de ambos rubros, bien podía el fallador encontrarla en la demanda, haciendo uso de sus facultades interpretativas. En efecto, aunque en ella solo se solicita la indemnización del daño extrapatrimonial de carácter moral, al presentarse los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones, se alude no sólo al estado de zozobra, angustia y temor generado en el demandante —que supone la existencia de padecimientos que constituyen, sin duda, afecciones directas a los sentimientos y consideraciones íntimos del ser humano, y que generan, por lo tanto, un típico daño moral—, sino a la necesidad que tuvo, como consecuencia de tal estado, de separarse de su esposa y su hijo recién nacido, cambiando de domicilio durante algún tiempo, así como a la violación de su derecho a la honra. Estos últimos hechos dan lugar a la existencia de un daño extrapatrimonial diferente del moral, que rebasa la esfera interna del individuo y se sitúa en su vida de relación”.

“En el caso que ocupa a la Sala, resulta evidente que el demandante sufrió tanto daño moral como daño a la vida de relación. Las afectaciones que constituyen el primero han sido explicadas con anterioridad y se re-

⁶⁶ C. de E., sentencia de enero 25 de 2001, exp. 11413, Consejero Ponente ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ HENRÍQUEZ, proceso de Gilberto Márquez Henao y otros contra Departamento Administrativo de Seguridad.

fieren, especialmente, a la preocupación, el temor y la angustia que le produjo el hecho de ser acusado públicamente de haber participado, como autor intelectual, en la comisión de un delito tan grave como lo fue la masacre de Caloto, ocurrida el 16 de diciembre de 1991. A ello se aluden varios de los testigos citados, familiares y amigos del señor Márquez Henao. Por lo demás como se ha advertido, la ocurrencia de esta masacre había conmovido profundamente a toda la ciudadanía, que esperaba pronto resultados de las investigaciones de las autoridades, circunstancia que explica, sin duda, la amplia difusión de la noticia y la importancia capital atribuida al informe del DAS en los medios de comunicación, y permite inferir fácilmente la gravedad de la afectación moral sufrida por quien resulto erróneamente sindicado -frente al país entero- de haber participado en su realización”.

De todo lo anterior se deduce que, pese al fallo de julio 19 de 2.000, ya analizado, con muy buen criterio, el Consejo de Estado no ha permitido que se abran las arcas del Estado en forma desmesurada para otorgar indemnizaciones por daños a la vida de relación a favor de todas las personas que demandan por la muerte de una persona o alegando cualquier otro tipo de daño. Nos parece que el daño a la vida de relación es tan *sui generis* que no se puede aplicar en todas las circunstancias en que se pruebe materialmente dicha alteración, pues no habría presupuesto que resista, ya que indudablemente cualquier daño, por pequeño que sea, por contragolpe genera en la víctima alteraciones a las condiciones de existencia. Todo daño nos produce angustia y rabia, pero sería imposible conceder indemnización por daños a la vida de relación por ese motivo, pese a que en la práctica el daño, aunque sea pequeño, es indiscutible. Guardemos ese daño para circunstancias excepcionales, como hasta ahora parece hacerlo el Consejo de Estado. De esos manjares no se sirven todos los días, como diría un autor francés.

23. FORMA DE REPARACIÓN DEL DAÑO FISIOLÓGICO.

Demostrada la entidad propia del perjuicio fisiológico, cabe preguntarse cuál es su justificación y cuál su forma de reparación. De cierta manera, los argumentos son los mismos que esgrimimos cuando nos referíamos a la reparación del perjuicio moral subjetivo. En efecto, la reparación de este último busca otorgar a la víctima una satisfacción íntima que borre y compense la angustia y el

dolor físico sufridos. De igual forma, la indemnización del perjuicio fisiológico busca proporcionarle a la víctima la posibilidad de desplegar alguna actividad que, siendo acorde con su estado de salud, le permita suplir en parte las actividades que fueron suprimidas. Así, al indemnizar a la persona que pierde su capacidad de locomoción, la indemnización de perjuicios subjetivos busca brindarle una mayor tranquilidad a pesar de su desgracia e independientemente de que pueda entregarse a otro tipo de actividades diferentes de la que desplegaba antes del hecho dañoso. A su vez, con la indemnización del perjuicio fisiológico, la víctima podrá, por ejemplo, adquirir un equipo de sonido por medio del cual pueda obtener el deleite que proporciona el escuchar buena música. Variando un poco el ejemplo, la víctima que ve frustrada su carrera deportiva podrá utilizar la indemnización del perjuicio fisiológico para ingresar en una academia en la que pueda estudiar algún arte que le reemplace parcialmente la actividad inicial; también podría pensarse que el artista que no puede seguir pintando, adquiera una buena biblioteca en la que podrá pasar sus ratos de ocio.

Es que, bien vistas las cosas, el perjuicio fisiológico, al igual que los demás daños, cuando es reparable mediante una inversión dineraria pareciera adquirir en un momento determinado visos de perjuicio material por daño emergente. En efecto, la víctima tiene derecho, eso es innegable, a recuperar los bienes extrapatrimoniales que poseía antes de ocurrir el hecho lesivo. Al efecto, entonces, basta hacernos esta pregunta: ¿cuánto dinero será necesario para que la víctima reemplace las actividades no lucrativas que le fueron suprimidas por el responsable? La respuesta es fácil: téngase en cuenta que actividades de reemplazo puede efectuar la víctima, teniendo en cuenta su estado actual. El juez, prudentemente, otorgará una indemnización que permita al demandante obtener esa satisfacción de reemplazo. Sin embargo, la identidad entre daño emergente y los demás daños es solo aparente, pues una cosa es el bien afectado y otra la forma de recuperarlo. Indudablemente, los placeres de la vida son bienes extrapatrimoniales y, en consecuencia, su lesión constituye un daño extrapatrimonial, así su indemnización posterior pueda efectuarse acudiendo al dinero.

Esta apreciación sería incluso aplicable a la indemnización por perjuicio fisiológico, como también a la proveniente de perjuicios morales subjetivos.

Con todo, estamos de acuerdo con el doctor Juan Carlos HENAO cuando afirma que no puede considerarse como indemnización del daño fisiológico aquella que pretende brindarle a la víctima

prótesis o personas acompañantes⁶⁷, pues en tales circunstancias estaremos simplemente en presencia de un daño emergente. La prótesis o el acompañante permiten a la víctima su movilización, pero jamás podrán restablecer la vida placentera que tenía antes. Habría indemnización del daño fisiológico si además de esos rubros por locomoción, la víctima recibe una suma de dinero que le permita aprender un deporte o un arte que le reemplace la actividad de la cual se ha visto privada y que la prótesis o el acompañante no pueden brindar. Aunque en uno y otro caso, la indemnización pretende en el fondo brindar a la víctima lo necesario para reparar el entuerto, lo cierto es que los bienes a reparar son distintos.

24. VALORACIÓN PECUNIARIA DEL PERJUICIO FISIOLÓGICO. § 2. PERJUICIO FISIOLÓGICO EN EL DERECHO COMPARADO.

El Consejo de Estado ha impuesto límites a la indemnización de perjuicios fisiológicos, que, como hemos visto, ahora son llamados daño a la vida de relación, retomando la terminología del derecho italiano⁶⁸. Esos límites, que se habían venido tasando en gramos de oro, variaban según la gravedad del perjuicio⁶⁸. Cuando se utilizaba el patrón oro, la máxima indemnización había ascendido a cuatro mil gramos oro, pues se trataba de un daño excepcionalmente grave⁶⁹. Después del giro jurisprudencial del año 2001, hasta donde conocemos, las mayores indemnizaciones han ascendido a doscientos salarios mínimos mensuales vigentes, tratándose de daños también excepcionalmente graves⁷⁰. En ese sentido, nos parece que hasta ahora el monto de las indemnizaciones por dicho concepto ha sido racional. Ojala que, con el paso del tiempo, ella no se convierta en un desangre económico para el Estado, como ocurre actualmente, con la equivocada presunción de los perjuicios morales subjetivos.

25. TERMINOLOGÍA. III DAÑO EXTRAPATRIMONIAL POR LA SIMPLE PÉRDIDA DE LA VIDA.

Desde hace varios años, la doctrina y la jurisprudencia de los diferentes países han venido aceptando indemnización por lo que

⁶⁷ HENAO, Juan Carlos, ob. cit., pp. 267 y ss.

⁶⁸ Véanse los fallos citados por el doctor HENAO, JUAN CARLOS, ob. cit., p. 272.

⁶⁹ En ese sentido, C. de E., 5 marzo 1998, citada por HENAO, Juan Carlos ob. cit., p. 272.

⁷⁰ Se trata de la sentencia ya citada, referida a la contaminación con el virus del VIH. Cfr. O. de E., sentencia de enero 29 de 2004, exp. 18273, C.P. HERNÁNDEZ HENRÍQUEZ, Alier Eduardo.

nosotros denominamos perjuicio fisiológico, que a veces los autores y los tribunales de otros países llaman *préjudice d'agrément*, “perjuicio a la vida de relación» o «alteración de las condiciones de existencia”.

Inclusive, la Resolución 75-7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa ha propuesto a los países integrantes la introducción en los ordenamientos respectivos de una norma tendiente a indemnizar diferentes perturbaciones y desagradados tales como malestar, insomnios, un sentimiento de inferioridad, una disminución de los placeres de la vida, causados concretamente por la imposibilidad de entregarse a ciertas actividades agradables⁷¹.

En cuanto se refiere a la doctrina, las obras de más reciente aparición son unánimes en considerar que este tipo de perjuicios deben ser indemnizados como un rubro diferente del de los perjuicios materiales y del *pretium doloris* o indemnización por perjuicios morales subjetivos.

YVES CHARTIER, en su tratado *La réparation du préjudice*, hace un aporte doctrinal al respecto. Veamos cómo plantea la introducción al tema:

“Le préjudice d'agrément: algunos autores han sugerido llamarlo, más exactamente, el perjuicio por desagrado [préjudice de désagrément]. Como lo ha observado el señor GeorGe Durry, esta indemnización ‘promete’ el más bello porvenir: la explicación de esta evolución desemboca en la ley de diciembre 27 de 1973 -lo que no significa entre otras cosas que la noción gane en simplicidad, porque ella comporta al contrario no solo dificultades de terminología, sino también de fondo”⁷².

A continuación, el mismo doctrinante describe toda la evolución que antes y después de la ley citada había sufrido el concepto. Al respecto expresa:

“Hasta esta reforma, los tribunales lo confundían a menudo con la incapacidad temporal o permanente. No lo indemnizaban, pues, especialmente, sino cuando era particularmente caracterizado por la pérdida para la víctima, de la facultad de beneficiarse de ciertos placeres de la vida, a condición de que esa ‘víctima demostrase que antes del accidente ya se dedicaba a esas actividades placenteras. Prácticamente, un fallo de la Corte de Apelaciones de París (equivalente a los

⁷¹ Res., 75-7, Art. 11, Citado por IVES CHARTIER, Ob, Cit., N° 176.

⁷² YVES CHARTIER, ob. cit., N° 176.

tribunales superiores en Colombia), del 25 de marzo de 1961 lo había definido como 'la privación de las satisfacciones diversas de orden social, mundana y deportivo de los que está en derecho de disfrutar normalmente un hombre de 1a edad y de la cultura de la víctima'. La noción era, pues, estrecha, en el sentido de que, de una parte, tenía un matiz elitista -puesto que las actividades así definidas son en principio el hecho de las clases más favorecidas de la sociedad- y en el sentido de que, de otra parte, implicaba una concepción un poco restrictiva del agrado de la vida.

*"Pero la jurisprudencia reciente ha extendido el concepto. Esa jurisprudencia ha sido entusiasmada por la Resolución 75-7, artículo 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que recomienda indemnizar diversas perturbaciones y desagradados tales como los malestares, insomnios, un sentimiento de inferioridad, una disminución de los placeres de la vida causada concretamente por la imposibilidad de entregarse a ciertas actividades placenteras"*⁷³.

Más adelante, el autor transcribe apartes de varios fallos de la Corte de Casación francesa, entre ellos una decisión de la segunda sala civil del 20 de mayo de 1978.

*"La Corte de casación -dice CHARTIER- ha considerado que los jueces de fondo habían fundado legalmente su decisión desde el instante en que habían constatado que el estado de la víctima (solamente apta para pasar algunas horas durante el día en una silla de ruedas) la privaba de la casi totalidad de las actividades placenteras y de las distracciones reservadas a un hombre normal, y precisa que ese perjuicio es diferente de la pérdida de su capacidad de trabajo"*⁷⁴.

Posteriormente, cuando CHARTIER clasifica los diferentes perjuicios extrapatrimoniales, incluye, además del *préjudice d'agrément*, el fisiológico, el sexual, el estético y el juvenil⁷⁵. Sin embargo, como lo han hecho notar algunos autores, todos estos perjuicios no son más que especies del *préjudice d'agrément*. En realidad, cada una de esas lesiones no hace más que caracterizar los diferentes placeres o actividades de las que puede verse privada la víctima. El mismo autor, cuando analiza el llamado de atención que sobre esa confusión hace la jurisprudencia francesa, expresa:

"Es cierto que el préjudice d'agrément en una tal concepción se superpone, e inclusive, se identifica con el perjuicio fisiológico. En consecuencia, es necesario que los tribunales

⁷³ YVES CHARTIER, ob. y N° Cits.

⁷⁴ Ibídem.

⁷⁵ CHARTIER, ob. cit., N°. 180, 181 y 182.

vigilen, para no indemnizar dos veces el mismo daño bajo dos nombres diferentes"⁷⁶.

Finalmente, el autor hace clara distinción entre el perjuicio fisiológico (*d'agrément*) y el moral subjetivo, al que denomina 'perjuicio de sufrimiento'.

En términos más o menos similares se refieren al tema otros connotados autores contemporáneos.

Así, en el tratado de derecho civil dirigido por GHESTIN, GINEVIEVE Viney inicia así su análisis del *préjudice d'agrément*, llamado por nosotros perjuicio fisiológico:

*"Otra especie de daño cuya importancia se ha desarrollado bastante estos últimos años, es el préjudice d'agrément, es decir la privación de los goces y las satisfacciones que el lesionado podría perfectamente esperar de la vida antes del accidente. Aquí también, la jurisprudencia francesa se mostró mucho tiempo, demasiado restrictiva: ella no tomaba en consideración sino las actividades deportivas o artísticas en las cuales el lesionado había adquirido una verdadera competencia y las que se encontraba bruscamente obligado a abandonar"*⁷⁷.

A continuación, la autora muestra como ese criterio ha sido ampliado, y concluye:

*"El préjudice d'agrément ha adquirido en esa forma una gran importancia. Se define hoy en día como la disminución de los placeres de la vida causada concretamente, por la imposibilidad o la dificultad de entregarse a ciertas actividades normales de placer, lo que puede englobar todas las molestias provocadas por una mutilación, una enfermedad o un atentado al equilibrio psíquico o nervioso y todas las frustraciones que ellos acarrear"*⁷⁸.

También VINEY distingue entre el perjuicio fisiológico y el moral subjetivo, mostrando, por tanto, que tienen entidad diferente⁷⁹.

Por su parte MAX LE ROY en su obra *L'évaluation du préjudice corporel*⁸⁰, se refiere también a la justificación y análisis del *préjudice d'agrément* o fisiológico. Sin embargo, omitimos detenernos en el análisis de su pensamiento, puesto que en

⁷⁶ CHARTIER, ob, cit., N°. 178.

⁷⁷ Jacques GHESTIN, GENEVIEVE Viney, *Trailé de droit civil*, Paris, L. G. D. J., 1982, N° 265.

⁷⁸ Ob. y loc. cits.

⁷⁹ Ob. cit., N° 264.

⁸⁰ MAX LE ROY, Ob. Cit., No 105 y ss.; en el mismo sentido, véase Alex WEILL y François Terré, ob. cit., N° 610.

el fondo no hace más que aportar los mismos argumentos e investigaciones de los dos autores ya comentados.

26. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

Nos preguntamos: ¿la simple pérdida de la vida constituye un daño indemnizable, diferente del daño moral subjetivo o de los perjuicios materiales?

En principio, esta tesis ha sido defendida por algunos autores, si bien sus argumentos aparecen un poco confusos y contradictorios. Así, los señores MAZEAUD han sostenido que el hecho de la muerte produce lo que ellos denominan *pretium mortis* sin importar que la muerte se produzca en forma instantánea o un tiempo después de la ocurrencia de la lesión⁸¹.

Lamentablemente, los autores confunden los perjuicios materiales y morales subjetivos ocasionados por la muerte prematura, con el daño puro y escueto por la pérdida de la vida⁸². En esa forma, no se sabe con claridad si los perjuicios que según ellos se derivan del deceso y pertenecen al causante son idénticos al lucro cesante que soportan los herederos a título personal por la muerte prematura de fallecido. Y este es un aspecto fundamental puesto que existe una gran polémica doctrinal y jurisprudencial en el sentido de saber si cuando la víctima muere instantáneamente el lucro cesante proveniente del deceso anticipado es un daño sufrido por el causante o por sus herederos.

Pero fuera de lo anterior, los MAZEAUD tienen que afrontar otro grave escollo teórico cuando se discute sobre la imposibilidad de que haya daños si la muerte se produce en forma instantánea, dado que, según la mayoría, el daño nunca pudo haber existido por no haber transcurrido tiempo suficiente para quedar radicado en cabeza del muerto⁸³.

27. NUESTRA POSICIÓN. IV EL FANTASMA DE LOS PERJUICIOS MORALES OBJETIVADOS.

En nuestro concepto, la pérdida de la vida constituye un daño extrapatrimonial diferente del moral subjetivo sufrido por la víctima o por sus herederos y distinto, igualmente, del lucro cesante proveniente del fallecimiento prematuro de la víctima. En cierta

⁸¹ MAZEAUD-TUNC, ob. cit., t. II, N° 1910 y ss.

⁸² MAZEAUD-TUNC, ob. cit., t. II, N° 1913; en esa misma confusión incurre ZANNONI, ob. cit., N° 47.

⁸³ MAZEAUD-TUNC, ob. cit., t. II, N° 1911 y ss.

forma se trata de un perjuicio impregnado de la misma filosofía aplicable al perjuicio fisiológico o *d'agrément*. En efecto, en este último se indemniza la pérdida de las actividades placenteras de la vida, mientras que cuando la víctima fallece lo que se indemniza es la pérdida misma de la vida.

Pero conviene precisar que no se trata de un perjuicio material, equivocación en la que, según dijimos, incurren los MAZEAUD, pues, según veremos, el lucro cesante causado por la muerte prematura es un daño que está en cabeza de terceras personas, herederas o no de la víctima. Igualmente, es diferente del daño moral subjetivo que consiste en los dolores psíquicos y físicos sufridos por el causante, o en la angustia y tristeza de sus familiares. Es, pues, un daño ontológicamente diferente de todos los demás.

Ahora, la evidencia del perjuicio se hace más clara si el problema nos lo planteamos en relación con acciones judiciales ejercidas con anterioridad a la muerte de la víctima directa. En efecto, imagine-mos el caso, un poco extraño, de una víctima que a pesar de su accidente, puede seguir trabajando normalmente, pero cuya lesión, según dictamen pericial, inevitablemente le producirá la muerte prematura cinco años más tarde, pese a que de no haber sufrido la lesión podría haber vivido 50 años más. Ante la ausencia de lucro cesante por incapacidad laboral, la víctima solo demanda indemnización de perjuicios por el hecho puro y simple de la pérdida de la posibilidad de vivir 45 años más.

Evidentemente, se trata de un daño futuro y cierto cuya indemnización es innegable. Podría decirse que con posterioridad a la muerte solo se produce un lucro cesante debido a la pérdida de la capacidad laboral por la muerte prematura. Sin embargo, ya hemos dicho que ese perjuicio pertenece a la acción personal ejercida por quienes después de la muerte se ven privados de la ayuda de la víctima directa. Por tanto, en el ejemplo propuesto estamos frente a un perjuicio, repitémoslo, totalmente diferente del lucro cesante y del daño moral subjetivo que sufran el causante o sus herederos.

En el ejemplo planteado, si la sentencia se produce antes del fallecimiento del demandante, sería absurdo absolver al demandado so pretexto de que la muerte de la víctima no constituye un daño indemnizable. En tales circunstancias, creemos que la indemnización es procedente, pero no nos cansamos de insistir: se trata de reparar un daño diferente del lucro cesante o del daño moral subjetivo.

28. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

Tal vez ninguna creación jurisprudencial le haya hecho más daño a nuestro ordenamiento jurídico que la clásica distinción entre los perjuicios morales subjetivos y los morales objetivados. Aparentemente, se trataría de un simple e inofensivo juego de palabras como tantos otros que existen en la literatura jurídica. Sin embargo, esa clasificación ha sido un atentado no solo contra la economía procesal, sino que ha hecho que muchas veces el demandando se vea abocado a la posibilidad de tener que indemnizar dos veces un mismo perjuicio⁸⁴. Pero veamos algunos de los fallos tradicionales en los que la jurisprudencia nacional justifica y explica el rubro de los daños morales objetivados. Posteriormente manifestaremos nuestro criterio al respecto.

29. DEFINICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA.

Después de analizar la doctrina y la jurisprudencia francesas sobre la indemnización del daño moral, la Corte, en fallo del 13 de diciembre de 1943, define los perjuicios morales objetivados, y al respecto expresa:

“Hay en torno al daño moral dos géneros de perjuicios: los que emanan de él en forma concreta, determinada o determinable, que pudieran llamarse perjuicios morales objetivados; y otros que son indeterminados e indeterminables, inasibles y abstractos, perjuicios morales no susceptibles de objetivación”.

“El daño moral es la lesión del patrimonio intrínsecamente moral, en que se comprende la parte afectiva de él, los afectos, el amor en la familia, y la parte social, en los atentados contra el honor, la reputación, las consideraciones sociales”.

“La injuria al sentimiento del amor filial o al del honor puede ocasionar perjuicios morales inestimables por su naturaleza, y perjuicios morales objetivados. El hijo de un hombre que muere en un accidente experimenta el dolor o la pena natural a la privación del afecto de su progenitor, pena subjetiva, síquica, no objetivable; pero además puede sufrir, como consecuencia de su estado aflitivo o

⁸⁴ Adicionalmente, las costas judiciales y las agencias en derecho se encarecen para el demandado, quien deberá pagar honorarios de abogado de acuerdo con el valor de las pretensiones del demandante, quien generalmente solicita sumas exorbitantes por daño moral objetivado, a pesar de que en la práctica nunca le son concedidas por el juez; generalmente el demandado nunca recupera el valor de esos honorarios.

depresivo, una merma o disminución en sus facultades o aptitudes para el trabajo que reduzcan su esfuerzo y afecten consecuentemente su patrimonio material. El comerciante que pierde su reputación sufre una pena psíquica por la misma causa, daño inestimable pecuniariamente, y puede también recibir un daño moral que se manifiesta objetivamente en los menores rendimientos de su negocio, debidos a su inhibición para el trabajo, que lo hace menos productivo, y en la baja de sus entradas, porque la pérdida del crédito le trastorna el negocio”.

“Es la calidad de los bienes o intereses afectados lo que le comunica su naturaleza propia al daño, no la circunstancia de que este pueda tener una manifestación externa o material. Si se lesionan bienes del patrimonio moral, hay daño moral; si los del patrimonio material, existe el daño de esta clase. Si se vulneran bienes inmateriales, intrínsecos, inherentes a la persona humana, se produce el daño moral; si se lesionan bienes extrínsecos, no inherentes a ella, se causa el daño material. De donde se infiere que la objetivación del daño moral, en cuanto puede hacerse para darle realidad procesal-jurídica, esto es, en sus manifestaciones materiales, constituye daño moral y no daño material. La enfermedad proveniente de la pena ocasionada por un ataque al sentimiento de afección, y la depresión síquica con el mismo origen y que produce inhibición para el trabajo, que consecuentemente afectan el patrimonio material, son daño moral objetivado, manifestaciones o afectos materiales de aquel, porque se derivan de una lesión en un bien perteneciente al patrimonio moral. El perjuicio considerado en toda la gama consecuencias del daño moral es perjuicio moral aunque se presente en forma objetivada”.

“El daño moral objetivado puede fácilmente repararse. Tal cosa ocurre con el perjuicio inferido a una persona en su patrimonio por la pérdida de su crédito, causada por la difamación; dicho daño es tangible, estimable con relativa facilidad, concretable en cifras numéricas. Pero no puede decirse lo propio del daño moral no objetivado”⁸⁵.

Conforme con la definición dada por la jurisprudencia anterior, innumerables fallos han condenado en forma abstracta al pago de perjuicios morales objetivados. La situación no sería grave si no

⁸⁵ C. S. de J., sala de neg. gen., 13 diciembre 1943, “G. J.”, t. LVI, pp. 672 y ss. Entre muchos otros fallos, los siguientes acogen la misma definición: C. S. de J., sala de neg. gen., 5 noviembre 1942, “G. J.”, t. LVI, p. 487; 27 septiembre 1946, “G. J.”, t. LXI, p. 577; 9 agosto 1949, “G. J.”, t. LXVI, p. 803; 3 noviembre 1950, “G. J.”, t. LXVIII, p. 656; C. S. de J., cas. civ., 28 abril 1951, “G. J.”, t. LXIX, p. 557; 6 julio 1955, “G. J.”, t. LXXX, p. 657; 27 septiembre 1974, en Jurisprudencia y Doctrina, Bogotá, Edit. Legis, 1974, p. 622; C. S. de J., sent., 11 mayo 1976, “G. J.”, t. CLII, p. 142.

fuera porque en esas mismas sentencias se condena al demandado al pago de perjuicios materiales por daño emergente y lucro cesante, lo que en el fondo constituye doble condena por un mismo daño. Así, en un fallo de noviembre 5 de 1942, la Corte condena al pago de perjuicios materiales, de perjuicios morales subjetivos y, finalmente, de perjuicios morales objetivados.

Al referirse a los perjuicios materiales sufridos por la víctima, la Corte expresa:

“Anteriormente se dijo que los perjuicios materiales cuya satisfacción se reclama, se hacen consistir en las lesiones o cicatrices producidas en la cara y en las manos por las quemaduras, en una congestión pulmonar sufrida por la víctima, lo gastado en el tratamiento, las sumas que dejó de percibir durante el tiempo de la enfermedad y lo que haya podido disminuir, para el tiempo probable de vida que le quedé, su capacidad productora”⁸⁶.

Posteriormente, la sentencia, *mutatis mutandis*, define los daños morales objetivados de la misma manera como lo hiciera el ya comentado fallo de diciembre 13 de 1943, y explica en que consistieron esos daños.

Al respecto expresa:

“Refiriéndose el tribunal a las dos especies que integran la categoría de daño moral, el objetivado y el no objetivado, en relación con el asunto en estudio, dice muy acertadamente: ‘Daño moral objetivado es aquel que por su misma naturaleza es susceptible de concretarse probatoriamente en perjuicios patrimoniales; daño moral no objetivado, el que por mantenerse dentro del campo meramente espiritual no puede ser representado en deterioros patrimoniales susceptibles de ser ciertamente justipreciados (...) En el caso de que se trata, uno y otro se han producido: el primero, representado por el estado de inferioridad en que socialmente ha venido a quedar el señor Rodríguez Lloreda en razón de las cicatrices visibles en las manos y en el rostro, que constituyen una deformidad física permanente e irreparable, al decir de los señores médicos legistas, según lo observado en otro lugar. Y el segundo, por el sentimiento de dolor o pesar que para él le significa la consideración de ese estado de inferioridad. No se justiprecio en los autos el monto de la indemnización que puede corresponderle por concepto del perjuicio moral objetivado, y por ello la condena solo

⁸⁶ C. S. de J., sala de neg. gen., 5 noviembre 1942, “G. J.”, t. LVI, p. 486.

puede hacerse en abstracto, para que en incidente separado se haga la correspondiente regulación"⁸⁷.

30. CRÍTICA.

En nuestro concepto, los llamados perjuicios morales objetivados no son más que lo que tradicionalmente hemos denominado como perjuicios materiales. En gracia de discusión, podría aceptarse que cuando ese perjuicio material o pecuniario se derive de un perjuicio moral subjetivo, entonces tome la denominación de daño moral objetivado. Pero el daño emergente y el lucro cesante de un lado, y el moral objetivado por el otro, frente a una misma víctima y derivados de un mismo hecho son absolutamente incompatibles. Si se quiere, llámesele daño moral objetivado, pero no se le ponga a concurrir con el material, pues se trata de un mismo concepto bajo dos denominaciones diferentes excluyentes. Obsérvese como en el fallo de noviembre 5 de 1942 arriba comentado, los perjuicios materiales consistían en el lucro cesante por incapacidad laboral y gastos médicos en razón de las lesiones sufridas; pero, a su vez, al referirse a los daños morales objetivados, explicaba que estos se encontraban probados en razón de que las lesiones sufridas por la víctima constituían para ella una deformidad física permanente e irreparable.

La deformación no tendrá problemas si, condenándose por daños morales objetivados, no se hiciera por materiales; entonces la cuestión se reduciría a un simple juego de términos. En ese sentido nos parece correcta la clasificación dada por el doctor ARTURO VALENCIA ZEA⁸⁸, pues el autor tiene como perjuicios morales objetivados a todos aquellos daños patrimoniales que se deriven de lesiones a bienes extrapatrimoniales; en tales circunstancias el doctor VALENCIA ZEA no pone en cabeza de una misma víctima el derecho a indemnización por los dos conceptos. Donde hay materiales no hay morales objetivados, o a la inversa.

La contradicción de la jurisprudencia es tan evidente que la misma sentencia de noviembre 5 de 1942 ya comentada, expresa:

⁸⁷ C. S. de J., sala de neg. gen., 5 noviembre 1942, "G. J.", t. LVI, p. 487. Los siguientes fallos, entre numerosos otros, también condenan in genere tanto por perjuicios materiales, como por perjuicios morales objetivados: C. S. de J., sala de neg. gen., 3 noviembre 1942, "G. J.", t. LIV, p. 398; 5 noviembre 1942, "G. J.", t. LIV, p. 487; 10 marzo 1943, "G. J.", t. LVII, p. 288; 22 julio 1943, "G. J.", t. LV, p. 773; 25 abril 1945, "G. J.", t. LVIII, p. 842; 19 diciembre 1956, "G. J.", t. LXXXIII, p. 1273; 14 junio 1944, "G. J.", t. LVII, p. 844; 3 julio 1946, "G. J.", t. LX, p. 728.

⁸⁸ Dice VALENCIA ZEA; "La repercusión que ocasiona en los derechos patrimoniales la lesión a un derecho de la personalidad, suele denominarse daño moral objetivado y la que se produce en los sentimientos íntimos, daño moral subjetivo (Arturo Valencia Zea, Derecho civil, t. III, "De las obligaciones", 3ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1968. p. 226).

“El daño moral objetivado puede fácilmente repararse porque es tangible, estimable con relativa facilidad, concretable en cifras numéricas. Las repercusiones objetivas del daño moral han de indemnizarse aplicándoles las normas que regulan el resarcimiento del perjuicio material”⁸⁹.

A su vez, un fallo de diciembre 13 de 1943 de la Corte Suprema de Justicia, a pesar de que insiste en la distinción, admite en el fondo que los dos conceptos se refieren a un mismo objeto. Al negar la indemnización del daño moral objetivado expresa:

“Se observa, sin embargo, que en los perjuicios materiales por lucro cesante quedan comprendidos los morales objetivados que corresponden a la merma de la capacidad de producción económica del lesionado, con origen en la pena síquica que debió producirle el daño físico que sufrió”⁹⁰.

Finalmente, es importante comentar un fallo del Consejo de Estado, de febrero 9 de 1978, en el que hay un salvamento de voto del doctor MIGUEL LLERAS PIZARRO, el cual compartimos, y que viene a confirmar nuestra crítica.

Al respecto el salvamento expresa:

“Todos los daños que pueden evaluarse directamente de modo racional, son daños materiales y por tanto no pueden confundirse con la conmoción emocional o perturbación síquica que nuestra ley denomina daño moral. La división entre morales objetivados y subjetivos es arbitraria, es decir, sin fundamento legal, fruto de la imaginación, fantasía jurídica, si es que el derecho admire fantasías, en el sentido propio de los fantasmas, o sea visión quimérica como la que ofrecen los sueños o la imaginación acalorada, según la describe el diccionario, tan bellamente. Los daños morales no son sino los que no pueden avaluar los peritos y todos los demás son materiales. La distinción que acoge el fallo en la parte de que disiento conduce a la conclusión injusta y contraria a su primero y grande acierto, de condenar a la mitad. La condena ha debido ser por cuarenta y nueve mil novecientos ochenta pesos, en el supuesto de que en el mercado internacional el gramo de oro no valga más”⁹¹.

Pero la contradicción se hace más palmaria cuando la víctima de unas lesiones personales queda incapacitada laboralmente

⁸⁹ C. S. de J., sala de neg. gen., 5 noviembre 1942, “G. J.”, t. LVI, p. 486.

⁹⁰ C. S. de J., sala de neg. gen., 13 diciembre 1943, “G. J.”, t. LVI, p. 671.

⁹¹ C. de E., 9 febrero 1978, en Jurisprudencia y Doctrina, p. 255; innumerables fallos identifican los dos conceptos, así: C. S. de J., sala de neg. gen., 15 noviembre 1963, “G.J.”, t. CIII, p. 718; 27 abril 1946, “G. J.”, t. LX, p. 596.

no solo por sus lesiones físicas, sino también por la angustia y la depresión sufridas.

Contemplemos esta hipótesis: una persona sufre un accidente que le causa una incapacidad fisiológica y funcional permanente total; adicionalmente, sufre un trauma psicológico de tal entidad que sería suficiente, por sí solo e independientemente de las lesiones físicas, para suprimirle toda capacidad de trabajo. Cada una de las causas, pues, independiente de la otra, produce incapacidad total al perjudicado: las lesiones corporales darían lugar a daños materiales por lucro cesante, ya que la víctima no podrá volver a trabajar; a su vez, el trauma psíquico daría lugar (según la Corte), a daño moral objetivado, pues se trata de un perjuicio patrimonial que se deriva del daño moral subjetivo. Esa sería la solución a que conduciría la teoría del daño moral objetivado aplicada por la jurisprudencia. Ahora, suponiendo que la víctima obtuviera un salario mensual de cien mil pesos, cabrían estas dos preguntas: ¿La pérdida de esos cien mil pesos será daño material, o moral objetivado? ¿La víctima tendrá derecho a una indemnización de doscientos mil pesos?,

Obviamente, es descartable la segunda pregunta, pues de lo contrario habría doble indemnización de un mismo daño; frente a la primera pregunta, entonces, sería necesario renunciar a una de las dos denominaciones, pues lo que se está haciendo no es más que complicar judicialmente las cosas: o son daños materiales o son morales objetivados, pero nunca los dos al mismo tiempo.

Hay un fallo del Consejo de Estado, de septiembre 30 de 1968, en el que se encuentra planteado este dilema⁹², Veamos: debido a una falla del servicio, un individuo sufrió un accidente aéreo que le ocasiono una incapacidad total de movimiento, lo que adicionalmente produjo en la víctima impotencia sexual y un grave estado depresivo. El Consejo de Estado condenó a la indemnización por lucro cesante bajo la denominación de perjuicios morales objetivados y guardó silencio en cuanto al daño material derivado de la pérdida de la capacidad física. Realmente, así tenía que ser, pues de lo contrario, como lo hemos dicho, se estaría indemnizando dos veces el mismo daño. Más adelante, el fallo, al analizar los perjuicios materiales, solo considera los provenientes del daño emergente, consistente en gastos médicos, clínicos, etc. De esta manera pareciera ser que los dos perjuicios son perfectamente compatibles; sin embargo, no hay tal: en realidad se trata, pura y

⁹² C. de E., Sala de lo Cont. Adm., 30 septiembre 1968, Anales, t. LXXV, p. 348; en el mismo sentido, véase C. de E., Cont. Adm., 28 junio 1967, Anales, t. LXXII, p. 295.

simplemente, de perjuicios pecuniarios o patrimoniales en sus dos denominaciones, daño emergente y lucro cesante. Lo que acontece es que a los primeros los denomina perjuicios materiales y a los segundos morales objetivados. No obstante, hay que reconocerle hilvanación a la sentencia, pues nuestro desacuerdo consiste ya simplemente en el empleo de términos. Obsérvese como los otros fallos comentados condenan doblemente a lucro cesante, utilizando la doble denominación de perjuicios materiales y de morales objetivados, lo que es a todas luces contradictorio.

Como se ve, pues, nos hallamos frente a un problema aparentemente inasible por falta de precisión conceptual. Lo peor de todo es que, según un estudio sistematizado que efectuamos de varias décadas de jurisprudencia tanto de la Corte como del Consejo de Estado, nos hemos encontrado con la aberración judicial de que, salvo contadísimas excepciones (que no son tales), las sentencias que admiten a la vez la indemnización de perjuicios morales objetivados y materiales han proferido condenas *in genere*, con el objeto de que los daños sean liquidados en incidente posterior. Por desgracia, el incidente de liquidación de perjuicios termina, como tenía que ser, por reconocer solo uno de los dos daños, limitándose a absolver por el otro, puesto que su cuantía no fue probada dentro del incidente. Por ello, hemos titulado esta sección como el fantasma de los perjuicios morales objetivados. ¿Qué sentido tiene crear una serie de expectativas entre las partes, encareciendo el valor de las costas procesales y las agencias en derecho y, además de eso, alargando innecesariamente los procesos? ¿Para qué insistir en una doble clasificación de perjuicios si en la práctica nunca es otorgada a los demandantes?

En consecuencia, cabría decir que la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado nunca han condenado al mismo tiempo, a favor de una misma víctima y en razón del mismo hecho, al pago de perjuicios morales objetivados y materiales por lucro cesante, ya que un perjuicio excluye al otro.

Pero esos casos excepcionales a que hemos hecho referencia, realmente no otorgan indemnización por perjuicios morales objetivados de acuerdo con la definición que de ellos da la jurisprudencia colombiana. En efecto, unas veces, como en el fallo ya comentado del 30 de septiembre 1968, proferido por el Consejo de Estado, simplemente se le da al daño emergente la denominación de perjuicio material y al lucro cesante la de perjuicio moral objetivado; en consecuencia, no se trata de superponer dos per-

juicios provenientes de incapacidad laboral causada a la vez por lesiones físicas y por depresión psíquica.

Otras veces, a pesar de que los fallos insisten en la definición del perjuicio moral objetivado, las indemnizaciones otorgadas no son acordes con ese criterio y terminan siendo lo que para nosotros constituye la reparación del perjuicio fisiológico y que la doctrina y la jurisprudencia francesas denominan *préjudice d'agrément*⁹³. Como hemos dicho, se trata en estos casos de un legítimo perjuicio que debe ser reparado; lo que acontece es que la Corte y el Consejo de Estado, a pesar de haberlo aplicado desde hace muchos años, lo han encubierto bajo otra denominación. No se trata, pues, de que la Corte haya indemnizado el daño moral objetivado tal y conforme ella lo define, sino que ante la inconsistencia de su doctrina ha terminado indemnizando un daño diferente y que aparentemente ha sido ignorado por nuestros tribunales. ¡Bienvenida sea la indemnización de este daño! Sin embargo, valdría la pena que nuestros tribunales abandonaran la tan manida doctrina de los perjuicios morales objetivados y optara más bien por introducir la doctrina de que los daños fisiológicos poseen una entidad propia y real que da, por tanto, lugar a su indemnización.

⁹³ C. S. de J., sala de neg. gen., 15 diciembre 1956, "G.J.", t. LXXX, p. 1.270.

HACIA UNA PREDICTIBILIDAD DEL RESARCIMIENTO DEL DAÑO A LA PERSONA EN EL SISTEMA JUDICIAL PERUANO

Juan Espinoza Espinoza (*)

“Es así: un demandante muerto raramente vale tanto como uno vivo, severamente mutilado; pero si es una muerte agonizante, no un ahogo rápido o un accidente, el valor puede aumentar considerablemente. Un adulto muerto, de 20 a 30 años vale menos que uno de 40 a 50. Una mujer muerta menos que un hombre muerto. Un adulto soltero menos que uno casado. Un negro menos que un blanco. Un pobre menos que un rico. La víctima perfecta es un profesional blanco de 40 años, en el apogeo de su carrera derribado en su plenitud ¿y la más imperfecta? En el cálculo del derecho de daño personal, Un niño muerto es la víctima que menos vale”.

Jonathan HARR, *A Civil Action*

SUMARIO: 1. Algunos datos a tenerse en cuenta. 2. ¿Cuál es el diagnóstico?. 3. ¿Por qué la cuantificación de los daños realizada por el Poder Judicial es impredecible?. 4. ¿Cómo cuantificar los daños no patrimoniales?. 5. La vida y la salud para el Poder Judicial ¿Cuánto cuesta? ¿Cuánto vale?. 6. Si muere la víctima ¿los parientes deben invocar daño a la persona o daño moral? Una necesaria purificación de los conceptos. 7. Propuestas para que el Poder Judicial sea predecible. 8. La necesidad de contar con un sistema de cuantificación de daños subjetivos que no excluya la valorización equitativa del juez. 9. A manera de conclusión.

Estas frías reflexiones sobre la cuantificación que hacen los tribunales norteamericanos del valor vida, son las que uno puede ver y escuchar en voz del actor John Travolta, quien personifica al abogado Jan Schlichtmann, en la película “*A Civil Action*” dirigida por Steven Zaillian, basada en la novela del mismo nombre de Jonathan Harr.

(*) Profesor de Derecho Civil en las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad de Lima.

1. ALGUNOS DATOS A TENERSE EN CUENTA.

Con motivo del trágico incendio ocurrido en la discoteca “Utopía” en la madrugada del 21.07.02, en la cual murieron 29 personas y 46 resultaron con lesiones graves, el Trigésimo Noveno Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, con sentencia del 30.04.04, fijó una reparación civil de S/. 200,000.00 por cada una de las víctimas y S/.30,000.00 por cada uno de los lesionados. Esta decisión fue confirmada en este extremo por la Primera Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel, con sentencia del 24.11.04. El Juzgado Penal para Procesos en Reserva impuso una indemnización de S/. 50,000.00 a un conocido cirujano plástico por delito contra la vida, el cuerpo y la salud en el tipo de homicidio simple, por la muerte de una modelo producto de una mala *praxis*.

En materia laboral, el Séptimo Juzgado Especializado de Trabajo de Lima, con sentencia del 21.10.00, fijó S/.20,000.00 por daño ocasionado a un trabajador por contraer la enfermedad profesional de silicosis. Esta decisión fue confirmada por la segunda instancia con resolución del 16.07.02. El Tercer Juzgado de Trabajo de Lima, con sentencia del 10.10.01, fijó en S/.30,000.00 la indemnización por daños derivados de una silicosis en tercer estadio de evolución. Esta decisión fue confirmada por la segunda instancia en sentencia del 28.12.01.

El Décimo sexto Juzgado Especializado de Trabajo en Lima, con sentencia del 27.07.01, fijó S/.20,000.00 por daño ocasionado a un trabajador por contraer la enfermedad profesional de silicosis en el primer estado de evolución. Esta decisión fue confirmada por la Tercera Sala Laboral, con resolución del 27.09.01. El Cuarto Juzgado de Trabajo de Lima, con sentencia No. 288-2001, del 29.11.01, cuantificó en S/. 9,000.00 el daño moral ocasionado a un minero de 57 años por contraer la enfermedad profesional de silicosis con 75% de incapacidad, ya que atendiendo a su edad y situación “es improbable que pueda lograr ubicarse dentro del sector laboral, teniendo en cuenta además que sus condiciones físicas se encuentran disminuidas”. La decisión fue confirmada por la Tercera Sala Laboral, con resolución del 04.11.02 modificando el monto de la indemnización a S/.15.000.00. El Décimo Juzgado Laboral de Lima, con sentencia No. 070-2002, del 17.05.02, debido a una neumoniosis con una incapacidad del 100% para el trabajo, fijó como indemnización “por daños y perjuicios ocasionados a la salud” de un minero de 53 años, la cantidad de S/.30,000.00.

El Tercer Juzgado Laboral, con sentencia No. 159-2003-3er. JL-CLF, del 21.08.03, cuantificó S/. 8,000.00 por daño moral “el

estado de incertidumbre que genera la conciencia de padecer la enfermedad de silicosis (en el primer estadio de evolución), creando inconvenientes para su inserción en el mercado de trabajo, además de la angustia y dolor inherente a la alteración de la salud". El mismo juzgado, con sentencia No. 228-2003-3er. JL-CLF, del 09.12.03, cuantificó en S/. 10,000.00 el daño moral por una silicosis en el segundo estadio de evolución. Es de resaltar que este órgano jurisdiccional entiende el "daño moral incluido el daño a la persona".

A nivel de juzgados civiles, en materia de responsabilidad civil médica en el caso de una señora que fue internada en una clínica para el nacimiento de su hija y estando bajo los efectos de la anestesia, una técnica de enfermería le colocó negligentemente una bolsa de agua caliente en sus piernas, produciéndole graves quemaduras, el Sexto Juzgado Civil de la Corte Superior de Lima, impuso a la clínica el pago de US\$5,500.00 más intereses y el monto de US\$3,754.85 para el tratamiento médico especializado para su recuperación. Esta sentencia fue reformada en el monto por resolución de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Lima, de fecha 28.06.96, reduciéndola a S/.25,000.00 "por todo concepto", más intereses legales. Menos suerte tuvo otra señora que fue internada en un hospital también para el nacimiento de su hijo y al aplicársele la anestesia raquídea se alcanzó la médula espinal (cuando sólo debió ser colocada en la zona epidural) y se le generó una mielitis transversa química, que trajo como infeliz resultado la pérdida total de la sensibilidad de los miembros inferiores, incontinencia de las funciones fisiológicas e incapacidad para mantener relaciones sexuales. El Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con resolución No. 67, del 10.11.00, responsabilizó solidariamente al hospital y a la anestesista por la suma de S/.100,000.00 "como indemnización por daños y perjuicios, que incluye los conceptos de lucro cesante, daño emergente y daño moral demandados más intereses legales". Lamentablemente, la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Lima, con resolución del 22.06.01, argumentando "que no hay certeza respecto de la causa", revocó la sentencia de la instancia inferior.

Para el Primer Juzgado Civil de Piura, mediante Resolución No. 49, del 27.07.00, una mala *praxis* de una nefrectomía izquierda, en la cual se tuvo 53 días a un paciente sujeto a un tratamiento equivocado, genera responsabilidad solidaria del hospital, el médico y el ayudante de S/.30,000.00 por "daño moral, físico y económico". Para la Sala Mixta de Sullana, la pérdida del ojo derecho de una conductora de una Combi, generó una responsabilidad del hospital por todo concepto, ascendente a S/.20,000.00.

La demanda (interpuesta el 07.04.94) por una mala *praxis* de una prostactetomía transvesical realizada el 13.07.93, que generó dos intervenciones adicionales que originaron una colostomía (desviación del colon con salida al abdomen) y una cistostomía (desviación de uretra con salida al abdomen), situación que se prolongó durante algunos meses, fue escandalosamente declarada infundada por el Vigésimo octavo Juzgado Civil de Lima, con resolución No. 135, del 31.05.01. La Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, como no podía ser de otra manera, con resolución del 31.01.02, por cuanto no se analizaron todos los medios probatorios, declaró nula la sentencia de la instancia inferior y ordenó que se dictara una nueva. El Vigésimo octavo Juzgado Civil, con Resolución No. 149, del 25.07.03 ordenó a los médicos responsables el pago solidario de S/. 80,000.00. La Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con resolución del 29.04.04, reformó la sentencia de primera instancia, extendiendo la responsabilidad solidaria a la clínica; pero reduciendo el monto a S/. 59,320.00 (de los cuales S/. 19,320.00 son por daño emergente y S/. 40,000.00 por daño moral)¹.

Por la fractura del brazo izquierdo producto de la caída de una usuaria del aeropuerto, debido a que el piso se encontraba mojado, se demandó a CORPAC y a Promotora Internacional de Servicios S.A. El Cuarto Juzgado en lo Civil en Resolución No. 24, del 22.04.02, declaró infundada la pretensión por imprudencia de la víctima. La Sala Civil de la Corte Superior del Callao, con resolución No. 35, del 25.10.02, revocó la decisión de primera instancia, fijando una indemnización de \$5,000.00.

Por una menor de 12 años que murió ahogada en una excursión escolar, el Cuarto Juzgado Civil de Piura, con Resolución No. 20, del 04.03.01, fijó una indemnización por daño moral de \$30,000.00 a favor de los padres. La Segunda Sala Especializada en lo Civil de Piura, con Resolución No. 31, del 05.07.01, confirmó la decisión, modificando el monto a S/.30,000.00.

Producto de un disparo que hace un cabo del Ejército Peruano a una Combi en marcha durante el período del toque de queda, se lesiona la pierna derecha de un ingeniero de minas, (fractura expuesta III, conminuta con pérdida ósea de un tercio distal de fémur derecho). Ante la demanda resarcitoria, el Noveno Juzgado en lo Civil de Lima, con Resolución No. 15, del 15.09.96, fijó una reparación global de S/.100,000.00 impuesta al Ministerio de Defensa del Estado Peruano. La Tercera Sala Civil de la Corte Su-

¹ Se establece que la solidaridad de uno de los galenos (en función de su participación en el daño) sólo será hasta S/. 50,000.00.

perior de Justicia de Lima, con resolución del 12.03.98, confirma la decisión de la instancia inferior aumentando la indemnización a S/200,000.00.

Debido a una ráfaga de armas de fuego que ordena un teniente de la Policía Nacional del Perú sobre una avioneta comercial que no obedeció la orden de detenerse en una zona de emergencia, muere un técnico de la tripulación (padre de familia) y el Décimo Quinto Juzgado Civil de Lima, con resolución del 28.05.93, ordena el pago de una indemnización por S/30,000.00 a cargo del Ministerio de Interior en beneficio de su viuda. La Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Lima, con resolución del 22.04.94 confirmó esta decisión.

El más alto contencioso es en accidentes de tránsito: el Segundo Juzgado Civil de Lima, con sentencia del 24.08.98, fijó en S/25,000.00 el monto indemnizatorio por concepto de daño moral, a favor del padre, por la muerte de la víctima (un varón de 23 años), debido a la colisión entre el vehículo que este conducía y el del agente dañante. En segunda instancia, la Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento de la Corte Superior de Lima, con sentencia de fecha 26.11.98, confirmó la decisión de primera instancia ordenando el pago del mismo monto con deducción de los pagos efectuados por los demandados.

El Tercer Juzgado Corporativo Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Lima, con sentencia de 26.10.99, fijó en S/50,000.00 la indemnización por daño moral a favor de la madre de la víctima (varón de 17 años) muerto a causa de un atropello. En segunda instancia, la Corte Superior de Justicia, confirma esta decisión.

El Vigésimo Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Lima, con sentencia de 28.08.98, fijó en \$6,000.00 la indemnización por daño moral "físico y económico" (monto reducido en atención a que concurrió en evento lesivo la imprudencia de la víctima) a favor de la afectada (mujer de 63 años) como consecuencia de haber sido atropellada al momento de cruzar la calle, ocasionándole lesiones en el miembro inferior izquierdo (politraumatismo, herida a colgajo amplio en el muslo izquierdo, atricción severa de la pelvis, entre otras). En segunda instancia la Sala de Procesos Abreviados y de conocimiento de la Corte Superior de Lima, confirmó la sentencia apelada reformándola en cuanto el monto indemnizatorio fijándolo en S/20,000.00.

Por una rotura y contusión del brazo izquierdo de un chofer de 41 años, el Décimo Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima,

con resolución del 05.07.97, fijó en S/.30,000.00 la indemnización por “daños y perjuicios”. La Sala Especializada en Procesos de Conocimiento y Abreviado, con resolución del 24.08.98, confirmó la sentencia y la revocó en el monto, reduciendo la indemnización a S/.15,000.00.

Por la muerte de un varón de 43 años, con Resolución N° 35 del 23.12.98, en primera instancia, se fijó la suma de S/.50,000.00 por todo concepto indemnizatorio, en beneficio del padre (único heredero de su hijo). La Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento de la Corte Superior de Lima, con Resolución del 15.03.00, confirma esta sentencia, reformulando el monto a S/.150,000.00.

Frente a un enigmático pedido por “daño moral a la persona” y “daños emergentes”, sin precisarse exactamente en qué consistieron, producto del atropello de un menor de 16 años, el Segundo Juzgado de Paz Letrado de la Corte Superior de Justicia de Lima, con Resolución N° 14, del 21.08.00, fijó en S/.6,000.00 el monto indemnizatorio por todo concepto sin incluir el daño moral ni el lucro cesante reclamados, debido a que éstos no fueron debidamente acreditados (por lo que debemos presumir que se trata de daño emergente). El Noveno Juzgado Civil de la Corte Superior de Lima, con Resolución N° 6, del 11.01.01, confirmó la decisión de primera instancia, modificando el monto a S/.4,000.00.

Con Resolución N° 17, del 15.10.98, el Segundo Juzgado Civil de Lima, fijó por todo concepto la suma de \$100,000.00 por la muerte de un abogado de 46 años, en beneficio de su viuda e hijos. La Sala Civil de Procesos Abreviados y de Conocimiento, con resolución del 16.11.99, confirmó la sentencia, reformando el monto a S/.100,000.00.

Por el politraumatismo de dos niñas que fueron atropelladas conduciendo una bicicleta, el Décimo Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con Resolución N° 7, del 29.08.97, declaró infundada la pretensión indemnizatoria argumentando ruptura del nexo causal por la imprudencia de las víctimas. Con mayor tino; pero no por ello con mayor precisión, la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con resolución del 27.01.98, revoca la decisión de primera instancia y ordena a los demandados que abonen solidariamente la suma de S/.5,000.00 “como indemnización de daños y perjuicios”.

Por “el daño emergente” ocasionado “vale decir el politraumatismo con pérdida de dermis, muslo y pierna izquierda” de una viuda de 63 años, el Décimo Quinto Juzgado Civil de Lima,

con Resolución N° 34, del 23.06.93, fijó una indemnización de S/.12,000.00. La Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con resolución del 29.04.94, redujo el monto indemnizatorio a S/.8,000.00.

Por la fractura del brazo izquierdo de una expendedora de platos típicos del Estadio Municipal de Sullana, ocasionada por un chofer de una moto-taxi, el Primer Juzgado Civil de Sullana fijó una indemnización de S/.8,000.00, reduciéndose en segunda instancia, con resolución N° 34, del 23.05.03, a S/.6,000.00.

Con Resolución N° 23 del 30.01.98, el Cuarto Juzgado Civil de Lima determinó por concepto de indemnización a favor de un sujeto la suma de S/.30,000.00 como consecuencia de daños físicos y psicológicos (politraumatismo, fractura mandibular y de costillas, así como lesión de la columna cervical). La Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó la sentencia, con Resolución del 14.07.98.

Por la muerte de un chofer profesional, padre de familia que deja dos hijos huérfanos de 7 y 3 años, el Vigésimo Octavo Juzgado Civil de Lima, con Resolución No. 25, del 19.07.01, fijó una indemnización de S/.40,000.00 impuesta a los responsables solidarios. La Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con Resolución del 09.04.02, confirmó la sentencia de primera instancia, reduciendo la indemnización a S/.30,000.00.

Con Resolución No. 20, del 10.01.00, el Juzgado Especializado en lo Civil de Piura, fijó en S/.50,000.00 (de los cuales S/.2,700.00 son por daño emergente) la indemnización por daños y perjuicios producidos por la muerte de un fotógrafo, padre de tres hijos. La Segunda Sala Especializada en lo Civil de Piura, con Resolución N° 27, del 26.04.02, confirmó la sentencia apelada.

Por la muerte de un padre de familia de 27 años, que deja viuda y una hija de cinco años de edad, el Cuarto Juzgado Civil de Piura, con Resolución N° 15, del 02.07.03, fijó una indemnización de S/.10,000.00 por daño moral a favor de la viuda. La Primera Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura, con Resolución N° 24, del 30.09.03, confirmó esta decisión.

Con Resolución N° 12, del 06.09.95, el Juzgado Especializado en lo Civil de Sullana estableció por los daños sufridos a los padres de una menor de un año la cantidad de S/.70,000.00 al padre (por traumatismo severo del pié izquierdo, con pérdida de partes blandas, trauma torácico y contusiones menores, con un período de incapacidad de 90 días) y la de S/.50,000.00 a la madre (enfer-

mera, que sufrió la pérdida del miembro inferior derecho a nivel del tercio proximal de la pierna, con un período de incapacidad de un año). La Primera Sala Civil de la Corte Superior de Piura, con Resolución N° 22, del 25.01.96, confirma la sentencia y reduce el monto a S/.10.000.00 y S/.7,000.00, respectivamente. La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia casa esta resolución y dispone que se paguen S/.50,000.00 y S/.70,000.00, respectivamente.

El Vigésimo noveno Juzgado Especializado en lo Civil de Lima con Resolución N° 15 de fecha 18.12.95, en el caso del atropello a un menor de 17 años (que escapaba de una redada policial) producido por un automóvil que se desplazaba por una vía de alta velocidad (como la vía expresa), se estableció como indemnización por daño moral de la víctima la suma de \$/.3,000.00 (otorgada finalmente a los padres de la víctima debido a que ésta falleció en el desarrollo del proceso). Por su parte la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima con resolución N° 637 de fecha 28.06.96, en segunda instancia, determinó que la imprudencia de la propia víctima, al cruzar una vía no destinada al tránsito peatonal, se configura como el factor determinante del evento lesivo, que conlleva, subsecuentemente, a establecer la exoneración de responsabilidad del agente, determinando que se revoque la decisión de primera instancia y que la demanda sea declarada infundada.

En un accidente producido durante la prestación de los servicios a través de una unidad de transporte terrestre internacional, ante la demanda una pasajera (cosedora de redes de pesca y madre de familia) que perdió su brazo derecho, así como sufrió una serie de traumatismos cerebrales, maxilares, faciales, fracturas de una clavícula y dos costillas, el Décimo Noveno Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con Resolución N° 9, del 29.10.97, fijó una indemnización de S/.35,000.00. La Sala de los Procesos Abreviados y de Conocimiento de la Corte Superior de Justicia de Lima, con resolución del 05.03.99, confirmó esta decisión.

Por la muerte de un padre que deja viuda y dos hijos menores de edad, el Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con Resolución N° 10, del 31.01.03, fijó una indemnización “de daños y perjuicios” ascendente a S/.100,000.00. La Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con Resolución del 04.09.03, argumentando un inexplicable “caso fortuito”, revocó la sentencia de primera instancia, declarando infundada la demanda.

Por la muerte derivada de la caída de un pasajero de 70 años mientras descendía de un medio de transporte, debido a que el chofer hizo una maniobra, el Cuadragésimo Juzgado Especializado

con Resolución N° 3, del 24.09.97, argumentando “fuerza mayor” declaró infundada la demanda resarcitoria. La Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento de la Corte Superior de Justicia de Lima, con resolución del 04.05.98, con mayor tino, revocó la decisión de primera instancia y fijó una indemnización de S/. 15,000.00 en beneficio de la viuda.

En ocasión de un accidente de tránsito, producido por la colisión de un ómnibus de transporte interprovincial de pasajeros con un tren, cuyo saldo fatal se tradujo en la muerte de 16 pasajeros, el Primer Juzgado Mixto de Yauli - La Oroya con resolución N° 17 de fecha 23.09.98, otorgó a la cónyuge de una de las víctimas, en atención al daño emergente, lucro cesante (dado que la víctima era un próspero comerciante), daño moral y por que “el valor de la vida humana es inconmensurable”, una suma equivalente a S/.20,000.00.

Nota aparte, merecen los casos en los cuales, pese a haberse iniciado un proceso penal y obtenido una indemnización, se vuelve a pedir lo mismo ante el juez civil: Una hija demanda por la muerte de su padre, de 68 años, producto de un accidente automovilístico. El Octavo Juzgado Civil de Lima, con resolución del 07.04.99, declara infundada la demanda, por cuanto se señala que el accidente se debió a imprudencia de la víctima que se encontraba alcoholizada. La Sala Civil Corporativa Especializada en Procesos Abreviados y de Conocimiento, con sentencia del 26.11.99, debido a que considera que el factor decisivo de la muerte fue la acción del conductor, revoca la decisión de la instancia inferior, fijando como indemnización por todo concepto, la cantidad de S/.10,000.00. Pequeño particular: el Primer Juzgado Penal de Cañete, con sentencia del 25.06.98, ya había fijado una indemnización por concepto de reparación civil, ascendiente a S/.4,500.00.

Por un accidente en el que fue víctima un piloto aéreo, al cual tuvieron que reconstruir sus brazos con prótesis metálicas, así como el fémur izquierdo, reduciendo su pierna en más de un centímetro, el Tercer Juzgado Corporativo Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con Resolución N° 30, del 07.10.99, (no obstante el Trigésimo Juzgado Penal de Lima había ya fijado una indemnización por S/.2,000.00, con Resolución del 17.06.98 que quedó consentida), fijó una indemnización por S/.150,000.00 “por concepto de daños y perjuicios”. La Sala Civil para Procesos Abreviados y de Conocimiento de la Corte Superior de Justicia de Lima, con sentencia del 01.08.00, Confirmó la resolución de primera instancia, reformándola al fijar S/.300,000.00 por lucro cesante y S/. 50,000.00 por daño moral.

Por la muerte de un padre de familia, no obstante la transacción y la reparación civil derivada de un proceso penal, el Juez Especializado en lo Civil de Piura, con Resolución N° 15 del 20.05.95, ordenó a uno de los demandados el pago de S/. 5,000.00 “monto al que se le descontará lo pagado en la transacción anterior, o lo que se ordena en la vía penal” y al otro el pago de S/.2,000.00 en beneficio de la viuda y sus dos hijos mayores de edad. La Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Piura, con Resolución N° 21, del 26.08.96, confirma la decisión y reforma la indemnización para que sea asumida solidariamente por ambos demandados hasta la suma de S/.10,000.00.

Por la muerte de un hijo soltero, el Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Piura, con resolución No. 11, el 08.05.01, no obstante la demandante -madre del occiso- se constituyó como parte civil en un proceso penal (y al decir del juez civil, resulta una “pretensión que no impide la ampliación de la misma en la vía civil”) y se fijó una indemnización de S/.5,000.00, determinó una reparación de S/.20,000.00. La Primera Sala Civil de la Corte Superior de Piura, con Resolución N° 21, del 11.09.01, confirmó la decisión de primera instancia, modificando la indemnización en S/.25,000.00 por los conceptos de daño moral y lucro cesante, (a los cuales se le descontaron los S/.5,000.00 fijados en el proceso penal).

Por la muerte de un padre de familia, (no obstante que en un proceso penal, la Sala Descentralizada Mixta de Sullana, fijó una reparación civil de S/.20,000.00) el Segundo Juzgado Civil de Piura, con Resolución N° 14, del 14.01.00, fijó una indemnización global de S/.20,000.00 a favor de la viuda. La Primera Sala Civil de la Corte Superior de Piura, con Resolución N° 22, del 12.05.00, confirmó esta decisión aumentando el *quantum* indemnizatorio a S/.30,000.00.

Por la vida de un varón de 72 años, el Décimo Cuarto Juzgado Civil de Lima, con resolución N° 11, del 27.05.96, fijó la suma de S/.5,000.00 “con deducción de lo ordenado pagar en el expediente penal que se tiene a la vista”, a favor de su esposa y sus hijos. La Octava Sala Civil de la Corte Superior de Lima, con Resolución N° 3, del 06.12.96, aumentó la indemnización a S/.7,500.00.

En el accidente producido por un automóvil que embistió a un sujeto que manejaba una bicicleta ocasionándole serias lesiones en la columna vertebral (que terminó por dejarlo paralítico de los miembros inferiores) el Decimonoveno Juzgado Especializado en lo Civil de Lima con Resolución N° 50 de fecha 01.12.97 otorgó S/. 50,000.00 como indemnización a la víctima por daño moral, daño emergente y lucro cesante. Cabe señalar que el órgano jurisdiccional

establece como elemento valorativo para efectos de fijar el monto indemnizatorio el pago de sumas dinerarias que la demandada efectuó en sede penal (probablemente por concepto de reparación civil) que “demuestra la intención de la demandada de resarcir de algún modo el daño ocasionado”.

En el caso de la muerte de un joven de 23 años, bachiller de economía, que se encontraba al interior de uno de los dos vehículos que colisionaron violentamente, en calidad de pasajero el Segundo Juzgado especializado en lo Civil de Piura con resolución N° 17 de fecha 31.12.96 terminó por establecer que el monto indemnizatorio que debía otorgarse a los padres de la víctima era el equivalente a S/.6,000.00, individualizando los montos por cada daño como sigue: S/.3,000.00 por daño emergente, S/.2,000.00 por lucro cesante y S/.1,000.00 por el daño moral que padecieron los padres de la víctima. No se ampara la indemnización por daño a la persona debido a que no se verificó en los padres el padecimiento de “una perturbación o alteración del equilibrio psíquico”. Cabe agregar, por otro lado, que la orden de pago recae en un primer momento sobre los choferes de los respectivos vehículos y la propiedad de uno de ellos, sin embargo finalmente se termina exonerando de la responsabilidad patrimonial a los referidos choferes en mérito a que éstos ya fueron condenados al pago de una reparación civil en sede penal por una suma ascendente a S/. 15,000.00. En segunda instancia mediante resolución N° 27 de fecha 22.04.97 se confirmó la sentencia apelada, estableciendo, sin embargo, que los choferes sí debían responder patrimonialmente en sede civil por los daños ocasionados y reformulándola en cuando a los daños resarcibles (indemnizando en ese sentido solo el daño emergente y el daño moral) se estableció como suma indemnizatoria S/.17,000.00 declarando infundadas las pretensiones sobre lucro cesante y daño a la persona por falta de acreditación.

Por la muerte de un hijo de familia de 27 años, empleado de la SUNAT, arrollado por un trayler, mientras se encontraba desempeñando su trabajo en una carpa situada en la explanada oeste de una garita de control, el Undécimo Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con Resolución N° 30, del 09.01.97, (no obstante se hace mención de un proceso en el Primer Juzgado Penal del Cono Norte), fija una indemnización de \$35,000.00 a favor de sus padres, la cual sería asumida solidariamente por el chofer y el propietario, liberándose de responsabilidad al empleador (SUNAT). La Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Lima, con sentencia del 22.08.97, confirmó la sentencia, reformando el pago solidario a S/.100,000.00, más el pago de S/.25,000.00 a cargo del empleador.

En una gresca callejera, en la que se dispara en la columna vertebral a un joven de 17 años, perforándose uno de sus pulmones, fracturando la costilla, generando la parálisis de los miembros inferiores, la madre (no obstante el Segundo Juzgado Penal del Cono Norte fijó una reparación civil de S/.5,000.00 y la Corte Suprema la elevó a S/.20,000.00) interpuso una demanda ante el Quinto Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior del Cono Norte de Lima. Durante el proceso, el menor muere producto de una septicemia. Mediante Resolución N° 45, del 02.12.98, se fija una indemnización de S/.70,000.00 por todo concepto. La Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima, con resolución N° 204, del 22.07.99, reduce la indemnización a S/.24,000.00. En el voto dirimente se precisa que se entiende “que la indemnización señalada en el proceso penal está incluida en el monto señalado”. Esta resolución cuenta con un voto en contra, en el cual se decide por la revocación de la sentencia de primera instancia “toda vez que la inejecución de una resolución judicial no puede enervar la solicitud de un doble pedido al órgano jurisdiccional”.

Por la muerte de un menor que muere ahogado en una excursión escolar, el Tercer Juzgado Especializado Civil de Piura, con Resolución N° 9, del 25.10.01, no obstante había un proceso penal en el cual se pagó una reparación civil, fijó una indemnización por daño moral de S/.30,000.00 a favor de los padres. La Primera Sala Especializada en lo Civil de Piura, con Resolución No. 30, del 23.04.02, por motivos obvios, revocó la sentencia de primera instancia, declarando improcedente la demanda.

2. ¿CUÁL ES EL DIAGNÓSTICO?

El diagnóstico de ese pequeño muestreo de resoluciones penales, laborales y civiles sobre responsabilidad civil es el siguiente:

En materia laboral, las indemnizaciones (que son 11) oscilan entre S/. 8,000.00 y S/.30,000.00. Lo cual nos da un promedio de S/.19,000.00. Téngase presente que los jueces laborales utilizan los artículos del código civil que regulan la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones y por ello toman como referencia el artículo 1322, que se refiere al daño moral; pero lo entienden en un sentido lato, vale decir, como daño subjetivo o no patrimonial o como daño a la persona.

- a) En materia penal, al igual que en la civil, debido a que los jueces imponen indemnizaciones “por todo concepto”, re-

sulta imposible determinar qué parte del monto se debe a los daños patrimoniales y a los no patrimoniales.

- b) Aún admitiendo la indemnización “por todo concepto”, no existe una proporción adecuada entre el daño causado y la indemnización. Así, no se entiende por qué un juez civil valoriza la pérdida del ojo derecho de una conductora de una combi en S/.20,000.00 y unas quemaduras entre las piernas de un ama de casa en S/.25.000.00. O por qué los jueces penales cuantifican idénticos daños en proporciones diversas: la vida de una persona que murió asfixiada en una discoteca en S/.200,000.00 y la de una modelo muerta en un quirófano en S/.50,000.00 (exactamente la cuarta parte).
- c) El triste corolario de esta pequeña exploración es que el Poder Judicial también en lo que a cuantificación de daños se refiere es impredecible.

3. ¿POR QUÉ LA CUANTIFICACIÓN DE LOS DAÑOS REALIZADA POR EL PODER JUDICIAL ES IMPREDECIBLE?

Esto no sólo es responsabilidad de los jueces, también lo es de los abogados que, por facilidad, desidia y mala costumbre redactan sus demandas sin individualizar ni acreditar suficientemente los daños causados.

Identificaré las causas que contribuyen a esta impredecibilidad:

- a) **Los operadores jurídicos no respetamos la normatividad en lo que a individualización de daños se refiere.** Por ello, la búsqueda de los criterios de cuantificación de los daños (patrimoniales y no patrimoniales) resulta ser un misterio indescifrable.
- b) **Los jueces civiles se olvidan de la excepción de la cosa juzgada** (artículo 446.8 c.p.c.), cuando quien demanda por reparación ya la obtuvo en un proceso penal. El extraño fundamento, que parece iluminar a estos operadores jurídicos es el reducido *quantum* que imponen sus colegas penales, integrándolo al suyo.
- c) **No hay unanimidad en calificar el daño por pérdida de un pariente.** Ello genera un problema operativo, pues muchos jueces solicitan que se acredite la legitimidad para obrar con

la declaratoria de herederos, lo cual conlleva a una dilación innecesaria del proceso.

- d) No hay unanimidad en cuantificar los daños físicos o psíquicos de las personas.

4. ¿CÓMO CUANTIFICAR LOS DAÑOS NO PATRIMONIALES?

Aparte del socorrido artículo 1322 c.c. que, en materia contractual, permite al juez aplicar el criterio valorativo. No tenemos una solución de este problema. El criterio tabular ya está regulado en el ordenamiento jurídico nacional, al menos, a nivel legislativo, en materia de accidentes de tránsito en el art. 29 del Reglamento Nacional de Responsabilidad Civil y Seguros Obligatorios por Accidentes de Tránsito, aprobado por D.S. N° 049-2000-MTC, del 10.10.00 y en el artículo 114.1 de la Ley de Aeronáutica Civil, N° 27261, del 09.05.00.

La experiencia jurisprudencial italiana nos ha enseñado que los jueces no deben esperar que una ley solucione este problema. Los mismos jueces han establecido unas tablas mínimas que son adoptadas para los casos de invalidez permanente². Como afirma autorizada doctrina italiana, “la tabla resarcitoria es un documento que permite asignar un valor en dinero al porcentaje de menoscabo a la integridad física y/o psíquica”³. Veamos un ejemplo:

TRIBUNAL CIVIL DE MILANO - TABLA DE LIQUIDACIÓN DEL DAÑO BIOLÓGICO 2005

Porcentaje de invalidez	18	45	60
5%	5.630,00	4.799,00	4.338,00
30%	97.114,00	82.786,00	74.826,00
80%	484.974,00	413.420,00	373.668,00

² Así, “todos los jueces en Italia efectúan ya el cálculo del resarcimiento del daño utilizando tablas que han logrado una difusión nacional” (VISINTINI, GIOVANNA, *El daño resarcible*, traducido por ARIANO DEHO, EUGENIA y RETAMOZO ESCOBAR, JALIYA, en *Responsabilidad Civil. Nuevas tendencias, unificación y reforma. Veinte años después*, edición bajo la dirección de ESPINOZA ESPINOZA JUAN, Palestra, Lima, 2005, 254) .

³ BUSNELLI, FRANCESCO. Propuestas europeas de racionalización del resarcimiento del daño no económico, en *Responsabilidad Civil II, Hacia una unificación de criterios de cuantificación de los daños en materia civil, penal y laboral*, a cura de ESPINOZA ESPINOZA, JUAN, Editorial Rodhas, Lima, 2006, 232.

Ello quiere decir que, si una persona de 45 años, por ejemplo, sufre una invalidez permanente del 30% (el porcentaje de invalidez lo determina un perito de oficio), recibirá como daño biológico la suma de € 82,786.00. Si se presenta invalidez temporal, el parámetro de referencia es de € 65 al día y se tiene que hacer una operación en la cual se multiplique este monto por el día y por el porcentaje de la invalidez. Así si esta persona tiene 2 días de invalidez temporal total, se le pagarán € 130; pero si además tiene 30 días de una invalidez del 30%, se multiplicará $65 \times 30 \times 0,30$, que dará un resultado de € 585. A estos € 83,501.00, se le pueden agregar:

- a) Por valorización personalizada: hasta un 30%
- b) Por daño moral: desde un cuarto hasta la mitad de la liquidación del daño biológico.
- c) Por daño no patrimonial de intereses constitucionalmente protegidos, diversos al derecho a la salud: hasta dos tercios de la suma liquidada a título de daño biológico.

Por ello, se afirma que “la liquidación del daño a la salud (o daño biológico) debe ser efectuada teniendo presente dos criterios de fondo.

Por un lado, un *criterio de uniformidad*, que impone una homogeneidad en el tratamiento resarcitorio frente a lesiones similares. (...)

El segundo criterio de cuantificación es el de *personalización del daño*. Una vez garantizada una uniformidad de base, y por lo tanto un límite mínimo de tutela, el juez está obligado a considerar las peculiaridades de cada caso concreto; éstas pueden exigir una variación en el incremento de la medida resarcitoria determinada en base al criterio de homogeneidad”⁴.

Sin embargo, ahí no quedan las tablas mínimas. Por muerte de familiares se establecen los siguientes montos:

Daño no patrimonial a favor de cada padre por muerte de un hijo	Desde 100.000 hasta 200.000 euros
Daño no patrimonial a favor del hijo por muerte de un padre	Desde 100.000 hasta 200.000 euros
Daño no patrimonial a favor del cónyuge (no separado) o del conviviente sobreviviente	Desde 100.000 hasta 200.000 euros
Daño no patrimonial a favor del hermano por la muerte de un hermano	Desde 20.000 hasta 120.000 euros

⁴ GNAN, Alessandro I, *La cuantificación del daño no patrimonial por parte del Juez Italiano*, traducido por Ariano DEHO, Eugenia y RETAMOZO ESCOBAR, Jaliya, en *Responsabilidad Civil II, Hacia una unificación de criterios de cuantificación de los daños en materia civil, penal y laboral*, cit., 240.

Para graves lesiones a los familiares se tendrá como límite los topes máximos señalados en caso de muerte. Merece ponerse de relieve que no se establece diferencia alguna en la indemnización por daño por pérdida de la pareja, sea esta casada o no. Por su parte, la Cuarta Sección del Tribunal de Torino ha actualizado sus propias tablas, que fueron difundidas en el 2004. Resultan sumamente ilustrativos los siguientes criterios de liquidación del daño moral⁵:

Por lesiones sufridas directamente	Desde un cuarto hasta la mitad de lo que haya sido liquidado por invalidez temporal (considerando particularmente el período de recuperación en el hospital) y por invalidez permanente.
Por lesiones sufridas por un pariente	En vía equitativa, según las condiciones específicas y sólo en los casos en los cuales se considere resarcible tal voz de daño.
A favor de los parientes por la muerte de:	
Padres convivientes	94, 100 euros
Padres no convivientes	58,465 euros
Otros ascendientes	Desde 17,261 hasta 33,965 euros
Hermanos convivientes	29,511 euros
Hermanos no convivientes	17,818 euros
Cónyuge conviviente	94,100 euros
Cónyuge separado	A evaluarse caso por caso
Conviviente <i>more uxorio</i>	Al menos 19,488 euros con referencia al caso particular
Hijos convivientes menores de 18 años	100,225 euros
Hijos convivientes mayores de 18 años	94,100 euros
Hijos no convivientes	No menos de 77,954 euros

Se establece que estos importes pueden incrementarse o disminuir hasta el 50% en relación a las particulares condiciones de cada situación en concreto. Una *regla* que podemos obtener de esta tabla es que, en línea de principio, correspondería el mismo monto indemnizatorio a los padres, cónyuge e hijos mayores de 18 años, siempre y cuando hayan convivido con la víctima. Para los hijos menores de 18 años que hayan vivido con la víctima el monto es mayor y no veo explicación alguna para que al conviviente se le otorgue una menor indemnización por daño moral.

El Tribunal de Venezia ha establecido a favor del dañado: entre el 30 y el 50% de total del daño biológico (permanente y temporal), según el grado de sufrimiento probado, quedando a salvo una liquidación mayor en el supuesto que se acredite un sufrimiento de excepcional gravedad. En el caso que falte la prueba de grado

⁵ En *Guida al Diritto*, Il Sole 24 Ore, Milano, junio, 2005, 35.

del sufrimiento, se podrá otorgar hasta el 40% del total del daño biológico. Estos importes por daño moral se han fijado con criterios equitativos y tienen carácter meramente indicativo. A favor de los parientes próximos sobrevivientes se fija:

Vínculo familiar	Liquidación	Valor Standard
Pareja de padres (aunque sean divorciados)	Desde 40.000 hasta 98.000 euros a cada uno	69.000 euros
Padre único	Desde 60.000 hasta 146.000 euros	103.000 euros
Hijos	Desde 29.000 hasta 115.000 euros (considerando: edad, convivencia, elemento afectivo, situación de la familia, sobrevivencia del otro padre)	72.000 euros
Cónyuge conviviente o conviviente de hecho estable	Desde 46.000 hasta 155.000 euros	100.500 euros
Cónyuge separado	Valorización caso por caso, teniendo en cuenta la presencia de los hijos, duración del matrimonio, calidad de la relación posterior a la separación, ausencia de nuevas nupcias.	
Hermano	Desde 12.000 hasta 31.000 euros (teniendo en cuenta la edad, el número de los hermanos, la convivencia, la calidad de la relación)	21.500 euros

Nótese que, en caso de la pérdida del hijo, se indemniza más al padre solo que al que tiene pareja, porque se asume que el primero sufre un mayor daño moral que el segundo. El Tribunal de Bologna fija los siguientes importes de daño moral por homicidio culposo (en euros):

Familiares	Mínimo	Máximo
Muerte de un hijo (para cada padre)	89.616,74	143.929,93
Muerte del cónyuge conviviente	78.210,98	114.600,93
Muerte del padre con hijo de edad inferior a los 30 años (para cada hijo)	56.485,70	143.929,93
Muerte del padre con hijo de edad superior a los 30 años (para cada hijo)	33.674,16	63.546,42
Muerte de un hermano conviviente (para cada hermano)	19.552,74	31.501,64
Muerte de un hermano no conviviente (para cada hermano)	14.121,41	25.527,19

El Tribunal de Firenze emplea la siguiente tabla para el daño no patrimonial (dentro de éste el daño moral y el existencial, entre otros) por muerte o invalidez gravísima de un pariente:

Familiares	Mínimo (euros)	Máximo (euros)
Al cónyuge por muerte o invalidez gravísima	82.600	210.000
A cada uno de los padres por muerte o invalidez gravísima de un hijo		
Unico, soltero, conviviente	99.000	198.000
Unico, soltero, no conviviente	82.600	198.000
Unico, casado, conviviente	82,600	165.000
Unico, casado, no conviviente	66.000	165.000
Soltero, conviviente	82.600	198.000
Soltero, no conviviente	66.000	165.000
Casado, conviviente	75.000	165.000
A cada uno de los hijos por muerte o invalidez gravísima de un padre		
Padre conviviente con hijo menor de edad	82.600	198.000
Padre conviviente con hijo mayor de edad	55.150	132.300
Padre no conviviente	44.100	82.600
A cada uno de los hermanos o hermanas por muerte o invalidez gravísima		
Conviviente	49.600	82.600
No conviviente	41.350	57.500

El Tribunal de Roma presenta un cuadro más articulado (ya que contiene tres factores de corrección) del daño moral por muerte:

Titulares del resarcimiento (convivientes)	Resarcimiento base (en euros)	No convivencia con el difunto	Presencia de otros parientes convivientes	Ausencia de otros parientes convivientes
Cónyuge	155.100	No varía; reducción hasta el 50% en caso de separación	Reducción hasta el 30%	Aumento hasta el 50%
Hijo menor de edad	186.000	Reducción hasta el 30%	Reducción hasta el 30%	Aumento hasta el 50%
Hijo mayor de edad	124.200	Reducción hasta el 30%	Reducción hasta el 30%	Aumento hasta el 50%
Padre	155.100	Reducción hasta el 20%	Reducción hasta el 30%	Aumento hasta el 50%
Hermano	60.700	Reducción hasta el 50%	Reducción hasta el 30%	Aumento hasta el 50%

El Tribunal de Cagliari fija los siguientes valores de referencia de daño moral por la muerte de un familiar:

A cada padre por la muerte de un hijo	Desde 100.000 hasta 200.000 euros
A cada hijo por la muerte de un padre	Desde 50.000 hasta 200.000 euros
Por la muerte del cónyuge o del conviviente	Desde 50.000 hasta 200.000 euros
Por la muerte de un hermano	Desde 25.000 hasta 100.000 euros

5. LA VIDA Y LA SALUD PARA EL PODER JUDICIAL ¿CUÁNTO CUESTA? ¿CUÁNTO VALE?

En función de los datos de muestreo que he obtenido, me atrevo a formular los siguientes cuadros:

PROCESOS CIVILES EN CASO DE FALLECIMIENTO

Sujeto	Primera Instancia	Segunda Instancia	Procedencia
Niña de 12 años	\$30,000.00	S/.30,000.00	Lima
Técnico de tripulación	S/.30,000.00	S/.30,000.00	Lima
Varón de 23 años	S/.25,000.00	S/.25,000.00	Lima
Varón de 17 años	S/50,000.00	S/.50,000.00	Lima
Varón de 43 años	S/.50,000.00	S/.150,000.00	Lima
Abogado de 46 años	\$100,000.00	S/.100,000.00	Lima
Chofer profesional	S/.40,000.00	S/.30,000.00	Lima
Fotógrafo	S/.47,300.00	S/.47,300.00	Lima
Padre de 27 años	S/.10,000.00	S/.10,000.00	Piura
Hijo de 27 años	\$35,000.00	S/.125,000.00	Lima
Piraña de 17 años	\$3,000.00	Infundado	Lima
Padre de familia	S/.100,000.00	¿?	Lima
Varón de 70 años	¿?	S/.15,000.00	Lima
Varón	S/.20,000.00	-----	Yauli

PROCESOS PENALES EN CASO DE FALLECIMIENTO

Sujeto	Primera Instancia	Segunda Instancia	Procedencia
Caso Utopía	S/.200,000.00	S/.200,000.00	Lima
Mala praxis	S/.50,000.00	-----	Lima

PROCESOS CIVILES Y PROCESOS PENALES EN CASO DE FALLECIMIENTO

Sujeto	Primera Instancia	Segunda Instancia	Proceso Penal	Procedencia
Varón de 68 años	Infundado	S/.10,000.00	S/.4,500.00	Lima
Padre de familia	S/.7,000.00	S/.10,000.00	No se indica	Piura
Varón	S/.20,000.00	S/.20,000.00	S/.5,000.00	Piura
Varón	S/.20,000.00	S/.30,000.00	S/.20,000.00	Sullana
Varón de 72 años	S/.5,000.00	S/.7,500.00	No se indica	Lima
Bachiller de Economía de 23 años	S/.1,000.00 (daño moral)	S/.17,000.00	S/.15,000.00	Piura
Varón de 17 años	S/.70,000.00	S/.24,000.00	S/.20,000.00	Lima
Menor ahogado	S/.30,000.00	¿?	No se indica	Piura

Si tomamos como puntos de referencia el menor (\$3,000.00) y el mayor (S/.200,000.00), tendremos un promedio de S/.105,000.00. Sin embargo, observamos que las cantidades que se presentan con mayor frecuencia, fluctúan entre los S/.30,000.00 y S/.50,000.00, lo cual nos da una media real de S/.40,000.00. Téngase presente que en la mayoría de los casos, al fijarse una indemnización “por todo concepto” no es posible determinar con exactitud el “precio” del valor vida de una manera individualizada.

PROCESOS CIVILES EN CASO DE LESIONES

Sujeto	Primera Instancia	Segunda Instancia	Procedencia
Quemaduras entre las piernas de madre	\$5,500.00 \$3,754.85	S/.25,000.00	Lima
Pérdida de sensibilidad de miembros inferiores	S/.100,000.00	Infundada	Lima
53 días con un tratamiento equivocado	S/.30,000.00	-----	Piura
Pérdida del ojo derecho de una conductora de combi	S/20,000.00	-----	Piura
Prostactetomía	S/.80,000.00	S/.40,000.00	Lima
Fractura del brazo izquierdo	\$5,000.00	-----	Lima
Fractura de brazo izquierdo a expendedor	S/.8,000.00	S/.6,000.00	Sullana
Fractura del brazo izquierdo de un chofer de 41 años	S/.30,000.00	S/.15,000.00	Lima
Pérdida del brazo derecho de cosedora de redes	S/.35,000.00	S/.35,000.00	Lima
Lesión en la pierna derecha de un ingeniero minero	S/.100,000.00	S/.200,000.00	Lima
Lesión de pierna de varón	S/.70,000.00	S/.10,000.00 (S/.50,000.00)	Lima
Lesión de pierna de mujer	S/.50,000.00	S/.7,000.00 (S/.70,000.00)	Lima
Lesión en la pierna izquierda de una mujer de 63 años	\$6,000.00	S/.20,000.00	Lima
Lesión en la pierna izquierda de una mujer de 63 años	S/.12,000.00	S/.8,000.00	Lima
Politraumatismo en mandíbula, costillas y columna	S/.30,000.00	S/.30,000.00	Lima
Atropello de menor de 16 años	S/.6,000.00	S/.4,000.00	Lima
Lesiones a dos niñas	Infundada	S/.5,000.00	Lima

Daño extrapatrimonial - Daño moral - Daño a la persona

PROCESOS CIVILES Y PROCESOS PENALES EN CASO DE LESIONES

Sujeto	Primera Instancia	Segunda Instancia	Proceso Penal	Procedencia
Reconstrucción de brazos y fémur izquierdo de piloto aéreo	S/.150,000.00	S/.50,000.00 (daño moral)	S/.2,000.00	Lima
Lesión a la columna y parálisis de dos piernas	S/.50,000.00	-----	No se indica	Lima

PROCESOS LABORALES EN CASO DE ENFERMEDADES PROFESIONALES

Sujeto-Tipo de enfermedad	Primera Instancia	Segunda Instancia	Procedencia
Silicosis	S/.20,000.00	S/.20,000.00	Lima
Silicosis en tercer estadio	S/.30,000.00	S/.30,000.00	Lima
Silicosis en primer estadio	S/.20,000.00	S/.20,000.00	Piura
Silicosis de trabajador de 57 años con 75% de incapacidad	S/9,000.00	S/.15,000.00	Lima
Silicosis de trabajador de 53 años con 100% de incapacidad	S/.30,000.00	-----	Lima
Silicosis	S/.8,000.00	-----	Lima
Silicosis	S/.10,000.00	-----	Lima

Realmente, en materia de indemnizaciones por lesiones y muerte reina la anarquía total: la regla es que no hay regla. ¿Habrà manera de hacer predecible al Poder Judicial en esta materia?

6. SI MUERE LA VÍCTIMA ¿LOS PARIENTES DEBEN INVOCAR DAÑO A LA PERSONA O DAÑO MORAL? UNA NECESARIA PURIFICACIÓN DE LOS CONCEPTOS.

Como ya fue desarrollado anteriormente debe descartarse la posición en la cual se considera al derecho a solicitar la reparación por daño moral por pérdida del pariente como un derecho sucesorio: primero, porque si ya se produjo la muerte, no se podría hablar de un derecho de indemnizar a la propia persona por el evidente hecho que ya no es sujeto de derecho (resultando exótico retrotraerse a un instante anterior a la muerte para que la indemnización pase a la masa hereditaria) y segundo, porque el verdadero daño lo sufre la pareja, los padres o los hijos y son éstos los que deben ser indemnizados. Por ello, no entiendo por qué algunos jueces exigen la presentación de la declaratoria de herederos cuando se hace este tipo de demandas. Se exige porque se sufre, no porque se es heredero.

Si una persona sufre lesiones, lo que debe solicitar es un resarcimiento por daño a la persona, por cuanto, se ha afectado su derecho a la integridad. En este caso, considero que el daño moral queda subsumido en el daño a la persona.

Insisto en que es imperativo que los jueces asuman una posición definida respecto de la indemnización derivada del daño moral por pérdida del conviviente. Su sufrimiento merece la misma protección jurídica que la de una persona casada (se entiende si se encuentra dentro de los requisitos establecidos en el artículo, 326 c.c.).

7. PROPUESTAS PARA QUE EL PODER JUDICIAL SEA PREDECIBLE.

Se deben establecer criterios uniformes, a nivel de abogados y jueces, para evitar demandas con pretensiones imprecisas y sentencias con indemnizaciones “por todo concepto”, así como sentencias dobles. Los puntos firmes deberían ser los siguientes:

- a) Si el dañado se constituyó como parte civil en un proceso penal, carece de derecho de solicitar nuevamente una indemnización en un proceso civil. El principio que todo operador jurídico debe tener presente en esta situación es el de la cosa juzgada.
- b) Los abogados deben individualizar sus pretensiones en las demandas y los jueces deben hacer lo propio en sus sentencias. No veo inconveniente alguno para que se empleen formularios para ambos casos, en los cuales hayan espacios a llenar respecto del daño emergente, lucro cesante, daño moral y daño a la persona.
- c) El demandante debe acreditar el nexo causal y el demandado la ruptura del nexo causal: Esta es, a mi parecer, la parte más descuidada de los escritos. En efecto, pocas son las demandas en las cuales se acredita el nexo causal. El demandante no sólo debe acreditar el daño, sino también que el hecho imputable al demandado es el que originó (causó) el daño (para ello, basta leer el artículo 1985 c.c., en materia extracontractual y el 1321.c.c. -segundo párrafo- en responsabilidad contractual). Por su parte, el demandado tiene la carga de acreditar la ruptura del nexo causal, vale decir, caso fortuito, fuerza mayor, hecho de un tercero o el hecho de la propia víctima (artículo 1972 c.c. en extracontractual,

1315 c.c., 1327 c.c. en contractual). El juez en sus sentencias no debe sustraerse de efectuar el análisis causal⁶.

- d) Para cuantificar los daños físicos o psíquicos se debería establecer una base mínima. Si la unidad de referencia en el Reglamento del SOAT es la Unidad Impositiva Tributaria ¿Por qué no crear una propia unidad de referencia? Propondría, fijar el “valor vida” del monto predominante en nuestro Poder Judicial, como punto de partida. Hemos observado que el mismo asciende aproximadamente a S/.40,000.00 y si seguimos las proporciones del Reglamento del SOAT, tendríamos esta base mínima:

Muerte : S/.40,000.00

Invalidez permanente hasta : S/.40,000.00

Incapacidad temporal : S/.40.00 (por día)

Ello quiere decir que, si seguimos el mismo supuesto de una persona de 45 años, que sufre una invalidez permanente del 30%, recibirá como daño a la persona la suma de S/12,000.00 (que sería el resultado de $40,000 \times 0.30$). Si se presenta invalidez temporal, el parámetro de referencia sería S/.40.00 al día. No se utiliza el de S/. 18.33 al día (que es el monto estipulado en el artículo 1 del D. S. N° 022-2007-TR, del 28.09.07, que fija la remuneración mínima vital de los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada), por cuanto, en este supuesto de la base mínima que propongo, lo que se tiene en referencia es el valor “salud” de la persona y no su capacidad como sujeto productor de trabajo. De ahí, se tiene que hacer una operación en la cual se multiplique este monto por el día y por el porcentaje de la invalidez. Así si esta persona tiene 2 días de invalidez temporal total, se le pagarán S/. 80.00; pero si además tiene 30 días de una invalidez del 30%, se multiplicará $S/.40.00 \times 30 \times 0.30$, que dará un resultado de S/. 360.00. A estos S/. 12,440.00 que, insisto, constituyen un monto mínimo, se le agregaría un monto discrecional del juez que estaría en función de

⁶ Estoy plenamente de acuerdo con quien sostiene que “si realizamos un breve análisis de la relación de causalidad efectuado por nuestra jurisprudencia en materia de responsabilidad civil podremos observar dos fenómenos preocupantes. En primer lugar la ausencia de un análisis propiamente causal, reemplazado por el análisis de los factores de atribución y de los grados de culpabilidad, y en segundo lugar, en aquellos inusuales supuestos en los que se efectúa un análisis de causalidad propiamente dicho, la confusión de categorías y conceptos no siempre bien entendidos y aplicados (así los conceptos de condición, previsibilidad, etc.) que llevan a una descripción poco esclarecedora de los hechos materia de análisis” (VILELA ESPINOZA, FARAH *Causalidad e imputación objetiva ¿Por dónde hace agua el barco de la causalidad jurídica?*, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 82, Gaceta Jurídica, Año 11, Lima, julio 2005, 433).

la edad, ocupación y demás características personales del dañado y a diferencia del modelo italiano, no creo que deba imponérsele un tope máximo⁷.

Este valor “vida” se debe aplicar sin distinción tanto para el caso de las personas naturales como de los concebidos aún no nacidos, ya que al ser sujetos de derecho privilegiados, lo son para aquello que les favorece. Su derecho a la vida no está sometido a condición alguna y debe ser protegido en igualdad de condiciones que para el caso de los nacidos.

Esta operación debería ser formulada y pedida por el demandante y evidentemente, contradicha por el demandado. El juez estaría en la obligación de realizar este procedimiento de cuantificación y en su caso, el porcentaje de invalidez lo determinaría un perito de oficio (en aplicación de los artículos 194 y 262 c.p.c.).

Mi propuesta se basa en un parámetro de referencia (que evidentemente, puede ser ajustado), pero con las mismas proporciones y procedimientos que se establecen en el Reglamento del SOAT. Debe tenerse en cuenta que se trataría de una base inicial sobre la cual cabría aplicar el criterio equitativo del juez⁸. Lo que se quiere evitar es que por daños sustancialmente idénticos, se generen reparaciones desiguales.

Lejos de ser una propuesta de *ciencia-ficción*, con satisfacción uno puede encontrar sentencias como las que se originaron en el siguiente caso: Odubaldo Ramos Contreras, demanda a la Empresa Minera del Centro del Perú S.A. – Centromin Perú, el pago de S/. 100,000.00, más intereses, costas y costos por concepto de indemnización de daños haberle ocasionado la Enfermedad Ocupacional de Neumoconiosis (Silicosis) en Segundo Estadio de evolución, sosteniendo que prestó servicios a la demandada, en la Unidad de Producción de “Yauricocha”, desempeñando los cargos de Operario, Oficial y Timbrero II, en la Sección Interior Mina Socavón-Izaje, del Departamento de Mina, desde el 25.04.75 hasta el 31.05.97, al cabo de los cuales sintió el detrimento físico en su

⁷ Una atenta doctrina sostiene que “el criterio tabular solo debe servir como un parámetro en donde se establezcan los montos mínimos de donde se parta para la valuación del daño a la persona; debiendo, en cada caso concreto, utilizar todos los demás criterios que el derecho moderno propone” (MERCEDES MANZANARES CAMPOS, *Criterios para valorar el quantum indemnizatorio en la Responsabilidad Civil Extracontractual. Análisis estadístico a partir de la jurisprudencia peruana*, Grijley, Lima, 2008, 324).

⁸ En este mismo sentido JAIRO CIEZA MORA, *La póliza de seguros y la cuantificación de daños en el Perú, en Responsabilidad Civil II, Hacia una unificación de criterios de cuantificación de los daños en materia civil, penal y laboral*, cit., 371.

salud, por lo que acudió al Instituto Nacional de Salud Ocupacional del Ministerio de Salud, el cual después de someterlo a rigurosos exámenes clínico, radiológico y de laboratorio emitió el Certificado Médico de Invalidez, dictaminando que adolece de neumoconiosis (silicosis) en Segundo Estadio de Evolución, con una incapacidad equivalente al 75% para todo trabajo que demande esfuerzo físico. Invoca responsabilidad contractual, tendente al resarcimiento del daño emergente por S/ 25,000.00; por lucro cesante S/ 25,000.00; por daño moral la suma de S/ 25,000.00 y por daño a la personalidad la suma de S/ 25,000.00, aclarando que no pretende con la presente demanda el reconocimiento de derechos de carácter previsional que corresponden a la ONP, sino el resarcimiento de los daños causados por su empleador.

Con Resolución N° 21, del 03.04.08, el Vigésimo Cuarto Juzgado Laboral de Lima amparó la indemnización del daño moral y el daño a la persona, en atención a las siguientes consideraciones:

“De la valoración conjunta y razonada de los referidos medios probatorios, se colige que el actor padece de la enfermedad profesional de Neumoconiosis (SILICOSIS), en primer estadio de evolución y con una incapacidad del 50% que determina una incapacidad permanente parcial; conclusión que se sustenta en los exámenes o dictámenes médicos emitidos por el CENSOPAS, documentos que generan convicción plena en ésta Judicatura y que si bien dicha entidad no puede establecer el grado de incapacidad; ella se desprende de lo establecido por el artículo 18.2.1 del Decreto Supremo N° 03-98-SA⁹, en cuya virtud se concluye que padece de Invalidez Parcial Permanente.

(...)

c) Respecto al daño moral; éste se entiende como la lesión a los sentimientos y que produce un gran dolor o aflicción o sufrimiento en la víctima, pues la adquisición de la enfermedad de la neumoconiosis (silicosis), “per se”, genera un sentimiento colectivo de aflicción, que a su (vez) impone la necesidad de la tutela legal y resarcimiento a la víctima. Al respecto el artículo 1322° del Código Civil establece que: “El daño moral, cuando él se hubiere irrogado, también es susceptible de resarcimiento”, y considerando que dicho dispositivo, no hace ninguna referencia específica al significado del daño moral que señala, conceptuamos que resulta aplicable

⁹ Artículo 18.2.1. define la invalidez parcial permanente como la disminución de la capacidad para el trabajo en una proporción igual o superior al 50%, pero menor a los 2/3 (66.66%), razón por la cual corresponde una pensión de invalidez vitalicia mensual equivalente al 50% de la Remuneración Mensual.

para su valuación el mismo significado del daño moral establecido en el régimen de la responsabilidad extracontractual por el artículo 1984° del Código Civil que señala: “El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia”; sin que ello signifique que se esté cambiando su naturaleza. En relación al daño moral surgen dos grandes problemas: i) su acreditación, y ii) su cuantificación. En el primer caso, existe una enorme dificultad para establecer si existe daño moral o no, pues no todas las personas expresan sus sentimientos o emociones; en otros casos puede haber una simulación de sufrimientos; y en otros los sufrimientos severos son resistidos con fortaleza sin ninguna alteración en la salud o aspecto físico del sujeto, por tal razón la jurisprudencia ha optado por presumir que aquellos casos de enfermedades incurables, irreversibles y terminales, la persona padece un sufrimiento o tristeza por estar impedido -como señala el actor-, de participar en actividades recreativas, celebraciones familiares y festividades tradicionales o colectivas, que se extiende a su cónyuge, hijos y parientes, resultando por tanto evidente la causación del daño moral que impone su reconocimiento y una indemnización. En el segundo caso igualmente resulta difícil cuantificar el monto de la indemnización, pues los sentimientos morales resultan inapreciables económicamente, la probable concurrencia de las situaciones emocionales referidas a los que debe agregarse el grado de incapacidad que sufre la víctima, su edad, la enfermedades adicionales que pudiera sufrir; en función a los cuales debe asignarse un monto razonable y prudencial.

d) Respecto al daño a la persona, debe tenerse presente que comprende: i) el daño a la integridad física o bio- lógica (pérdida de un brazo, lesión severa, etc.) o a la integridad psicológica del sujeto; y ii) la frustración del proyecto de vida. Si bien, el daño a la persona no aparece comprendido expresamente en la regulación normativa de la responsabilidad contractual -pues el artículo 1322° solo alude al daño moral-, conceptuamos que el daño a la persona también es indemnizable en la esfera de la responsabilidad contractual, pues no existe ninguna razón jurídica, ni disposición expresa que restrinja su aplicación sólo al ámbito de la responsabilidad extracontractual; pues ella puede derivarse del incumplimiento del deber genérico de no dañar (extracontractual) o del incumplimiento de un deber jurídico fijado por la ley o el convenio (contractual); y además porque el daño a la persona, por estar vinculado a la persona humana tiene irradiación a todo el ordena-

miento jurídico ordinario e incluso constitucional, por cuanto la defensa de la persona humana y el consiguiente respeto de su dignidad constituyen el fin supremo de la sociedad y el Estado como así lo establece el artículo 1° de la Constitución Política del Perú.

En el caso de autos, el daño a la integridad física del accionante está acreditado con la enfermedad de neumoconiosis (silicosis) que padece, por consiguiente corresponde su resarcimiento; sin embargo el otro aspecto que comprende este tipo de daño consistente en la frustración del proyecto de vida no ha sido acreditada fehacientemente, pues ella, de modo alguno puede ser incierta, ni que se encuentre en simples posibilidades o probabilidades, ni confundirse con simples motivaciones ideales o psicológicas, sino que por el contrario para merecer un resarcimiento, deberá tratarse de la frustración de un proyecto evidenciado, factible o en proceso de ejecución y desarrollo.

Décimo Segundo.- CUANTUM DE LA INDEMNIZACIÓN.

El actor pretende el pago de la indemnización global de S/100,000.00 Nuevos Soles, que comprende por daño emergente S/ 25,000.00; por lucro cesante S/ 25,000.00, por daño moral S/ 25,000.00 y por daño a la persona S/ 25,000.00 Nuevos Soles; respectivamente.

(...) debemos señalar que para reparar los daños y perjuicios debe realizarse la valoración o evaluación económica de los daños sufridos para que éstos puedan ser indemnizados, teniendo como sustento el principio de la reparación integral del daño lo que implica una valoración “in concreto” o particular, en la medida en que se hayan acreditado fehacientemente la magnitud de los daños; pues las indemnizaciones en dinero son siempre aproximativas y nunca exactas por diversas razones, pues no resulta posible asimilar el valor con el precio, ni cabe valorar económicamente los elementos inmateriales como el afecto, el dolor o el sufrimiento o los daños a la integridad física o psicológica. Conforme a lo anterior se tiene:

a) Respecto a la cuantificación del daño moral, ella debe guardar relación con el sufrimiento de la víctima en consonancia con el grado de incapacidad parcial, total o gran invalidez que sufra; la edad de la víctima y las enfermedades adicionales que pudiera sufrir siempre que estén vinculados con su labor desarrollada; pues debe presumirse que el menor grado de incapacidad, la menor edad y el no padecimiento de otras enfermedades adicionales, determinar una mayor aptitud o posibilidad

de desarrollar esfuerzo físico y por ende la posibilidad de continuar con sus actividades humanas habituales, en cuya virtud resulta menos penosa que en el caso de quien padece gran incapacidad, cuente con mayor edad o tenga enfermedades adicionales; y aquél podrá sobrellevar mejor y con menores aflicciones la enfermedad que padece, por ende su sufrimiento será menor. En tal sentido ésta Judicatura considera que atendiendo a la evidente dificultad de cuantificar este tipo de daño; su valuación debe enmarcarse dentro de un esquema abstracto de valuación que debe ser tomado en cuenta de modo uniforme en todos los asuntos similares (enfermedad de neumoniosis (silicosis)) que le corresponda resolver y que se basa en una catalogación de la gravedad del daño moral sufrido por la víctima en relación con la edad de la víctima; el grado de incapacidad que padece según los estadios de evolución de la enfermedad y las enfermedades adicionales que pudiera padecer siempre que estén vinculados con la labor desarrollada por el trabajador, factores que en la determinación del monto indemnizatorio pueden ser combinables según las circunstancias respectivas.

EDAD		GRADO DE INCAPACIDAD		ENFERMEDADES ADICIONALES	
45 a 55 años	5,000.00	1° Estadio	5,000.00	01 Enfermedad	2,000.00
+ 55 a 65 años	10,000.00	2° Estadio	10,000.00	02 Enfermedades	4,000.00
+ 65 años	15,000.00	3° Estadio	15,000.00	03 Enfermedades	6,000.00

En el caso del actor, atendiendo a que tiene la edad de sesenta y seis años (criterio de edad); que se encuentra en primer estadio de evolución con una incapacidad permanente del 50% (criterio de grado de incapacidad) y que adicionalmente PADECE de otras dos enfermedades vinculadas a la labor desplegada: HIPOACUSIA BILATERAL y REUMATISMO ARTICULAR (criterio de enfermedades adicionales), en tal virtud debe valorarse la indemnización por daño moral prudencialmente en la suma de VEINTISÉIS MIL CON 00/100 NUEVOS SOLES (S/ 26,000.00) (que comprende los montos siguientes: S/ 15,000.00, 5,000.00 y 6,000.00); dejando aclarado que dicha cuantificación se considera equitativa, aunque ella no constituya un resarcimiento en su dimensión integral del daño moral, empero por lo menos permitirá aliviar el sufrimiento del actor.

Es preciso además señalar que ésta Judicatura a partir de la emisión de la presente resolución, modifica los criterios establecidos en sentencias anteriores respecto a la forma de cuantificación del daño, debiendo entenderse que traduce el resultado de la revisión y nuevo análisis de la temática indemnizatoria, los cuales por constituir un tema de constante debate doctrinario, resulta a nuestro criterio pertinente ir estableciendo bases objetivas para la determinación del quantum indemnizatorio.

b) Respecto a la cuantificación del daño a la persona o específicamente el daño a la integridad física o biológica, atendiendo a que la silicosis si bien constituye una enfermedad incurable, irreversible, degenerativa, progresiva y terminal; su cuantificación a nuestro criterio debe ser realizada basada en el grado de incapacidad que sufre o sufrió la víctima, pues mayor será el daño y por ende merecerá un mayor quantum indemnizatorio, cuanto mayor sea el grado de incapacidad o el estadio en el que se encuentre la enfermedad.

Para la fijación de la indemnización, debemos tener presente que nuestra legislación, no regula expresamente la tasación de los daños corporales o biológicos (como es el caso materia de análisis), por ende, ante tal vacío normativo, conceptuamos válido acudir a la utilización de un baremo normativo, previsto para los casos de Accidentes de tránsito, por existir similitud de actividades riesgosas en ambos casos. Así nuestra legislación para los daños producidos como consecuencia de los accidentes de tránsito, en el Decreto Supremo N° 049-2000-MTC modificado por el Decreto Supremo N° 021-2005-MTC; en su artículo 29° fija como indemnización por incapacidad permanente a causa de accidentes ocasionados por vehículos el equivalente a Cuatro Unidades Impositivas Tributarias (4 UIT); y por gastos médicos Cinco Unidades Impositivas Tributarias (5 UIT).

Esta Judicatura conceptúa que conforme a lo anterior por daño a la persona en los casos de enfermedad profesional de Neumoconiosis; cuando éste ocasione incapacidad permanente total debe asignarse una indemnización equivalente a Nueve Unidades Impositivas Tributarias (9 UIT) y cuando se trate de una incapacidad parcial permanente Cuatro Unidades Impositivas Tributarias (4 UIT), considerando que la UIT actualmente equivale S/ 3,500.00 Nuevos Soles.

En el caso de autos, el actor padece de incapacidad permanente total; en tal virtud ésta Judicatura fija como indemnización por dicho concepto la cantidad de CATORCE MIL CON 00/100 NUEVOS SOLES (S/ 14,000.00).

Décimo Tercero.- Respecto al Pago de Intereses Legales, considerando que la indemnización era una obligación dineraria, cuya existencia requería ser establecida por sentencia judicial conforme al artículo 1334º del código civil, los intereses legales deben ser calculados a partir de la fecha de citación de la demanda con la tasa del interés legal fijado por el Banco Central de Reserva del Perú” (el subrayado es mío).

Esta decisión sólo merece elogio. Se trata de un esfuerzo de trascender de ser una mera caja de resonancia de leyes y proponer decisiones imaginativas que, en este caso, hagan predecible y cuantificable la indemnización. Merece destacarse lo siguiente:

- a) Entiende que, no obstante se trate de un responsabilidad civil contractual, en atención a una interpretación constitucional, cabría (no obstante la omisión en el artículo 1322 c.c.) la indemnización por daño a la persona.
- b) Aplica el principio de la reparación integral de la víctima, a efectos que la indemnización llegue, en la medida que ello sea posible, al *status quo ante*.
- c) Se hace un baremo tanto para el daño moral como para el daño a la persona.

Ojalá contásemos con más sentencias similares a ésta.

8. LA NECESIDAD DE CONTAR CON UN SISTEMA DE CUANTIFICACIÓN DE DAÑOS SUBJETIVOS QUE NO EXCLUYA LA VALORIZACIÓN EQUITATIVA DEL JUEZ.

Sostengo que no se deben crear topes máximos al criterio equitativo del juez, porque una cosa es proponer criterios que hagan que nuestro Poder Judicial sea predecible; pero otra bien distinta es aferrarnos a una certeza a todo costo, sacrificando la singularidad de los casos especiales. No sería razonable pasar de la *anarquía* a la *tiranía* en materia de cuantificación de daños.

En efecto, creo conveniente que se elaboren tablas o baremos y sobre los mismos, que se fije el criterio equitativo del juez; pero,

si se establecen límites máximos, éste dejará de ser tal. Evidentemente, el tope a las indemnizaciones está en función de la previsibilidad con la cual deben contar las compañías de seguros, debido a que la responsabilidad civil por accidentes de tránsito y otros casos en los cuales hay una gran incidencia de daños físicos o psíquicos, como en cualquier país civilizado, está respaldada por un sistema de seguros (que puede ser obligatorio o no). Sin embargo, creo que aquí se debe tener en cuenta una fábula que irónicamente cuenta cierta doctrina italiana¹⁰, en la que se relata que, después de una larga discusión (que duró décadas) entre los Solones (los académicos) y los Decisionistas (los jueces), en lo que se refiere a la tutela del daño existencial (una variante, por cierto, no muy bien definida, del daño a la persona), quienes terminaron ganando no fueron ni los unos, ni los otros (mucho menos las víctimas de los daños), sino las compañías de seguros. La moraleja que se puede desprender de esta fábula es que si se diseña un modelo jurídico (sea legislativo o jurisprudencial) o un modelo dogmático, se debe tener en cuenta (a nivel político) a quien o quienes, efectivamente se desea tutelar: a las víctimas o a las compañías de seguros. Yo me inclino a favor de las víctimas.

9. A MANERA DE CONCLUSIÓN.

El monto de S/.40,000.00, evidentemente arbitrario, es el resultado de una “percepción” de cómo un juez peruano cuantifica, en promedio, la vida humana. Sería sumamente útil que, si se quiere proponer una “unidad de referencia” que no se base solamente en los criterios jurisprudenciales, se haga un estudio interdisciplinario en el que participen médicos, abogados, sociólogos, economistas, entre otros. Es importante la opinión que nos puedan dar las compañías de seguros al respecto. De esta manera, incluso, se podría proponer una tabla mínima cuyas coordenadas varíen no sólo en el porcentaje de la invalidez, sino en la edad del dañado. Mientras tanto hago una invocación a jueces, abogados, docentes y estudiantes para que hagamos el gran esfuerzo de abordar a la responsabilidad civil de una manera funcional y en materia de reparación de daños, logremos que las indemnizaciones sean predecibles. Para ello, es importante que se tomen en cuenta los siguientes criterios:

a) Respecto del daño a la persona:

1. Necesidades del dañado – posibilidades del dañante.

¹⁰ GAZZONI Francesco, *Alla ricerca della felicità perduta (psicofavola fantagiuridica sullo psicodanno psicoesistenziale)*, en *Rivista del Diritto Commerciale*, No. 11-12, Vallardi, Roma, 2000, 675-699.

2. Gravedad del acto que ocasionó el daño.
 3. El proyecto de vida del dañado.
 4. Comportamiento del dañante y del dañado después de la producción del daño.
 5. Edad.
 6. Grado de capacidad.
 7. Estado físico y psíquico (*ex ante* del daño).
 8. Consecuencias físicas y psíquicas debidamente acreditadas.
- b) Respecto del daño moral, adicionalmente debería tenerse en cuenta:**
1. Relación de parentesco.
 2. Convivencia.
 3. Dependencia afectiva y económica.
 4. Parientes únicos o plurales.

EL “DAÑO AL PROYECTO DE VIDA” EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA CONTEMPORÁNEAS

Carlos Fernández Sessarego ()*

SUMARIO: 1. El surgimiento de la amplia y genérica noción de “daño a la persona”. 1.1. Nuestra clasificación del “daño”. 1.2. Aparición del “daño a la persona” en el escenario jurídico. 1.3. Nuestra sistematización del “daño a la persona”. 2. Alcances conceptuales del “daño al proyecto de vida” o “daño a la libertad fenoménica”. 3. Exposición precursora de la naturaleza y alcances del “daño al proyecto de vida” en el Congreso Internacional celebrado en Lima en 1985. 4. Un antecedente remoto del “daño al proyecto de vida”. 5. El “daño al proyecto de vida” en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 6. Cómo y cuándo la Corte Interamericana de Derechos Humanos incorpora en su jurisprudencia el “daño al proyecto de vida”. 7. El caso “María Elena Loayza Tamayo”. 7.1. Voto razonado de los magistrados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Cançado Trindade y Abreu Burelli en el caso “María Elena Loayza Tamayo”. 7.2. Voto parcialmente disidente del magistrado Roux Rengifo en el caso “Loayza Tamayo”. 8. El caso “Luis Alberto Cantoral Benavides”. 9. El caso “Niños de la Calle”. 10. Voto razonado del juez Roux Rengifo en el caso “Niños de La Calle”. 11. Caso Víctor Gutiérrez Soler con Colombia. 12. Voto razonado del magistrado Cançado Trindade en el caso “Gutiérrez Soler”. 13. Otros casos vistos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 14. El “daño al proyecto de vida” en la legislación peruana. 15. El “daño al proyecto de vida” en la doctrina jurídica. 16. El “daño al proyecto de vida” en la doctrina latinoamericana. 17. El “daño al proyecto de vida” en la doctrina española. 18. El “daño al proyecto de vida” en la doctrina argentina. 19. El “daño al proyecto de vida” en la doctrina italiana. 20. El “daño al proyecto de vida” en la doctrina peruana. 21. El daño al proyecto de vida en la doctrina chilena. 22. El “daño al proyecto de vida” en la jurisprudencia argentina. 22.1. El caso “José Daniel Pose”.

Revista Latinoamericana de Responsabilidad Civil N° 2.

(*) Profesor Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

22.2. El caso "Carlos Esteban Kuko". 22.3. El caso "N.N. con la Municipalidad de Buenos Aires". 22.4. El caso "Millone". 22.5. El caso "Rybar con el Banco de la Nación". 22.6. El caso "Escobar". 23. El "daño al proyecto de vida" en la jurisprudencia peruana. 23.1. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional. 23.1.1. El caso "Juan Carlos Callegari Herazo". 23.1.2. El caso "Félix César Calderón Urtecho". 23.2. En la judicatura ordinaria. 23.2.1. El caso "Encarnación Toscano". 23.2.2. El caso "N.N. con Unión de Cervecerías Backus y Jhonston". 23.2.3. El caso "Alcázar Rojas". 23.2.4. El caso "José Robles Montoya". 23.2.5. El caso "Frida Fabiola Salinas Janssen". 23.2.6. El caso "Mariátegui Chiappe". 23.2.7. Otros casos jurisprudenciales. 24. Laudos arbitrales: el caso "Baruch Ivcher con el Estado peruano". 25. Apostilla.

1. EL SURGIMIENTO DE LA AMPLIA Y GENÉRICA NOCIÓN DE "DAÑO A LA PERSONA".

Han pasado algo más de veinticinco años desde la aparición en la escena jurídica contemporánea del "daño al proyecto de vida". Durante este brevísimo tiempo la nueva figura ha alcanzado cierta difusión a nivel universal, habiéndose expandido con celeridad tanto su conocimiento como una necesaria reflexión, discusión y consolidación. La teoría del "daño al proyecto de vida" o a "la libertad fenoménica, ha sido desarrollada y enriquecida en las últimas décadas en cuanto a sus alcances y consecuencias en la doctrina jurídica, así como ha merecido ser certeramente aplicada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con inusual, lúcida y elogiabile rapidez. Ha sido también recogida por un sector de vanguardia de la jurisprudencia comparada que ha valorado el profundo significado que tiene para el ser humano la protección de su libertad. Es decir, de su destino personal, de aquello que la persona ha decidido "ser" y "hacer" con y en su temporal tránsito existencial en el mundo en que le ha tocado vivir.

1.1. NUESTRA CLASIFICACIÓN DEL "DAÑO"

Para comprender con la mayor claridad posible la temática que estamos afrontando sobre el "daño al proyecto de vida" o "daño a la libertad fenoménica", consideramos necesario referirnos a la nueva clasificación del "daño" que hemos adoptado en nuestros anteriores trabajos, la que estimamos acorde con la actual propuesta filosófica sobre la naturaleza del ser humano, así como con la nueva concepción y con el proceso de evolución del derecho.

En el concepto de "daño" deben diferenciarse dos aspectos. En el primero se contempla lo atinente a su naturaleza o calidad

ontológica del bien lesionado y, en el segundo, se atiende a las consecuencias del evento dañino.

En cuanto a la naturaleza del bien lesionado el daño se clasifica en daño subjetivo o "daño a la persona" y en daño objetivo o daño a las cosas o entes del mundo exterior al ser humano. En el primero de dichos daños, es decir, en el que denominamos subjetivo, se comprende tanto a la persona natural o física, es decir al ser humano nacido, como al ser humano por nacer, es decir, al concebido.

Dicha clasificación no es prescindible pues debe tenerse en cuenta el interés que ella reviste en cuanto a los diversos criterios y técnicas que han de emplearse para la justa y adecuada reparación de las consecuencias del daño que afecta al ser humano. Criterios y técnicas, que hay que tenerlo muy claro, son diferentes a los que se utilizan en el caso de la indemnización del patrimonio, de los objetos o cosas del mundo exterior al hombre. No son los mismos los criterios y técnicas que se manejan para reparar las consecuencias de un daño a la libertad, es decir, a la persona humana, con todo lo que ella significa como creadora, protagonista y destinataria del derecho, que aquellas que se aplican en el resarcimiento de los daños a los objetos o cosas del mundo exterior.

Se trata de diferentes naturalezas, las que exigen, por consiguiente, diversos criterios y técnicas para reparar los daños que se les puedan causar. De ahí la importancia de tener claramente en cuenta la naturaleza o calidad ontológica de los entes para la debida indemnización por las consecuencias de los daños sufridos.

1.2. APARICIÓN DEL "DAÑO A LA PERSONA" EN EL ESCENARIO JURÍDICO

Tratar la novedosa e importante temática del "daño al proyecto de vida" o "daño a la libertad fenoménica" nos obliga necesariamente referirnos a la aparición del "daño a la persona" en el escenario jurídico contemporáneo. Ello, en cuanto el primero de los daños antes mencionados es una de las más importantes modalidades del último, es decir, del "daño a la persona", en tanto lesiona nada menos que la libertad del *ser* del hombre en su proyección en la realidad de la vida cotidiana, lo que significa la conversión de íntimas decisiones en actos o conductas a realizar durante su transcurso existencial.

La institución del "daño a la persona" irrumpe en el derecho, tanto a nivel de la jurisprudencia como de la doctrina italianas en

la segunda mitad de la década de los años setenta del siglo XX. La definitiva concepción de esta nueva figura jurídica se produce como resultado de las reflexiones de jueces y juristas de las escuelas de Génova y de Pisa en torno a reflexionar, desarrollar el amplio concepto de “daño a la persona” que, nacido en Francia, se elaboró en aquel tiempo en Italia. Estos daños, cabe subrayarlo, aparecen en el horizonte jurídico como la natural y lógica consecuencia de la nueva concepción del ser humano como un ser libertad, noción que se elabora y difunde en la primera mitad del siglo XX como aporte de la filosofía de la existencia. Estar frente a un ser ontológicamente libre no es lo mismo que encontrarse ante un simple “animal racional” como se definía al ser humano desde los primeros siglos de la era cristiana.

Tuvimos el privilegio de asistir en Italia, donde residimos entre 1977 y 1983, al surgimiento de la institución del “daño a la persona”, proceso que seguimos muy de cerca merced a la amistad que me unía con uno de sus más doctos y entusiastas creadores. Me refiero al profesor y amigo Francesco D. BUSNELLI.

La recién creada institución del “daño a la persona” tuvo que adoptar diversas etiquetas, como las de “daño biológico” o “daño a la salud”, en el afán de juristas que, como ALPA o BUSNELLI, se esforzaban intelectualmente por encontrar el adecuado sustento legal en el ordenamiento jurídico positivo italiano ante una institución hasta entonces desconocida en los predios jurídicos. Esta situación a la par que creaba cierta explicable confusión al utilizarse diversas denominaciones o etiquetas para una misma institución, impidió una adecuada sistematización del “daño a la persona”. Esta tarea, libre de los problemas que afrontaban los juristas italianos, pudimos cumplirla en el Perú en la década de los años 80 del siglo pasado. De ahí que aparezca en el artículo 1985 del Código Civil Peruano de 1984 el deber de reparar el “daño a la persona”. Este es el asidero legal con el que cuentan los jueces peruanos para fundamentar sus sentencias de reparación de las consecuencias de cualquier dolo que se infiera a la persona.

En aquellos años entre los primeros trabajos que se publicaron en torno al tema encontramos el libro que, al cuidado de Francesco D. BUSNELLI y Umberto BRECCIA, apareció en 1979 bajo título de *Il diritto alla salute*¹, el que leímos con avidez e inusitado interés por los novedosos planteamientos que contenía en torno al “daño a la salud”. En 1983, Fulvio MASTROPAOLO –con quien viajábamos semanalmente de Roma a Nápoles a dictar clases en la Universidad de

¹ BUSNELLI, Francesco D. y BRECCIA, Umberto, *Il diritto alla salute*, BOLOGNA, ZANICHELLI, 1979.

esta ciudad- escribe *Il risarcimento del danno alla salute*². En 1986, GENNARO GIANNINI edita el volumen titulado *Il danno alla persona come danno biologico*³. En 1987, en el mismo sentido, Guido ALPA publica el libro *Il danno biologico*⁴ cuya tercera edición tenemos a la vista. Como se aprecia, las precursoras obras, antes mencionadas, se refieren al "daño a la persona" pero atribuyéndole diversos nombres -"daño a la salud" o "daño biológico"- con la finalidad, como está dicho, de adecuar la nueva figura al ordenamiento jurídico positivo vigente en Italia. Sin embargo, la obra de GIANNINI, antes citada, muestra elocuentemente lo expresado, al titularla directamente como *El daño a la persona como daño biológico*. Es decir, se afirma que el llamado por necesidad legal como "daño biológico" o "daño a la salud" no es otro que un "daño a la persona", pero que se presenta con dichas denominaciones para encontrar su asidero en la legislación italiana vigente que le permita al juez fundamentar su fallo ante un daño cometido contra el ser humano. Tanto en la jurisprudencia genovesa como en la de Pisa hallamos presentes tales denominaciones con las que se hace referencia al "daño a la persona".

No obstante lo manifestado, existen autores como PARADISO⁵, Maria DE GIORGI⁶ o Gennaro GIANNINI⁷ que, en 1981, 1982 y 1991, respectivamente, designan sus trabajos bajo la correcta denominación de "daño a la persona", desarrollando en sus páginas la problemática legislativa que rodea a dicho daño, el que se hallaba restringido en su aplicación por obra del específico artículo 2059 del Código Civil Italiano de 1942, el que prescribe que el daño no patrimonial debe ser resarcido en los casos determinados por la ley. El Código Penal precisaba que estos daños, que generan consecuencias no patrimoniales, sólo se indemnizan en los casos de producirse un delito. Ello, no obstante que el amplio y genérico numeral 2043 del Código Civil Italiano⁸ permite resarcir "cualquier hecho doloso o

² MASTROPAOLO, Fulvio, *Il risarcimento del danno alla salute*, NAPOLI, Jovene Editori, 1983.

³ GIANNINI, Gennaro, *Il danno alla persona come danno biologico*, Milano, Giuffré Editore, 1986.

⁴ ALPA, Guido, *Il danno biologico. Percorso di un'idea*, Padova, CEDAM, 1987. Tenemos en nuestra Biblioteca la tercera edición actualizada que, publicada también por Cedam, se edita en el 2003.

⁵ PARADISO, Massimo, *Il danno alla persona*, Milano, 1981.

⁶ DE GIORGI, Maria, *Danno alla persona*, en "Rivista di Diritto Civile", II, 1982.

⁷ GIANNINI, Gennaro, *Il risarcimento del danno alla persona*, Milano, Giuffré Editore, 1991.

⁸ Sobre la problemática en torno a la adecuación del "daño a la persona" dentro del ordenamiento jurídico italiano puede consultarse el libro de Francesco D. BUSNELLI titulado *Il danno biologico. Dal diritto "vivente" al diritto "vigente"*, Torino, GIAPICHELLI, 2001, así como nuestro ensayo *El daño a la persona en el Código Civil de 1984*, publicado en 1985 en Lima por Cultural Cuzco S.A. e incorporado en el libro de nuestra autoría *Nuevas tendencias en el derecho de las persona*, Lima, Universidad de Lima, 1990.

culposo que ocasiona a otros un daño injusto”. De otro lado, el artículo 32 de la Constitución italiana de 1947 protege el derecho a la salud, razón por la cual un sector de juristas intentaba sustentar la institución del “daño a la persona” en este artículo constitucional. Es decir, se ofrecía al juez un fundamento legal para tutelar y reparar el “daño a la persona” aplicando un artículo constitucional referido al amplio derecho a la salud, interpretado en su moderna y amplia acepción como un daño al bienestar de la persona, como una lesión que afecta notoriamente su calidad de vida.

1.3. NUESTRA SISTEMATIZACIÓN DEL “DAÑO A LA PERSONA”

Durante nuestra fructífera permanencia quinquenal en Italia tuvimos oportunidad, como está dicho, de hacer el seguimiento desde sus inicios del problemático auroral desarrollo y evolución de la nueva institución del “daño a la persona”, así como pudimos conocer y conversar con algunos de los escasos autores que, por aquel tiempo, trabajaban en el tema y participar en reuniones donde se discutía el mencionado novísimo aporte jurídico. De retorno al país, en 1983, trabajamos sobre el mencionado apasionante tema, con la preocupación de profundizar y sistematizar el “daño a la persona” e intentar otorgarle un sólido sustento filosófico a fin de no incurrir en la confusión de denominaciones o etiquetas que observamos en Italia para referirse, en última instancia, al “daño a la persona”. Es decir, el daño al ser humano de carne y hueso. De otro lado teníamos la esperanza de poder introducir la figura en el proyecto de Código Civil que se preparaba en aquel entonces y en que tuve directa injerencia.

Fue así que, como anticipo de lo que serían nuestros futuros trabajos sobre el tema, publicamos en 1985 el ensayo nominado *El daño a la persona en el Código Civil de 1984*, con el propósito de dar a conocer, a nivel latinoamericano y de nuestro país, el importante acontecimiento representado por el surgimiento, en esos precisos años ochenta del siglo XX, de un nuevo e importantísimo daño en el escenario jurídico contemporáneo. Un daño que, a no dudarlo y como ha acontecido, revolucionaría la tradicional sistematización del capítulo referido a la responsabilidad civil. Antes, en 1984, habíamos obtenido, no sin esfuerzo, que la Comisión Revisora del proyecto de Código Civil Peruano, que se promulgaría en julio de 1984, acordara, como se ha recordado, incorporar en el artículo 1985° del nuevo Código de ese año, la obligación de indemnizar el “daño a la persona”, al lado de aquella referida a los daños emergente, lucro cesante y daño moral.

Lamentablemente, como lo hemos explicado en diversos artículos a través del tiempo, no logramos en aquel momento convencer

a los miembros de la citada Comisión sobre la necesidad de eliminar, tanto del artículo 1985 como del 1984, el llamado "daño moral" desde que, como era evidente, estaba incluido dentro del genérico "daño a la persona", en tanto se trataba de un daño psíquico, de carácter emocional, no patológico. Felizmente, son cada vez más numerosos los tratadistas especializados en el tema referido al Derecho de Daños que vienen dejando de lado la institución del daño "moral" enmarcada dentro de la concepción tradicional, al tomar conciencia de que, como se ha dicho, se trata de un daño psíquico, emocional, no patológico. Si bien se agravan los "principios" morales a los que adhiere la persona, las consecuencias de este daño no se producen en los "principios morales" –que pueden hasta robustecerse y reafirmarse luego de la afrenta– sino en la esfera psicosomática del concreto ser humano. Específicamente, como se ha señalado reiteradamente, en el nivel psíquico emocional o sentimental, que normalmente no genera una determinada patología. Es así que aumentan los autores que al mencionar el daño "moral" lo refieren como un "sentimiento" de la persona. ¿Qué otra cosa puede ser el sufrimiento, la indignación, el dolor, la ira, el rencor, la rabia, el resentimiento, la sed de venganza y otras emociones similares que un daño a la esfera psíquica de la persona? Los principios "morales" no "sufren", permanecen inalterables y, como está dicho, pueden afianzarse, robustecerse.

Después de transcurridos algunos años desde aquella ocasión en que se promulgara el Código Civil de 1984, tanto la doctrina como la jurisprudencia, con la lentitud propia de que asume la traumática actitud de cambiar una arraigada tradición de siglos, consagrada y no discutida, algunos pocos autores y la jurisprudencia peruana están reconociendo la realidad del llamado daño "moral". Es así que han empezado a aparecer diversas sentencias en las que se presenta dicho daño en sus verdaderos alcances conceptuales al considerarlo, como venimos diciendo, como un daño psíquico, de carácter emocional o sentimental, necesariamente no patológico.

En dicho sentido han llegado a nuestro conocimiento algunos de dichos fallos. En el expediente 225-2007, procedente de Arequipa, la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia en los seguidos por don Ricardo Pinares Valencia contra doña Rosa Amelia Fiascunari, en el punto décimo del pronunciamiento declara que el daño moral "se debe considerar como un daño que afecta la esfera sentimental del sujeto, resultando así una modalidad síquica del genérico daño a la persona". Esta sentencia se publicó en el diario oficial "El Peruano" en su edición correspondiente al 30 de noviembre del 2007. Se trata de un hito importante en el proceso de la nueva concepción del llamado daño "moral".

En la sentencia 1529-2007 de la Corte Suprema, publicada en el diario “El Peruano” el 03 de setiembre del 2007, se reconoce 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, resultando así una modalidad síquica del daño a la persona”.

Como se aprecia de lo anteriormente anotado, la noción tradicional de daño “moral” ha dado un notable vuelco al considerarse que este daño no apunta a los principios morales de cada persona –que pueden más bien reafirmarse con mayor énfasis como lógica reacción ante su agravio– sino que su afrenta produce en ella un daño en su esfera psíquica-emocional. Es, pues, un daño psicossomático como consecuencia de un agravio a los principios morales o a determinados derechos como los de la intimidad o la identidad.

En síntesis, el daño “moral”, en tanto daño psíquico-emocional es una de las modalidades del amplio y genérico “daño a la persona”.

Luego de exponer en conferencias y en las aulas universitarias la nueva sistematización del “daño a la persona” por nosotros esbozada con la finalidad de precisar su contenido, alcances y modalidades, la concretamos en nuestro trabajo de 1993 titulado *Hacia una nueva sistematización del “daño a la persona”*. En este ensayo expusimos que el genérico y amplio concepto de “daño a la persona” abarcaba todas las lesiones, sin excepción, que pudieran inferirse al ser humano, más allá de la denominación que se le atribuyera⁹. Basándonos en la estructura existencial de la persona, en tanto “unidad psicossomática constituida y sustentada por la libertad”, clasificamos al “daño a la persona” en “daño psicossomático” y “daño a la libertad”. El primero, como su propia denominación lo revela, se refería a las lesiones tanto al psiquismo como al cuerpo en sentido estricto. Bien sabemos que cualquier lesión al cuerpo se refleja en el psiquismo, así como cualquier daño a éste repercute en el cuerpo, en lo orgánico-funcional. De ahí que se presenten lesiones psíquicas, con consecuencias de diversa magnitud en el cuerpo de la persona, como lesiones a este último con repercusión en el psiquismo.

⁹ En los primeros años en los cuales no se había aún sistematizado adecuadamente el genérico y amplio “daño a la persona” se atribuían diversas etiquetas a diferentes daños que afectaban al ser humano. Surgieron, así, específicas denominaciones como las de “daño a la vida de relación”, “daño estético”, “daño sexual”, etc.

El "daño psicosomático", antes referido, se presenta bajo dos diferentes modalidades pero esencialmente relacionadas. Las lesiones a la unidad psicosomática, consideradas en sí mismas, las reconocemos bajo la expresión de "daño biológico". Estas lesiones son materia de reparación. El "daño biológico" o lesión en sí misma puede repercutir permanentemente, según su magnitud, en la calidad de vida de la persona. A este último daño lo denominamos como "daño al bienestar" o "daño a la salud integral". El bienestar, esencialmente vinculado a la calidad o nivel de vida de los seres humanos, es un derecho fundamental de la persona. En este sentido es reconocido en el inciso 1 del artículo 23 de la Constitución Peruana de 1993.

Aparte del "daño a la unidad psicosomática" hallamos el daño a la libertad fenoménica de la persona o "daño al proyecto de vida". No referimos al cumplimiento, en la cotidianidad de la vida, de un proyecto decidido en la intimidad del ser humano en tanto ontológicamente libre. Toda decisión que comporta imaginativamente un proyecto de vida tiende a realizarse durante el curso existencial. Su frustración, menoscabo o retardo es causa de daños de diversa magnitud, los que pueden llegar hasta colocar a la persona en una situación límite de "vacío existencial".

2. ALCANCES CONCEPTUALES DEL "DAÑO AL PROYECTO DE VIDA" O "DAÑO A LA LIBERTAD FENOMÉNICA".

El "proyecto de vida" es aquel que imagina y decide el hombre en la intimidad de su mundo interior, al cual no puede acceder ninguna otra persona sino es revelado por el propio sujeto de derecho que lo elabora para su proyección en el mundo exterior. Todo ser humano, consciente o inconscientemente, posee un proyecto de vida, que es lo que la persona desea ser y hacer en su vida y con su vida, tanto en lo personal o familiar como en lo profesional. La persona, a cierta de edad de su vida, que es variable de una a otra según su madurez intelectual o su temprana honda vocación, imagina y decide un proyecto o modelo de vida a seguir. Se trata de cómo enrumbar su existencia, precisar sus aspiraciones y metas a perseguir. El "proyecto de vida" es, nada menos, el que otorga sentido o razón de ser a la existencia de cada ser humano.

El proyecto de vida es producto de una decisión libre de la persona para ser realizado durante su transcurrir vital. Ciertamente el éxito en su cumplimiento depende de factores tanto endógenos

como exógenos. Es decir, de la capacidad de la persona para alcanzar su fiel realización, así como de las opciones u oportunidades que le ofrece el mundo exterior. Así, una persona que no tiene las capacidades inherentes no podrá escoger proyectar ciertas actividades para las que no está dotada, no posee una específica inteligencia para cumplirlas, carece de las habilidades exigidas para el caso y no concuerda con su sensibilidad.

Conozco a personas amigas que cuando eran aún menores de edad o adolescentes decidieron realizar en su trayectoria existencial ciertos proyectos que creían equivocadamente que respondían a su vocación o que fueron inducidas por consejos de personas mayores a ellas ligados por lazos familiares o de afecto. Dos de esos amigos, juristas conocidos y lamentablemente desaparecidos, siguiendo tales consejos iniciaron en la década de los años cuarenta del siglo XX los estudios de ingeniería en lo que era, en aquel entonces, la Escuela de Ingenieros que, años después, cambiaría de nombre por el que actualmente detenta, es decir, Universidad Nacional de Ingeniería. Sólo cursaron el primer año de estudios para comprender que las matemáticas no correspondían su vocación, no despertaban su interés, por lo que ingresaron a la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, con la cual nos encontramos estrechamente ligados desde 1951.

Personalmente, motivados por los incentivos prometidos en el terreno económico, cumpliendo los consejos de familiares muy cercanos, decidimos ingresar a la mencionada Escuela de Ingenieros. Se nos decía, allá por los años 40 del siglo pasado, que los que tendrían trabajo asegurado eran los ingenieros desde que en el Perú “todo estaba por hacer”, lo que era verdad. Además, si bien las matemáticas no eran de nuestra predilección no eran ajenas a nuestros conocimientos. Otro factor para adoptar tal decisión fue el que mis íntimos amigos del colegio ingresarían a dicha Universidad. Bajo este entendido nos matriculamos en un instituto de preparación para el ingreso a tal especialidad profesional, donde acudíamos todas las tardes después del horario escolar durante nuestro último año de estudios en el colegio.

Una noche, a escasos días para rendir el examen de admisión a la Universidad de Ingeniería, nos desvelamos angustiados recapacitando sobre si nuestra vocación era la de ser ingeniero y si nos satisfacían plenamente las actividades constructoras que estaríamos obligado a realizar durante toda nuestra vida útil. En ese instante, apelando a nuestra calidad de ser libre, comprendimos, por nosotros mismos, que nuestra vocación eran las humanidades. Adoptada esta decisión al asomarnos al hontanar de nuestro

ser ontológicamente libre, la transmitimos en un desayuno -para olvidar- a nuestra abuela materna con quien vivíamos. Esa misma tarde, sin cuaderno cuadriculado y otros enseres necesarios para el aprendizaje de las matemáticas, acudimos al instituto de preparación para despedirnos, ante el estupor de profesores y amigos. Ellos, sorprendidos por tan rápida y sorpresiva decisión, nos aseguraban que de acuerdo a las simulaciones de exámenes de admisión que ingresaríamos de todas maneras a la Universidad de Ingeniería. A los pocos días, corriendo el año de 1943, rendíamos las pruebas exigidas para ingresar a la Facultad de Letras de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

El pensar, la reflexión, la investigación era, sin saberlo en aquel entonces, lo que constituía nuestra vocación, lo que nos interesaba y complacía realizar. Por ello, durante el final de los dos primeros años de estudios generales optamos por seguir, simultáneamente los dos últimos años en la Facultad de Letras y los dos primeros en la de Derecho. Fue así que vinculamos nuestra vocación filosófica con el estudio de la ciencia jurídica, sin dejar un intenso ejercicio profesional por más de treinta años para dedicarnos, luego, a la investigación, a escribir y a la docencia en cuatro Facultades de Derecho de nuestro medio. Puedo decir que nos sentimos realizados desde que pudimos cumplir con nuestro personal proyecto de vida tanto en lo profesional como en lo familiar y lo social.

Los casos que hemos expuesto a título de ejemplo en cuanto al descubrimiento vocacional y la consecuente formulación y realización de un proyecto de vida nos permite referirnos a las tres posibilidades que encontramos en cuanto a la posibilidad de cumplir con el personal proyecto de vida.

Los casos expuestos en precedencia nos muestran el cumplimiento del proyecto original o auténtico de vida de tres personas que escogieron rutas existenciales que, en cierta medida, los vinculaba. Descubierta su vocación, ellas decidieron realizar el proyecto de vida, libremente escogido, concordante con su vocación y sus aspiraciones. Es una satisfacción existencial poder cumplir con el proyecto de vida *auténtico*, el deseado, el preferido, el que colma de felicidad al ser humano al verse realizado.

No todas las personas pueden dar cumplimiento al proyecto de vida imaginado y decidido. Dos obstáculos, difícilmente removibles o simplemente nada realizables impide a la persona realizar el proyecto libremente determinado. Esos obstáculos pueden provenir de la propia persona o del mundo exterior. En el primer caso, la persona puede carecer de las calidades, habilidades e inteligencia necesarias para el cumplimiento del proyecto de vida. Así, si una persona elige como proyecto de vida ser ingeniero pero no es hábil

para el manejo matemático es evidente que no podrá alcanzar su concreción. Se verá frustrado y obligado a escoger un proyecto *alternativo*. Este proyecto le permitirá darle un sentido a su vida.

Otro grave obstáculo proviene del mundo exterior al sujeto. Mal se podrá cumplir con un determinado proyecto si es que persona vive en la miseria, carente de educación escolar y universitaria, que sólo tiene tiempo para pensar en la búsqueda cotidiana de su sustento. Esta situación evidencia que en la sociedad en la cual vive no se ha logrado plenamente la vivencia comunitaria de justicia social, por lo que su libertad proyectiva se encuentra seriamente limitada. Las personas que se hallan en esta situación de carencias viven al margen de la sociedad, no han logrado insertarse en ella a través de la ejecución de un trabajo digno. Se trata de seres humanos excluidos de las ventajas que confiere el hecho que, siendo libres, puedan realmente valerse de ella para realizarse como personas. De poco o nada les vale *ser* libres y no poder actuar como tales. La injusticia reinante en cierto sector de su comunidad les niega el acceso al cumplimiento de sus proyectos existenciales.

Las personas impedidas de cumplir con su proyecto auténtico a causa de los obstáculos provenientes del mundo exterior, si logran superar en alguna medida el mencionado obstáculo tendrán que escoger un proyecto de vida también de carácter alternativo. Un proyecto alternativo permitirá a la persona otorgarle un cierto sentido a su existencia.

Una tercera situación es la que se presenta cuando una persona que está cumpliendo con su proyecto de vida auténtico sufre un daño cuyas severas consecuencias le impiden continuarlo realizando, de manera parcial o total. Así, si un abogado pierde una mano, ello no le impide seguir ejerciendo su actividad profesional. Lo que ocurre es que no podrá llevar a cabo su tarea de la manera que lo hacía antes. Ha sufrido un menoscabo de su calidad de vida, que daña su bienestar. Pero esta situación, reiteramos, no le impide en forma definitiva seguir ejerciendo su profesión con las limitaciones del caso fáciles de imaginar.

Situación diferente es la de aquella persona que a consecuencias de un daño está definitivamente impedida de continuar cumpliendo con su proyecto auténtico de vida. Es el caso, por ejemplo, de un pianista profesional, de un artista plástico, de un cirujano, de un tenista que pierden un brazo o una mano. Algunos, según la fortaleza de su personalidad y otras razones valederas, podrán escoger un proyecto *sustituto* que les permita seguir insertándose socialmente, encontrar una específica labor y otorgarle, de este modo, un sentido a su vida. Otros, en cambio, se sumirán en un vacío existencial difícil de llenar

con un proyecto sustituto. En estos casos la persona puede convertirse en un adicto al alcohol o las drogas y, en situaciones límite, conducirlos al suicidio al considerar que a consecuencia del daño sufrido su vida carece de sentido, ha perdido su razón de ser.

De lo expuesto podemos concluir que existen, al menos, tres niveles de proyectos de vida que detectamos: el auténtico, el alternativo y el sustituto.

Finalmente, debemos señalar que las consecuencias de un daño al proyecto de vida se pueden producir, como se ha anticipado, mediante su frustración total o parcial, por el menoscabo o el retardo en su cumplimiento. Corresponderá al juez precisar en cada caso a cuál de estas tres consecuencias está sometido el agraviado, la víctima del daño. A él corresponderá también fijar en cada caso la consiguiente reparación de las consecuencias de los diversos daños a los que nos hemos referido brevemente. Ninguno debe quedar sin indemnización desde que se trata de daños al ser humano y no a un objeto cualquiera de patrimonio material de la persona. La reparación, según cada modalidad de daño, se rige ya sea por baremos o tablas de infortunios o por equidad. Se puede utilizar para ello el dinero u otro tipo de reparación que el juzgador estime conveniente. Para el efecto es útil revisar la sentencia de reparaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Cantoral Benavides" de fecha 3 de diciembre del año 2001 referido en el punto 8 de este trabajo.

3. EXPOSICIÓN PRECURSORA DE LA NATURALEZA Y ALCANCES DEL "DAÑO AL PROYECTO DE VIDA" EN EL CONGRESO INTERNACIONAL CELEBRADO EN LIMA EN 1985.

En 1985 se realizó en Lima el Congreso Internacional sobre "El Código Civil Peruano y el sistema jurídico latinoamericano", convocado y organizado por el Centro de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima que en aquel entonces estuviera bajo nuestra dirección¹⁰. En esta reunión expusimos por primera vez públicamente nuestros planteamien-

¹⁰ El mencionado Congreso Internacional, que contara con una numerosa concurrencia de juristas latinoamericanos y europeos, abrió una nueva era de encuentros internacionales en el campo del Derecho Civil en el Perú. Desde 1951, con ocasión del cuarto centenario de la fundación de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos no se había realizado ninguna reunión de esta importancia, salvo la de 1976 en la que, por primera vez en Latinoamérica, organizamos en la Facultad de Derecho, con la colaboración de Roque CARRIÓN WAM, el precursor Congreso Internacional sobre Informática Jurídica. Recordamos que en aquella oportunidad el profesor VITTORIO FROSINI, profesor de Filosofía del Derecho de la Facultad de Roma "La Sapienza", presidió la delegación italiana.

tos sobre el “daño a la persona” y el “daño al proyecto de vida”. Las ponencias presentadas en aquella ocasión han sido recogidas en un volumen especial editado en Lima¹¹. Aquella fue la primera oportunidad que se trató el tema del “daño a la persona” en el ámbito latinoamericano y del “daño al proyecto de vida” a nivel de la literatura jurídica universal. Estas instituciones fueron rápidamente acogidas en otras latitudes¹², aunque venciendo dudas, titubeos y resistencias que natural y explicablemente se presentan ante todo cambio, especialmente de envergadura, en el mundo conservador del derecho. No es nada fácil romper con una tradición de siglos, consagrada por la doctrina y la jurisprudencia comparada y modificar una mentalidad destinada prioritariamente a la protección de la propiedad, del patrimonio en general, por aquella centrada en la persona humana.

Refiriéndonos al “daño al proyecto de vida”, de manera precursora, sin antecedentes a la vista, decíamos en nuestro citado trabajo de 1985, que: “Según nuestra particular posición el más grave daño que se puede causar a la persona es aquel que repercute de modo radical en su proyecto de vida, es decir, aquel acto dañino que impide que el ser humano se realice existencialmente de conformidad con dicho proyecto libremente escogido, atendiendo a una personal vocación” En este sentido, expresábamos en aquella ocasión “que la consecuencia más grave del daño no patrimonial a la persona es el obligarla a un cambio de su proyecto de vida, de su actividad habitual y vocacional”¹³.

¹¹ Se trata del volumen titulado *El Código Civil Peruano y el sistema jurídico latinoamericano*, Lima, Editorial Cultural Cuzco, 1986.

¹² La “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, dedicó en 1992 su primer número a tratar únicamente los “daños a la persona”. En este el primer número de la revista argentina, JORGE MOSSET ITURRASPE decía, a propósito de la difusión del daño a la persona y del daño al proyecto de vida, lo siguiente: “La idea promisorio y fecunda del daño a la persona fue defendida en Perú por un jurista de primera línea de la Universidad de Lima (...), y de allí se extendió a toda América, (Santa Fe, RUBINZAL-CULZONI, N° 1, 1992, p. 22-23). Antes, en 1991, el citado autor publicó la tercera edición de su libro *El valor de la vida humana*. En este Volumen MOSSET ITURRASPE consideraba como los aspectos jurídicos más sobresalientes del quinquenio anterior a la publicación de esta tercera edición “la aparición del denominado *daño a la persona* y el afianzamiento de la nueva comprensión y alcances del *daño moral*”. Al respecto expresaba que “el daño a la persona es, como expresión o fórmula concisa, era un feliz hallazgo (...) nacido al conjuero del artículo 1985 del Código Civil Peruano de 1984” (MOSSET ITURRASPE, JORGE, *El valor de la vida humana*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, tercera edición, 1992, p. 327). En cuanto al daño “moral” destacaba, coincidentemente con la posición que sostenemos, que este daño consistía en un daño psíquico, emocional, no patológico.

¹³ Si bien la noción de “daño al proyecto de vida” la veníamos elaborando desde algún tiempo atrás, se le menciona por primera vez en la literatura jurídica como el daño radical a la persona en el trabajo del autor del presente ensayo titulado *El “daño a la persona” en el Código Civil de 1984*, publicado en a.a.v.v. “Libro Homenaje a José León Barandiarán”, Lima, Editorial Cultural Cuzco S.A., 19885, p. 202. Posteriormente dicho ensayo es recogido en el libro del

Como se aprecia de la lectura del texto anteriormente glosado, consideramos que el "daño al proyecto de vida" es el más grave que se puede causar a la persona en tanto sus consecuencias inciden en la frustración o menoscabo del destino que se ha trazado, de la manera de vida que ha escogido, de lo que ha decidido "ser" y "hacer" con su existencia. De ahí que sea un daño radical, en cuanto afecta en su raíz la libertad del ser humano.

Para ilustrar un caso de "daño al proyecto de vida" nos referíamos en aquel ensayo de 1985 al de un pintor que, como consecuencia de un daño a su persona, perdía los dedos de la mano derecha, hecho que le impide manejar el pincel y realizar su proyecto de vida como artista plástico. Señalábamos que las consecuencias de este daño eran tanto de orden patrimonial como no patrimonial, pues aparte del daño emergente y el lucro cesante había que considerar aquellas otras consecuencias como las referidas al valor de los dedos de la mano del pintor, a las consecuencias negativas producidas en su bienestar existencial y, sobre todo, a aquellas derivadas del "daño a su proyecto de vida".

No está demás insistir en que la aparición de la institución del "daño al proyecto de vida" no hubiera podido ser factible sin el previo esclarecimiento del ser del hombre como un "*ser libertad*". ¿Cómo hubiera sido viable reconocer la existencia de este raigal daño, nos preguntamos, sin poseer la convicción de que el ser humano es libertad espiritual? Puesta de manifiesto esta situación ontológica del ser humano reflexionamos, durante un buen tiempo, en la década de los años ochenta del siglo XX, sobre la posibilidad de que se causara un daño a la libertad fenoménica, es decir, a la ejecución o cumplimiento del "proyecto de vida". Llegamos a la conclusión, intuita desde tiempo atrás, de que tal daño era una realidad y que se constituía como el más radical que podía causarse a la persona pues representaba, en ciertos casos límite, la pérdida del sentido mismo de la vida del ser humano.

No nos sorprendió, por ello, que antes de aquellos años en que se produce la aparición del "daño al proyecto de vida", no se hubiera reparado en su existencia. Ello, muy probablemente, porque no había aún llegado al conocimiento de los juristas los extraordinarios y revolucionarios alcances que significó la aparición de una nueva concepción del ser humano, la que sustituía, en buena hora, a aquella que, en el siglo VI de esta era divulgara BOECIO en el sentido de considerar al hombre como un simple "animal racional". Es decir, que el ser del hombre radicaba en la "razón".

autor *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, Lima, ob. cit., p. 261 y ss.

4. UN ANTECEDENTE REMOTO DEL “DAÑO AL PROYECTO DE VIDA”.

Debemos hacer patente en esta oportunidad, a propósito del surgimiento de la teoría del “daño al proyecto de vida”, un dato en el que no habíamos reparado en ese momento y que nos causó una explicable grata sorpresa. Un acucioso discípulo nuestro¹⁴ encontró en nuestra tesis de 1950, titulada *Bosquejo para una determinación ontológica del derecho* –que se publicara 37 años después, en 1987, en un libro bajo el nombre de *El derecho como libertad*– lo que consideró como el reconocimiento de la existencia del “proyecto de vida” y, consecuentemente, de la posibilidad de su daño. Como prueba de su aserto, subrayó algunos párrafos de este último libro que, en su concepto, confirmarían su posición.

En efecto, en el mencionado libro, que contiene la mencionada tesis de Bachiller de 1950, se sostiene que: “Vivir es realizar un proyecto de existencia, fabricar su propio ser, ser haciéndose”, por lo que “la vida resulta así una sucesión de haceres de acuerdo con un proyecto”¹⁵. De ahí que afirmáramos que: “El hombre es libertad que se proyecta”¹⁶.

No obstante que en la década de los años cuarenta del siglo pasado tuviéramos absoluta claridad en cuanto a la existencia del “proyecto de vida” propio de cada ser humano, no habíamos todavía intuido la posibilidad que pudiera ser dañado. Este conocimiento recién cristaliza en los primeros años de la década de los años ochenta del siglo XX.

5. EL “DAÑO AL PROYECTO DE VIDA” EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

Ha pasado más de un cuarto de siglo desde la aparición en la escena jurídica del “daño al proyecto de vida”. Durante este lapso, la novísima noción ha sido desarrollada y enriquecida por diversos autores en cuanto a sus alcances y consecuencias, así como ha merecido ser recogida tanto por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como por la jurispuden-

¹⁴ Nos referimos al abogado Joel Díaz CÁCEDA quien es autor del libro titulado *El daño a la persona y el daño al proyecto de vida. Una aproximación a la doctrina y su aplicación en el ámbito nacional e internacional*, Lima, Jurista Editores, 2006.

¹⁵ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *El derecho como libertad*, tercera edición, Lima Editorial ARA, 2006, p. 112.

¹⁶ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *El derecho como libertad*, ob. cit., p. 114.

cia comparada y por cierta doctrina de vanguardia. No es del caso, en esta ocasión, reseñar los numerosos pronunciamientos jurisprudenciales o doctrinarios que se han producido sobre el tema. Es suficiente, para el caso, referirse a algunos estudios y jurisprudencia que han llegado a nuestro conocimiento en años recientes. Habrá, quizás, algunos otros más de los que no tenemos noticia.

Es importante señalar que la primera sentencia de reparaciones de la Corte Interamericana que analiza en profundidad y con detenimiento el "daño al proyecto de vida" es la pronunciada, en 1998, en el caso "María Elena Loayza Tamayo"¹⁷. Posteriormente, el asunto ha sido también contemplado como daño resarcible, entre otras, en las sentencias de reparaciones de "Luis Alberto Cantoral Benavides" y de la de los "Niños de la Calle", a las cuales nos referiremos brevemente en esta oportunidad pues ellas han sido comentadas por nosotros en otras sedes¹⁸.

No obstante, cabe señalar que ellos no son los únicos casos en los que se han reconocido daños al "proyecto de vida". Así, ello ha ocurrido en la sentencia de fondo "Tibi con Ecuador", de 7 de septiembre del 2004; sentencia de fondo en el caso "Maritza Urrutia", de 27 de noviembre del 2003; sentencia de fondo en el caso "Mirna Mack Chang", de 25 de noviembre del 2003.

6. CÓMO Y CUÁNDO LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS INCORPORA EN SU JURISPRUDENCIA EL "DAÑO AL PROYECTO DE VIDA".

¿Cómo, cuándo y en qué circunstancias la Corte Interamericana de Derechos Humanos incorporó en su jurisprudencia el "daño al proyecto de vida"? Esta es una interrogante que se nos ha formulado

¹⁷ La sentencia de reparaciones en el caso "María Elena Loayza Tamayo" fue dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con fecha 27 de noviembre de 1998.

¹⁸ Cfr. *El daño al proyecto de vida en una reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en "Themis", N° 39, 1999; "Revista de Responsabilidad Civil y Seguros", Año I, N° 4, Buenos Aires, "La Ley", 1999; "Diálogo con la jurisprudencia", Año 5, N° 12, Lima, setiembre de 1999, en "Revista Peruana de Jurisprudencia". Año 4, N° 12, Trujillo, febrero del 2002. Así mismo cfr. *El daño al proyecto de vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en "Derecho PUCP", N° 56, Lima, diciembre del 2003; "Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis diez-Picazo", Madrid, Civitas, 2003; "Responsabilidad Civil y Seguros", Año V, N° 4, Buenos Aires, julio-agosto 2003; "Revista Peruana de Jurisprudencia", Año V, N° 31, Trujillo, setiembre del 2003; "Revista del Centro de Educación y Cultura", año I, N° 1, Lima, mayo del 2004 y en "Jurisprudencia Casatoria", Tomo II, Lima, Editorial Motivensa, 2008.

en diversas sedes y oportunidades. Para el efecto de responder a la pregunta es determinante recurrir al testimonio que nos ofrece Oscar L. FAPPIANO, quien fuera, en el momento de expedición de la sentencia de reparaciones en el caso “Loayza Tamayo”, Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que inició, conjuntamente con la representante de la víctima, la correspondiente demanda contra el Estado Peruano.

En un artículo publicado tanto en la Argentina como en el Perú, comentando la inclusión del “daño al proyecto de vida” en el Proyecto de Código Civil de la República Argentina de 1998, FAPPIANO nos ilustra sobre el tema en cuestión al narrar la activa y decisoria participación que asumió, como Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el mencionado asunto en los siguientes términos: “Como delegado de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso citado, tuve la responsabilidad de plantear, juntamente con la representante de la víctima, la cuestión atinente a la reparación del daño al proyecto de vida, siendo la primera vez que se efectuaba ante un tribunal supranacional”¹⁹. Según nos lo revela este testimonio, fue a través de la acción conjunta del Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la representante de la víctima, Carolina Loayza Tamayo, que se planteó ante la Corte Interamericana la necesidad de reparar las consecuencias del “daño al proyecto de vida” causadas a María Elena Loayza Tamayo. FAPPIANO remarca, como se desprende de sus palabras, que fue la primera vez que dicho planteamiento se realizaba ante un Tribunal Supranacional.

Para la fundamentación de la demanda en el extremo referente a la reparación de las consecuencias del “daño al proyecto de vida”, FAPPIANO manifiesta “que tuvo a la mano alguno de los muchos trabajos que sobre el particular tiene editados” el que esto escribe²⁰, reconociéndonos -hecho que no hace la Corte Interamericana en su sentencia- como creador de la institución del “daño al proyecto de vida”. FAPPIANO, probablemente con esta declaración pretendió, ante el silencio de la Corte Interamericana, reivindicar la autoría de dicha nueva figura jurídica. Recuerda, así mismo, que el “daño a la persona”, categoría a la que pertenece el “daño al proyecto de vida”, se encuentra consagrado en el Código Civil Peruano de 1984 y que aparece previsto en el Proyecto de Código Civil de la República Argentina de 1998, texto que se halla, desde entonces, en el Congreso Nacional Argentino.

¹⁹ FAPPIANO, Oscar L., *El daño al proyecto de vida en proyecto de Código Civil de la República Argentina*, en la revista “Abogados”, Año IV, N° 7, Lima, 2002, p.16.

²⁰ FAPPIANO, Oscar L., *El daño al proyecto de vida en el Código Civil*, ob. cit. p. 16.

El mismo tema, es decir, el del silencio de la Corte Interamericana en lo que se refiere a señalar la autoría de la figura del "daño al proyecto de vida" que incorpora a su jurisprudencia, es advertido también por Ana SALADO OSUNA, profesora de la Universidad de Sevilla. En su libro *Los casos peruanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, al mencionar dicho acontecimiento, reconoce que el daño al proyecto de vida, "en materia de reparaciones es de nuevo cuño en la jurisprudencia de la Corte [Interamericana de Derechos Humanos] y tiene su origen ante ésta en la petición formulada por la señora Loayza Tamayo y la Comisión [Interamericana de Derechos Humanos]". Pero, agrega que no obstante el que "sostengamos que es de "nuevo cuño en la jurisprudencia de la Corte no significa que haya sido la creadora del concepto "daño al proyecto de vida", pues lo cierto es que el mentor intelectual del mismo" es el que esto escribe²¹.

Héctor FAÚNDEZ LEDESMA confirma lo expresado por OSCAR L. FAPPIANO y por Ana SALADO OSUNA cuando escribe que la Corte Interamericana, al reconocer la existencia y consecuencias de la nueva figura jurídica del "daño al proyecto de vida", "se basó en la doctrina más reciente, que ha distinguido entre las distintas manifestaciones del daño a la persona, como un concepto más amplio que el daño moral, el cual sólo sería una especie del primero". Agrega que, sobre todo la representante de la víctima se basó en los trabajos del autor de este trabajo, a "quien se debe el desarrollo de este importante aporte doctrinario"²².

La representante de la víctima a la que se refieren FAPPIANO y FAÚNDEZ LEDESMA fue Carolina Loayza Tamayo, hermana de la víctima. Ella es profesora de Derecho en la Universidad de Lima. En esta Universidad el que esto escribe también ejerció la docencia en el período comprendido entre 1984 y 1996. Fue en esa época que Carolina Loayza tuvo oportunidad de conversar con nosotros sobre el surgimiento y alcances del "daño al proyecto de vida", asistiendo a algunas charlas y leyendo algunos trabajos sobre la novísima figura jurídica antes mencionada. Fue así que ella tomó pleno conocimiento de esta institución y pudo plantearla en sus justos términos, así como solicitar su reparación ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con ocasión de presentar la demanda a nombre de su hermana María Elena Loayza Tamayo. En este reclamo se comprendía, tal como se ha indicado, la repa-

²¹ SALADO OSUNA, Ana, *Los casos peruanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Trujillo, Editorial Normas Legales, 2004, p. 431.

²² FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *El sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos Institucionales y Procesales*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999.

ración de las consecuencias del “daño al proyecto de vida” de la víctima.

7. EL CASO “MARÍA ELENA LOAYZA TAMAYO”.

María Elena Loayza Tamayo era una profesora y, simultáneamente, estudiante de Derecho. Fue torturada, física y psíquicamente, y agravada en su dignidad durante el gobierno dictatorial de Alberto Fujimori por considerársele terrorista. Después de cinco años de prisión fue declarada inocente por el Fuero Militar, en el cual era juzgada. Extrañamente, se le inició un nuevo juicio en el Poder Judicial, pese a la absolución recibida. Fue en estas circunstancias que se inicia su reclamo ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la que encontró motivos más que suficientes para demandar al Estado peruano ante la Corte Interamericana, exigiendo la liberación de la víctima y la reparación por las consecuencias de los injustos daños por ella sufridos.

En la sentencia de reparaciones del mencionado caso “María Elena Loayza Tamayo”, cabe señalar que la Corte Interamericana considera en la sentencia de reparaciones (párrafo 148) que el “daño al proyecto de vida se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones de vida que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone”. Más adelante la Corte sostiene (párrafo 150) que “el “daño al proyecto de vida, entendido como una expectativa razonable y accesible en el caso concreto, implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal en forma irreparable o muy difícilmente reparable”. La Corte concluye (párrafo 153) afirmando que “reconoce la existencia de un grave daño al “proyecto de vida” de María Elena Loayza Tamayo, derivado de la violación de sus derechos humanos”²³.

²³ Un comentario de la sentencia dictada por la Corte Interamericana en el caso “María Elena Loayza Tamayo” con el Estado peruano se encuentra en FERNÁNDEZ SESSAREGO, CARLOS, *El “daño al proyecto de vida” en una reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en la revista “Themis”, N° 39, Pontificia Universidad Católica, Lima, 1999; en “Revista de Responsabilidad civil y Seguros”. Año I, N° 4, Buenos Aires, Editorial “La Ley”, agosto de 1999; en la revista “Diálogo con la Jurisprudencia”, Año 5, N° 12, Lima, septiembre de 1999 y en “Revista Peruana de Jurisprudencia”, Año 4, N° 12, Trujillo, febrero del 2002. Puede también verse del autor de este trabajo el artículo titulado *El daño al proyecto de vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en la revista “Derecho PUCP”, N° 56, Lima, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, diciembre del 2003; en “Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo”, Tomo I, Madrid, Editorial Civitas, 2003; en “Responsabilidad Civil y Seguros”, Año V, N° IV, Buenos Aires, “La Ley”, julio-agosto del 2003; en “Revista Peruana de Jurisprudencia”, Año 5, N° 31, Trujillo, septiembre del 2003 y en “Revista del Centro de Educación y Cultura, Lima, Corte Superior del Cono Norte, Año I, vol. 1, mayo del 2004.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoció que se había producido, por acción del Estado peruano, un "grave menoscabo" y un retardo en el cumplimiento del "proyecto de vida" de María Elena Loayza Tamayo. Este menoscabo significa, desde nuestra perspectiva, la pérdida de oportunidades en el desarrollo personal de la víctima, hecho que se remarca por la Corte y que no puede pasar inadvertido como es el que el daño al proyecto de vida "es irreparable" o "muy difícilmente reparable". En efecto, frustrar, total o parcialmente, el proyecto existencial de una persona es el peor de los daños que se le puede causar al ser humano, en tanto representa la quiebra de las expectativas personales, la imposibilidad de llevar adelante el destino que se había trazado el ser humano. Acarrea como consecuencia, en ciertos graves casos, nada menos que la pérdida del sentido que la víctima había otorgado a su vida. ¿Es acaso de escasa importancia perder la razón de ser de la existencia de una persona?

Lo sintéticamente expuesto justifica el dicho de la Corte Interamericana cuando sostiene, con razón, que un daño de esta naturaleza es irreparable o muy difícilmente reparable. ¿Cómo sustituir el sentido de la vida de una persona, el cumplimiento de su destino, la razón de ser de su vida? Dejar de ser lo que se decidió ser y hacer en la vida, representa el peor de los desastres que le puede suceder a cualquier persona. Metafóricamente podríamos decir que es un grave terremoto personal. Por ello, reiteramos, que la Corte Interamericana afirma una incuestionable verdad cuando sostiene que las consecuencias de un daño al proyecto de vida son irreparables o difícilmente reparables. Sustituir el sentido que se le otorgó a la vida no es recuperable, es una pérdida de suyo irrecuperable.

En el caso de María Elena Loayza Tamayo la Corte advierte que no se ha frustrado su proyecto de vida sino que se le ha causado un "grave menoscabo". Es decir, que si bien no se ha truncado en su totalidad dicho proyecto, en cambio ha sido seriamente afectado pues la agraviada no podrá reemprenderlo, de ser el caso, en las mismas condiciones en que lo había venido desarrollando antes de sufrir dicho grave daño. En efecto, luego de haberse violado sus derechos humanos, de sufrir torturas físicas y psíquicas así como agravios y otras lesiones, la víctima sufre una ostensible disminución en sus capacidades, aparte de una seria secuela psicológica difícil de revertir. La persona ha sido privada de su libertad ambulatoria, sometida a vejámenes, apartada de su familia sin poder educar y atender personalmente a sus hijos, separada de su normal actividad, del disfrute de la vida, todo ello sin haber sido culpable no obstante lo cual sufrió injusta prisión por espacio de cinco años. Su padecimiento psíquico por las tor-

turas y agravios padecidos no es difícil de imaginar. María Elena Loayza Tamayo no pudo, en efecto, reemprender la actividad que desarrollaba antes de su encarcelamiento. Su estado psíquico la obligó a dejar del país.

En el caso concreto de la víctima se le apartó de su trabajo profesional así como de su aprendizaje del Derecho. Ello no sólo es causa de un menoscabo en el desenvolvimiento de su proyecto de vida sino, también, de un retardo en su continuidad. Loayza Tamayo difícilmente volverá a ser la persona que era antes del daño sufrido.

La Corte, como se aprecia a través de los considerandos de la sentencia antes glosados, evaluó y reconoció tanto la importancia como las graves consecuencias que para la existencia de una persona se derivaban del “daño al proyecto de vida”. De ahí que justificara su existencia como un daño que afectaba la libertad de elección de la persona en cuanto a su destino. Por ello, lo incorporó a su jurisprudencia como un nuevo daño, el cual se sumaba a los conocidos en el Derecho, distinguiéndolo, para el efecto, del daño emergente y del lucro cesante. La Corte Interamericana, en el caso antes mencionado, no se atrevió –según se expresa en la sentencia por carecer de antecedentes en este rubro– a fijar una reparación por el daño infligido al proyecto existencial de María Elena Loayza Tamayo. Es justo reconocer que la Corte supo rectificar esta omisión y establecer las pertinentes reparaciones en otros casos posteriores como, por ejemplo, en el de “Luis Alberto Cantoral Benavides” al cual nos referiremos más adelante.

El reconocimiento efectuado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos significó la consagración, a nivel de la jurisprudencia comparada, de un nuevo daño al ser humano, antes no referido ni mencionado, como es el caso del “daño al proyecto de vida”. A partir de la sentencia antes citada, la doctrina empezó a descubrir la importancia de este inédito daño, así como también las graves consecuencias que de él se derivan para la existencia de la persona. Se advierte que es un daño que lesiona la libertad fenoménica de la persona, truncando o causando un menoscabo o un retardo, o ambas situaciones, en su destino personal.

Debemos felicitar a los magistrados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que tuvieron la lucidez de reconocer y admitir la existencia de un daño tan radical causado al ser humano como es el que afecta el “proyecto de vida”, es decir, lo máspreciado que tiene la persona en cuanto responde a una honda vocación y supone el cumplimiento de una misión, libremente escogida, durante su terrenal temporalidad.

Lamentamos que en la sentencia de "reparaciones" emitida por la Corte Interamericana en el caso "Loayza Tamayo" no se indemnice el "daño al proyecto de vida", que es un daño objetivo y, en cambio, se repara un daño subjetivo como es el daño psíquico-emocional generado a raíz de un agravio a la moral personal.

No obstante, aparte del reparo que formulamos a la sentencia de la Corte por no haber fijado una indemnización por el objetivo "daño al proyecto de vida" por carecer de antecedentes, si nos preocupa el que aún no se comprenda que el llamado "daño moral" es uno de los tantos daños que afectan a la persona y se le siga concediendo autonomía conceptual. En realidad, como lo venimos exponiendo desde hace años, estimamos que este es un daño que afecta el psiquismo de la persona. Por consiguiente, lo que se debe reparar son las consecuencias que él origina en el ser humano a raíz de un agravio a sus principios morales. Es decir, la perturbación emocional, que es lo que realmente sufre la persona y que tiene como causa, tal como se ha anotado, un agravio a sus principios morales, a su intimidad o identidad.

7.1. VOTO "RAZONADO" DE LOS MAGISTRADOS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CANÇADO TRINDADE Y ABREU BURELLI EN EL CASO "MARIA ELENA LOAYZA TAMAYO"

En el valioso voto razonado suscrito por los magistrados CANÇADO TRINDADE Y ABREU BURELLI se dice que "entendemos que el proyecto de vida se encuentra indisolublemente vinculado a la libertad, como derecho de cada persona a elegir su propio destino". En verdad, para ser precisos y coherentes con lo que venimos expresando en torno al tema, consideramos que el "proyecto de vida" no está, como señalan los magistrados en mención, "indisolublemente vinculado" a la libertad sino que es, de suyo, "libertad fenoménica", que no es otra cosa que la libertad volcada al mundo exterior como conducta, como acto. Cuando se daña el "proyecto de vida" lo que se está lesionando es, pues, la expresión de la libertad ontológica, es decir, la libertad fenoménica, la libertad que se traduce en conducta humana. Por ello, estimamos que no se daña "algo" vinculado a la libertad sino lo que se afecta es la expresión fenoménica de la libertad. No obstante lo expresado, resulta claro que para los magistrados en mención el proyecto de vida está "indisolublemente" ligado a la libertad. Ello significa colocar la figura en su correcta ubicación conceptual.

Inesperadamente, como se ha señalado en precedencia, en la sentencia antes mencionada, no obstante reconocerse expresamente que existe un "daño al proyecto de vida" de María Elena Loayza Tamayo, la Corte se inhibe de fijar la reparación del caso en tanto

“la evolución de la jurisprudencia y la doctrina hasta la fecha no permite traducir este reconocimiento en términos económicos”. Hubiera sido importante que la Corte se pronunciara al respecto, empezando, precisamente, a sentar jurisprudencia sobre el asunto tal como lo hizo en los casos posteriores sobre daño al proyecto de vida que llegaron a su conocimiento.

Por lo expuesto, consideramos una omisión de la Corte el haberse abstenido –careciendo en esta primera oportunidad de imaginación y de audacia– el no haber reparado el probado y reconocido “daño al proyecto de vida” de María Elena Loayza Tamayo. De haberlo hecho en 1998, hubiera sido una importante referencia para los tribunales del mundo. Lo curioso es que la Corte repara el mal llamado daño “moral”, de naturaleza subjetiva, en cuanto se trataría de verificar el grado y la intensidad de un daño psíquico emocional. ¿Cómo medir la magnitud y la intensidad de una “emoción”? En cambio, es fácil percibir y comprobar un daño objetivo como es el daño al “proyecto de vida”. No obstante lo expresado, es del caso reconocer, tal como lo hemos manifestado, que en casos posteriores, como el “Luis Alberto Cantoral Benavides”, por ejemplo, la Corte se rectifica y establece, aparte de una reparación dineraria, otras diversas imaginativas y oportunas reparaciones ante la evidencia de haberse producido un “daño al proyecto de vida”.

7.2. VOTO “PARCIALMENTE DISIDENTE” DEL MAGISTRADO ROUX RENGIFO EN EL CASO “LOAYZA TAMAYO”

Sobre la omisión producida en la sentencia de la Corte en el caso “María Elena Loayza Tamayo” al no fijar la debida reparación del daño a su “proyecto de vida”, en un voto parcialmente disidente, el magistrado de ROUX RENGIFO, opina sobre esta situación. Al reconocer que la “Corte ha dado un paso adelante al considerar el daño al proyecto de vida estima”, en coincidencia con lo expresado por nosotros, que la víctima del daño, “que vio profundamente alteradas sus condiciones de existencia y su proyecto de vida, merece ser reparada al respecto, en los términos arriba planteados”.

En otro acápite de su voto, ROUX RENGIFO, al referirse a lo señalado por la Corte en el sentido que “la cuestión que el daño al proyecto de vida no tiene aún arraigo en la jurisprudencia y la doctrina”, Roux RENGIFO manifiesta que, “de acuerdo a la realidad”, éstas “no son del todo ajenas a ellas”. Sostiene, al respecto, que tribunales judiciales “de diversa naturaleza, en diferentes latitudes, se han ocupado ya de la alteración de las condiciones de existencia de la víctima como un tipo de daño que merece ser reparado y han evaluado esas condiciones, de alguna manera, en

un sentido dinámico, que involucra las perspectivas y proyectos del damnificado”.

Lo manifestado por el citado magistrado concuerda con la realidad, pues en el Perú se había desarrollado, desde 1985, doctrina sobre el “daño al proyecto de vida” y, en 1996, los tribunales del país habían acogido la institución en el caso “Encarnación Toscano”, sentenciado por la Corte Superior de Lima el 2 de julio del mencionado año. Por otro lado, es también cierto que los tribunales italianos habían comenzado a reparar el genérico “daño a la persona”, el mismo que comprende todos los daños que se pueden ocasionar al ser humano, incluido el raigal “daño al proyecto de vida”.

Comentando lo expresado por ROUX RENGIFO decíamos en otra sede, hace ya algún tiempo, que “se trata, sin duda, de un matiz que el magistrado ha querido poner en evidencia a fin de que no se mal entienda que la falta de “arraigo” del concepto “daño al proyecto de vida” pudiera ser interpretado como un absoluto silencio de parte de la doctrina y la jurisprudencia comparada”²⁴.

El citado magistrado estimó que, en su concepto, dada las graves consecuencias del daño causado a María Elena Loayza Tamayo, que vio alteradas sus condiciones de existencia y su proyecto de vida, se debería haber fijado, a título satisfactivo, la suma de \$ 124,190.30 (ciento veinticuatro mil ciento noventa dólares con treinta centavos) como reparación. De este modo, sostiene que no se habría dejado de reparar un consistente daño al “proyecto de vida” de la víctima.

Es del caso resaltar la justa y atinada observación del magistrado ROUX RENGIFO al considerar, como una omisión de la sentencia, el no haber reparado las consecuencias del “daño al proyecto de vida” de María Elena Loayza Tamayo. Ello, luego de reconocer y describir acertadamente su existencia, su magnitud y sus características. Se perdió, en este caso, tal como lo hemos manifestado anteriormente, una brillante oportunidad para que, en el año 1998, se hubiera podido sentar jurisprudencia supranacional en esta materia como loable y apropiadamente lo hizo la propia Corte tres años después, en diciembre del año 2001, tratándose del caso “Cantoral Benavides”.

²⁴ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos *El “daño al proyecto de vida” en una reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, ob. cit.

8. EL CASO “LUIS ALBERTO CANTORAL BENAVIDES”.

Un emblemático reconocimiento e indemnización de las consecuencias del “daño al proyecto de vida” lo encontramos en la sentencia por reparaciones en el caso “Luis Alberto Cantoral Benavides” con el Estado peruano, de fecha 3 de diciembre del año 2001. Este joven estudiante, también durante la dictadura de Alberto Fujimori, fue víctima de torturas a fin de suprimir su resistencia psíquica, al efecto de “forzarlo a autoinculparse o a confesar determinadas conductas delictivas”.

En el párrafo 60 del citado fallo, la Corte reconoce que los hechos narrados en el caso antes mencionado “ocasionaron una grave alteración del curso que normalmente habría seguido la vida de Luis Alberto Cantoral Benavides”. Fue así, señala la Corte, que “los trastornos que esos hechos le impusieron, impidieron la realización de la vocación, las aspiraciones y potencialidades de la víctima, en particular por lo que respecta su formación y a su trabajo como profesional”. Y se agrega, con lucidez, que: “Todo esto ha representado un serio menoscabo para su “proyecto de vida”. La Corte, en esta nueva oportunidad, vuelve a reconocer la existencia, magnitud y características del “daño al proyecto de vida”.

En lo que concierne a las reparaciones, en la sentencia (párrafo 80) se expresa también que: “Estima la Corte que la vía más idónea para restablecer el proyecto de vida de Luis Alberto Cantoral Benavides consiste en que el Estado le proporcione una beca de estudios superiores o universitarios, con el fin de cubrir los costos de la carrera profesional que la víctima elija –así como los gastos de manutención de esta última durante el período de tales estudios– en un centro de reconocida calidad académica escogido de común acuerdo entre la víctima y el Estado”. Por último, la sentencia (párrafo 81) ordena que el Estado peruano “realice un desagravio público en reconocimiento de su responsabilidad en este caso y a fin de evitar hechos como los de este caso se repitan”.

En la parte decisoria del fallo se ordena que el Estado peruano asuma la reparación referente al costo de los estudios de la víctima (punto 6). Además, se decide (punto 5) que el Estado anule todos los antecedentes judiciales y administrativos, penales y policiales, que existan en contra de Luis Alberto Cantoral Benavides. En el citado fallo (punto 7) se ordena al Estado peruano publicar en el Diario Oficial la parte resolutive de la sentencia de fondo de fecha 18 de agosto del año 2000.

Tal como se había anotado en precedencia, en este fallo se observa como la Corte –rectificando lo expresado en la sentencia dictada en el caso “María Elena Loayza Tamayo” en cuanto a su abstención de fijar una reparación por las consecuencias del “daño al proyecto de vida”– adopta un diferente y acertado criterio al proceder a reparar las consecuencias del daño al proyecto de vida de Cantoral Benavides.

En la mencionada sentencia, las consecuencias del “daño al proyecto de vida” no se reparan con la entrega de una cantidad de dinero sino mediante otras medidas que favorecen a la víctima a fin de que recupere el tiempo perdido durante el cual permaneció encarcelado y pueda continuar sus estudios universitarios. En este sentido, se condena al Estado peruano a asumir el costo de los estudios de Luis Alberto Cantoral Benavides en la forma antes señalada. Por lo demás, se precisa que la víctima ha recibido tratamiento psicológico. De otro lado, como medida de reparación, se ordena también la publicación de la parte resolutive de la sentencia de fondo de fecha 18 de agosto del año 2001.

9. EL CASO “NIÑOS DE LA CALLE”.

Cabe también citar la sentencia recaída en el caso los “Niños de la Calle con el Estado de Guatemala”. En la sentencia de 19 de noviembre de 1999, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció sobre el fondo del asunto que comportó el brutal asesinato de cinco menores de edad, quedando uno más gravemente herido. En la sentencia de reparaciones de 26 de mayo del 2001, en el párrafo 84, equivocadamente a nuestro entender, la Corte considera que dentro de la expresión de daño moral se “pueden comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causadas a las víctimas directas y a sus allegados, como el menoscabo de valores muy significativos para las personas y otras perturbaciones que no son susceptibles de medición pecuniaria”. Al referirse la Corte “al menoscabo de aquellos valores muy significativos para las personas” a lo que alude realmente es al “daño al proyecto de vida”, elegido y orientado, precisamente, por aquellos valores que otorgan un rumbo y un sentido a la vida de cada ser humano.

No deja de llamar la atención que la Corte, luego de distinguir claramente en la sentencia “María Elena Loayza Tamayo” y en la de “Luis Alberto Cantoral Benavides” el “daño moral” del “daño al proyecto de vida”, varíe su criterio y estime que el “daño al proyecto de vida”, bajo la expresión que emplea para el caso de “menoscabo de valores muy significativos para las personas”, incluya dentro de

la específica noción de “daño moral” el “daño al proyecto de vida”. En efecto, en el párrafo 84 de la sentencia de la Corte se declara que el “daño moral puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, como el menoscabo de valores muy significativos para las personas y otras perturbaciones que no son susceptibles de valoración pecuniaria”. Frente a esta declaración cabe reiterar lo que venimos sosteniendo en este y otros trabajos: que el “daño moral”, en cuanto agravio a los principios morales de la persona, tiene como notoria y efectiva consecuencia una lesión a la estructura psicosomática, de carácter preponderantemente psíquico-emocional, mientras que el “daño al proyecto de vida” –como lo reconoció la Corte y el juez CAÑADO TRINDADE tratándose de los casos “Loayza Tamayo” y “Luis Alberto Cantoral Benavides”– es un daño a la libertad de la persona, a su expresión fenoménica convertida en actos, en conductas las que son frustradas, menoscabadas o retardadas.

De otro lado, la Corte en vez de reparar individual e independientemente los daños inmateriales ocasionados a la víctima opta por una indemnización en bloque, decisión de la cual discrepamos.

Cabe destacar que en el alegato de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, consecuente con la jurisprudencia de la Corte, le recuerda que “en el caso de daños graves al plan de vida de una víctima se requiere una medida de reparación correspondiente”. Y, agrega, que la “eliminación y reducción de las opciones de vida de estos jóvenes ha limitado objetivamente su libertad (...)”. Con claridad de ideas, y siempre encuadrada dentro de la jurisprudencia de la Corte, la Comisión expresa que: “Este tipo de perjuicio grave a la trayectoria de vida de una víctima no corresponde al renglón de daños materiales ni al de daños morales” (el subrayado es nuestro).

En el alegato de los familiares de las víctimas se expresa que el concepto de reparación “no debe ser reducido solamente a la suma de lucro cesante más daño emergente más daño moral, pues quedaría vacío en el propio valor fundamental vida”. Y se añade, con pertinencia, que “este concepto se superpone a lo que la Comisión llama proyecto de vida”.

De lo expuesto, sin entrar al fondo de asunto, queremos rescatar cómo tanto en el alegato de la Comisión como en el de los familiares de las víctimas se distingue con nitidez la diferencia existente entre el “daño moral”, que, reiteramos, es uno de carácter psíquico emocional no patológico, y el “daño al proyecto de vida” –que puede también designarse como “plan vital” o “trayectoria existencial”–

que es un daño que incide en la libertad, más precisamente en la libertad volcada al mundo exterior a través de actos o conductas. Es decir, se trata de la libertad fenoménica.

10. VOTO RAZONADO DEL JUEZ DE ROUX RENGIFO EN EL CASO "NIÑOS DE LA CALLE".

Frente a la actitud asumida por la Corte de incluir el "daño al proyecto de vida" dentro de la específica noción de "daño moral", el magistrado ROUX RENGIFO, expresa que: "Hubiera sido de desear que la Corte empleara una expresión más genérica que la de *daño moral*, por ejemplo, la de *daño inmaterial*, para hacer alusión a aquellas modificaciones negativas de la situación de las personas que no son de carácter económico o patrimonial". Y apunta a continuación que en dicho caso "podría haberse reservado la expresión *daño moral*, como lo viene haciendo el derecho comparado en materia de responsabilidad, para referirse exclusivamente a los sufrimientos y aflicciones causados por los hechos dañinos a las víctimas directas y a sus allegados". Coincidimos con las apreciaciones vertidas por el juez ROUX RENGIFO en cuanto a su propuesta de delimitar las fronteras conceptuales del "daño moral" en cuanto sufrimiento o aflicción. Es decir, reducirlo a la esfera psíquico-emocional, de carácter no patológico, de la persona agraviada.

Roux RENGIFO considera como voz autónoma -dentro, la para nosotros genérica expresión de "daño a la persona"-, aquella que refiere como "la destrucción del proyecto de vida". Es decir, el daño que, como consecuencia de un previo daño psicosomático, lesiona la libertad fenoménica, es decir, el "proyecto de vida", ya sea frustrándolo, menoscabándolo o retardándolo. Preferimos la clara y directa noción de "daño a la persona" por la sugerida por ROUX RENGIFO. El daño lo recibe la persona, aunque las consecuencias del mismo sean inmateriales. No creemos pertinente confundir la *naturaleza* del ente dañado -daño subjetivo o daño a la persona y daño objetivo o daño a las cosas, al patrimonio- con sus *consecuencias* que pueden ser materiales e inmateriales o, como es de uso común, patrimoniales y extrapatrimoniales.

En otro párrafo de su voto, ROUX RENGIFO se pronuncia en contra de la reparación en bloque de las consecuencias de los daños que la Corte, indebidamente en nuestro concepto, denomina "morales" luego de haberlos distinguido y enumerado previamente. Así, como lo señala el magistrado en referencia, la Corte diferenció los sufrimientos físicos y psíquicos, la pérdida de la vida como valor autónomo, la destrucción del proyecto de vida, desprotección de

los menores de edad. Roux RENGIFO, critica con acierto y en coincidencia con lo que hemos venido expresando a través de estos años, el que la Corte se abstuviera de pronunciarse sobre cada una de dichas “modalidades” del daño en cuestión y, más bien, fijara una reparación “en bloque”, sin considerar cada uno de los aspectos materia del daño. Al respecto, ROUX RENGIFO manifiesta que “hubiera preferido, conforme a lo expuesto, que se abordaran y estimaran por separado, las distintas categorías de quebrantos y menoscabos de carácter inmaterial que los hechos del caso causaron a las víctimas”.

11. CASO “WILSON GUTIÉRREZ SOLER CON COLOMBIA”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha mantenido, de 1998 a la fecha, una constante jurisprudencia de reconocimiento de la existencia y de la reparación de las consecuencias del “daño al proyecto de vida”.

Es así que, mediante sentencia de 12 de septiembre del 2005, la Corte resolvió la demanda interpuesta por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado de Colombia con el objeto de que se decidiera si el Estado violó los derechos a la libertad personal, a las garantías y protección judiciales, a la integridad personal, perpetrados por agentes del Estado en perjuicio de Wilson Gutiérrez Soler. Éste fue arbitrariamente detenido. Sometido a torturas físicas y psicológicas se intentó extraerle una confesión en el sentido de haber cometido un supuesto acto ilícito. La Comisión señaló que la impunidad de los responsables y la falta de reparación, transcurridos diez años de los hechos, “no sólo han destruido el proyecto de vida de Wilson Gutiérrez Soler y de los miembros de su familia, sino que han tenido un impacto negativo en su seguridad y en algunos casos los ha forzado al exilio”.

La Corte dio por probado que Wilson Gutiérrez Soler fue arbitrariamente detenido y llevado a los sótanos de las dependencias pertinentes a disposición de los agentes de seguridad, donde “fue esposado a las llaves de un tanque de agua y sometido a torturas y tratos crueles, inhumanos y degradantes, consistentes en quemaduras en los órganos genitales y otras lesiones graves”. Tres horas después de estas torturas, la víctima fue entrevistada por funcionarios de la Oficina Permanentes de Derechos Humanos, quienes le dijeron que para salvar su vida, respondiera a todo lo que se preguntara de manera positiva, es decir, diciendo que sí. Por tanto, el señor Gutiérrez Soler fue inducido, bajo coacción, a

rendir declaración en "versión libre" sobre los hechos motivo de la detención".

El señor Gutiérrez Soler "no contó con la presencia de su representante legal ni de un defensor público al rendir su declaración". Para suplir su ausencia, "miembros de la fuerza pública solicitaron la asistencia de una religiosa con el fin de que compareciera en la referida diligencia junto con el señor Gutiérrez Soler". El Estado no hizo ningún esfuerzo para contactar a un abogado no obstante que la sede donde fue interrogado el detenido se encuentra en una zona céntrica de Bogotá. Sobre la base de la declaración obtenida mediante tortura, se le inició proceso el 24 de agosto de 1994 por el delito de extorsión. Finalmente, el 26 de agosto del 2002, transcurridos ocho años desde su detención inicial, fue absuelto.

La Corte comprobó que las denuncias interpuestas por Gutiérrez Soler motivaron que tanto él como sus familiares fueran vigilados, perseguidos, amenazados, hostigados, agredidos, sufriendo detenciones allanamientos y atentados contra la vida y la integridad personal, los cuales no han sido adecuadamente investigados. Como resultado de esta situación, Gutiérrez Soler y su hijo tuvieron que exiliarse. La Corte reconoce que la campaña de "amenazas, hostigamiento y agresiones -la cual fue iniciada en 1994 y no ha cesado aún- ha puesto en grave riesgo la vida e integridad personal del señor Wilson Gutiérrez Soler y varios de sus familiares, así como alterado profundamente la dinámica de la familia en su conjunto. En consecuencia, han sufrido temor constante y daños psicológicos".

Todo ello hizo que la víctima tuviera que desplazarse continuamente, no teniendo un sitio fijo de vivienda y no poseer un trabajo estable. Lo mismo ocurrió tratándose de algunos de sus más cercanos familiares.

La Corte, aparte de resarcir los daños materiales ocasionados a la víctima y a sus familiares, reparó también los daños que ha dado en llamar "inmateriales". Dentro de estos, afirma la Corte, se comprenden "los sufrimientos y las aflicciones, el menoscabo de valores muy significativos para la persona y las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima". Si hacemos un desagregado de lo expuesto por el Tribunal encontramos que, dentro de dicha genérica expresión de daños "inmateriales" se comprenden diversos e identificables daños a la persona. Así, a) "los sufrimientos y aflicciones" a que se hace referencia, equivalen al llamado daño "moral" es decir, al daño psíquico-emocional no patológico; b) "el menoscabo de valores muy significativos para

las personas” que supone el daño a la libertad, específicamente a la libertad fenoménica o realización del “proyecto de vida”; c) “las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima” corresponden a lo que denominamos “daño al bienestar” o, también, daño a la salud integral de la persona. Es decir, una consecuencia que afecta la calidad de vida de la víctima.

Por lo expuesto, hubiéramos preferido que se reparase cada daño en forma independiente, haciendo un desagregado de los daños “inmateriales” que puede sufrir el ser humano, indemnizándolos de manera independiente y fundamentada.

Lo importante, para el caso del cual nos venimos ocupando, es el reconocimiento de que, entre los daños que la Corte designa -indebidamente en nuestro concepto- como “inmateriales”, se halla el “daño al proyecto de vida” o a la libertad fenoménica. Los daños, como lo hemos dejado sentado en otras sedes, son, su naturaleza en “daños a la persona” o daños subjetivos y en daños a los entes del mundo exterior. Al respecto, el Tribunal consideró “que los hechos violatorios en contra del señor Wilson Gutiérrez Soler impidieron la realización de sus expectativas de desarrollo personal y vocacional, factibles en condiciones normales y causaron daños irreparables a su vida, obligándolo a truncar sus lazos familiares y trasladarse al extranjero, en condiciones de soledad, penuria económica y quebranto físico y psicológico”. La Corte consideró que, como la propia víctima lo expresara en su testimonial, “definitivamente esto acabó con mi vida -no sólo la mía- la de mi hijo, la de mi esposa [...]. Mi familia se perdió, el vínculo familiar de padres-hijos se perdió [...]. No solamente me quitaron mi propio valor, sino que me quitaron mi familia, mis padres”.

La Corte tuvo en cuenta que, asimismo, estaba probado, “que la forma específica de tortura que la víctima sufrió no sólo ha dejado cicatrices físicas, sino también ha disminuido de manera permanente su autoestima y su capacidad de realizar y gozar de relaciones afectivas íntimas”.

Luego de todas las comprobaciones y consideraciones antes glosadas, “la Corte reconoce la ocurrencia de un daño al “proyecto de vida” del señor Wilson Gutiérrez Soler, derivado de la violación de sus derechos humanos”. Daño al proyecto de vida que engloba dentro de una genérica denominación de daños “inmateriales”.

Es del caso advertir que el Estado de Colombia se allanó a la demanda interpuesta ante la Corte por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, reconociendo la realización de los daños

producidos y, dentro de ellos, el "daño al proyecto de vida" del señor Wilson Gutiérrez Soler.

Es motivo de elogio el desarrollo y tratamiento de este caso en lo que respecta a la defensa de la dignidad e integridad de la persona humana. La Corte ha dado lecciones sobre cómo se debe defender al ser humano en lo que se refiere a la violación de sus derechos humanos.

12. VOTO RAZONADO DEL JUEZ CAÑADO TRINDADE EN EL CASO "GUTIÉRREZ SOLER".

Resulta valioso e interesante lo expresado por el lúcido magistrado CAÑADO TRINDADE en su voto razonado emitido en el caso "Wilson Gutiérrez Soler". En este pronunciamiento el magistrado sostiene que después "de los avances jurisprudenciales sobre el concepto del derecho al "proyecto de vida" en los casos "Loayza Tamayo con Perú" (reparaciones 1998), "Niños de la Calle con Guatemala" (fondo, 1999 y reparaciones, 2001) y "Cantoral Benavides con Perú (reparaciones 1998), tenía la Corte la oportunidad de avanzar en su construcción al respecto, pero la falta de consenso en el seno de la misma sobre qué rumbo tomar imposibilitó un nuevo avance". Es de lamentar que ocurriera este hecho luego de la lúcida exposición de aquello en que consiste el "daño al proyecto de vida" o daño a la libertad fenoménica y de las graves consecuencias que genera las que son, en opinión de la Corte, irreparables o difícilmente reparables. Esta aseveración la hizo el Tribunal en la sentencia de reparaciones en el caso "Loayza Tamayo", antes referido.

Sin embargo, el mencionado magistrado nos dice que "pienso que la Corte, aun sin unanimidad debería haber dado un paso adelante en cuanto a la construcción jurisprudencial al respecto, sobre todo ante el paso positivo dado por el Estado demandado de haber aceptado su responsabilidad internacional en el *cas d'espèce* y de haber pedido perdón a la víctima y a sus familiares". Y agrega que como la "Corte prefirió no avanzar en su propia construcción jurisprudencial, me veo en la obligación de dejar constancia de mis reflexiones personales sobre la materia en el presente Voto Razonado, como fundamento de mi posición al respecto". Hubiera sido de desear que la Corte, a través de su jurisprudencia, hubiera podido seguir contribuyendo a la labor de construcción de la institución del "daño al proyecto de vida" que, desde hace más de veinte años, viene desarrollando la doctrina, sin ningún antecedente en el tiempo".

Lo anteriormente expresado denota la lucidez del magistrado y su capacidad y sensibilidad para captar la trascendencia de una institución como la del “daño al proyecto de vida”, cuyas consecuencias, en casos extremos y dicho en pocas palabras, pueden conducir a una persona a una profunda depresión, a un vacío existencial y a una pérdida del sentido de su vida²⁵. ¿Qué mayor daño se puede causar a una persona que la destrucción de su vida?

Es, por lo expuesto, que un núcleo de juristas que han percibido la trascendencia de precisar conceptos en torno al “daño al proyecto de vida”, así como la premiosa necesidad de reparar a menudo sus graves consecuencias, haya expresado sus coincidencias con las sentencias mediante las cuales la Corte consagra la institución del “daño al proyecto de vida” a nivel jurisprudencial, es decir, en el derecho vivo, demostrando así su utilidad en cuanto a la finalidad de proteger la vida humana y su libre desenvolvimiento en el tiempo. Dichos juristas han alabado a la Corte por haber recogido de la doctrina la noción de “daño al proyecto de vida” y haberla consagrado, desarrollado y reparado en cuanto a sus frecuentes devastadoras consecuencias para la vida de las personas. Así, por ejemplo y como lo tenemos citado, la profesora ANA SALADO OSUNA, de la Universidad de Sevilla, en el libro que dedica al estudio de los casos peruanos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al reconocer el origen doctrinario del “daño al proyecto de vida”, manifiesta que “hay que felicitar a la Corte por aceptar el concepto de “daño al proyecto de vida en materia de reparaciones y por haber determinado en qué medida se puede reparar el mismo”²⁶.

Al referirse al tiempo en su relación con el proyecto de vida, el magistrado expresa que “por vivirnos en el tiempo, cada uno busca divisar su proyecto de vida”. Y apunta, que “el vocablo proyecto encierra en sí toda una dimensión temporal”, por lo que posee “un valor esencialmente existencial, ateniéndose a la idea de realización personal integral”. Es decir, agrega que, “en el marco de la transitoriedad de la vida, a cada uno cabe proceder a las opciones que le parecen acertadas, en el ejercicio de plena libertad personal, para alcanzar la realización de sus ideales”. La vida, concluye diciendo que, “-al menos la que conocemos- es una sola y tiene un límite temporal, y la destrucción del proyecto de vida acarrea un daño casi siempre verdaderamente irreparable, o una u otra vez difícilmente reparable”.

²⁵ En la actualidad el juez CANÇADO TRINDADE es magistrado de la Corte Internacional de La Haya.

²⁶ SALADO OSUNA, Ana, *Los casos peruanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, ob. cit., p. 438.

Nos satisface leer lo expresado por lúcido magistrado CAÑADO TRINDADE en lo que significa la temporalidad del ser humano en lo atinente a la realización de su proyecto de vida. En diciembre de 1996, en nuestro trabajo titulado *Daño al proyecto de vida* nos referíamos, precisamente, a esa situación cuando decíamos, dentro de los lineamientos de la escuela de la filosofía de la existencia, que el ser humano "es tiempo" Él "constituye un proceso temporal, abierto donde el pasado condiciona al presente y, desde éste, se proyecta el futuro"²⁷.

El ser humano, decíamos, que "para realizarse en el tiempo en tanto ser libre, debe proyectar su vida". La vida, subrayábamos, "es un proceso continuado de hacer según sucesivos proyectos". Y afirmábamos que "el proyecto tiene como condición la temporalidad", para concluir que "el proyecto, por consiguiente, se sustenta en la libertad y la temporalidad del ser humano", por lo que "el proyectar es la manera de ser del ser humano en cuanto libre y temporal"²⁸.

Es digno de resaltar el aporte del mencionado magistrado en cuanto a lo que denomina "el proyecto de post-vida", el mismo que desarrolló, según su propia expresión, en su Voto Razonado en el caso de la "Comunidad Moiwana versus Suriname" resuelto por sentencia del 15 de junio del 2005. No hay razón alguna, nos dice, para limitarse a la búsqueda de sentido para su vida, "a la vida que uno conoce, al mundo de los que siguen vivos". En realidad, nos dice "tanto el proyecto de vida como el proyecto de post-vida encierran valores fundamentales". Un daño a éste último constituye un daño *espiritual* que atañe a lo que hay de más íntimo en el ser humano, es decir, su vida interior, sus creencias en el destino humano, sus relaciones con sus muertos". Dicho daño, concluye, "incorpora el principio de humanidad en una dimensión temporal".

13. OTROS CASOS VISTOS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

Aparte de los casos brevemente glosados en precedencia, en los cuales la Corte Interamericana acoge y repara el "daño al proyecto de vida", cabe citar, como lo señala el magistrado CAÑADO TRINDADE en su voto razonado expuesto en el caso "Wilson Gutiérrez Soler", la existencia de otros en los cuales el "daño al proyecto de vida" ha sido invocado por las partes demandantes a nivel individual, como

²⁷ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Daño al proyecto de vida*, ob. cit., en la revista "Derecho PUC", Lima, diciembre de 1996, p. 50.

²⁸ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Daño al proyecto de vida*, ob. cit., en la revista "Derecho PUC", Lima, diciembre de 1996, p. 50.

sucede, por ejemplo, en el caso “Tibi con Ecuador”, de 7 de setiembre del 2004, de la sentencia de fondo en el caso “Miyrna Mack Chang con Guatemala” del 25 de noviembre del 2003 y el “daño al proyecto de vida” a nivel familiar invocado en el caso “Molina Theissen con Guatemala” en el 2004 y, a nivel comunitario, en el caso de la “Masacre de Plan Sánchez con Guatemala” en el 2004.

Además de los precedentes se cita también el caso de los hermanos “Gómez Paquiyauri con el Estado peruano”, en el cual la familia de las víctimas, torturadas y luego muertas por agentes de dicho Estado, reclama una reparación al expresar que el proyecto de vida de sus hijos, Emilio y Rafael, “estaba íntimamente ligado con el de la familia, ya que los padres eran inmigrantes de la zona central de la sierra del Perú, donde la familia es concebida como una única unidad económica en la que todos los miembros aportan en el desenvolvimiento de la vida familiar y su sustento”.

14. EL “DAÑO AL PROYECTO DE VIDA” EN LA LEGISLACIÓN PERUANA.

Antes de referirnos a la doctrina y a la jurisprudencia por nosotros conocida en torno al “daño al proyecto de vida”, daremos una breve noticia sobre su reconocimiento por la legislación peruana.

Existen dos fundamentos dentro del ordenamiento jurídico peruano que ofrecen al juez argumentos, sólidos y suficientes, para sustentar sus fallos destinados a amparar las demandas por frustración, menoscabo o retardo del proyecto de vida y a proceder a su consiguiente reparación. 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, lo que constituye la razón de ser de su existencia.

Otro sólido argumento lo encontramos alojado en el artículo 1985 del Código Civil Peruano de 1984. En él se prescribe que es obligatoria la reparación de las consecuencias generadas por un “daño a la persona”. Dentro de esta amplia noción, como se ha

expresado en precedencia, se comprenden todos los daños que se pueden causar a su unidad psicosomática, es decir, tanto a su cuerpo, en sentido estricto, como a su psique. Recordemos que la reparación por los daños psicosomáticos debe tener en cuenta tanto la lesión en sí misma o "daño biológico", como las repercusiones negativas que ella ocasiona en el transcurrir de la vida ordinaria y cotidiana de la persona, es decir el "daño al bienestar", que deteriora notoriamente su calidad de vida.

Pero, como también se ha señalado en su lugar, dentro del genérico concepto de "daño a la persona" se incluye el daño que se pueda causar a la libertad fenoménica, es decir, a los actos o conductas mediante las cuales se concreta en el mundo exterior la realización del personal "proyecto de vida".

De otro lado, el artículo 5 del Código Civil, que se refiere a los derechos fundamentales, prescribe que el derecho a la libertad y los demás derechos inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión.

15. EL "DAÑO AL PROYECTO DE VIDA" EN LA DOCTRINA JURÍDICA.

La institución del "daño al proyecto de vida", en tanto genera como consecuencias la frustración, el menoscabo o retardo de la misión existencial de la persona, de su libertad fenoménica, viene siendo paulatinamente acogida por cada vez más amplios sectores de la doctrina, así como también se va incorporando a la jurisprudencia de diversos países.

Sucede, en este caso, lo que ocurre con toda aparición de una nueva figura en el escenario jurídico. Ella debe someterse a la fina y aguda crítica jurídica, lo que da lugar a un largo y lento proceso de reconocimiento, de convencimiento de las bondades y de la consiguiente utilidad de la institución, de su importancia y trascendencia para la vida comunitaria, para la protección integral del ser humano. Por ello, hay que esperar pacientemente hasta que la mayoría de los juristas convengan en la necesidad y utilidad de la aplicación jurisprudencial de la nueva institución para reparar, en este caso, un nuevo daño al ser humano.

Se trata de un daño desconocido hasta que se hizo patente en un sector de vanguardia de la doctrina como consecuencia del hecho que el ser humano había dejado de ser considerado tan sólo como un "animal racional" para reconocérsele como un *ser libertad*, como un ser espiritual, calidad propia del ser humano, la que lo

diferencia de los demás animales y de los otros seres del universo. No es nada fácil –lo sabemos por experiencia– que los juristas admitan, con rapidez, la existencia de un nuevo daño, que aún no conocen a la perfección, que rompe sus esquemas tradicionales de la responsabilidad civil, que los introduce en un mundo en el cual ha variado, radicalmente, el centro de protección del Derecho, dejando jerárquicamente atrás el patrimonio para ser sustituido por la persona humana.

En cuanto a la doctrina producida en los últimos años sobre el “daño al proyecto de vida”, citaremos tan sólo algunos trabajos que incorporan a su acervo jurídico el “daño al proyecto de vida”, tanto a nivel de la jusfilosofía como de las diversas ramas del Derecho. Se trata de autores que, básicamente, reconocen la calidad ontológica de *ser libertad* propia del ser humano. Ellos han comprendido que la libertad fenoménica, que se concreta en la realización del “proyecto de vida” –contando para ello con los demás seres humanos y las cosas, en un tiempo dado, y que se hace patente en actos o conductas humanas–, puede ser dañada. Para comprender la significación del “daño al proyecto de vida” hay que haber antes aprehendido la nueva concepción del ser humano para, luego, tomar conciencia de las profundas repercusiones de esta nueva realidad en el campo de lo jurídico. A algunas de estas consecuencias nos referiremos más adelante.

Cada vez son más numerosos, decimos, los autores de diversas latitudes que reconocen la importancia de reparar el “daño al proyecto de vida”, así como son conscientes de sus hondas negativas repercusiones en la vida del ser humano. Las voces que adhieren a esta nueva realidad vienen de diversos sectores del Derecho, desde el Derecho Civil hasta el Derecho Internacional en sus diversas nominaciones y, por cierto, de la jusfilosofía.

Hemos seleccionado algunos de los textos que son de nuestro conocimiento pertenecientes a autores de diversas latitudes que recogen el mensaje sobre la trascendencia e importancia del “daño al proyecto de vida” en el proceso, iniciado con mayor fuerza en la segunda mitad del siglo XX, de una mayor e integral protección de la persona humana. En este sentido se recogen, critican, analiza y comentan las características de este nuevo daño al ser humano, sobre la base del tratamiento original producido en el Perú en la década de los años ochenta del mencionado siglo.

Pueden existir, sin duda, otros autores y trabajos que desconocemos. Los citados, reiteramos, son aquellos de los que tenemos noticia de su existencia.

16. EL "DAÑO AL PROYECTO DE VIDA" EN LA DOCTRINA LATINOAMERICANA.

En el área del Derecho Internacional de los Derechos Humanos podemos recoger, entre otras, las expresiones de Sergio GARCÍA RAMÍREZ, actual Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El autor es consciente de la importancia de la protección del "daño al proyecto de vida", por lo que reconoce y da cuenta que "la Corte Interamericana ensanchó el horizonte de las reparaciones con un concepto relevante: el daño al proyecto de vida". Precisa, al respecto, que el "daño al proyecto de vida" no corresponde "a la afectación patrimonial derivada inmediata y directamente de los hechos", característico del daño emergente; y tampoco se confunde con el lucro cesante, porque mientras éste se refiere en forma exclusiva a la pérdida de ingresos económicos futuros, que es posible cuantificar a partir de ciertos indicadores mensurables y objetivos, 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"²⁹.

GARCÍA RAMÍREZ, aparte de subrayar las diferencias existentes entre el daño emergente y el lucro cesante antes referidas, considera que el proyecto de vida se "elabora en torno a la idea de realización personal". La reparación del daño al proyecto de vida "implica una indemnización, pero no se reduce necesariamente a ésta. Puede traer consigo otras prestaciones o compensaciones, que aproximen la reparación al ideal de la *restitutio in integrum*"³⁰.

El mencionado autor, en otro trabajo, se refiere al tipo de reparaciones contenidas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Al respecto anota que, al lado de aquellas de tipo patrimonial, por daño material y moral, existen otras modalidades de reparaciones y cita dentro de ellas a la reparación por "daño al proyecto de vida"³¹.

²⁹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en "Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional", N° 3, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, p. 342.

³⁰ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Las reparaciones en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, ob. cit., p. 323.

³¹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, en "La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", México, UNAM-Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, pp. 1118-1144, en p. 1143.

GARCÍA RAMÍREZ aborda también el tema del “daño al proyecto de vida” en el artículo titulado *Dos temas de la jurisprudencia interamericana: “proyecto de vida” y amnistía*³².

Antonio A. CANÇADO TRINDADE, uno de los más destacados juristas latinoamericanos –actual magistrado de la Corte Internacional de La Haya– es un convencido de la trascendencia que para el ser humano tiene su “proyecto de vida”, razón más que suficiente para protegerlo y reparar sus consecuencias cuando haya lugar. En sus valiosos votos razonados, que se incorporan a las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre reparaciones del “daño al proyecto de vida”, deja constancia de sus lúcidas apreciaciones sobre el tema. Algunas de ellas se han transcrito cuando hemos hecho breve referencia a las sentencias de la Corte en los casos “María Elena Loayza Tamayo” y “Gutiérrez Soler”.

CANÇADO TRINDADE, en el apartado 7 del voto razonado conjunto con el magistrado ABREU BURELLI en el caso “Loayza Tamayo”, explica que las reparaciones tratándose del ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se vieron fuertemente marcadas por la analogía con las del Derecho Privado, como es el caso, por ejemplo, del daño material y el daño moral. Estos conceptos, expresa, “han estado fuertemente determinados por un contenido e interés patrimoniales (...) marginando lo más importante en la persona humana como es su condición de ser espiritual”. En el párrafo 8 del mencionado voto razonado manifiesta que: “El ser humano tiene necesidades y aspiraciones que trascienden la medición o proyección puramente económica. Ya en 1948, hace medio siglo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre advertía en su preámbulo que “el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría”. Estas palabras se revisten de gran actualidad. En el dominio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la determinación de las reparaciones debe tener presente la integralidad de la personalidad de la víctima, y el impacto sobre ésta de la violación de los derechos humanos: hay que partir de una perspectiva integral y no sólo patrimonial de sus potencialidades y capacidades”.

En el apartado 16 de su voto razonado CANÇADO TRINDADE afirma, conjuntamente con ABREU BURELLI, que “el proyecto de vida envuelve plenamente el ideal de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 de exaltar el espíritu como finalidad suprema y categoría máxima de la existencia humana. El daño al

³² GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Dos temas de la jurisprudencia interamericana*, “Revista de Derecho y Jurisprudencia” y “Gaceta de los Tribunales”, Santiago de Chile, t. XCV, N° 2, mayo-agosto 1998, pp. 61-75.

proyecto de vida amenaza, en última instancia, el propio sentido que cada persona humana atribuye a su existencia".

Para Héctor FAÚNDEZ LEDESMA, al recoger las ideas básicas que lo sustentan, considera que el daño al proyecto de vida "afecta la libertad de una persona que, consciente o inconscientemente, ha elegido una manera de vivir, lo que otorga un sentido a su vida y que responde a su propia vocación". Es un daño que "trastoca o frustra el proyecto de vida que libremente formula cada persona, y que impide que la persona desarrolle libremente su personalidad". Se trata de "un daño radical a la salud de la persona, que le impide cumplir su propio proyecto existencial y ser "ella misma". Se trata de un daño que marca el futuro del sujeto y que, aunque no sea actual, no por ello deja de ser cierto". La noción de daño al proyecto de vida, apunta FAÚNDEZ, está vinculada a la idea de libertad, entendida como la capacidad de decisión de la que está dotado el ser humano para proyectar su vida, contando con las limitaciones o circunstancias que le son inherentes y "que hace que seamos seres únicos y no intercambiables"³³.

Eduardo FERRER MAC GREGOR en su trabajo *Del amparo nacional al amparo internacional* al indicar que los tipos de reparaciones internacionales a las consecuencias de los daños son similares a los que existen en el derecho interno, reconoce entre ellos, sobre la base de la clasificación de Sergio GARCÍA RAMÍREZ, la referente al "daño al proyecto de vida"³⁴.

Jorge Francisco CALDERÓN GAMBOA ha publicado en México un libro titulado *El daño al proyecto de vida por violación de los derechos humanos*³⁵, en el cual se hace un análisis de la nueva figura de daño al proyecto de vida que bosquejamos en 1985. En su ensayo sobre *La reparación del daño al proyecto de vida en caso de tortura*, el autor considera que el "desarrollo internacional de los derechos humanos ha permitido avances significativos en la protección y promoción de la dignidad de la persona". Al efecto, apunta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su sentencia de reparaciones en el caso "María Elena Loayza Tamayo", "analizó por primera ocasión un nuevo rubro en materia de reparación que corresponde al "daño al proyecto de vida". Calderón Gamboa estima que "al ser un daño recientemente reconocido y tratándose de violaciones de los derechos humanos, su análisis y reparación son fundamentales, ya que es importante comprender el vínculo

³³ FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *El Sistema Interamericano De Protección De Los Derechos Humanos. Aspectos Institucionales Y Procesales*, Ob. Cit., p. 520.

³⁴ <http://www.realidadjuridica.uabc.mx/realidad/file/amparo.doc>

³⁵ CALDERÓN GAMBOA, Jorge Francisco, *El daño al proyecto de vida por violación de los derechos humanos*, México, Porrúa, 2005.

inminente que existe entre los actos de tortura y las afectaciones que generan en los *proyectos de vida* de los individuos y, por lo tanto, la trascendencia de su debida reparación”.

Dentro del análisis que hace de la institución del “daño al proyecto de vida”, el autor realiza un deslinde conceptual entre el “daño al proyecto de vida” y el llamado “daño moral”, concluyendo, dentro de la misma línea de pensamiento sostenida por nosotros desde hace varias décadas y que reiteramos en el presente trabajo, que “no cabe confundirlos”.

Estima que el “daño al proyecto de vida” lesiona “el ejercicio mismo de la libertad ontológica del ser humano, mientras que el daño moral incide en el aspecto psíquico de la persona, más precisamente, en el emocional”. Agrega al respecto, con acierto, que “la dimensión del daño al proyecto de vida consiste en que su objeto de afectación es la libertad y que, a su vez, la afectación desencadena una serie de menoscabos al pleno uso de la misma en relación con el desarrollo y desenvolvimiento del ser humano hacia sus objetivos o aspiraciones de vida”. Por ello, concluye, “el bien jurídico tutelado por el derecho, u objeto a tutelar en esta materia, será la realización ontológica, el desenvolvimiento o proyección de vida de cada individuo, que por detrimento de la libertad (en toda su extensión) se ve truncado”³⁶.

En el Brasil, Amaro ALVES DE ALMEIDA NETO, entre otros autores, se refiere al “daño al proyecto de vida” refiriéndose a sus alcances e importancia en cuanto a la protección integral de la persona humana. Destaca la radicalidad de este daño que puede llegar a crear un vacío existencial en la persona que lo sufre, privándole del sentido que había otorgado a su vida³⁷.

En Chile, José DÍAZ SCHWERTER, en su trabajo *La resarcibilidad del daño no patrimonial en América Latina* reconoce que en el Perú, a partir del Código Civil de 1984 se reconoce como categoría autónoma de daño resarcible el “daño a la persona”. Con razón precisa que el llamado “daño moral” “se entiende, mayoritariamente, que el daño moral ha quedado limitado al llamado “daño moral subjetivo” o “daño moral en sentido estricto”³⁸.

En la República Dominicana, entre el 26 y el 28 de marzo del 2003, tuvo lugar el 4° “Encuentro Internacional de Educación y

³⁶ CALDERÓN GAMBOA, Jorge Francisco, *El daño al proyecto de vida por violación a los derechos humanos*, ob. cit., apartado 1.3.1.

³⁷ ALVES DE ALMEIDA, Amaro, *Daño existencial. A tutela da dignidade da pessoa humana*, en la revista de “Direito Privado”, N° 24, octubre-diciembre 2005.

³⁸ DÍAZ SCHWERTER, JOSÉ, *La resarcibilidad del daño no patrimonial en América Latina*, en <http://www.juridicas.unam.mx.sisjur/civil/pdf/1-63s.pdf>

Pensamiento", organizado por el "Centro de Investigaciones Psicológicas y Sociológicas" (CIPS), con sede en La Habana bajo los auspicios de CLACSO. En esta reunión se abordó el tema "Praxis social y proyectos de vida. Los Proyectos de Vida como organizadores y reguladores de las acciones individuales y colectivas. La autodeterminación personal y su dimensión moral". Ovidio D'ANGELO HERNÁNDEZ reporta lo tratado en la mencionada reunión³⁹.

En el Editorial de "CEJIL Gaceta", publicación del "Centro por la Justicia y el Derecho Internacional", N° 22, correspondiente al año 2004, se hace referencia a la reparación del daño al proyecto de vida a Alberto Cantoral Benavides, consistente en el otorgamiento de una beca completa de estudios de parte del Estado peruano, quien "debido a la detención arbitraria y torturas de que fue víctima, se vio forzado a interrumpir sus estudios universitarios, en los que había cifrado su vida futura"⁴⁰.

En Colombia un joven estudioso, Daniel CASTAÑO PARRA, al comentar la sentencia del Consejo de Estado del 8 de marzo del 2007, sostiene que "no resulta afortunada la afirmación hecha por el Consejo de Estado en este fallo según la cual el daño al proyecto de vida, desarrollado y aplicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pertenece a una tipología del daño material". En su opinión, siguiendo el precedente de la mencionada Corte, el daño al proyecto de vida es un daño inmaterial, "el que se repara, además de la entrega de una cantidad de dinero, "bienes o servicios apreciables en dinero, de la realización o ejecución de unos actos u obras de alcance público que tienen como fin la dignificación de la víctima y sus familiares, así como evitar que hecho violatorios de derechos humano se repitan". En este sentido recuerda, entre otras, la sentencia T-576 de 2008 de la Corte Constitucional en el caso Humberto Antonio Sierra Porto. En este fallo la Corte Constitucional ordenó a la parte demandada, a título de medidas conmemorativas y de no repetición, la fijación de unas placas conmemorativas en todas las sedes de la entidad y la elaboración de un protocolo especial para evitar que hechos como los de este caso se repitan, y la publicación de la sentencia en un diario de amplia circulación.

El mencionado autor sobre la base de la naturaleza y alcances de "daño al proyecto de vida" concluye exhortando "respetuosamente a la honorable Sección Tercera del Consejo de Estado para que reconsidere su posición jurisprudencial en la materia a efectos de

³⁹ <http://bibliotecavirtuak.clacso.org.ar/ar/libros/cuba/ovidio4rtf>

⁴⁰ www.cejil.org

que ésta sea ajustada, en virtud del *control de convencionalidad*, de acuerdo a los lineamientos esbozados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como supremo guardián de los derechos humanos protegidos por la Convención Americana”⁴¹.

También en Colombia, la profesora María Cecilia M’CAUSLAND en el mismo sentido considera también que el “daño al proyecto de vida” pertenece a la tipología de daños inmateriales o no patrimoniales reconocidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴².

17. EL “DAÑO AL PROYECTO DE VIDA” EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA.

Desde España, como se ha señalado anteriormente, la profesora de la Universidad de Sevilla ANA SALADO OSUNA dedica un importante e interesante libro al estudio de los casos peruanos presentados y resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Tratándose del caso “María Elena Loayza Tamayo”, la autora nos recuerda que en la fase de reparaciones se solicitó a la Corte que se pronunciara sobre la indemnización que le pudiera corresponder a la víctima bajo el concepto de “daño al proyecto de vida”. La Corte, expresa ANA SALADO, sostuvo con gran nitidez que el daño al proyecto de vida es una noción distinta al daño emergente y al lucro cesante. El “daño al proyecto de vida” atiende a la realización integral de la persona afectada, la que se sustenta en las opciones con las que cuenta en cuanto son la expresión y la garantía de la libertad. De ahí, nos dice, que el Tribunal considere que no se puede decir que una persona es verdaderamente libre “si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación”. La cancelación o menoscabo de dichas opciones “implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor”⁴³. Como refiere Ana SALADO, la Corte describe el “daño al proyecto de vida” como “la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o muy difícilmente reparable”.

⁴¹ CASTAÑO PARRA, Daniel, *El daño al proyecto de vida como nueva dimensión del daño inmaterial o no patrimonial. Comentarios a la sentencia del Consejo de Estado del 8 de marzo de 2007*, en “Revista de Derecho del Estado”, N° 2, Bogotá, del 22 de junio del 2009.

⁴² M’CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia, *Tipología y reparación del daño no patrimonial. Situación en Iberoamérica y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 136.

⁴³ SALADO OSUNA, Ana, *Los casos peruanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, ob. cit., p. 432.

La profesora de la Universidad de Sevilla, al valorar la importancia que reviste la indemnización del "daño al proyecto de vida", estima que "hay que felicitar a la Corte por aceptar el concepto de "daño al proyecto de vida" en materia de reparaciones y por haber determinado en qué medida se puede reparar el mismo". La autora manifiesta al respecto que, "desde este lado del Atlántico produce gran satisfacción la forma de actuar de la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones y consideramos que sería conveniente que nuestro admirado Tribunal Europeo de Derechos Humanos mire más allá de Europa porque tiene mucho que hacer en materia de reparaciones"⁴⁴.

También desde España, Renata CENEDESI BOM COSTA RODRÍGUEZ, de la Universidad de Valladolid, en el apartado XVII de su trabajo titulado *El nuevo concepto del derecho a la vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*⁴⁵, reconoce que la noción de proyecto vida ha sido introducida en la jurisprudencia de la Corte con la sentencia de reparaciones en el caso de María Elena Loayza Tamayo, "iniciando un nuevo porvenir en la protección del derecho a la vida y ampliando las discusiones doctrinales sobre el tema". Sostiene que el "daño al proyecto de vida" es "tan novedoso que ha cambiado el término de reparación normalmente utilizado por los tribunales internos e internacionales, puesto que la Corte Interamericana reconoció que existen otras formas de reparar la violación cometida".

Al tratar sobre el avance doctrinario y jurisprudencial en materia de protección a la vida a raíz de la sentencia "María Elena Loayza Tamayo", la autora considera que "la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al igual que otros tribunales internacionales, ha hecho evolucionar los conceptos de daño reparable, a fin de consolidar el sistema de protección eficaz de los derechos humanos". Y agrega que "esta evolución tiene que ver con el rescate y la ampliación del alcance del principio de dignidad humana que ha hecho con que las reparaciones fuesen vistas desde otro prisma con la firme finalidad de preservar la vida digna y salir al paso de las consecuencias de conductas violatorias de los derechos humanos".

La autora advierte que, a partir de las sentencias "María Elena Loayza Tamayo" y "Luis Alberto Cantoral Benavides", "se verifica una evolución del derecho a la protección jurídica de la vida en la jurisprudencia de la Corte para el desarrollo de la persona, deliberado y factible, a partir de ciertas condiciones que lo apoyan y

⁴⁴ SALADO OSUNA, Ana, *Los casos peruanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, ob. cit., p. 438-439.

⁴⁵ www.uc3m.es/inst/MGP/FCI9RCB.pdf

justifican”. El “daño al proyecto de vida” se refiere, nos dice, “a la autorrealización plena de la persona”, Agréguese, señala la autora, “la posibilidad de que exista una decisión concreta por parte del titular de los derechos afectados, decisión sustentada en aquellos elementos, y no apenas en suposiciones, presunciones o inferencias del observador externo”.

Es pertinente remarcar la última expresión de la profesora de la Universidad de Valladolid en el sentido que el observador externo, en este caso el juez, no debe dejarse llevar por suposiciones o presunciones sino que debe hurgar en la trayectoria de vida de quien reclama haber sufrido un daño en su proyecto de vida para comprobar su existencia y demás circunstancias que le son propias.

Al referirse al “daño al proyecto de vida” la autora estima que se trata de algo más que lo que se conoce como “oportunidades, chances expectativas”. El proyecto de vida está vinculado “con metas razonables, esperanzas fundadas, proyectos accesibles, que constituye, en su conjunto, el derrotero para el desarrollo de la persona, deliberado y factible, a partir de ciertas condiciones que lo apoyan y justifican”. El “daño al proyecto de vida” se refiere, nos dice, “a la autorrealización plena de la persona”, Agréguese, señala la autora, “la posibilidad de que exista una decisión concreta por parte del titular de los derechos afectados, decisión sustentada en aquellos elementos, y no apenas en suposiciones, presunciones o inferencias del observador externo”.

Al mencionar el caso de María Elena Loayza Tamayo⁴⁶ la autora considera que se había construido un proyecto e iniciado su realización. Aparentemente, dice, todas las circunstancias le eran propicias. Su proyecto “tenía que ver con la vida personal, la comunidad familiar, la actividad laboral, el lugar donde todo esto se desarrollaba, así como con las decisiones adoptadas por los miembros adultos de la familia”. Todo esto, nos dice, “quedó destruido de un solo golpe y con quebranto de muchas vidas, a partir de los hechos violatorios de la Convención⁴⁷ de los que ha conocido la Corte”. Se destruyó el proyecto de la víctima y, como señala la autora, “se produjo la destrucción de ese proyecto y la aparición de otro curso de vida, no deseado”. Al comprobar esta realidad, la autora estima que la Corte, al resolver las reparaciones, tomó en cuenta esta circunstancia pero, sin embargo, ello no tiene la virtud de “reponer dicho proyecto”. Esto último, “que sería deseable, no es factible en el marco del presente caso”.

⁴⁶ Sobre el caso “María Elena Loayza Tamayo” ver el parágrafo 6 de este trabajo.

⁴⁷ Se refiere a la Convención Americana de Derechos Humanos.

18. EL "DAÑO AL PROYECTO DE VIDA" EN LA DOCTRINA ARGENTINA.

Desde Argentina son varios los autores que se han referido al "daño al proyecto de vida". Oscar L. FAPPIANO, antes citado, nos recuerda que: "Como delegado de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso citado (se refiere al caso "María Elena Loayza Tamayo"), tuve la responsabilidad de plantear, juntamente con la representante de la víctima, la cuestión atinente al daño al proyecto de vida, siendo la primera vez que se efectuaba ante un tribunal supranacional". Después de señalar la fuente que utilizó para su fundamentación –que fueron nuestros trabajos sobre el tema referido al daño al proyecto de vida– agrega que: "Afortunadamente, el éxito nos acompañó en nuestra empresa del que participa el maestro peruano que fue su principal mentor intelectual"⁴⁸.

Al reconocer la "fantástica evolución doctrinaria que ha experimentado la materia a través de las últimas tres décadas", Osvaldo R. BURGOS⁴⁹ señala al "daño al proyecto de vida" y al "daño existencial" entre los aportes decisivos para dicha evolución. En cuanto al "daño al proyecto de vida", el autor sostiene que todas las personas tienen un proyecto de vida, pero no todos los proyectos tienen igual valor, aun cuando para cada persona su proyecto debería ser el más valioso. Existe, manifiesta, "proyectos de vida generales –al alcance de la mayoría de las personas, en una sociedad determinada, y en un momento histórico dado –y proyectos de vida únicos– en razón de la particularidad de posibilidad del sujeto que los elabora. Hecha esta distinción, BURGOS expresa que "a mayor particularidad del proyecto, mayor entidad del resarcimiento".

Jorge Mario GALDÓS titula un interesante artículo con la pregunta *¿Hay daño al proyecto de vida?* En relación con la interrogante con la que encabeza su trabajo sostiene que la respuesta es afirmativa⁵⁰. En su artículo GALDÓS verifica que la jurisprudencia argentina le ha dado cabida al "daño al proyecto de vida" y que, al reconocer su existencia, cumple con fijar las reparaciones del caso. El autor señala, textualmente, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha utilizado la noción de "el desarrollo pleno de la vida" como figura equivalente, o al menos cercana, al daño "al proyecto de vida", en cuanto importante

⁴⁸ FAPPIANO, Oscar L., ob. cit., p. 16.

⁴⁹ Burgos, Osvaldo R., *El Daño Extrapatrimonial De Los Llamados Damnificados Indirectos Ante Supuestos De Irreversibilidad De Las Consecuencias Dañosas. Daño Al Proyecto De Vida, Daño Existencial, Daño Moral O El Hombre Como Límite Del Derecho*, Ponencia Presentada En El VIII Congreso Internacional De Derecho De Daños, Realizado En Buenos Aires, Del 9 Al 10 De Junio Del 2005, Biblioteca Electrónica De La Asociación De Abogados De Buenos Aires.

⁵⁰ GALDÓS, Jorge Mario, *¿Hay un daño al proyecto de vida?*, Buenos Aires, "La Ley", 2005-F-1005.

parámetro valorativo que integra, a modo de sub especie, la incapacidad psicofísica o sobreviniente (artículo 1086. Código Civil).

En el curso de su trabajo el autor glosa un significativo número de casos resueltos por la Corte Suprema donde se alude, indistintamente, al “daño al proyecto de vida” o a su equivalente daño al “desarrollo pleno de la vida”. A través del análisis de dicha jurisprudencia demuestra que ésta acoge en la Argentina la reparación del “daño al proyecto de vida”. Cita, entre otras sentencias, la recaída en el caso “Pose, José Daniel con la Provincia del Chubut y otra”, del primero de diciembre de 1992, la que considera como un antecedente de los demás fallos que ampararían el proyecto de vida. En esta causa la Corte declaró que la lesión a la persona “comprende a más de aquella actividad económica diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida”.

El Superior Tribunal, al referirse a la víctima del daño, manifestó que “un trance de tamaña gravedad, por ende, llevará seguramente al trabajador -y, en su caso, a la familia de éste- a una profunda reformulación de su proyecto de vida, para lo cual la indemnización se presentará como un dato de importancia inocultable por mayúsculo”. Como se advierte, la Corte Suprema emplea indistintamente las denominaciones “daño al proyecto de vida” o “frustración del desarrollo pleno de la vida” para referirse al daño a la libertad fenoménica aunque, como señala GALDÓS, “el contenido del daño definido doctrinariamente como “al proyecto de vida” es el receptado por la Corte Nacional bajo la locución “frustración pleno del desarrollo de la vida”.

GALDÓS señala que es evidente “la interrelación entre incapacidad (como daño material) y la frustración del “desarrollo pleno de la vida” y, desde otra perspectiva, la interrelación “libertad-proyecto de vida”. En efecto, como lo venimos sosteniendo en nuestros trabajos precedentes y que se repite en esta sede, sólo se puede frustrar el proyecto vida o el desarrollo pleno de la vida a raíz de un daño a la unidad psicosomática del ser humano. En otros términos, no se puede dañar “directamente” la libertad fenoménica sino que el daño se produce a consecuencia de una incapacidad en el ámbito psicosomático de la víctima.

Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, quien se ha ocupado con detenimiento del “daño a la persona”, se refiere al tema que venimos tratando en un artículo publicado en el año 2005 titulado *Daños a proyectos de vida*⁵¹. En este interesante trabajo la autora señala que “la no-

⁵¹ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Daños a proyectos de vida*, Buenos Aires, “Revista de Responsabilidad Civil y Seguros”, Año VII, N° 4, abril del 2005.

ción de jurídica sobre un perjuicio a proyectos de vida es válida casi desde cualquier concepción filosófica, en tanto reconozca al hombre como ser libre, aunque encuentra especial respaldo en el pensamiento existencialista".

Al respecto sostiene "que el menoscabo al rumbo existencial se traduce en una alteración profunda del equilibrio de la víctima, pues interfiere en su destino". Precisa su posición al enunciar 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".

Jorge MOSSET ITURRASPE en su valioso libro *El valor de la vida humana* se refiere, así mismo, al "daño al proyecto de vida", sintetizando la figura como lo que el ser humano decide hacer con el don de su vida⁵².

El profesor y juez en lo Criminal y Correccional de Transición N° 1 de Mar del Plata, Pedro Federico HOOFT, en la sentencia de 9 de diciembre del año 2005, en la demanda de acción de amparo interpuesta por "R.F.F" para obtener autorización para una adecuación sexual en un caso de transexualidad, al estudiar, cuidadosa y profundamente, la situación del recurrente, reconoce que éste viene sufriendo un daño continuo a su "proyecto de vida" desde que su libre decisión es la de vivir como mujer no obstante ser varón. Al respecto el juez sostiene que la "libertad permite a cada cual elaborar intransferiblemente su propio proyecto de vida, su existencia". Al acoger la demanda del transexual para adecuar sus genitales exteriores de varón a los de mujer y el consiguiente cambio de prenombre o nombre de pila, fundamenta su sentencia en un plexo de derechos derivados de la dignidad personal de la víctima de esta situación, como son el derecho a que se reconozca su identidad sexual y consiguiente derecho al cambio de prenombre, su libertad para elaborar su proyecto de vida, su derecho a la igualdad y no discriminación, su derecho a la salud integral y calidad de vida y el derecho a la intimidad. Todos estos derechos, como se ha apuntado, encuentran su fundamento en la dignidad de la persona humana, de toda persona humana.

Como se aprecia de la sucinta glosa efectuada, el juez Pedro Federico HOOFT, en su documentada sentencia, reconoce que el transexual tiene un "proyecto de vida" que debe realizar libremente. En este caso, se trata de un varón que vive y siente como mujer desde

⁵² MOSSET ITURRASPE, Jorge, *El valor de la vida humana*, cuarta edición, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 30-31.

su tierna infancia y ha decidido, en concordancia con esta honda e irreversible inclinación, adecuar su sexo exterior y su prenombre a los de una mujer. Para ello, se ha sometido a todas las pruebas que en esta situación deben acreditar fehacientemente su condición de transexual, como es el caso de los peritajes psiquiátrico, psicológico y socio-ambiental, la entrevista personal con el juzgador y las que fueren pertinentes en cada caso.

Efectuadas todas estas pruebas, el juez de la causa autoriza al transexual a someterse a la operación de adecuación sexual y al consiguiente cambio de prenombre en la partida de nacimiento y del documento de identidad nacional así como en todos aquellos otros en los que fuere necesario que aparezca dicha modificación de identidad sexual, como es el caso de los diplomas profesionales. En otros términos, le facilita el cumplir con su personal “proyecto de vida”.

El proyecto de Código Civil de la República Argentina del año 1998 recoge también la noción de “daño al proyecto de vida” y prescribe el deber de repararlo.

19. EL “DAÑO AL PROYECTO DE VIDA” EN LA DOCTRINA ITALIANA.

En el volumen *La valutazione delle macropermanenti. Profili pratici e di comparazione*⁵³, al cuidado de Giovanni Comandé y Ranieri Domenici, se dedica un destacado espacio a tratar el tema de *El daño a la persona en la experiencia peruana*, el que está a cargo de Sheraldine PINTO OLIVEROS. En sus páginas se realiza un breve recuento histórico de la tarea de sistematización del “daño a la persona” efectuada en el Perú”, de su incorporación como figura autónoma en el Código Civil peruano de 1984. Se formula, además, un análisis de la gestación del “daño al proyecto de vida”, de los alcances de esta nueva noción, de sus consecuencias y de su protección jurídica. Al respecto se recuerda la sentencia de la Corte Suprema del Perú, del 1 de septiembre del 2003, en el caso “N.N. con Unión de Cervecerías Backus y Jhonston”, al cual nos referiremos más adelante.

FRANCESCO BILOTTA, de la Escuela de Trieste, al ocuparse del llamado en Italia “daño existencial” (para nosotros, con ciertas variantes, equivale al “daño al bienestar”), nos dice que a través de este daño se va más allá de él. En efecto, considera que la per-

⁵³ PINTO OLIVEROS, Sheraldine, *Il danno alla persona nell'esperienza peruviana*, en el volumen “La valutazione delle macropermanenti”, al cuidado de COMANDÉ, GIOVANNI y de DOMENICI, RANIERI, Edizioni ETS, 2005, p. 125-127.

sona se halla "como realidad inmersa en un conjunto de relaciones sociales, capaz día tras día, de realizar su trayectoria existencial, su "proyecto de vida" (...) ⁵⁴.

En su documentado trabajo, BILOTTA lleva a cabo un estudio comparativo que involucra "el daño al proyecto de vida", el "daño al bienestar" y el "daño existencial". En él se refiere con detenimiento al "daño al proyecto de vida".

Michelangela SCALABRINO, profesora de la Universidad Católica del "Sacro Cuore" de Milán, en un artículo titulado *El daño al proyecto de vida en los últimos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humano: ¿Una esperanza frustrada?* realiza un valioso análisis de las sentencias de dicha Corte en las que se asume el "daño al proyecto de vida" ⁵⁵. Luego de expresar que la teoría sobre este daño se debe a un jurista peruano, señala que ella es reconocida y aplicada por la Corte en la histórica sentencia emitida en el caso María Elena Loayza Tamayo, el que analiza en todos sus aspectos relevantes ⁵⁶. La autora es de la opinión que "la teoría del proyecto de vida es efectivamente aplicada, y en forma ejemplar, en la sentencia relativa al caso Luis Alberto Cantoral Benavides" ⁵⁷.

Entre los casos materia de su atención vinculados con el tema se encuentran los casos "Masacre de Plan Sánchez", de 2 de abril del 2004, y el de los "Hermanos "Gómez Paquiyauri" de 8 de julio del mismo año. De otro lado refiere que "como consecuencia a la atención que mereció el concepto de daño al proyecto de vida en las citadas decisiones, en demandas sucesivas se puede observar como dicho daño fue objeto de reclamo". En efecto, señala esto aconteció en los casos "Maritza Urrutia" y "Marco Antonio Molina Theissen", ambos contra Guatemala.

Entre las diversas conclusiones a las que arriba la profesora SCALABRINO se encuentra aquella que considera que "si no sería oportuno y preferible, al menos en circunstancias particulares, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos dispusiera el pago a la víctima de una suma a título de indemnización del

⁵⁴ BILOTTA, Francesco, *Attraverso il danno esistenziale, oltre il danno esistenziale*, en "Responsabilità civile e previdenza" Milano, Giuffrè, 2006, 1051-1055.

⁵⁵ SCALABRINO, Michelangela, *El daño al proyecto de vida en los últimos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿Una esperanza frustrada?*, en "La responsabilidad civil y la persona en el siglo XXI. Libro Homenaje a Carlos Fernández Sessarego", Lima IDEMSA, 1010.

⁵⁶ SCALABRINO, Michelangela, *El daño al proyecto de vida en los últimos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿Una esperanza frustrada?*, ob. cit., p. 959 y ss.

⁵⁷ SCALABRINO, Michelangela, *El daño al proyecto de vida en los últimos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿Una esperanza frustrada?*, ob. cit., p. 963 y ss.

daño a su proyecto de vida, que le permitiera empezar una nueva trayectoria existencial, aunque fuera diferente a la que llevaba antes del hecho dañoso, sin que por esto las obligaciones no-pecuniarias se vieran perjudicadas: en efecto, indemnización y reparaciones no-pecuniarias no son alternativas, ni se excluyen recíprocamente”. Además manifiesta que es bien conocido que las víctimas “tienen dificultades psicológicas para usar el dinero conseguido a título de daños morales, porque el mismo representa para ellas el *praetium* de un dolor inolvidable”. Continúa expresando que su pregunta es aún más importante, cuando se trata de víctimas “que los hechos acaecidos obligaron a abandonar su país, cambiando en forma total e irreversible su trayectoria, sus planes y estilo de vida, con la pérdida de sus raíces culturales, económicas y socio-familiares. El desarraigo desde la perspectiva de los derechos económico y sociales colectivos, afecta también a los derechos fundamentales de los individuos *uti singuli*”⁵⁸.

20. EL “DAÑO AL PROYECTO DE VIDA” EN LA DOCTRINA PERUANA.

Son varias las instituciones y los autores peruanos que reconocen y se ocupan del “daño al proyecto de vida” y lo han asimilado dentro del repertorio de daños a la persona. Nos referiremos sólo a algunos de ellos. Son también diversas las sentencias que, al reconocerlo como un daño objetivo y evidente contra el ser humano, consignan las debidas reparaciones en atención a la gravedad de sus consecuencias.

La Defensoría de Pueblo, al referirse al problema de la no ratificación de jueces por el Consejo Nacional de la Magistratura, considera que ello implica una afectación al principio de la dignidad de la persona y de su “proyecto de vida”. Así, en el segundo considerando de la Resolución Defensorial N° 038-2002/DP, opina que “el no motivar las resoluciones de no ratificación implica un desconocimiento de las dignidad de las magistradas y magistrados cesados por esta vía, al no habérseles dado siquiera la oportunidad de conocer por qué se truncaba intempestivamente su carrera, la misma que en algunos casos era el resultado de un proyecto de vida en su esfera laboral”⁵⁹.

⁵⁸ SCALABRINO, Michelangela, *El daño al proyecto e vida en los últimos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿Una esperanza frustrada?*, ob. cit. p. 976 y ss.

⁵⁹ La mencionada Resolución se publicó en el diario “El Peruano” en su edición del 30 de noviembre del 2002.

Como se advierte, la Defensoría del Pueblo, al reconocer la existencia del "daño al proyecto de vida" y la consiguiente posibilidad de frustrarlo, menoscabarlo o retardarlo, ha hecho suya, como una de sus misiones, la protección y defensa del proyecto de vida de los miembros de nuestra sociedad. Se trata, sin duda, de un importante reconocimiento del "daño al proyecto de vida" así como de la necesidad de proteger su realización y cumplimiento por el ser humano.

Al aludir al mismo tema abordado por la Defensoría del Pueblo y al coincidir con su planteamiento, Abraham Siles Vallejo, al comentar la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso "Almenara Bryson", recuerda la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que reconoce y repara las consecuencias del "daño al proyecto de vida". En este caso, el mencionado Tribunal amparó el reclamo del magistrado que había sido intempestivamente cesado por el Consejo Nacional de la Magistratura mediante una inmotivada y arbitraria resolución que mellaba su dignidad y su "proyecto de vida".

Lizardo TABOADA CÓRDOVA, al referirse al "daño a la persona" destaca que éste comprende una lesión a la integridad física, al aspecto psíquico y/o al proyecto de vida⁶⁰. En cuanto a la frustración del proyecto de vida debe tratarse de un proyecto "evidenciado y en proceso de ejecución y desarrollo que se frustra de un momento a otro", por lo que no se le debe confundir "con cualquier posibilidad respecto de la cual no exista ningún tipo de evidencia comprobada" así como tampoco "con simples motivaciones de los sujetos..."⁶¹.

Joel DÍAZ CÁCEDA dedica su libro *El daño a la persona y el daño al proyecto de vida. Una aproximación a la doctrina y su aplicación en el ámbito nacional e internacional*⁶² a la exposición de los extremos más resaltantes de la doctrina del "daño al proyecto de vida", así como hace referencia a los fundamentos filosóficos que le sirven de sustento. Analiza también la jurisprudencia internacional y nacional en las que se aplica el "daño al proyecto de vida", en especial aquella de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Enrique VARSÍ ROSPIGLIOSI, en un trabajo titulado *El derecho de la persona, el proyecto de vida y el deporte en el pensamiento del maestro peruano Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO* sostiene que el "proyec-

⁶⁰ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, *Elementos de la responsabilidad civil*, Lima, Grijley, 2003, p. 68 y ss.

⁶¹ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, *Elementos de responsabilidad civil*, Lima, segunda edición, Editorial Jurídica Grijley, 2003, p. 64-70.

⁶² DÍAZ CÁCEDA, Joel, *El daño a la persona y el daño al proyecto de vida. Una aproximación a la doctrina y su aplicación en el ámbito nacional e internacional*, Lima, Jurista Editores, 2006.

to de vida” permite “escoger libremente entre varias alternativas, diversas opciones, otorgando un sentido al vivir”⁶³. El fracaso, dice el autor, “puede generar un “daño al proyecto de vida”, lo que “ocasiona en el sujeto un vacío por la pérdida de sentido de su vida, desaparece el motivo y la persona ya no podrá ser lo que decidió ser”. Es el caso, precisa, de un “deportista que como consecuencia de un accidente automovilístico queda postrado en una silla de ruedas, siendo el deporte uno de los fines de su vida”. Concluye expresando que el daño al proyecto de vida “es lo más grave que le puede suceder al hombre”.

Al cerrar el presente párrafo, donde hemos glosado algunos de los trabajos que se refieren al “daño al proyecto de vida”, cabe señalar que en el Perú la institución viene difundándose en los círculos académicos y, en menor medida, entre los magistrados y abogados. Sería muy recomendable, por ello, que en la Academia de la Magistratura del Perú se ofreciera un curso sobre las importantes novedades que nos aporta el Derecho de Daños en el siglo en que vivimos. Es el caso, por ejemplo, del “daño a la persona” en sus diversas manifestaciones o modalidades y, en especial, del “daño al proyecto de vida”.

No obstante lo anteriormente expresado, el concepto “proyecto de vida” se difunde más aceleradamente entre la población de mayor cultura del país. Se suele escuchar esta expresión en las radios y en la televisión así como en la prensa escrita. Como dato curioso, cabe mencionar que en el artículo primero de la Ley del Consejo Nacional de la Juventud, cuando se alude al significado que tiene el concepto de “joven”, se hace mención del concepto proyecto de vida. El texto del numeral es el siguiente: “Se considera joven a la etapa del ser humano donde se inicia la madurez física, psicológica y social con una valoración y reconocimiento, con un modo de pensar, sentir y actuar, con una propia expresión de vida, valores y creencias, base de la definitiva construcción de su identidad y personalidad hacia un proyecto de vida”.

El Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú, de 5 de octubre del 2000, recoge el concepto de “proyecto de vida”. En la “Declaración de Principios” se expresa que, al lado de los conceptos de beneficencia y de no maleficencia, “concurren con ellos los principios de autonomía o respeto por las decisiones del paciente competente, en función de su proyecto de vida y, asimismo, el de justicia, que reconoce que todos los seres humanos deben ser tratados por igual y, si hubiera una excepción, se favorecerá a los

⁶³ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, *Los derechos de la persona, el proyecto de vida y el deporte en el pensamiento del maestro peruano Carlos Fernández Sessarego*, en el diario “El Peruano”, Lima, 2007.

más necesitados". Al referirse al concepto "salud" se precisa que "es un estado de apropiación del cuerpo que consiste en el bienestar físico, psíquico y social lo que permite a la persona humana proyectar un plan de vida, acorde con sus valores y creencias, con pleno respeto a los derechos humanos universales lo que compromete a la profesión médica, la sociedad y el Estado".

Como se advierte, el mencionado Código de Ética y Deontología reconoce el que cada persona tiene un proyecto de vida al cual responden sus decisiones en materia de salud, así como ésta, a su vez, permite al ser humano "proyectar un plan de vida acorde con sus valores". Estas expresiones son la comprobación que, al menos en la elite médica, se ha asumido el concepto de proyecto de vida y, consecuentemente, el de su protección y reparación en caso de sufrir una frustración, un menoscabo o un retardo en su ejecución y cumplimiento.

21. EL "DAÑO AL PROYECTO DE VIDA" EN LA DOCTRINA CHILENA.

En Chile, José DÍAZ SCHWERTER, como se ha apuntado, en su trabajo *La resarcibilidad del daño no patrimonial en América Latina* expresa que en el Perú, a partir del Código Civil de 1984, se reconoce como categoría autónoma de daño resarcible el "daño a la persona". Precisa, en relación con el denominado "daño moral" que "se entiende, mayoritariamente, que el daño moral ha quedado limitado al llamado "daño moral subjetivo" o "daño moral en sentido estricto"⁶⁴.

El autor sostiene que "en Perú se reconoce como categoría autónoma el daño a la persona", el que "fue introducido en el Código Civil de 1984 a instancias del comisionado FERNÁNDEZ SESSAREGO, teniendo muy presente la experiencia italiana". Deja constancia que su carácter autónomo se reconoce en la propia Exposición de Motivos y Comentarios al Código Civil de 1984, donde se señala "que su introducción tuvo el definido propósito de que se indemnizara no sólo los daños con repercusión patrimonial y el daño moral, entendido como dolor de afección sufrimiento, pena".

Considera que para FERNÁNDEZ SESSAREGO "se incluyen en él (daño a la persona) el daño estético, el daño al proyecto de vida y el daño al proyecto existencial". En realidad, dentro del "daño a la persona" nosotros consideramos dos aspectos: los daños psicosomáticos

⁶⁴ DÍAZ SCHWERTER, José, *La resarcibilidad del daño no patrimonial en América Latina*, en <http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/civil/pdf/1-63s.pdf>

(daño biológico y daño al bienestar) y daño a la libertad. Todos los daños encuentran su lugar dentro de esta amplia clasificación.

La autora Liliana GALDÁMEZ ZELADA⁶⁵, en el año 2007, trata el tema del “daño al proyecto de vida” en su trabajo *Protección de la víctima, cuatro criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: interpretación evolutiva, ampliación del concepto de víctima, daño al proyecto de vida y reparaciones*⁶⁶. En su artículo, como ella lo declara, analiza la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus aportes para la mejor y mayor protección de una violación a la víctima de una violación a los derechos humanos. Dentro de su propósito comenta las sentencias de dicho Tribunal sobre el “daño al proyecto de vida”.

En particular, al referirse al caso “Gutiérrez Soler vs. Colombia” del 2005, considera que la Corte “sistematiza la noción proyecto de vida”, que ya se había introducido en el histórico caso Loayza Tamayo. En este caso la víctima sufrió detención arbitraria y torturas lo que le produjo “secuelas persistentes y perturbaciones psíquicas permanentes”. Esta situación tuvo como consecuencia, según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que el proyecto de vida de la víctima fuera destruido a raíz “de la impunidad y la falta de reparación en las instancias nacionales”. La Corte, por su parte, estimó que los hechos antes referidos “impidieron la realización de sus expectativas de desarrollo personal y vocacional, factibles en condiciones normales, y causaron daños irreparables a su vida, obligándolo a truncar sus lazos familiares y trasladarse al extranjero, en condiciones de soledad, penuria económica y quebranto físico y psicológico (...)”. Consideró, como anota la autora y lo hemos referido al tratar específicamente este caso al analizar los fallos de la Corte, que este Tribunal consideró que está probado que la forma específica de tortura que padeció la víctima no sólo ha dejado cicatrices físicas, sino también la disminución de manera permanente de su autoestima y su capacidad de realizar y gozar de relaciones afectivas íntimas”.

Gonzalo FIGUEROA YÁÑEZ, en su trabajo *Algunas consideraciones acerca del contenido del derecho a la vida*, hace referencia al proyecto de vida cuando, mencionando este derecho protegido por los ordenamientos jurídicos, manifiesta que “no se limita al derecho a conservar la vida biológica, a que el corazón siga latiendo y los pulmones funcionando, sino que se extiende al derecho a elegir la

⁶⁵ Consultora de la Oficina Regional para América Latina.

⁶⁶ GALDÁMEZ ZELADA, Liliana, *Protección de la víctima, cuatro criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Interpretación evolutiva, ampliación del concepto de víctima daño al proyecto de vida y reparaciones*, en “Revista Chilena de Derecho”, volumen 34, N°3, Santiago de Chile, 2007, p. 439 y ss.

vida que cada cual desea llevar, a escoger los valores que le darán sentido, al esfuerzo por desarrollarse en la búsqueda de tales valores, a vivir la vida escogida, e incluso el derecho a morir por esos valores, derecho del que es titular cada persona". Y agrega que, a su entender, el derecho a la vida, "además del derecho a conservar la vida biológica, engloba el derecho a <hacer la vida>, dentro de la cual adquiere singular importancia el derecho a buscar valores y al desarrollo moral"⁶⁷.

Claudia SCHMIDT HOTT en su libro *Del derecho alimentario en la filiación* esboza el tema del daño al proyecto de vida dentro de dicha relación⁶⁸.

22. EL "DAÑO AL PROYECTO DE VIDA" EN LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA.

En los siguientes párrafos nos referiremos solamente a algunos cuantos casos que, por distintas vías, han llegado a nuestro conocimiento, los que han sido resueltos por los tribunales de Argentina y del Perú a partir del momento en que empieza a difundirse, con la lentitud con que ello acontece tratándose de las nuevas instituciones, la del "daño al proyecto de vida". Enumeramos tan sólo algunos de los casos precursores dictados en ambos países, así como ciertos fallos recientes, los cuales han sentado jurisprudencia en el sentido de reparar las consecuencias de los daños que frustran o menoscaban el proyecto de vida o, como lo designa con cierta frecuencia la jurisprudencia argentina, "la frustración del desarrollo pleno de la vida". Esta designación, no obsta sin embargo, para que otros casos empleen la noción de "daño al proyecto de vida", como apreciaremos de la glosa de los fallos a los cuales nos referiremos.

Entre los casos que nos ofrece la jurisprudencia argentina hemos seleccionado los que glosamos a continuación.

22.1. EL CASO "JOSÉ DANIEL POSE"

Con fecha 1 de diciembre de 1992 la Suprema Corte de Justicia de la Nación argentina resolvió la causa "Pose, José Daniel con la

⁶⁷ FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo, *Algunas consideraciones acerca del contenido del derecho a la vida*, en "Estudios de Derecho Civil III", Santiago de Chile, Editorial Publishing, 2008.

⁶⁸ SCHMIDT HOTT, Claudia, *Del derecho alimentario en la filiación*, Santiago de Chile, Editorial Punto Lex, 2008.

provincia de Chubut y otra". A ella nos hemos referido brevemente con anterioridad.

En la sentencia se repara el daño producido en el "desarrollo pleno de la vida" de la víctima. Como nos lo recuerda Jorge Mario GALDÓS, en un artículo antes citado, la Corte ha acudido a esta noción como un equivalente o, al menos, cercana al "daño al proyecto de vida".

En este fallo, como se ha apuntado en precedencia, la Corte opinó que la lesión a la persona no sólo comprende la actividad económica sino "diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida". Como lo manifiesta GALDÓS, Es fácil comprender que el "desarrollo pleno de la vida" de un ser libre y espiritual, como es el caso del ser humano, sólo es posible si se cumple el proyecto de vida. La plenitud de la vida supone la realización de la persona, el alcanzar las metas propuestas, el cumplimiento de la misión impuesta.

Esta causa, como también se señaló en su lugar, sirve de antecedente a los demás fallos pronunciados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina.

La Corte fijó en 500,000.00 (quinientos mil dólares) la reparación por la incapacidad total e irreversible de un joven de 24 años, la que causaba la frustración del desarrollo pleno de su vida. Es decir, agregamos, del cumplimiento de su personal proyecto de vida.

22.2. EL CASO "CARLOS ESTEBAN KUKO"

En 1996 llegó a nuestro conocimiento el caso "Scaramacia, Mabel y otro contra la Provincia de Buenos Aires y otros", resuelto con fecha 12 de septiembre de 1995 por la Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina.

Un joven de 17 años, Carlos Esteban Kuko, fue gravemente herido por una bala perdida disparada por un policía ebrio fuera de servicio, perteneciente a la Provincia de Buenos Aires, a raíz de una riña entre asistentes a un local de baile en la ciudad de Buenos Aires. El policía disparó desde el primer piso y alcanzó al menor Kuko quien se hallaba en la segunda planta. El proyectil, que quedó alojado en el cuerpo del menor, le comprometió el muslo izquierdo con sección de la arteria femoral y con dispersión de una esquirla incrustada en el fémur de la víctima. Kuko fue sometido de inmediato a dos sucesivas intervenciones quirúrgicas debido a la lesión

que sufría la arteria y vena femoral con grave riesgo para su vida y el miembro afectado.

Carlos Esteban Kuko era un muy buen jugador de fútbol del Club Atlético Platense, el que militaba en la primera división. Era zurdo. Entrenaba con el equipo de la primera división a cuyo plantel iba a ser prontamente incorporado. Todos los dirigentes del mencionado Club destacaron en sus testimonios el excelente porvenir futbolístico que se le presentaba al menor.

En el peritaje efectuado por los médicos legistas se halló que en la pierna izquierda aparece una cicatriz, de dieciséis centímetros de largo por tres de ancho, presentando trayectos varicosos y en el maleolo interno se observa una importante lesión trófica en la piel. Además, se evidenció una disminución del tono muscular a nivel de los gemelos y una diferencia de diámetro entre ambas piernas medida a la altura media de los gemelos, la que alcanza a cuatro centímetros.

Así mismo, se observó que la víctima presentaba dolor en la pierna izquierda al efectuar la dorsiflexión del pie. Todo lo expuesto hace que la capacidad funcional de la pierna izquierda sea muy inferior a la derecha. En opinión del médico legista, el síndrome varicoso provoca una alteración estética notoria que requerirá un periódico control médico y, eventualmente, una intervención quirúrgica.

El estado en que quedó el menor Kuko después del daño produce según los peritos "una muy importante disminución de la actividad deportiva que desempeñaba el actor". Las afecciones reseñadas "producen una disminución del 55% de la funcionalidad de la pierna izquierda que equivale al 33% del total".

De lo expuesto se desprende que el "proyecto de vida" de Kuko se frustró pues ya no podría realizarse como jugador de fútbol, actividad para la cual mostraba gran disposición y respondía a su vocación personal. La Corte consideró en su resolución que "debe tenerse presente que esta Corte ha sostenido que cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas de manera permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación al margen de que desempeñe o no una actividad productiva pues la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable y su lesión afecta diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, social, cultural y deportivo con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida".

Sobre la base del reconocimiento de la frustración del proyecto de vida de la víctima, que impide que ella pueda lograr el desarrollo

pleno de su vida, así como del reclamo de los representantes del menor para que se le otorgue una indemnización por la frustración ocasionado en su carrera deportiva, la Corte fijó una indemnización equivalente a \$ 30.000.00 (treinta mil dólares).

22.3. EL CASO “N.N. CON LA MUNICIPALIDAD DE BUENOS AIRES”

La Sala “L” de la Cámara Nacional Civil resolvió, con fecha 27 de noviembre de 1995, la causa “N.N. con la Municipalidad de Buenos Aires”, en la cual indemnizó con \$400.000.00 (cuatrocientos mil dólares) el daño producido a una víctima, soltera, de 28 años, que trabajaba con instrumentadora quirúrgica, psicóloga de profesión, que contrajo H.I.V. en el hospital en el que trabajaba. Se comprendió en este rubro “la chance de la frustración de la expectativa de participar en una actividad de concreción futura y variable”.

Al reparar el “daño moral” se estableció en la sentencia que para la víctima “resulta indudable la frustración, no sólo en algunos aspectos de la vida cotidiana, sino en el desarrollo del plan de vida abarcativo de todas las áreas en que la actora estaba razonablemente en condiciones de desenvolverse”. El fallo finaliza afirmando que “se ha anulado la posibilidad de intentar un proyecto de vida para el cual se habría preparado y merecía intentar”.

Como se aprecia de la breve glosa del fallo en cuestión, la Corte utiliza la expresión “proyecto de vida” para referirse, en este caso, al plan vital o “al desarrollo pleno de la vida”. Lo destacable es que el significado de estas expresiones es el mismo: el truncamiento, total o parcial, de un proyecto de vida.

22.4. EL CASO “MILLONE”

La Corte Suprema de la Nación, mediante sentencia del 26 de octubre del 2004, resolvió el caso “Millone, Juan con Asociart S.A.”

La Corte consideró que la frustración del desarrollo pleno de la vida era el resultado de una grave incapacidad psicosomática con repercusiones no sólo en la esfera económica sino en todos los ámbitos en los cuales se desarrollaba la vida del agraviado, como el doméstico, cultural, social. La Corte estableció que “en un trance de tamaña gravedad, por ende, llevará seguramente al trabajador –y, en su caso, a la familia de éste– a una profunda reformulación de su proyecto de vida, para lo cual la indemnización a que tenga derecho se presentará como un dato de importancia inocultable por mayúsculo”.

Lo expresado por la Corte en el párrafo antes citado es evidente. El proyecto de vida, en cuanto libertad fenoménica, no se daña directamente sino es el resultado o consecuencia de una grave lesión psicosomática. Se alude también a la "reformulación del proyecto de vida" de la víctima. Consideramos, sin embargo, que no siempre es posible dicha reformulación. Existen casos límites, donde se conjuga un daño grave de carácter psicosomático, con la consiguiente incapacidad, con la afectación de una honda y sentida vocación, de un proyecto de vida intensamente vivido y, por tal, difícilmente sustituible por otro.

Es interesante destacar en el fallo en referencia la alusión al daño que se puede causar al proyecto de vida familiar. Esta situación no ha sido todavía suficientemente contemplada por la doctrina pertinente.

Como se aprecia de la glosa efectuada, en esta sentencia la Corte utiliza indistintamente las expresiones "frustración del desarrollo pleno de la vida" y frustración del "proyecto de vida", otorgándoseles la misma significación.

22.5 EL CASO "RYBAR CON BANCO DE LA NACIÓN"

La Séptima Sala de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, mediante sentencia de 8 de junio de 2007, resolvió el caso "Rybar, Héctor H. con Banco de la Nación Argentina".

Rybar tenía la categoría de Jefe de Departamento en el mencionado Banco. Fue sometido a acosos, trato discriminatorio en el tema de los ascensos de personal, presión psíquica y moral con ofrecimientos de retiro voluntario, violación del deber de ocupación efectiva, daño a su dignidad personal con tareas no acordes a su jerarquía.

La Cámara reconoció que se había afectado la dignidad del demandante, menoscabando su forma de vida, ocasionándole un daño a su proyecto de vida. Se declaró en el fallo que el daño al proyecto de vida "pertenece a la categoría de los daños a la persona humana". Es decir, agregamos por nuestra parte, del genérico y amplio concepto de "daño a la persona".

22.6. EL CASO "ESCOBAR"

La Sala VIII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, mediante la sentencia del 9 de febrero del 2009 expedida en el

caso “Escobar, José Luis con El Nuevo Halcón y otro”, configura y reparara un “daño al proyecto de vida” del demandante.

José Luis Escobar era chofer de un vehículo colectivo quien fuera duramente agredido, en un fin de semana en horas de la madrugada, por un grupo de 4 o 5 pasajeros, todos jóvenes, que subieron a la unidad de transporte en una esquina de un “boliche bailable”. Estos pasajeros, que parecían alcoholizados, se negaron a pagar los boletos de viaje correspondientes. El cobro de los pasajes correspondía al chofer Escobar.

La discusión, con insultos al chofer que les reclamaba el pago de los pasajes, terminó en la agresión que tuvo como consecuencia una lesión en el brazo izquierdo del conductor del colectivo la que produjo la rotura de la rama larga del músculo bíceps, que generó una depresión en su inserción distal y una herniación en su tercio medio, lo que, en definitiva, determina una disminución de la fuerza en la elevación de pesos en relación con el brazo izquierdo.

El daño en mención, según lo expresado en la sentencia, “ha traído como consecuencia la frustración de su proyecto de vida relacionado con el ejercicio del fisicoculturismo, practicado a niveles de alta competencia, situación que en atención al modo en que aquella actividad era desarrollada, ha afectado la existencia misma del reclamante. Esta es, sin duda, una consecuencia personal, directa e inmediata, que debe ser adecuadamente resarcida. Podemos concluir que el daño psicosomático ha derivado también en un daño al proyecto de vida, es decir, un daño que afecta, de forma continuada y definitiva, el modo de vida que Escobar había elegido”.

Se señala en el fallo que la víctima competía desde 1999 en torneos de “Categoría Primera Pesada” y que, en virtud de los torneos ganados había sido seleccionado para integrar el equipo representativo de la Provincia de Buenos Aires en el Campeonato Argentino del año 2005 en el cual Escobar no pudo participar a consecuencia del accidente sufrido.

En la sentencia se determinó la responsabilidad de la empleadora “El Nuevo Halcón” desde que el daño se produjo por un dependiente durante sus horas laborables. Igual responsabilidad se fijó para la empresa aseguradora. La póliza cubría los riesgos del trabajo.

Como se aprecia en la sentencia antes glosada, el Tribunal reconoce y repara un “daño al proyecto de vida” del demandante.

23. EL "DAÑO AL PROYECTO DE VIDA" EN LA JURISPRUDENCIA PERUANA

23.1. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Comentaremos, brevemente, dos casos llegados a nuestro conocimiento, en los que se reconoce y repara el "daño al proyecto de vida", modalidad del genérico y amplio "daño a la persona".

23.1.1. EL CASO "JUAN CARLOS CALLEGARI HERAZO"

El Tribunal Constitucional, mediante sentencia del 5 de julio del 2004, resolvió el recurso extraordinario interpuesto por Juan Carlos Callegari Herazo a raíz de una sentencia adversa de la Corte Suprema de Justicia en el recurso de amparo por él interpuesto por su inmotivado pase al retiro por renovación de Oficiales de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

El Tribunal, en el considerando 45 de la sentencia, estimó que el inmotivado y arbitrario pase al retiro del demandante, por la causal antes referida, significaba el que "se truncaba intempestivamente su carrera, la cual podría ser el resultado de su proyecto de vida en el ámbito laboral". Para apoyar esta consideración, el Tribunal recuerda lo expuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en torno al "daño al proyecto de vida" en el caso "María Elena Loayza Tamayo".

Como se advierte, el Tribunal Constitucional, en el fallo antes glosado, reconoce la existencia, noción y alcances del "daño al proyecto de vida" y, consecuentemente, su necesaria reparación.

23.1.2. EL CASO "FÉLIX CÉSAR CALDERÓN URTECHO"

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, con fecha 21 de enero del 2004, resuelve favorablemente el recurso extraordinario interpuesto por el diplomático Félix César Calderón Urtecho contra la resolución judicial que deniega su pedido para que se declare inaplicable en su caso la Resolución Ministerial N° 0015/RE, de fecha 8 de enero de 2002.

El recurrente, con fecha 15 de diciembre de 1995, interpuso recurso impugnatorio contra la Resolución Suprema N° 0528, de 4 de diciembre de 1995, solicitando la reconsideración de su caso por el hecho de no haber sido ascendido a la categoría de Ministro. Ello, no obstante haber obtenido de la Junta de Evaluación, por méritos y con arreglo a ley, un segundo puesto en el Cuadro de Méritos

Final, con la nota de 19.500. Esta situación le impidió ascender a Embajador en el proceso de ascensos correspondiente al año 2001. Frente a la disposición que lo excluyó en forma arbitraria de sus derechos, el recurrente presentó una nueva solicitud para que se reconsiderara su situación, la que no fue atendida una vez más.

Luego de ponderar la situación jurídica del recurrente, los recursos por él interpuestos y los dispositivos aplicables al caso, el Tribunal procedió a fundamentar su resolución.

El Tribunal Constitucional consideró como probado el que se violó sistemáticamente el derecho del recurrente a la promoción o ascenso, “derecho constitucional y fundamental, con el consiguiente perjuicio al proyecto de vida de los funcionarios diplomáticos involucrados, entre los cuales se encuentra el demandante, según se ha podido acreditar de autos”.

Por lo expuesto, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda y ordenó que el demandado disponga, en forma inmediata e incondicional, la ampliación con carácter retroactivo al 1 de enero de 1996, del tiempo de permanencia del demandante en la categoría de Ministro en el Servicio Diplomático de la República y lo promueva a la categoría inmediata superior, con carácter retroactivo al 1 de enero de 2002.

23.2. EN LA JUDICATURA ORDINARIA

Entre los casos que tenemos conocimiento en la jurisprudencia peruana sobre el reconocimiento y reparación del “daño al proyecto de vida” comentaremos brevemente los siguientes:

23.2.1. EL CASO “ENCARNACIÓN TOSCANO”

El caso “Manuel Encarnación Toscano y otra con Hospital Privado Rosalía de Lavalle de Morales Macedo-Clínica Hogar de la Madre”, fue resuelto mediante sentencia del Corte Superior de Lima de fecha 2 de julio de 1996. Los padres, en representación de la menor Lady Meylin, interponen demanda contra el citado Hospital a fin de que cumpla con indemnizar los diversos daños sufridos por su hija en el momento de su nacimiento.

La madre de la mencionada menor tuvo un parto normal pero, al séptimo día del nacimiento, la bebe mostraba un cuadro febril térmico, con muestras de irritabilidad, hiporexia, lo que se agravó con convulsiones con focalización marcada en el miembro inferior izquierdo. Ante esta situación el Hospital demandado decide su

traslado al Instituto de Salud del Niño para su correspondiente hospitalización con el diagnóstico de "tendencia al sueño hipoactivo, cuadro febril e ictericia en la cara y cuello, y convulsiones".

Luego de practicados los exámenes y análisis correspondientes en el mencionado Instituto, se diagnosticó "una tipología de meningoencefalitis, con absceso cerebral encéfalo malaria y síndrome convulsivo y, paralelamente, una otitis aguda media bilateral, todo ocasionado por sepsis-neonatal". Este cuadro de meningitis encefálica que presentaba la menor, según el demandante, fue adquirida en el nosocomio demandado "por no estar debidamente desinfectado o aséptico el campo de intervención y rehabilitación de su menor hija". Se advierte que al adquirir dicha enfermedad, que se presentó a escasos días de nacida, ha dejado "huellas irreversibles en el centro regulador nervioso y psicomotor de su hija, que se manifestó en un miembro inferior izquierdo y, posteriormente, se focalizó en los demás miembros, así como dejó rastro a nivel psicomotriz y posteriormente a nivel de percepción".

Se afirma en la demanda que el cuadro anteriormente descrito, "en la medida que transcurra el tiempo va a dar lugar a la invalidez o parálisis en ciertas partes y funciones del cuerpo, por lo que se habría anulado un proyecto de vida, ya que con sus insuficiencias psicomotrices le resta alternativas para poder optar por las cosas que quiso ser, así como no poder desarrollar algunas actividades artísticas o deportivas y, también, le ha colocado en desventaja con las demás personas, lo que dificulta su socialización, limitándose sólo a lo que psicomotrizmente puede hacer, lo que redundará como secuela para toda la vida, perjudicándola en todos los planos de su vida personal, afectiva, laboral, familiar e íntima".

En el décimo considerando de la sentencia, luego del análisis de la prueba aportada, el juez de primera instancia considera que el daño inferido a la menor "genera la anulación de un proyecto de vida". El juez, al fallar, con fecha 15 de diciembre de 1995, fija una indemnización de \$ 12,000.00 (doce mil dólares). La sentencia fue confirmada por el Tribunal Superior con una ligera variación en la suma acordada como reparación de las consecuencias del daño.

Consideramos que, si bien en la sentencia se reconoce la existencia de la figura referente al "daño al proyecto de vida", el caso más bien se trata de una pérdida de chances. En efecto, la menor, cuando en un futuro deba definir su proyecto de vida verá reducida sus opciones u oportunidades. Pudiera ocurrir que, atendiendo a su vocación, escogiese un proyecto de vida que sería irrealizable a causa de sus problemas de salud.

23.2.2. EL CASO “N.N. CON UNIÓN DE CERVECERÍAS BACKUS Y JHONSTON”

Un joven de 28 años, soltero, profesor de educación física, pasajero del vehículo que lo conducía de Chíncha a la capital de la República, perteneciente a una importante empresa cervecera, sufrió un grave accidente de tránsito, a raíz del cual sufrió trastornos físicos y psicológicos que devinieron en una cuadriplegia espástica que lo sumió en un estado de incapacidad permanente, condenado a movilizarse de por vida en una silla de ruedas.

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia que vio el caso, consideró que las consecuencias del daño sufrido por la víctima significaban el total truncamiento de su carrera profesional, así como afectaría también su futura vida familiar. Sobre la base de la prueba aportada, el Tribunal estimó que se había producido un daño grave y cierto en cuanto al cumplimiento del proyecto de vida del demandante.

En la sentencia pronunciada el primero de septiembre del año 2003, la Corte condenó a la empresa cervecera al pago a la víctima de una reparación ascendente a un millón de soles. Esta suma puede parecer no habitual en el país tratándose de la reparación de un daño, pero, en este caso, se trata del truncamiento de una vida, de someter a una incapacidad permanente a un ser humano, impidiéndole cumplir con su proyecto de vida, así como de lograr otras satisfacciones tanto personales como familiares.

Es explicable que quienes otorgan más valor al patrimonio que a la vida de un ser humano se sientan desconcertados por la suma consignada como reparación de un daño tan grave como es el que frustra el proyecto de vida de una persona. Es bueno que vayamos teniendo conciencia del valor de la existencia humana. La sentencia coloca los valores en su debido rango jerárquico.

23.2.3. EL CASO “ALCÁZAR ROJAS”

El Sexagésimo Tercer Juzgado Civil de Lima, con fecha 22 de junio del 2006, resolvió una demanda interpuesta por una madre de familia injustamente detenida por aproximadamente seis años, acusada de terrorismo, siendo maltratada por la policía por lo que sufre una patología psíquica. A consecuencia del daño producido se desintegró la familia, quedándose solos y abandonados sus dos hijos estudiantes de secundaria. Ellos sobrevivieron con la ayuda de algunos familiares y amigos.

La Juez que tuvo a su cargo la causa verificó que se había inferido a la demandante un daño que afectaba su persona, estimada en sí misma, como un valor espiritual, por lo que ninguna reparación podría "borrar ni restituir al estado anterior lo que ha padecido emocional y físicamente". Consideró que la prisión injusta e inmerecida "daña a la persona en su esencia, privándole del bien máspreciado de todo ser humano, que es la libertad; asimismo, mella profundamente la dignidad y el honor, inapreciables e invalorable". Todo ello, afirma la Juez, "frustra a la persona en su proyecto de vida, arrebatándole años que no volverán, en los que se desarrollaba, en el caso de la demandante, como madre, siguiendo el proceso educacional de sus hijos, y quitándole también años posteriores, ya en libertad, pero en una libertad en la que tiene que rehacer su vida, reinsertarse en la sociedad, recuperar el ánimo, espíritu y paz arrebatados, procurando olvidar o, mejor, procesar con la ayuda psicológica, la terrible experiencia que atravesó, curando la mente de la depresión, ansiedad y terror".

La Juez, al declarar fundada la demanda, en lo que atañe al daño al proyecto de vida y demás daños inmateriales, condenó a los demandados, altas autoridades del Estado, al pago de una reparación de \$ 141,994.05 (ciento cuarenta y un mil novecientos noventa y cuatro dólares con 05/00 centavos de dólar).

23.2.4. EL CASO "JOSÉ ROBLES MONTOYA"

La sentencia de Primera Instancia, expedida el ocho de agosto del año 2005 por el 12° Juzgado Civil de Lima, acoge la demanda del recurrente Ex Capitán del Ejército Peruano José Robles Montoya para obtener una reparación por las consecuencias sufridas a raíz de un "daño a su proyecto de vida".

El demandante era un destacado militar que había egresado con el primer puesto de su Promoción, lo que le había merecido ser ascendido a los grados de Teniente y Capitán de dicho Ejército. Ello demuestra su clara vocación y capacidad para desarrollarse en esa actividad. Por razones ajenas a su voluntad, por decisión arbitraria del Comando del Ejército, se truncó su proyecto de vida, libre y voluntariamente elegido.

Como es público y notorio, y el hecho pertenece desde ya a la Historia de la República, el 05 de abril de 1992 se produjo un autogolpe propiciado por el propio Presidente de República, Alberto Fujimori, contando con el apoyo de las Fuerzas Armadas cuyos altos oficiales firmaron una acta de sujeción al gobierno surgido de ese golpe de Estado violatorio de la Constitución de la Repúbli-

ca. El gobierno de facto, autoritario, cerró el Congreso, sometió al Poder Judicial y a la mayoría de la prensa, atentó contra el Tribunal Constitucional destituyendo arbitrariamente a tres de sus más conspicuos miembros, inició un proceso de demolición de la institucionalidad democrática y de los partidos políticos, inaugurando un régimen donde no hubo transparencia de sus actos por lo cual, con desconocimiento de la opinión pública, se cometieron graves delitos contra los derechos humanos y se instauró un régimen de profunda corrupción que sumió al país en un estado de crisis moral, de la cual aún no se puede recuperar. En esta situación, un ex capitán del Ejército, separado de su institución por delito comprobado, asumió, de facto, desde el Servicio Nacional de Inteligencia, por delegación del Presidente, la dirección de las Fuerzas Armadas y propició, dotado de un inmenso poder, la reelección del mencionado Presidente Alberto Fujimori, sometiendo vergonzosamente, por dinero, a la mayoría de la prensa y propiciando, también por dinero o favores, que ciertos parlamentarios de la oposición actuaran en concordancia con el partido que apoyaba a la dictadura.

Las Fuerzas Armadas, en su conjunto, sufrieron los embates de la corrupción de sus altos mandos, quienes se perpetuaron en el poder por responder a la voluntad de la cúpula gobernante, relegando a los oficiales que ostentaban méritos propios. Se llegó a la situación que un general en retiro, actualmente en prisión por hechos de corrupción, comandara las Fuerzas Armadas en su calidad de ser uno de los principales protagonista del proceso demoledor de la moral pública.

Dentro de dicho grave contexto, brevemente esbozado, el general Rodolfo Robles, padre del recurrente, ante el desprestigio moral de la Institución, denunció valientemente los actos ilícitos cometidos por un grupo de militares en actividad, conocido como el “Grupo Colina”, contra los derechos humanos a través de acciones sistemáticas que llevaron a la muerte a personas inocentes, mediante torturas y ejecuciones extrajudiciales. Este desenmascaramiento de los atentados contra los derechos humanos perpetrado por dicho grupo de militares que recibían órdenes desde niveles superiores, fue hecho público y la Justicia Militar no pudo evitar condenar a los integrantes de dicho grupo por los graves delitos cometidos, aunque luego el propio gobierno decretó una amnistía en su favor. Los miembros de dicho grupo “Colina” merecieron la felicitación del propio Presidente de la República y, en cierto momento, alguno de ellos fue ascendido al grado militar superior.

La denuncia del general Rodolfo Robles sirvió para procesar, condenar e identificar a los oficiales y subalternos del Ejército que

cometieron los conocidos atentados contra alumnos y un profesor de la Universidad Nacional de Educación "Enrique Guzmán y Valle", conocida como "La Cantuta", y contra un grupo de ciudadanos reunidos en una fiesta en un local de una zona de la ciudad de Lima conocida como los Barrios Altos. Todos ellos terminaron siendo extrajudicialmente ejecutados por el grupo Colina. Esta comprobación se desprende del informe elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tomó conocimiento de dichos crímenes a solicitud de los familiares de las víctimas. La denuncia del general Robles comprometía a las más altas autoridades de la República así como del Comando del Ejército.

A raíz de su denuncia, que puso al descubierto dichos crímenes, el general Rodolfo Robles fue sacado de la expectante posición de comando que poseía dentro del Ejército para ser trasladado a un puesto administrativo en un organismo internacional fuera del país. El general Robles, ante el peligro que sufría su vida y la de su familia, solicitó asilo a la Embajada de los Estados Unidos de Norte América, la que se le concedió al día siguiente para luego ser exiliado a la República Argentina.

Como bien señala el juez de la causa, "los graves hechos suscitados a raíz de tales eventos, no pueden ser analizados en forma aislada y comprendiendo sólo a su protagonista (el general Robles) sino que éstos, por su envergadura también tenían que repercutir en la vida privada y profesional de sus familiares, más aún en el caso del recurrente que al igual que su padre era militar en actividad (...)" En efecto, el recurrente se hallaba, como su padre y todos los miembros de su familia, dentro de las características propias del régimen autoritario en el cual estaba sumido el país, en un permanente riesgo en cuanto a su integridad física. De ahí que, al igual que su padre, tuvo que optar, contra su libre decisión y voluntad, dejar su actividad militar y asilarse con toda su familia en la citada Embajada Estadounidense para luego exiliarse en la Argentina.

Como señala el juez en el punto séptimo de su sentencia, no sólo peligraba la vida e integridad física del padre del recurrente, el general Rodolfo Robles, sino la del propio demandante. Por ello, dice el magistrado, que "el actor no podía seguir en el Ejército exponiendo su integridad física o las represalias de gente interesada al interior de las FFAA de no permitir que la ciudadanía se enterara de actos ilícitos de sus miembros (...)". En tal sentido, en dicho contexto, expresa el juez, es de advertir que el recurrente ha debido afrontar la disyuntiva de elegir permanecer en su cargo como militar en actividad, que era su proyecto de vida, o la de "optar por preservar su integridad (sobre vivencia)". Al final, agrega el juez,

“como lo haría cualquiera de nosotros optó por el más primordial de los derechos de la persona que es la vida y, en consecuencia, su salida del Ejército no puede considerarse como “voluntaria”, sino como consecuencia de hechos que no le dieron otra alternativa que la optada por el actor de refugiarse con su familia en el asilo concedido” para luego exiliarse en la Argentina.

En efecto, el dejar su actividad como un sobresaliente militar en actividad no fue, como pretenden las Fuerzas Armadas, un “abandono de destino” sino un acto en salvaguarda de su vida y la de su familia. El juez expresa que en la Resolución de las FFAA en las que se formula tal cargo “se recomendó denunciarlo decretándosele una orden de captura cuando, era notorio y público y conocido el asilo que había obtenido, lo cual corrobora lo señalado anteriormente de que la opción más viable y razonable era dejar el país y por ende la institución”. De ahí que la salida del Ejército no fue, como afirma el juez, “un acto “libre” y “voluntario” ya que dicha decisión a la luz de los hechos (...) “fue tomada en salvaguarda de su propia integridad física y la de sus familiares”. Es decir, agrega el magistrado, su salida del Ejército, en la situación en la que se encontraba el actor, no podía hacerse observando las prescripciones reglamentarias pertinentes.

Encontrándose exiliado el recurrente fue sometido a proceso penal militar a sabiendas que se encontraba fuera del país y sin otorgarle las posibilidades de ejercer el derecho a su defensa.

Por las consideraciones expuestas y otras que fluyen de la sentencia, el juez estima que se ha producido un daño “al proyecto de vida” del recurrente. El magistrado sostiene que un daño “a la libertad humana es trascendente y que ya se ha logrado en los últimos años un reconocimiento, aún incipiente, de la jurisprudencia comparada y más bien definitiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Al referirse a este daño apunta que “es un daño directamente vinculado a la libertad que tiene todo hombre para escoger su destino, para obrar conforme a su libre determinación y alcanzar sus objetivos (...)”.

En el caso de autos, afirma el juez, “el recurrente ha sido separado de su proyecto de vida por razones que además de ser arbitrarias respondían a fines subalternos y apetitos personales de poder”. En el caso del actor, agrega el juez, se violó su libertad de realización personal, se cortó el proyecto de vida de un destacado militar.

Por todo lo expuesto, y por lo demás que contiene los considerados del fallo que comentamos, el juez declara fundada la demanda y decide conceder al actor una indemnización por las consecuencias del “daño a su proyecto de vida”, que truncó su carrera militar,

ascendente a la suma de \$ 150,000.000 (ciento cincuenta mil dólares americanos).

Actualmente, con posterioridad a la sentencia que comentamos, el ex Presidente Fujimori ha sido condenado a 25 años de prisión por los crímenes cometidos por dicho grupo "Colina" en los casos conocidos como "La Cantuta" y "Barrios Altos".

23.2.5. EL CASO "FRIDA FABIOLA SALINAS JANSSEN"

Con fecha 10 de agosto del 2006, la Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Lima aprueba la sentencia consultada de 30 de marzo del mismo año en un caso de divorcio por separación de hecho, salvo en lo que concierne al monto de la indemnización solicitada por la demandante.

La demanda es interpuesta por Frida Fabiola Salinas Janssen quien solicita una indemnización de US \$ 300,000.00 (trescientos mil dólares) por los daños sufridos, tanto físicos como psicológicos, de parte de su cónyuge, los que hicieron imposible que pudiera cumplir con su "proyecto de vida", pues le impidieron desarrollarse laboralmente "debido a su actitud machista y celos excesivos". Los magistrados de las dos instancias estimaron que los daños alegados eran evidentes, incluyendo el daño al proyecto de vida, por lo que ampararon la demanda en este extremo, aunque discreparon en cuanto al monto de la reparación.

La sentencia de primera instancia fijó una reparación por los daños sufridos por la demandante ascendente a US \$ 100,000.00 (cien mil dólares). La Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Lima la rebajo a US \$ 30,000.00 (treinta mil dólares). La Corte Suprema declaró infundado el recurso de casación interpuesto, por lo que decidió no casar la resolución de vista expedida por la mencionada Sala de la Corte Superior.

Como se observa, los montos que fijan los jueces por reparación de las consecuencias causadas por un daño al proyecto de vida varían, aunque estas oscilaciones se deben, en algunos casos, a la magnitud de ellas. Como sucedió en Italia, la jurisprudencia irá encontrando los necesarios consensos en este campo de las reparaciones del "daño a la persona" en la modalidad de "daño al proyecto de vida".

23.2.6. EL CASO "MARIÁTEGUI CHIAPPE"

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, con fecha 26 de junio de 2007, en el expediente N° 1529-2007, procedente de

Lima, en los seguidos por Sandro Mariátegui Chiappe con Regina de Zela Hurtado, señala, con loable acierto, 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, resultando así una modalidad síquica del genérico daño a la persona. En tanto que el daño al proyecto de vida, incide sobre la libertad del sujeto a realizarse según su propia decisión, siendo un daño radical, continuado, que acompaña al sujeto durante toda su vida en la medida que compromete, para siempre, su “manera de ser”. El llamado daño moral no compromete la libertad del sujeto pues, como se ha anotado, es un daño sicosomático que afecta la esfera sentimental del sujeto en cuanto su expresión es el dolor, el sufrimiento, siendo un daño que no se proyecta al futuro, pues no está vigente durante toda la vida de la persona tendiendo a disiparse, generalmente, con el transcurso del tiempo”.

De este modo la Corte Suprema, siguiendo la jurisprudencia sentada en otros casos, reconoce la existencia del “daño a la persona” como un daño genérico, amplio, distinguiéndolo de sus diversas modalidades como es el caso del específico “daño al proyecto de vida”, que incide en la libertad fenoménica de la persona proyectándose al futuro, así como del llamado daño “moral” que afecta la esfera psíquica sentimental, emocional del sujeto, que es temporal y que, generalmente, tiende a disiparse o a convertirse en otros sentimientos con el transcurso del tiempo.

Como se advierte, cabe destacar con satisfacción que se trata de un gran avance en materia de precisión de conceptos así como de otorgarle la debida importancia al daño al “sujeto de derecho”, a la persona humana, desatendida en el pasado reciente dada que la máxima protección se otorgaba, indebidamente, a las consecuencias del daño a las cosas, al llamado daño patrimonial.

Es un acierto el que se reconozca por la Corte Suprema de la República que el genérico “daño a la persona” tiene diversas modalidades, las que se relacionan con la parte de la estructura existencial materia del daño. Así, si el daño es a la libertad fenoménica se trata del “daño al proyecto de vida”, mientras si se refiere a un agravio a los principios morales a los que adhiere determinado sujeto, las consecuencias del mismo son sentimentales, es decir, consecuencias psíquicas, de carácter emocional, no patológicas, que se suelen disipar o transformar en otros sentimientos con el transcurso del tiempo.

23.2.7. OTROS CASOS JURISPRUDENCIALES

La ausencia de archivos o repertorios de jurisprudencia actualizados en el Poder Judicial del Perú nos impide conocer en

cuantos otros casos más de aquellos citados anteriormente se hace referencia, en alguna medida o manera, al "daño al proyecto de vida", razón por la cual no los hemos podido incorporar para su comentario en la breve reseña que hemos presentado en los párrafos precedentes.

No obstante, algunos diligentes discípulos, que logran enterarse de la expedición de sentencias en las que se alude al "daño al proyecto de vida" nos las envían o las comentan. De estos fallos recordamos algunos en los que se asume la existencia de este daño y se le repara según el equitativo arbitrio del juez. Así, entre otras, la sentencia n° 48 de la Corte Superior de Lima, de 3 de diciembre del 2009, expediente 12389-2006, entre Ramón Ramírez Erazo y la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Sin entrar en el comentario de este fallo dejamos constancia en el punto 11.14 de la sentencia se declara que se ha acreditado la existencia de un "daño al proyecto de vida" del demandante al haberse "afectado la proyección del demandante en su vida profesional, por cuanto se le separó de dicha institución, lo cual trajo como consecuencia un daño en sus proyecciones dentro de dicha institución educativa...". En nuestra opinión el fallo no ha aprehendido los alcances conceptuales del "daño al proyecto de vida", pues en el caso que hemos aludido, el hecho de la separación de un docente de un determinado centro educativo no acarrea como necesaria consecuencia, salvo puntuales excepciones, que se haya afectado el proyecto de vida del profesor, el cual puede continuar enseñando en otras universidades.

24. LAUDOS ARBITRALES: EL CASO "BARUCH IVCHER CON EL ESTADO PERUANO".

Cabe destacar, como lo dio a conocer un diario de circulación nacional, lo resuelto en el Laudo Arbitral emitido en el año 2005 por el Tribunal constituido por los doctores Jorge AVENDAÑO VALDEZ, Felipe OSTERLING PARODI y Jorge SANTISTEVAN DE NORIEGA, en el caso "Baruch Ivcher con el Estado peruano". El demandante, entre otras reparaciones, reclamó la suma de \$ 615,786.17 por frustración de su "proyecto de vida" causado por haber sido despojado de la propiedad de la parte mayoritaria de acciones que le correspondían en el Canal de Televisión 2, "Frecuencia Latina", así como de su nacionalidad peruana adquirida por nacionalización.

El mencionado Tribunal Arbitral rechazó la solicitud del demandante, en cuanto a la reparación del daño a su "proyecto de vida", alegando que "la noción de frustración del proyecto de vida es incompatible con la circunstancia personal en que se encuentra

hoy el señor Ivcher, ya que tiene restituido su derecho a la nacionalidad peruana y a la propiedad de las acciones de Frecuencia Latina y viene ejerciendo con normalidad sus actividades”. Como se aprecia, los juristas componentes del Tribunal Arbitral aceptan la existencia del “daño al proyecto de vida” así como su noción y alcances jurídicos, lo que les permite sostener que en el caso invocado por el señor Ivcher no existe un “daño al proyecto de vida” por la razón antes expuesta.

25. APOSTILLA.

Como se desprende de lo brevemente glosado en precedencia, podemos concluir que, en un tema tan trabajado y consolidado como es el de la responsabilidad civil, es una hazaña el que las mentes más lúcidas vayan comprendiendo la importancia del nuevo “daño a la persona”, de su trascendencia y jerarquía, así como de sus diversas modalidades ya sea aquellas referidas al ámbito psicosomático o al de la libertad fenoménica como es el caso del “daño al proyecto de vida”. Estamos seguros que un futuro no muy lejano, dentro de una concepción humanista del Derecho, el “daño a la persona” adquiera la primacía y el rango que le corresponde dentro del nuevo “Derecho de Daños”. ¿Qué otro daño imaginable es más grave que un daño al ser humano, sobre todo aquel que atenta contra su libertad?

RESARCIMIENTO DEL DAÑO INMATERIAL

Roxana Jiménez Vargas-Machuca (*)

*And how can you mend a broken heart?
How can you stop the rain from falling down?
How can you stop the sun from shining?
What makes the world go round?
How can you mend this broken man?
How can a loser ever win?
Please help me mend my broken heart
...and let me live again
(How Can You Mend a Broken Heart?
- Bee Gees- canción popular, 1971)*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Breve reseña del tratamiento del daño inmaterial o moral en el sistema peruano. 2.1. Código Civil de 1852. 2.2. Código Civil de 1936. 2.3. Código Civil de 1984. 3. Daño inmaterial. Concepto y alcances. 4. Funciones de la responsabilidad civil. 5. Cuantificación del daño inmaterial. 5.1. El caso de los daños por rebote o repercusión. 5.2. Parámetros a considerar para la cuantificación del daño inmaterial.

1. INTRODUCCIÓN.

¿Puede repararse el daño que sufre una persona a quien, por causa de un diagnóstico equivocado, o de una confusión de historias clínicas, se le amputa una pierna? ¿Es posible resarcir el dolor de una madre por la muerte de su menor hijo, fallecido en un accidente automovilístico? Si como consecuencia del incumplimiento contractual de la contraparte, una persona pierde patrimonio y prestigio, ¿puede exigir resarcimiento a los daños extrapatrimoniales? ¿Puede una persona

(*) Juez Superior Titular de Lima, 2da Sala Comercial de Lima. Profesora de Derecho Civil y Derecho Procesal Civil.

que ha sufrido encarcelamiento durante varios años y que sale libre por haber sido procesada y sentenciada sin pruebas, exigir indemnización?

Al ciudadano común le resulta evidente que estos daños deben indemnizarse, en virtud de un razonamiento más instintivo que racional, basado en una noción interna de justicia.

En cambio, para el sistema jurídico, más racional y organizado, el tema reviste una complejidad mayor, pues ha de lidiar con otros conceptos como la proscripción de la concepción de justicia basada en la venganza privada (en la idea de castigo por el que la víctima se “hacía justicia” por medio de la imposición de un daño idéntico o similar al causante¹), pues hoy se distingue la pena de la reparación, siendo que se castiga mediante penas privativas de la libertad o sanciones administrativas, en tanto que a los particulares se les resarce o repara en función del daño sufrido.

Así, debe comprenderse la naturaleza de este tipo de daño y las posibilidades de su reparación dentro de la estructura y funciones de la responsabilidad civil, para luego –y esto constituye acaso la mayor dificultad– analizar la viabilidad de su cuantificación, pues de esto dependerá que se logre el objetivo del sistema respecto de los daños inmateriales.

Se puede apreciar en este texto que los términos “daño inmaterial”, “daño moral” y “daño extrapatrimonial” se emplean en forma indistinta, lo que se explicará al abordar el concepto y alcances de estos daños; luego se ingresará al tema de las funciones de la responsabilidad civil para, finalmente, procurar ofrecer un acercamiento a la evaluación de los daños inmateriales, para efectos de su cuantificación.

Con este trabajo se pretende mantener en debate algunas ideas, en un intento de relacionar la teoría –el sistema y su racionalidad– y la realidad, así como fomentar propuestas sobre todo para lo relativo a la cuantificación de estos daños.

2. BREVE RESEÑA DEL TRATAMIENTO DEL DAÑO INMATERIAL O MORAL EN EL SISTEMA PERUANO.

Es saludable recordar que para entender un sistema debe pensarse mucho más que en su legislación, debe apreciarse la sociedad en

¹ En el s. XVII a.C., el Código de Hammurabi reguló la Ley del Talió, estableciendo el principio de proporcionalidad de la venganza: a cada agresión correspondería un castigo equivalente. Si bien semejante planteamiento puede parecer bárbaro a los parámetros actuales, en realidad constituyó un hito en la historia del derecho, dado que conformó un recurso eficaz para contener venganzas sin límite.

su conjunto, que comprende sus circunstancias históricas, sociales, económicas, culturales e intelectuales. Es desde esta comprensión general, a la que aporta la jurisprudencia² y la doctrina³, que debe leerse a la ley⁴.

2.1. CÓDIGO CIVIL DE 1852

En principio, el codificador de 1852, de acuerdo a la tradición de la época, basó la determinación de la responsabilidad en el principio de la culpa⁵, la que no se presume y debe ser probada, tanto en los contratos como en las obligaciones que nacen de delitos y cuasidelitos, aunque en algunos supuestos se aprecia una leve introducción a la objetivización de la responsabilidad.

En cuanto al daño extrapatrimonial, en forma muy incipiente y sólo para el supuesto de injuria, se estableció la posibilidad de solicitar indemnización. El artículo 2022 de este Código Civil estableció que: “En caso de injurias, tiene derecho el que las recibe a pedir una indemnización proporcionada a la injuria”.

Con este precepto normativo, la codificación civil peruana dio uno de los primeros pasos para introducir el daño inmaterial, siendo interesante lo relativo a la graduación de la indemnización en forma proporcional a la ofensa o daño sufrido, lo que le proporciona independencia respecto del daño patrimonial, pudiéndose calificar y cuantificar de manera aislada y autónoma a los daños materiales, en caso coexistir éstos en el caso concreto.

2.2. CÓDIGO CIVIL DE 1936

Este Código, que mantuvo el sistema basado en la culpa -con algunas excepciones-, no reguló el daño moral contractual -la

² Con la trillada calificación de “derecho vivo” que, lamentablemente, a veces no lo es, por cuanto repite la letra de la ley sin considerar el caso concreto, pero que cuando sí califica de “derecho vivo”, resulta valiosísima.

³ A la que puede hacerse similar crítica de la nota anterior, por repetir la letra de otros doctrinarios, muchas veces extranjeros, sin considerar la realidad a la que supuestamente va dirigida.

⁴ La que a menudo es también, lamentablemente, repetición e interpolación de otros textos normativos. Es por ello que resulta tan importante hacer el esfuerzo de comprensión general de la atmósfera de la sociedad para el análisis correspondiente.

⁵ Artículo 1265.- El que celebra un contrato, no solo está obligado a cumplirlo, sino también a resarcir los daños que resulten directamente de la inexecución o contravención, por culpa o dolo de la parte obligada.

En cuanto a las obligaciones que nacen de delitos o cuasidelitos:

Artículo 2210.- El que sin culpa alguna causa un daño, no está obligado a la reparación.

jurisprudencia lo introdujo-, pero reconoció el daño moral extracontractual en el artículo 1148, facultando al juez para que en el momento de fijar la indemnización pueda “(...) tomar en consideración el daño moral irrogado a la víctima”.

Por su novedad y modo de inclusión normativo, inicialmente se interpretó como posible la satisfacción pecuniaria del daño moral solo cuando hubiera un daño material que reparar, concediéndosele así un carácter subsidiario⁶, a pesar de que la Exposición de Motivos de este Código, aunque lacónica, las distinguía y no estableció en modo alguno tal subsidiariedad:

“No es preciso, por otra parte, que el daño sea material o patrimonial. Puede tratarse de verdaderos detrimentos morales que se traducen en dolores o menoscabos de ciertos bienes inmateriales... Habrá casos sin duda, en que la solución más indicada sea la de dar satisfacción a los sentimientos de la persona humana, o al perjuicio de ciertos aspectos de bienes no materiales”.

La evolución del tratamiento de este tipo de daño fue iniciada a nivel de la doctrina nacional por León BARANDIARÁN, CORNEJO, SOLF y MURO, REY DE CASTRO, entre otros, quienes coincidían en que el criterio a predominar atendía a la reparación independiente del daño moral, sin necesidad de que vaya unido a una reparación patrimonial. La jurisprudencia asumió ese parecer, aunque no de inmediato⁷.

⁶ REY DE CASTRO, Alberto. La Responsabilidad Civil Extracontractual. Estudio Teórico y Práctico del Derecho Nacional y Comparado. Lima, Imprenta de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1972, p. 352.

⁷ “Jurisprudencia nacional.- En la causa 381/1943, R.S. 6.7.43, la Corte Suprema declaró que la indemnización por el daño moral no era admisible por vía de acción, sino como consecuencia de otras demandas. Este punto de vista no llegó a prosperar; era evidentemente restringido, admitiéndose más adelante acciones aisladas por daños extrapatrimoniales.

En la causa en que recae la ejecutoria de 7.5.1945, (Anales 1945, p. 218) un Banco es demandado por la víctima del rechazo de un cheque falto de fondos que luego se protesta. El Tribunal Supremo conceptúa que, habiendo el Banco reconocido su equivocación dirigiéndose al Notario y a la Cámara de Comercio, no procede el pago de indemnización pecuniaria, siendo infundada la demanda.

En la causa resuelta por E.S. de 23.5.1945 (Anales 1945, p. 222) se hace referencia a la denuncia por robo y la detención del inculpaado que prueba su inocencia. El agraviado demanda reparación por el daño moral. (El Ministerio Público aplica e interpreta erróneamente el inc. 1º del art. 1137 del C.C.). Se desestima la acción e injustamente el actor no obtiene reparación alguna.

En la causa 948/1954, E.S. 25.11.54 (Rev. Jur. Per., Jun. 1955, n. 137) se condena a una Beneficencia a indemnizar a los deudos por la extracción de un cadáver de un nicho temporal sin haberse cumplido el plazo, siendo arrojados los despojos a la fosa común.

En la causa 1183/1955, E.S. 7.7.56 (Rev. Jur. Per., 1956, p. 1217) se admitió aisladamente la indemnización por el daño moral causado al demandante con publicaciones contra su buen nombre, al imputársele una actitud incorrecta con motivo de haber tomado exámenes al hijo del actor que quedó desaprobado.”

Cfr. REY DE CASTRO, ALBERTO. Ob. Cit., p. 353.

En el supuesto específico de ruptura de esponsales también se contempló la indemnización por daños inmateriales, al referirse a los derechos inherentes a la personalidad del desposado perjudicado (artículo 79).

Los esponsales crean en los desposados una obligación moral y no jurídica de celebrar matrimonio, por lo que no puede compelerse a ninguna de las partes al cumplimiento de dicho acuerdo. Sin embargo, el rompimiento de dicha promesa, en forma unilateral y sin justa causa, obliga a la parte culpable a reembolsar al otro o a terceros los gastos que hubiesen realizado de buena fe con motivo del matrimonio, solución que busca trasladar el daño patrimonial a quien lo ha producido, a pesar de que no resulta exigible cumplir la promesa matrimonial.

Empero, el citado artículo 79 aborda el perjuicio que sufre el desposado en los derechos inherentes a su personalidad, por lo que se le ubica en la esfera del daño moral, cuyo contenido fue llenado por la jurisprudencia, que debe estudiarse dentro del contexto histórico y social en que fue emitida, lo que en su conjunto suman las circunstancias del caso:

“(...) los esponsales tienen efectos muy graves porque obligan a renunciar a toda otra expectativa de matrimonio con un tercero; esta situación es más exigente para la mujer, quien está obligada a guardar un absoluto alejamiento del mundo y preservar su honor dejando pasar los mejores días de su juventud en la expectativa de un compromiso. La violación de los esponsales pactados determina un daño moral en la vida de la novia, cuya personalidad resulta lesionada, dado el estrépito social que se produce a raíz de un apartamiento inmotivado”⁸.

2.3. CÓDIGO CIVIL DE 1984

Una novedad del vigente Código Civil fue introducir la responsabilidad objetiva para el caso del riesgo creado (bienes y actividades riesgosos o peligrosos) en la responsabilidad extracontractual.

Respecto al daño inmaterial, lo reconoce y lo regula con el nomen iuris de daño moral, susceptible de exigirse tanto en la responsa-

⁸ Corte Superior de Chachapollas, Res. de fecha 30 de junio de 1944. En este caso, el Fiscal opinó que se había producido daño moral y la Corte Suprema otorgó a la demandante la indemnización solicitada. (DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La Responsabilidad Extracontractual*. En: Biblioteca para Leer el Código Civil, Vol. IV, T. II, Fondo Editorial de la PUCP, 2001, p. 102).

bilidad derivada del incumplimiento de obligaciones como en la denominada responsabilidad extracontractual:

El artículo 1322 regula este tipo de daño en el ámbito de la responsabilidad por inexecución de obligaciones:

- *Artículo 1322.- El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento.*

Y en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, los artículos 1984 y 1985:

- *Artículo 1984.- El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia.*
- *Artículo 1985.- La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.*

Si bien no se señala en forma expresa, el daño extrapatrimonial por violación de los derechos de la persona puede ser resarcido, tanto si se ha producido dentro de una relación obligacional o fuera de ésta⁹.

Los derechos contenidos en el Título II, a que se refiere el artículo 17 del Código Civil, son el de igualdad entre varón y mujer

⁹ “Artículo 17 del Código Civil.- La violación de cualquiera de los derechos de la persona a que se refiere este título, confiere al agraviado o a sus herederos acción para exigir la cesación de los actos lesivos. La responsabilidad es solidaria.” (el énfasis es nuestro).

La cesación de estos actos (el título a que se refiere es el relativo a “Derechos de la Persona”) puede darse, en concordancia con la Constitución y el Código Procesal Constitucional, mediante el proceso de amparo, que procede ante la violación o amenaza de violación de derechos reconocidos en la Constitución. Si es ante la inminencia de violación, comprenderá la denominada tutela inhibitoria y si ya se está ante la violación de alguno de estos derechos, se tratará de tutela cesatoria.

Por otro lado, dado que se encuentra regulado en el Código Civil, nada obstaría que se demanden en la vía civil por afectación de los derechos específicos del título II, pudiendo interponerse las medidas cautelares correspondientes. Ello, además de la indicada tutela –ya sea inhibitoria o cesatoria– habilita a solicitar indemnización por los daños sufridos –que incluyen los extrapatrimoniales–. Igual es de aplicación a las normas contenidas en los artículos 26 y 28 del Código civil, que confieren acción cesatoria e indemnizatoria específicas a la vulneración al derecho a ser designado por su nombre y a la usurpación del nombre, respectivamente, indicándose, en estos casos, la vía concreta del proceso abreviado.

(no discriminación), a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor, a la intimidad, a la imagen y la voz, al secreto y reserva de las comunicaciones, a los derechos de autor y de inventor.

Resulta evidente, por lo demás, que la violación de estos derechos, como de los derechos fundamentales en general, además de las demandas –en vía civil o constitucional– que puedan interponerse a fin de evitarla o cesarla, supone la posibilidad de entablar una pretensión indemnizatoria, puesto que se presentan los supuestos requeridos para su ejercicio, a saber: antijuridicidad, daño, relación causal y factor de atribución (la regla general es que el factor de atribución es subjetivo, y solo a modo de excepción será objetivo, por lo que dicha regla se mantiene, debiendo analizarse las circunstancias y los hechos de cada caso a fin de aplicársele el que corresponda).

El Código Civil establece reparación específicamente para el daño moral en el supuesto del cónyuge inocente en el divorcio por causal:

- *Artículo 351.- Si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, el juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral.*

Cabe mencionar que el Proyecto de la Comisión Reformadora que redactó el Código Civil de 1984, en el ámbito extracontractual, que fue el más innovador, establecía que el daño moral solo debía indemnizarse en forma excepcional, concretamente en el caso de actos ilícitos, como los supuestos de difamación o trasgresión de la intimidad, excluyéndolo de los supuestos de responsabilidad por riesgo, por la perturbación que ello supondría en el principio de difusión social del riesgo, pues el proyecto contemplaba el sometimiento de estos casos a seguros¹⁰, pero finalmente se reconoció en el Código Civil el daño moral sin limitaciones en la responsabilidad extracontractual, e incluyéndose, como novedad, en la responsabilidad por inexecución de obligaciones.

3. DAÑO INMATERIAL. CONCEPTO Y ALCANCES.

Frente a los daños materiales, que afectan el patrimonio de la víctima (lucro cesante, daño emergente), se encuentra otra cate-

¹⁰ Como señala el profesor DE TRAZEGNIES, “la controvertida reparación patrimonial del daño extrapatrimonial podía más fácilmente ser admitida ahí donde hay una decidida responsabilidad del causante, como es el caso del acto propiamente ilícito.” (DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La Responsabilidad Extracontractual*. Ob. cit., p. 108.).

goría de daños cuyo significado y alcances ha sido y sigue siendo materia de debate doctrinario.

Así, existen, debido a la creación intelectual de diversos juristas, el daño no patrimonial, el daño extrapatrimonial, el daño moral, el daño a la persona, el daño a la vida de relación, el daño inmaterial, el daño al proyecto de vida, el daño a la integridad psicosomática, el daño psíquico, el daño extraeconómico, el daño subjetivo, entre otros.

En cuanto a la inacabable discusión acerca de la distinción entre daño moral y daño a la persona, suele decirse que el daño moral es la lesión en los sentimientos de la persona que determina dolor o sufrimientos físicos o morales, un turbamiento, una inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas y, en general, toda clase de padecimientos no susceptibles de apreciación dineraria.

Respecto del daño a la persona, se ha señalado que forma parte del denominado daño extrapatrimonial o daño subjetivo¹¹, que es el daño ocasionado al sujeto de derecho, que es un daño que lesiona a la persona en sí misma, estimada como un valor espiritual, psicológico, inmaterial¹².

Para algunos, el daño a la persona es sinónimo de daño moral, para otros lo comprende, para otros más bien es una subespecie de éste y para otros son dos categorías distintas.

Recientemente la Corte Suprema del Perú ha considerado que en términos de sistemática legislativa nacional no hay uniformidad sobre este aspecto:

“71. De otro lado, según doctrina nacional autorizada, la relación que hay entre daño a la persona y el daño moral es de género a especie (cita a Espinoza Espinoza, Juan). Sin embargo, cabe advertir que el mismo Código Civil de 1984 no es sistemático en utilizar el concepto de daño moral, pues algunas veces lo utiliza como sinónimo de daño a la persona, tan como ocurre en la norma contenida en el

¹¹ Coincidiendo con Carlos CÁRDENAS QUIRÓS, Juan ESPINOZA considera que es más propio referirse al “daño subjetivo”, que es el daño ocasionado al sujeto de derecho, en sustitución de la expresión “daño a la persona”, la cual resulta insuficiente para incluir todas las situaciones que pueden configurarse, ya que también lo pueden sufrir el concebido y las organizaciones de personas no inscritas, que técnicamente no son personas. En cuanto al daño patrimonial, considera que el término más feliz sería el de “daño objetivo”, puesto que causa merma en los objetos de derecho. (ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la Responsabilidad Civil*. Lima, Gaceta Jurídica, 2003, pp. 180-182).

¹² FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Exposición y Comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano. Derecho de las Personas*. En Código Civil, Vol. IV, compiladora Delia Revoredo. Lima, s/e, 1985, p. 88.

artículo 1322, y en otros casos, con un alcance más restringido y específico como en el supuesto del artículo 1984 y, aún diferenciándolo el daño a la persona como ocurre en el del artículo 1985”¹³.

Ante ello, ha tomado posición en el sentido que el daño moral se encuentra comprendido dentro del daño a la persona:

“49. Como se ha visto, en nuestro sistema privado, el divorcio por la causal de separación de hecho se sustenta en causa no inculpatoria; por cuanto puede demandar el divorcio cualquiera de los cónyuges, sea culpable o inocente de la separación de hecho y aún cuando haya mediado acuerdo de los cónyuges para el apartamiento. En consecuencia, la indemnización, o en su caso, la adjudicación de bienes de la sociedad conyugal, se debe establecer a favor del cónyuge que resulte más perjudicado con la separación de hecho y esta indemnización debe comprender tanto el menoscabo patrimonial como el daño a la persona, en el que se comprende al daño moral”¹⁴.

Para algunos autores, como TABOADA:

“por daño moral se entiende la lesión a los sentimientos de la víctima y que produce un gran dolor o aflicción o sufrimiento en la víctima”, y 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. No obstante lo cual, en lo relativo a la frustración del proyecto de vida, pensamos que no se trata de cualquier posibilidad de desarrollo de una persona, que puede ser incierta, sino que deberá tratarse de la frustración de un proyecto evidenciado y en proceso de ejecución y desarrollo que se frustra de un momento a otro. No se debe confundir proyecto de vida con cualquier posibilidad respecto de la cual no exista ningún tipo de evidencia comprobada. Como tampoco se debe confundir proyecto de vida con las simples motivaciones de los sujetos. (...) hechas estas precisiones por separado tanto

¹³ Sentencia dictada en el Tercer Pleno Casatorio Civil realizado por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del Perú, en relación a la indemnización en caso de divorcio por separación de hecho, establecida en el artículo 345-A del Código Civil (Casación 4664-2010- Puno, de 18 de marzo de 2011). Este artículo dispone, en su segundo párrafo, lo siguiente: “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.

¹⁴ Ibidem.

sobre el daño moral como el daño a la persona, resulta evidente, por lo menos desde nuestro punto de vista, que se trata de categorías independientes, pues 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 convincente”¹⁵.

Cabe recordar que si bien en sus orígenes el daño moral se concibió como el *pretium doloris* (daño-dolor), la lesión a la esfera sentimental del sujeto, la gran pena, el sufrimiento, tal concepción no se ha mantenido estática, pues la doctrina y jurisprudencia, en su desarrollo, ha ido ensanchando su contenido, abarcando la lesión al honor individual y social y, posteriormente, como lesión a la vida de relación, al proyecto de vida, a la identidad personal.

Así, por ejemplo, se dice que:

“Si así están las cosas, el daño moral, en el ordenamiento jurídico peruano, abarca todas las consecuencias del evento dañoso que, por sus peculiares características, por su ligazón con la individualidad de la víctima, no sean traducibles directamente en dinero, incluida la lesión de los derechos fundamentales. ‘Moral’ no es lo contrario de ‘jurídico’; ‘moral’ es lo contrario de ‘material’ ”¹⁶.

Considera ejemplar, el mismo autor, que “la doctrina española no haya tenido problemas para entender, desde hace décadas que ‘el concepto de daños morales no debe reducirse solamente a los dolores o sufrimientos injustamente ocasionados, sino que en él ha de incluirse todo perjuicio no pecuniario producido por la lesión de un bien de la persona (salud, libertad, honestidad, honor, etc.) o de sus sentimientos y afectos más importantes y elevados’ (cita a Rafael ÁLVAREZ VIGARAY “La responsabilidad por daño moral”, en Anuario de derecho civil, t. xix, fasc. 1, 1966, p. 85), o que el ‘daño moral es aquel daño que afecta a un bien de la personalidad o de la vida (libertad, salud, honor, honestidad, paz, tranquilidad de espíritu, integridad física, bienestar corporal, privacidad, etc.), es decir, el que implica quebranto, privación o vulneración de esa categoría de bienes incorpóreos cuya tutela cobijamos bajo la categoría de los llamados derechos de la personalidad. (...) La diversidad de manifestaciones que puede asumir, por tanto, el

¹⁵ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Elementos de la responsabilidad civil*. Lima, segunda edición, Editora Jurídica Grijley, 2003, pp. 64-70.

¹⁶ LEÓN, Leysser L. *La Responsabilidad Civil. Líneas Fundamentales y nuevas Perspectivas*. Lima, Editora Normas Legales, 2004, p. 288.

daño moral, es indescriptible, tantas como sean las facetas de la personalidad, valores y estimativas del ser humano. (citando a Ángel Cristóbal MONTES, “*El daño moral contractual*”, en: *Revista de derecho privado*, t. LXXIV, 1990, p. 3”).

Cabe resaltar, al respecto, lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos entiende sobre el daño inmaterial (emplea tal término):

*“puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, y el menoscabo de valores muy significativos para las personas, como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia”*¹⁷.

La Corte Interamericana ha asociado el daño inmaterial con el padecimiento de miedo, sufrimiento, ansiedad, humillación, degradación, y la inculcación de sentimientos de inferioridad, inseguridad, frustración, e impotencia; asimismo, este tipo de daño ha sido “coligado con la obstaculización de valores culturales que sean particularmente característicos para la víctima o sus condiciones de existencia y ha sido visto como equivalente con la violación de la integridad personal”¹⁸.

En lo personal, y con el respeto que decididamente merecen las diversas corrientes sobre el particular, suscribo la tendencia a considerar el daño moral como categoría opuesta al daño material, esto es, entendiéndolo en su más amplia dimensión conceptual, lo que incluye el tradicional *pretium doloris* y todas las posibilidades no patrimoniales que tiene el sujeto para realizar en plenitud su vida de relación y su proyecto de vida, y que los demás aspectos a los que se dote de la ubicación de “clase”, “categoría”, “sub especie”, son posibilidades dentro del espectro comprendido en el rubro –de la misma manera que, por ejemplo, el daño emergente (especie del daño material) puede consistir en pérdidas patrimoniales de diferentes orígenes (gastos médicos, reparación de vehículo, etc.)–, cada uno de los cuales debe ser analizado y evaluado detenidamente en su contexto, y luego cuantificado, mas no que cada fuente de este daño va a consistir en una sub clasificación o categoría del mismo.

¹⁷ Referencia: BULACIO, 2003 Corte I.D.H. (ser. C) No. 100, 90; ACOSTA CALDERÓN, 2005 Corte I.D.H. (ser. C) No. 129, 158 (24 de julio de 2005). Citado por ROJAS BÁEZ, Julio José. *La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones y los criterios del proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*. En: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R22050.pdf>

¹⁸ ROJAS BÁEZ, JULIO José. *Ibid.*, pp. 19 y 20.

Así, dentro del concepto de “daño moral” pueden emplearse los términos que mejor lo describan para su evaluación, tomándose como manifestaciones diversas del mismo¹⁹, siendo, además, el término “daño moral” una denominación tradicional que por su larga data e historia resulta comprensible a todos, lo que la

¹⁹ Estas manifestaciones del daño moral, como las considero, son vistas como supuestos característicos que lo integran por otros, como Mayo.

Al respecto, resulta interesante reproducir algunos párrafos de este profesor argentino, en los que recoge –a nuestro modo de ver, solo una parte del universo de manifestaciones del daño moral– los supuestos que considera característicos del daño moral:

“Examinando brevemente los distintos supuestos característicos (del daño moral) nos encontramos con:

a) El *pretium doloris*, que encuadra dos aspectos diferentes: el dolor físico que la víctima experimenta como consecuencia del hecho dañoso sobre su propio cuerpo, que incluye las sensaciones de malestar, el insomnio o cualquier otro tipo de manifestación dolorosa que se haya originado en su disminución física, y el puro daño moral, representado por el dolor moral, que se refleja en la pena, la tristeza y el sufrimiento –no físico–, que pueden padecer tanto la víctima directa como los parientes –que están legitimados por el ordenamiento–.

b) El daño a la vida de relación, o *préjudice d'agrément* como dicen los franceses. De dicho rubro puede tenerse un criterio amplio, comprensivo de todos los goces ordinarios de la vida, sean cuales fueren su naturaleza y origen, esto es, el conjunto de los sufrimientos, goces y frustraciones experimentados en todos los aspectos de la vida cotidiana en razón de la lesión y de sus secuelas, lo que parece excesivo porque podría cubrir otras situaciones características como el daño estético o el daño juvenil o el daño sexual; por ello parece más preciso limitarlo a la pérdida de la posibilidad de ejercitar ciertas actividades de placer u ocio, como las artísticas o deportivas, pero también de cualquiera que le signifique una privación de satisfacciones en la dimensión social o interpersonal de la vida.

c) El daño psíquico, entendido como enseña ZAVALA DE GONZÁLEZ, como ‘una perturbación patológica de la personalidad de la víctima, que altera su equilibrio básico o agrava algún desequilibrio precedente’, y que se desbroza en las lesiones de base orgánica y las lesiones psíquicas estrictas o neurosis traumáticas.

d) El daño estético, que se manifiesta como una “deformidad” del estado de la persona, entendida tal deformidad como toda irregularidad física –visible o no, permanente o no–, estigma o tara fisiológica, consecutivas o residuales respecto de lesiones anteriormente sufridas, y que sin necesidad de convertir al sujeto en un monstruo (...), le hacen perder su normal aspecto periférico, de un modo perceptible y apreciable, in visu, afectando su anatomía exterior y no su sique o intelecto, de manera duradera –aunque no fuere definitiva–. Este estigma o tara fisiológica puede recaer en el rostro o en el resto del cuerpo humano, ya sea consistente en cicatrices, pérdidas de sustancia, de cabellos o de piezas dentarias, costurones, manchas, alteraciones de pigmentación, malformaciones, claudicación o pérdida de euritmia –armonía en los movimientos–, y en general cualquier tipo de defecto físico que altere peyorativamente la apariencia externa del ofendido, menoscabando su aspecto y natural conformación anteriores al hecho dañoso.

e) El “perjuicio juvenil”, que como bien lo describe MOSSET ITURRASPE, corresponde al dolor que provoca en una persona la conciencia de su propia decadencia y la amargura por la pérdida de toda esperanza de vida normal y de la alegría de vivir.

f) El perjuicio sexual, o daño resultante de la pérdida de las facultades sexuales, que da sustento, obviamente, a la reparación del daño moral, sea cual fuere la situación del sujeto afectado, incluyendo la proyección de futuro.” (MAYO, Jorge A. El daño moral. Los diversos supuestos característicos que lo integran. En: *Revista de Derecho de Daños*. Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, noviembre 1999, pp. 181-183.).

jurisprudencia nacional y extranjera ha recogido en su práctica habitual, por lo que el “traslado” que el legislador le corrió al juez, en términos generales, en este punto, ha sido respondido²⁰.

Con esto podría dejarse de lado el “pleito de etiquetas” (aguda expresión del profesor de TRAZEGNIES) que, en un afán clasificatorio (lo que en algunas ocasiones lleva a sospechar de propósitos más centrados en la autoría de tales divisiones y clasificaciones que en la finalidad práctica o en la visión orgánica del tipo de daño), desvía la atención del problema de fondo de esta problemática, la que debe centrarse en la reparabilidad del daño, en las funciones de la responsabilidad civil y, finalmente, en su cuantificación (de aceptarse este tipo de daño dentro del esquema indemnizatorio), que constituye el aspecto más conflictivo y complicado, una vez sorteado el laberinto conceptual.

Como señala VISINTINI, “las categorías conceptuales creadas por la jurisprudencia –como el daño a la vida de relación, el daño estético y el daño biológico– representan una tentativa desarrollada para ampliar la resarcibilidad de daños que, solo muy indirectamente, comportan la disminución del patrimonio y que, en realidad, reflejan consecuencias también morales del hecho ilícito”²¹.

Igualmente, se ha dicho que la extensión o ensanchamiento de la noción de daño moral a toda lesión a bienes extrapatrimoniales elabora un concepto fecundo, que permite configurarlo en su integridad y a partir de una nota distintiva “común a todos los daños morales que no vulneran de modo directo bienes susceptibles de apreciación pecuniaria”²².

En suma, el daño moral es de índole inmaterial, y su reparación tiene por finalidad un particular resarcimiento (puesto que hay un espectro importante de este tipo de daño, que nada puede borrar, ni restituir al estado anterior lo que, por ejemplo, se ha padecido emocional y físicamente), distinto al del daño patrimonial o material, que es de tipo compensatorio, ya que aquél, como se verá,

²⁰ “Dado que el concepto de daño moral no es unívoco sino que existe gran controversia en la doctrina y en la legislación comparada sobre sus alcances (...), el mero texto de los artículos 1984 y 1985 no permite una aplicación inmediata sin la ayuda de una cierta “teoría” (controvertida) del daño moral. Por consiguiente, en última instancia, en este punto como en varios otros, el legislador le ha corrido traslado al juez.” (DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La Responsabilidad Extracontractual*. Ob. cit., p. 109.).

²¹ VISINTINI, Giovanna. *Tratado de la Responsabilidad Civil*. T. 2. Buenos Aires, Astrea, 1999, p. 231.

²² IRIBARNE, Héctor Pedro. *La cuantificación del daño moral*. En: *Revista de Derecho de Daños*. Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, noviembre 1999, p. 186.

más bien apunta a una satisfacción²³, o compensación indirecta, cumpliendo así, para algunos, una suerte de función de pena privada²⁴, de sanción civil²⁵, o un remedio con finalidad, a veces, de tipo preventivo y punitivo²⁶.

La distinción de este tipo de daño con el daño patrimonial o material resulta, de esta manera, una distinción de base, esto es, una diferenciación teórico-conceptual, puesto que las funciones del juicio de responsabilidad “son diferentes cuando interviene como reacción frente a uno u otro tipo de acontecimiento”²⁷.

En este orden de ideas, parece coherente considerar que la conexión entre el daño y su resarcimiento se ubique a la luz de las funciones de la responsabilidad.

4. FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

Entre las variadas funciones que se han atribuido a la responsabilidad, destacan las siguientes, por comprender distintos niveles importantes de ser sopesados al momento de evaluarlos casos concretos, a fin de no perder la perspectiva integral:

1. A un nivel macroeconómico, la responsabilidad civil cumple una función de incentivación o desincentivación de actividades²⁸, así como una función de prevención, que pue-

²³ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La Responsabilidad Extracontractual*. Ob. cit., pp. 93 y ss. El profesor de TRAZEGNIES, más de 15 años después (la primera edición del libro anteriormente citado data del año 1988), mantiene su perspectiva sobre el daño moral: “(...) el daño moral es extrapatrimonial y no puede ser establecido cuantitativamente, por lo que la indemnización no es una reparación sino, a lo sumo, una satisfacción.” (DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Indemnizando sueños: entre el azar y la probabilidad*. En: “Libro Homenaje a Jorge Avendaño Valdez”. T. II, Lima, 2004, Fondo Editorial de la PUCP, p. 876.)

²⁴ ALPA, Guido. *Responsabilidad civil y daño*. Lima, Gaceta Jurídica, 2001, p. 597.

²⁵ “(...) las sanciones civiles punitivas expresan el poder auto-organizativo de la sociedad civil, porque tienden a satisfacer un interés privado; pero realizan, al mismo tiempo, y contextualmente, el interés público. Es, ni más ni menos, este último aspecto lo que distingue las sanciones de las penas privadas, y naturalmente, de las penas criminales. La sanción civil consiste, normalmente, en una medida aflictiva patrimonial, que aun estando prevista legislativamente y aun siendo irrogada por la autoridad judicial, presupone la iniciativa del particular, y está dirigida en ventaja de éste” (MÁXIMO FRANZONI, citado por LEÓN, LEYSSER I. Ob. Cit., pp. 269-270.). “La diferencia entre pena privada y sanción civil es la fuente de la segunda, que es la ley, y el doble fin que la segunda realiza al ser impuesta. Para FRANZONI, la suma en dinero reconocida judicialmente por concepto de ‘danno morale soggettivo’, sufrimiento, perturbación del estado de ánimo, etc., se inscribiría en la categoría de sanciones civiles.” (León, Leysser L. Ob. cit., p. 270).

²⁶ SALVI, CESARE. El Daño. En: “*Estudios sobre la Responsabilidad Civil*”. Lima, ARA Editores, 1ra.ed., 2001, p. 298.

²⁷ SALVI, CESARE. Ob. cit., p. 297.

²⁸ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. Las transformaciones funcionales en la responsabilidad civil. En: “*Estudios sobre la Responsabilidad Civil*.” Lima, ARA Editores, 2001, p. 278.

de materializarse a través de aquéllas²⁹, cuando se trata de actividades del potencial causante del daño (por ejemplo, un productor, quien podrá invertir en incrementar la tecnología), o cuando se trata de la potencial víctima, no se tratará necesariamente de una incentivación o desincentivación a realizar actividades, sino simplemente a observar una conducta preventiva (peatón muy cuidadoso al cruzar la calle, al manipular un artefacto, etc.).

Aquí se deben tomar en cuenta las posibilidades de prevención, es decir, si resulta factible que la potencial víctima pueda actuar preventivamente (nada puede hacer el pasajero para evitar que el avión se caiga), por lo que se estaría ante la prevención unilateral, que va de la mano con la responsabilidad objetiva, en tanto que la prevención bilateral es acorde a la responsabilidad subjetiva (en caso la víctima puede hacer algo para reducir la frecuencia o gravedad de los accidentes).

Evidentemente, como señala MONATERI, no todo es blanco y negro, pues ciertamente existen casos dudosos, cuyas particularidades deben ser analizadas detenidamente, ya que en algunos será mejor que prevalezca el criterio de la culpa sobre la responsabilidad objetiva (promueve en la víctima la asunción de prevenciones, reduciéndose de esa manera la frecuencia y gravedad de accidentes); por otro lado, cuanto más difícil en términos procesales sea probar la culpa, es mejor optar por la responsabilidad objetiva³⁰.

2. A un nivel microsistemático³¹, es de destacar la perspectiva diádica de FERNÁNDEZ CRUZ³², que se sitúa en el análisis de un hecho concreto y particular que relacione a dos unidades individuales, a saber, el responsable y la víctima, para luego sostener que la responsabilidad civil cumple tres funciones:

- Satisfactoria: que garantiza la consecución de los intereses tutelados por el orden jurídico, lo que incluye “la reparación del daño, cuando éste se ha hecho presente, en su carácter de fenómeno exógeno al interés”. Así, esta función, para el mismo profesor, tiene diversas manifestaciones, como la aflictivo-consolatoria para el caso de los daños irreparables

²⁹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Ob. cit., p. 40.

³⁰ MONATERI, Pier Giuseppe. Hipótesis sobre la responsabilidad civil de nuestro tiempo. En: “*Estudios sobre la Responsabilidad Civil*. Lima”, ARA Editores, 2001, p. 128.

³¹ Ver FRANZONI, Máximo. La evolución de la responsabilidad civil a través de sus funciones. En: “*Estudios sobre la Responsabilidad Civil*”. Lima, ARA Editores, 2001, p. 196.

³² FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. Ob. cit., p. 278.

(extrapatrimoniales), cumpliendo una función de mitigación del mismo³³.

- 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”³⁴.

- Distributiva: se distribuye los costos del daño entre determinados sujetos, de acuerdo a los lineamientos macro- económicos perseguidos. Esta función, de acuerdo a ESPINOZA, es común respecto a las anteriores³⁵.

SALVI, por su parte, apunta que, en cuanto a los daños patrimoniales, el resarcimiento a la víctima debe dirigirse a la compensación de una pérdida económica, por lo que deben establecerse criterios de redistribución de los costos económicos entre los miembros de la sociedad, dependiendo del acontecimiento dañoso de que se trate³⁶. En tanto, en relación a los daños inmateriales, la tutela resarcitoria se configura como un “remedio con finalidad de tipo esencialmente satisfactorio de la víctima, y a veces, además, de tipo preventivo y punitivo”³⁷.

Es importante definir si, en el caso de los daños inmateriales, la función satisfactiva tiene, a su vez, una función aflictivo- consolatoria, o si reviste un carácter decididamente punitivo (que, a su vez, puede cumplir un rol de disuasión respecto de actividades o conductas, aunque ello no significa que se trata de funciones vinculadas, ya que la función preventiva puede ser independiente de la función punitiva o sancionadora). La cuestión reviste la mayor trascendencia, ya que los parámetros que se utilizarán para cuantificar este daño derivarán de la función.

Un aspecto a considerar es que cuando una víctima sufre un daño moral, objetivamente la consecuencia es un menoscabo en su ámbito psíquico o espiritual.

³³ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. Ob. cit., pp. 270, 278.

³⁴ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. Ob. cit., p. 278.

³⁵ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Ob. cit., p. 40.

³⁶ Aquí se incluye lo relativo a la actividad desarrollada (empresarial), pudiendo redistribuirse entre otros (consumidores), así como los seguros.

³⁷ SALVI, Cesare. Ob. cit., pp. 297-298.

Ahora bien, si este daño que sufrió, además, ha sido consecuencia de un acto culposo o doloso del agente causante del mismo, se da una particular situación de ruptura de un equilibrio que existía antes del evento dañoso, lo que incrementa su padecimiento, es decir, actúa *como agravante del daño*, precisándose que lo agrava por cuanto incrementa el sufrimiento de la víctima.

Este equilibrio debe reestablecerse, necesariamente, a través de formas adecuadas de resarcimiento y, en casos de irreparabilidad, de alguna otra forma que *compense o atenúe* lo sufrido, por medio del dinero (que es una representación de valor), pues de lo contrario la víctima consideraría que su sistema jurídico ampara, sin solución, la ocurrencia de un daño injusto intencional o negligente, lo que puede dar cabida a la búsqueda de tal restablecimiento en manos de la víctima (a través de actos de venganza privada).

La línea divisoria entre este planteamiento y la función sancionadora que algunos consideran corresponde a la responsabilidad es tenue, pero no por ello debe ser superpuesta ni confundirse.

En lo personal, no creo que la responsabilidad civil deba incluir una función sancionadora, ni tampoco que dicha función se pueda identificar con la función preventiva –la que se obtiene con un sistema eficiente y no castigador–, sino que debe centrarse en un planteamiento basado en el resarcimiento a la víctima.

Por ello, considero que el daño extrapatrimonial debe ser resarcido, en tanto daño efectivamente sufrido, y la distinción entre haber sido causado con culpa –o dolo– y sin culpa –por atribución objetiva de responsabilidad– debe graduar el monto en función exclusivamente del daño moral que dicha intencionalidad o negligencia *en sí misma* cause a la víctima, agravándolo³⁸.

Bajo ningún punto de vista debe consistir en una suerte de *indemnización punitiva*, por cuanto ésta solo puede enriquecer indebidamente a la víctima, pues va más allá de la reparación.

³⁸ Se me dijo alguna vez que era muy distinto perder un miembro (por ejemplo, un dedo) por causa de un accidente en el que puede existir un responsable sin culpa, que perderlo como consecuencia de una amputación realizada con dolo, como en un secuestro en el que el secuestrador corta el dedo del secuestrado y se lo envía a sus familiares. Ciertamente, en este tipo de casos puede existir una enorme proclividad a castigar al secuestrador por medio del monto indemnizatorio, pero tal castigo ha de dejarse al ámbito penal. No obstante, el monto a ser indemnizado será distinto en ambos casos (accidente o delito), y ello no en razón de castigar al causante del daño, sino del incremento de aflicción infligida a la víctima (el horror sufrido, que sin duda le acarrearán consecuencias psicológicas y menoscabará su calidad de vida) que la violencia y saña con que se le efectuó tal amputación le ocasionaron.

Asimismo, no es aceptable considerar resarcitorio el alivio al ánimo de venganza, pues en modo alguno puede emplearse para ello al derecho, ni servir éste de canal para una finalidad semejante. Lo relativo a la punición, si bien puede en algunos casos ser válida, es ajena a la responsabilidad civil y corresponde a otras áreas, como la administrativa o la penal.

Es por todo esto que el panorama se plantea en forma compleja al juez, quien debe evaluar el caso concreto que se le presenta, con nociones claras de lo que se va a reparar –en cuanto al daño inmaterial–, *por qué debe repararse y cómo debe hacerse*.

Así, si el resarcimiento del daño extrapatrimonial debe basarse en criterios claros y acreditados, sin pretender “castigar” al culpable, la graduación de la culpa –hasta el dolo– no va a ser un factor a considerar para la reparación, sino únicamente si la existencia de este factor ha contribuido a acrecentar el daño mismo, por lo que no hay razón para que se deje de reparar el daño extrapatrimonial o inmaterial en los casos de responsabilidad por atribución objetiva.

En este punto resulta interesante la reflexión del profesor DE TRAZEGNIES, quien considera que el daño moral no debe –ni puede– repararse, debido a que relaciona la reparación de este tipo de daño con la idea de castigo y punición al causante, por lo que, de existir, su función sería preventiva –por intimidatoria– y solo aplicable, y de forma restringida, en casos de culpa grave:

“En el derecho moderno, es el Estado quien, en nombre de la sociedad, aplica los castigos y percibe las multas a que está obligado el infractor en razón de haber violado una norma de carácter social. Pensar en indemnizaciones punitivas a favor de la parte ofendida es regresar a una visión tribal del Derecho, a una suerte de venganza apenas canalizada por el Estado. Este planteamiento me llevó a descartar totalmente la indemnización punitiva en los casos de accidentes normales de la vida cotidiana y a ser muy prudente –y hasta escéptico– en los casos donde se había presentado una culpa grave y donde la indemnización pudiera tener una connotación intimidatoria y ejemplarizadora, prefiriendo la sanción penal y la administrativa a la indemnización civil”³⁹.

³⁹ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La Responsabilidad Extracontractual En La Historia Del Derecho Peruano. En: *Thémis*, revista de Derecho editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. N° 50, 2005 (edición aniversario por 40 años), p. 213.

El razonamiento descrito parte de la concepción de que este tipo de daño no es reparable con dinero⁴⁰, por lo que generalmente no es resarcible.

Empero, de esa manera solo determinadas afectaciones de tipo inmaterial podrían repararse –como el daño al honor que podría desagraviarse mediante una retractación pública–, con lo que el espectro total de daño inmaterial efectivamente causado quedaría suelto, esto es, el equilibrio que existía antes del evento no se restablecería jamás, ni siquiera a través de la representación de valor que es el dinero, con lo que en forma aparentemente ficta se le otorga al dañado la posibilidad de decidir cómo invertir el monto de la indemnización de manera que apacigüe lo sufrido, pues solo él sabrá qué le conviene más (puede mitigar su padecimiento a través de comodidad para sí mismo o de ayuda a otros).

Entonces, no es que no sea reparable este tipo de daño, sino que no se sabe cómo repararlo; el cuestionamiento apunta a la idoneidad del dinero para ello, por considerarse algo demasiado “material” para aplacar algo tan “inmaterial”⁴¹.

Por lo demás, con la distancia que distingue un tipo de daño con el otro, debe advertirse que al resarcir los daños patrimoniales con dinero tampoco se lleva a la persona a idéntica situación a la que tenía antes de la ocurrencia del daño, por lo que esto constituye también una ficción, aunque menos aparente.

En suma, se cuestiona la función satisfactiva de la responsabilidad civil, por considerarla “una satisfacción del deseo de que al agresor le pase también algo, que sufra cuando menos en su patrimonio”⁴², una reminiscencia de la vieja idea de venganza, y

⁴⁰ “Por otra parte, esta idea-guía supone también que, dejando aparte la idea de castigo al causante y considerando que lo que busca la responsabilidad extracontractual es una reparación del daño, la indemnización solo puede comprender lo que es económicamente reparable. En ese sentido, rechacé la posibilidad de una reparación patrimonial para los daños extrapatrimoniales por cuanto éstos, por su naturaleza misma, no son reparables en dinero.” DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La Responsabilidad Extracontractual en la Historia del Derecho Peruano*. Ob. cit., p. 213.

⁴¹ Y zanjar de esa manera el calificativo de “materialista” que mutuamente se confirieron tanto quienes se encontraban a favor de la reparación de los daños extrapatrimoniales contra quienes se encontraban en contra de ello, como viceversa; los primeros por considerar que los segundos preferían resarcir lo material, dándole a este aspecto mayor preponderancia que a lo más relevante del ser humano, que es su lado espiritual, su proyección humana, su aflicción personal; los segundos por cuanto consideran que dar dinero o un resarcimiento material a las pérdidas intrínsecas a la espiritualidad o a la esencia del ser humano es denigrarlas, es, precisamente, volver lo inmaterial en material.

⁴² DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La Responsabilidad Extracontractual*. Ob. cit., p. 97.

por ello debe transitarse con mucho cuidado por esta vía, a fin de no ser (el sistema, el juez) instrumento de venganza personal.

Sobre el particular, los MAZEAUD admiten que los daños inmateriales, estrictamente, no son reparables en términos pecuniarios, pero como en realidad la reparación no significa borrar el perjuicio, la plantean en términos de satisfacción:

“Borrar un perjuicio material suele ser tan imposible como borrar un perjuicio moral: ¿se devolverá a un ciego su capacidad de trabajo?; ¿Se reconstituirá un cuadro que se ha quemado? Reparar es colocar a la víctima en condiciones de procurarse un equivalente. Ahora bien, esa noción de equivalente debe entenderse con amplitud. El dinero permite procurar algunas satisfacciones de toda naturaleza, tanto materiales como intelectuales, e incluso morales. A la víctima que recibe una suma de dinero le incumbe hacer de ella el empleo que le convenga. Es suficiente con que pueda obtener de aquélla, las satisfacciones de orden moral, para admitir que existe, en el sentido exacto de la palabra, una reparación del perjuicio moral”⁴³.

Personalmente considero un error atribuir, por un lado, función resarcitoria a los daños patrimoniales y, por otro, función sancionadora o punitiva a los daños morales o extrapatrimoniales (relacionando indisolublemente la culpa con este tipo de daño), pues no encuentro razón que justifique semejante dicotomía.

Para castigar existe el Derecho Penal –que impone penas– o los reglamentos administrativos –que imponen multas u otras sanciones como suspensión de licencias, cierre de establecimientos, etc.– y nada de ello corresponde a la responsabilidad civil. Cualquier indemnización civil que tenga como finalidad irrumpir en la esfera sancionatoria va a resultar un nuevo desequilibrio, pues se creará una nueva víctima –el causante original del daño– al otorgar un lucro indebido al demandante.

Es por esto que la función aflictivo-consolatoria no debe convertirse en un eufemismo, sino que debe dotarse de contenido, y esto a través de un criterio firme que apunte a un auténtico resarcimiento, por medio de una valorización seria del daño extrapatrimonial, empleando parámetros y no meras suposiciones o presunciones, acreditando el daño (la víctima) y fundamentando la decisión final (el juez).

⁴³ MAZEAUD, Henry, LEÓN y JEAN. *Lecciones de Derecho Civil*. Ed. EJEA. Buenos Aires, Argentina., 1960. Vol. II, p. 69.

Si este resarcimiento se acercase, de esa manera, a la “perfección” –extendiendo a la totalidad de los daños inmateriales la conclusión de MONATERI respecto de los accidentes– a través de la jurisprudencia, se evitarían o reducirían comportamientos ineficientes futuros tanto de dañadores (si la prevención es tanto bilateral como unilateral) como de víctimas potenciales (en caso pueda darse la prevención bilateral).

No debe relacionarse, pues, el resarcimiento del daño moral con la existencia de culpa o dolo, activando la tradicional noción de punición o castigo del “pecado” de dañar a otro.

La evolución del concepto y rol de la culpa van de la mano con la evolución de la función de la responsabilidad civil, lo que debe necesariamente incluir el espinoso tema del daño inmaterial, que no por complejo debe ser dejado de lado, puesto que si bien contiene elementos altamente subjetivos, el hecho de su ocurrencia y padecimiento es objetivo.

Así lo precisó Sergio GARCÍA RAMÍREZ, Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, indicando que existen dos principios que no deben dejar de observarse en materia de indemnización: que se trata de reparar las consecuencias de la medida o situación violatorias y de proveer una “justa indemnización” a la parte lesionada, y que la indemnización tiene naturaleza compensatoria –dirigida a la víctima que ha sufrido la lesión– no carácter punitivo, por lo que los llamados *punitive damages* están excluidos (dado que corresponderían más a una multa que a una reparación)⁴⁴.

En 1999, un grupo de autorizados juristas europeos se conformó a fin de analizar las problemáticas conexas al resarcimiento del daño a la persona (partiendo de la necesidad de armonizar reglas aplicables a los daños no económicos derivados de una lesión a la persona en los Estados miembros de la Unión Europea), en coordinación a cargo del profesor BUSNELLI, concluyendo que debía siempre partirse de tres grandes principios constitucionales: dignidad, salud e igualdad⁴⁵.

Sobre el principio de tutela de la salud, el referido Grupo de trabajo consideró que ésta constituye un derecho esencial del individuo y, al mismo tiempo, un interés social; respecto al principio

⁴⁴ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Las Reparaciones en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM – Biblioteca Jurídica Virtual., p. 144. (En: <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2454/9.pdf>).

⁴⁵ BUSNELLI, FRANCESCO Donato. *Propuestas Europeas de Racionalización del Resarcimiento del daño no Económico*. En: *Responsabilidad Civil: Hacia una Unificación de Criterios de Cuantificación de los Daños en Materia Civil, Penal y Laboral*. T. II, a cura de JUAN ESPINOZA ESPINOZA. Lima, Editorial Rodhas, 2006, p. 227.

de igualdad, se partió de que el mismo obliga a que se practique una evaluación objetiva y se alcance un resarcimiento uniforme, pues es una aspiración de las propias víctimas el ser tratadas igualitariamente.

En cuanto a la dignidad de la persona, considero de interés citar el planteamiento del Grupo Europeo:

“La dignidad de la persona humana es el principio fundamental que debe inspirar la dimensión constitucional de un modelo europeo de resarcimiento de los daños no económicos. (...)”

El art. 1 de la Constitución alemana permitió al *Bundesgerichtshof* fundar la “revolucionaria” sentencia del 13 de febrero de 1992 (confirmada posteriormente por otras en idéntico sentido) en virtud de la cual: «la pérdida permanente de conciencia derivada de una lesión cerebral grave se debe considerar, por su naturaleza, como daño no económico», que ha de ser resarcido en virtud del § 847 del BGB. El cambio de orientación fue radical. El *Bundesgerichtshof*, que hasta entonces negaba sistemáticamente el resarcimiento del daño no económico a las personas reducidas a un estado de vida vegetal (por no estar en condiciones de probar dolor), abandona drásticamente la orientación precedente. El *Schmerzensgeld* cumple ahora una doble función; ya no solo aquella satisfactivo-punitiva (según la idea original del legislador alemán), sino también una función compensatoria que se transforma en prioritaria.

El mismo problema se ha planteado en todas las otras experiencias europeas, con soluciones similares. En los sistemas del *Common law* el principio consolidado –en el Reino Unido y también en los Estados Unidos–, según el cual la unconsciousness de la persona lesionada excluye el resarcimiento del pain and suffering, impulsó a los Tribunales a introducir una nueva categoría de perjuicio –loss of amenities of life– a fin de resarcir los daños no económicos derivados de la lesión a la integridad física y/o psíquica en sí.

En conclusión, el principio fundamental de la dignidad de la persona humana exige que una categoría de daño no económico deba ser resarcida siempre a todos los seres humanos que sufren una lesión a su integridad física y/o psíquica: se trate de individuos ya nacidos o solo concebidos, niños o ancianos, capaces o incapaces de entender y de querer, ricos o pobres. Es inconcebible así en la actualidad una decisión como aquella emanada del Tribunal de Florencia en 1967, según la cual: «pueden

existir personas sin ningún valor. Tal es el caso límite de aquellos que, por vejez o enfermedad o por otra causa, son absolutamente ineptos para cualquier ocupación remunerada»⁴⁶.

5. CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO INMATERIAL.

Para Díez-PICAZO, el daño moral no debe ser “simplemente presumido por los tribunales como consecuencia de lesiones determinadas y que se suponga, asimismo, que es igual para todos. Por el contrario, entendemos que debería ser objeto de algún tipo de prueba. Para cerrar este epígrafe convendría igualmente señalar que tratándose, en rigor, de un daño que impide la restauración de la situación personal del dañado anterior al daño, la única posibilidad existente de indemnizarlo consiste en proporcionar al dañado las atenciones ordinarias en la vida de relación para sobrellevar este tipo de situación, sin producir, como reiteradamente hemos dicho, larvadas formas punitivas”⁴⁷.

El juez italiano GNANI ha apreciado que la noción de daño moral o inmaterial no debe ser vista de modo restringido, tanto en términos conceptuales como en su consecuente cuantificación:

“En la práctica, gran parte de los tribunales liquida el daño moral en una fracción (ejemplo, 1/2, 1/3, 1/4) del daño biológico resarcido al sujeto. (...) la doctrina ha demostrado cómo el sufrimiento interior, la aflicción del ánimo pueden ser también mayores que el daño biológico: «un gran temor puede coexistir con un mínimo daño biológico, como en el caso de una pequeña quemadura sufrida huyendo de la caída de las torres gemelas». Observación que confirma la incorrección de una liquidación del daño moral en porcentaje del biológico: el daño moral no depende de la entidad de las consecuencias liquidables como un daño biológico”⁴⁸.

Cabe también recordar la postura apasionada y decidida de los hermanos Henri y León MAZEAUD y de André TUNC a favor de la satisfacción del daño moral:

⁴⁶ BUSNELLI, Francesco Donato. Ibid., pp. 227 a 229.

⁴⁷ Díez PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Derecho de Daños*. Madrid, Civitas, 1999, p. 329.

⁴⁸ GNANI, Alessandro. La Cuantificación del Daño No Patrimonial por parte del Juez Italiano. En: *Responsabilidad Civil: Hacia una Unificación de Criterios de Cuantificación de los Daños en Materia Civil, Penal y Laboral*. T. II, a cura de Juan ESPINOZA ESPINOZA. Traducción de Eugenia ARIANO DEHO y Jaliya RETAMOZO ESCOBAR. Lima, Editorial Rodhas, 2006, pp. 246. La cita a que hace referencia el autor es de NAVARRETA, I danni non patrimoniali. Linamenti sistematici e guida alla liquidazione, Milano. 2004, pp. 54-55.

“es inexacto pretender que la reparación del perjuicio moral se opone a los principios fundamentales que rigen la responsabilidad civil. En derecho, esa reparación se impone por lo tanto. Se impone también ante la equidad, y es una consideración que resultaría vano querer despreciar. Parecería chocante, en una civilización avanzada como la nuestra, que fuera posible, sin incurrir en ninguna responsabilidad civil, lesionar los sentimientos más elevados y más nobles de nuestros semejantes, mientras que el menor atentado contra su patrimonio origina reparación”⁴⁹.

En principio, si fuese posible resarcir los daños inmateriales de modo distinto al dinerario, debería serlo por esa ruta, como por ejemplo el daño al honor y a la reputación: por vía de una retractación pública. Aquí un problema procesal que encuentra el Juez es que la pretensión de la demanda contenga un petitorio dinerario, pues en la sentencia no puede ir más allá del mismo⁵⁰.

Por ello, en materia de reparación del daño inmaterial deberían primar las formas de reparación de naturaleza extrapatrimonial y, en su defecto (o de modo complementario), sustituirla por un equivalente monetario.

En el ámbito de la reparación del daño inmaterial respecto de las víctimas de violaciones de derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha fijado el siguiente criterio como pauta para las siguientes Sentencias de Reparaciones de la Corte, en la Sentencia de fecha 26 de mayo de 2001 (caso de los “Niños de la Calle”):

84. “(...) la Corte pasa a considerar aquellos efectos nocivos de los hechos del caso que no tienen carácter económico o patrimonial y no pueden ser tasados, por ende, en términos monetarios (...). Es una característica común a las distintas expresiones del daño moral en que, no siendo posible asignárseles un preciso equivalente monetario,

⁴⁹ MAZEAUD, Henri y León, y TUNC, André. *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*. T. I, Vol. I, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, traducción de la quinta edición, p. 441.

⁵⁰ Antes de la modificatoria del Código Procesal Civil, el Juez podía procurar este tipo de solución en la etapa procesal correspondiente a la audiencia conciliatoria, en la que era su obligación fomentar la conciliación, proponiendo alguna fórmula conciliatoria más adecuada al daño que se pretende resarcir. En este acto procesal, en el ejercicio de mi función cuando era jueza especializada, algunas veces he propuesto desagravios (retractación, aclaración) públicos para reparar el daño al honor, con distintas formas de recepción de la propuesta por los litigantes: en una ocasión, aceptó la parte demandante, pero no la demandada (quien mantuvo su posición de no haber incurrido en responsabilidad); en otra oportunidad, ninguna de las partes aceptó la fórmula. Hubo un caso en que la parte demandante aceptó, pero con rebaja (no eliminación) de la pretensión dineraria, lo que fue rechazado por la parte demandada.

solo puedan, para los fines de la reparación integral a las víctimas, ser objeto de compensación, y ello de dos maneras. En primer lugar, mediante el pago de una suma de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad. Y en segundo lugar, mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos, que tengan efectos como la recuperación de la memoria de las víctimas, el restablecimiento de su dignidad, la consolación de sus deudos o la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de los derechos humanos de que se trata y de compromiso con los esfuerzos tendientes a que no vuelvan a ocurrir”.

Por otra parte, considero que si bien en el daño inmaterial caben las presunciones (es de absoluta naturaleza que la madre ame a su hijo y sufra incommensurablemente si lo pierde), ello no implica que este tipo de daño no deba nunca ser probado. En ese sentido, las presunciones juegan un rol importante, pero en sentido restringido y muchas veces en conjunción con ciertos indicios, a fin de acercarse a una convicción razonable, para no generar una nueva víctima (el demandado).

Aquí, por cierto, no se trata de colocar la carga de la prueba puramente en cabeza de la víctima, sino de distribuirla con racionalidad (daños más allá de lo que normalmente se presume, en la víctima y, menos de ello, en el agente causante). El afecto, la indiferencia o el desafecto, aunque sea mínimamente, pueden probarse a través de diversas formas, es cuestión de análisis del caso concreto⁵¹.

Por ejemplo, para probar el afecto que se sentía por alguien que falleció a consecuencia de un atropello, puede presentarse correspondencia, probar convivencia, el hecho de haber solventado los gastos de su educación, vestido y diversión de acuerdo a sus posibilidades (si se trata de los padres puede realizarse una evaluación comparativa entre lo que gastaba en el hijo fallecido y lo que gasta en otro), el haber o no acudido al lugar del accidente y/o al hospital o clínica donde se le atendió inicialmente, una evaluación psicológica, etc.⁵².

⁵¹ Debe tenerse siempre presente que la primera función de un juez es trabajar los hechos; de ellos se desprende la verdad. Y solo a partir de ella podrá aplicarse el Derecho.

⁵² Esto es, por cierto, materia a analizarse con cuidado. En una oportunidad, se presentó ante el juzgado a mi cargo una persona que demandaba indemnización –pretendiendo una suma bastante elevada– por daño moral contra quienes atropellaron a su madre, la que falleció como consecuencia del accidente automovilístico. Más allá de las circunstancias del accidente, y únicamente en cuanto al análisis del daño sufrido, en la audiencia salió a la luz que el de-

5.1. EL CASO DE LOS DAÑOS POR REBOTE O REPERCUSIÓN

En este punto, es pertinente decir algo acerca de las víctimas reflejas, o víctimas por rebote o repercusión, en caso de daño moral o inmaterial.

En los supuestos, por ejemplo, de accidentes de tránsito, existen dos tipos de víctima:

- i) la inicial, que falleció como consecuencia del atropello, y
- ii) el pariente, que sufre por haber perdido a su familiar, esto es, sufre un daño por el daño que su pariente sufrió, pero que es independiente y distinto a éste. Este último es el denominado daño por repercusión o rebote, y la víctima de este daño (*víctima refleja*) reclama la reparación del menoscabo o sufrimiento propio.

Como señala el profesor chileno Fabián ELORRIAGA, existen consecuencias relevantes de esta situación:

“En primer lugar, debe mencionarse que la víctima refleja, para obtener esta indemnización, no debe acreditar el carácter de heredero de la víctima inicial, puesto que no demanda en este carácter. Le bastará acreditar su calidad de perjudicada, acaso su parentesco en el caso del perjuicio moral y el monto y naturaleza de los daños en el supuesto de los perjuicios patrimoniales. En segundo lugar, habrá que concluir que cualquier indemnización que ellos obtengan por el daño que personalmente han sufrido no integra la masa hereditaria, sino que forma parte del patrimonio personal del afectado. Consecuencia de lo anterior es que los acreedores del difunto no podrán hacer efectivas sus acreencias en esta indemnización, pero sí los acreedores personales de la víctima por rebote. Asimismo, al no formar parte de la herencia, la indemnización no estaría afecta al pago del impuesto a las herencias y asignaciones testamentarias”⁵³.

mandante había tenido a su muy anciana madre en estado de total abandono -tanto personal como económico- y desinterés a lo largo de muchos años, que no había asistido al velorio ni al entierro -estando en la ciudad y sin impedimento-, y que fue otro pariente, conjuntamente con los demandados, quienes se ocuparon de las gestiones funerarias. Asimismo, la demanda se presentó en el límite de la prescripción: casi dos años después del deceso. Recuerdo que hubo un momento en la audiencia en que la codemandada -propietaria del vehículo- exclamó: “¡usted quiere lucrar con la muerte de su madre!”.

⁵³ ELORRIAGA DE BONIS, Fabián. El daño por repercusión o rebote. En: *“Instituciones de Derecho Privado.”* Tomo V: Responsabilidad Civil. Derecho de Daños. Teoría General de la Responsabilidad Civil. Lima, Editorial Jurídica Grijley, dirigida por José Luis de los Mozos y Carlos A. Soto Coaguila. Lima, 2006, pp. 354 y 355.

A efecto de cuantificar el daño por rebote, en casos como el presentado, es necesario tener en cuenta la existencia de concausa en el daño causado a la *víctima inicial*, que tiene como efecto la reducción proporcional de la indemnización en caso la víctima hubiese participado en la producción de su propio daño por su conducta negligente o irresponsable (hecho de la víctima).

Así, si la víctima falleció y su hijo reclama reparación por su daño moral, ¿es factible aplicar al daño de él, que, como se ha señalado, es autónomo respecto al de aquélla, la reducción con motivo de la concausa?

En un caso que conocí como juez, se presentó esta circunstancia. Luego de analizar los hechos concluí que existía una concausa de parte de la víctima del daño (madre), por lo que decidí que debía aplicarse la indicada reducción⁵⁴.

⁵⁴ Reproduzco el fundamento de la sentencia en la que abordé ese aspecto:

“OCTAVO.- En este punto, es necesario verificar la existencia del hecho de la víctima que, de acuerdo a su intensidad en la producción de las consecuencias dañosas, puede romper el nexo causal (artículo 1972), que no es otra cosa que la liberación del agente por medio de la referencia a una causa ajena e irresistible, que en este caso es la conducta de la víctima en el hecho generador del daño, que es factor determinante y excluyente, con lo que el presunto autor sería en realidad ajeno a la causa del daño, con lo que no se configuraría la responsabilidad.

La otra posibilidad de participación de la víctima en el hecho generador del daño es en realidad una coparticipación en él, una concausa (artículo 1973), es el hecho de la víctima que coadyuva, a nivel causal, a la producción del daño, con lo que hay responsabilidad en el agente, pero la indemnización se reduce de acuerdo al grado de participación en la producción del daño, por cuanto la exigencia de tutela puede ser menos intensa cuando el daño podría ser fácilmente evitado por el mismo sujeto que debería ser tutelado.

Ello también se encuentra refrendado en el artículo 276 del Reglamento de Tránsito:

Artículo 276.- El peatón goza del beneficio de la duda y de presunciones a su favor, en tanto no incurra en graves violaciones a las normas del tránsito, como cruzar la calzada en lugar prohibido; pasar por delante de un vehículo detenido, parado o estacionado habiendo tránsito libre en la vía respectiva; transitar bajo la influencia del alcohol, drogas o estupefacientes; cruzar intempestivamente o temerariamente la calzada; bajar o ingresar repentinamente a la calzada para intentar detener un vehículo; o subir o bajar de un vehículo en movimiento o por el lado izquierdo).

Se ha comprobado que la madre del demandante no cruzó la vía en una intersección, como se encuentra regulado en el Reglamento de Tránsito, sino en una zona no permitida para ello; además, por la gravedad del impacto –que le ocasionó la muerte– se puede apreciar que lo hizo en forma temeraria o intempestiva, calculando mal sus posibilidades de cruzar con éxito, o simplemente no calculándolas (debe recordarse que su cónyuge, quien la acompañaba en esos momentos, se abstuvo de cruzar).

Ello, en sí mismo, destruiría la presunción a su favor, y además rompería el nexo causal, si no fuera porque el demandado señor (...) conducía a una velocidad no razonable ni prudente, habiendo podido evitar el accidente cuyo riesgo generó al echar a andar el vehículo. Por ello, se aprecia que hubo una coparticipación en el hecho generador del daño entre el conductor del vehículo y la víctima del atropello, lo que es considerado una concausa, debiendo, en consecuencia, reducirse la indemnización en forma proporcional –en este caso,

Parece que ésta es la tendencia mayoritaria a nivel jurisprudencial, por cuanto en este tipo de supuestos la teoría no camina de modo muy armonioso con la realidad, como es fácil apreciar.

Sobre este aspecto, ELORRIAGA refiere:

“Esta cuestión ha dado lugar a arduas y continuas discusiones tanto en la doctrina como en la jurisprudencia francesa, desencuentros que tienen su causa en los absurdos a que podría conducir una aplicación rigurosa y absoluta de la independencia del daño por repercusión. Podría ocurrir que la víctima directa del suceso se viera en una situación desmejorada en relación a las víctimas reflejas.

Mientras aquél puede ver su indemnización reducida por haber contribuido con su negligencia al daño, no ocurriría lo mismo con los que fueron indirectamente dañados por el suceso, con lo que el principal perjudicado queda en una situación inferior a las de los menos afectados.

La Corte de Casación Francesa, hasta los años sesenta y setenta, se mostró partidaria de la oponibilidad de la reducción de las víctimas por rebote, con lo que la independencia de este daño respecto de la víctima y el causante del siniestro eran coautores de él, y que ambos debían responder solidariamente ante la víctima por rebote. Sin embargo, la Asamblea Plenaria, el 19 de junio de 1981, estableció decididamente, volviendo al criterio inicial, que

dada la negligencia o imprudencia de la víctima del accidente, será en partes iguales-.

Sin embargo, debe analizarse lo relativo a la concausa en este proceso, en el que la víctima es distinta a la víctima directa del atropello. El artículo 1984 del Código civil establece que el daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima (directa) o a su familia (cuyo derecho se deriva de la afectación a la víctima). El derecho de la familia -que genera un tipo de daño-, pues, la convierte en una víctima “secundaria” o “accesoria” (no principal, pues se deriva del daño causado en primer término a la víctima “real” o “principal”). Si la víctima “principal” (en este caso sería la señora ..., madre del demandado, en caso no hubiese fallecido) no podría reclamar por la totalidad de los daños sufridos como consecuencia directa del atropello, debiéndosele aplicar la reducción del artículo 1973 en razón de la concausa (su participación en la producción del daño), la misma regla debe aplicársele a la víctima accesoria o secundaria, que es la familia (en este caso, el demandante, quien es hijo y único heredero de la víctima del accidente).

Si no se redujera la indemnización en los términos señalados, se daría el imposible jurídico de que la madre del demandante sería corresponsable solidaria con los demandados (por ser copartícipes) por el daño que su hijo sufre por su muerte, lo que habilitaría al demandante a reclamar el íntegro de la indemnización a los codemandados en este proceso y a éstos a repetir contra ella (en este caso, contra su sucesión, que es su hijo, el demandante), lo que atentaría contra diversos principios, tanto sustantivos como procesales.

Por lo señalado, de existir daño cuantificado, éste debe ser asumido por los codemandados en este proceso, reduciéndose el monto en un 50%, por las consideraciones explicadas en este punto”.

la culpa de la víctima era también oponible a los que lo fueran por repercusión. Otro tanto ha ocurrido en la jurisprudencia española, pues es constante en la práctica que se haga oponible la culpa de la víctima inicial a la víctima por rebote, reduciendo la indemnización de éstas a pesar de que no han tenido culpa alguna en el suceso, solución que la doctrina ha aceptado como menos mala.

Nuestros tribunales y alguna doctrina, en igual sentido, y de manera ampliamente mayoritaria, han venido resolviendo que cuando se solicita la reparación de los daños morales o materiales personales que han sufrido terceros con ocasión del hecho que afectó a la víctima inicial, cabe de todas maneras reducir la indemnización que les corresponda a aquéllos si es que el directamente perjudicado se expuso imprudentemente al daño, considerando que esta culpa le es oponible a los perjudicados por repercusión como si hubiesen sido ellos los que se expusieron imprudentemente al perjuicio”⁵⁵.

5.2. PARÁMETROS A CONSIDERAR PARA LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO INMATERIAL

Para cuantificar el daño moral o inmaterial, debe tomarse en cuenta no solo las características de la víctima (edad, sexo), y las circunstancias en que se produjo el hecho dañoso, sino también las características del agresor, incluyendo el grado de dolo o culpa, pero no con la finalidad de aplicar una sanción o punición (por cuanto esto podría distorsionar la función aflictivo-consolatoria y convertirla, como tantas veces se ha dicho, en un vehículo para el enriquecimiento de la víctima), sino porque este aspecto generalmente es generador de sufrimiento (la traición por parte de alguien cercano, o la impotencia que puede generar la condición de superioridad del agresor, física y psicológicamente⁵⁶) y, por tanto, acrecienta el daño moral.

⁵⁵ ELORRIAGA DE BONIS, Fabián. *El daño por repercusión o rebote*. Op. cit., pp. 356 y 357.

⁵⁶ También recuerdo el caso de una viuda de aproximadamente 70 años de edad que demandó a su vecina -30 años más joven- del edificio en que vivía para que la indemnice por la permanente hostilización que había sufrido por más de 5 años, por haber dicha vecina mantenido una actitud agresiva y prepotente hacia ella, con agresiones físicas y daño a la propiedad, ante lo cual durante ese tiempo la había denunciado ante el Ministerio Público y seguido procesos ante el Juzgado de Paz, ante su Municipio, ante la Comisaría de su Distrito, formulando solicitudes de garantías, logrando en algunos casos detener las agresiones, pero solo temporalmente. El desgaste ante tanta perturbación la había llevado a un estado crónico de crisis nerviosa y profunda amargura.

Es decir, la culpa o dolo deben evaluarse como un factor de cuantificación del propio daño moral solo si efectivamente lo ha incrementado, y no para castigar al causante del mismo. Esto significa que debe resarcirse el daño inmaterial tanto en casos de daños causados con culpa o sin ella, extendiéndose por tanto a los casos de responsabilidad objetiva, por cuanto se trata de daños efectivamente sufridos y que deben ser trasladados fuera de la víctima, de acuerdo a la función primordial de la responsabilidad civil.

Sobre el resarcimiento del daño moral (que lo considera especie del daño a la persona), la Corte Suprema peruana –en la Casación citada en la nota 14 de este trabajo, sobre indemnización en caso de divorcio por separación de hecho– ha establecido lo siguiente:

“74. Con relación a la indemnización por daño moral, que se halla comprendido dentro del daño a la persona, debe ser fijado también con criterio equitativo pero sobre ciertos elementos de convicción, de tal forma que no puede representar un monto simbólico o irrisorio a la manera de un simple reproche a una conducta, pero tampoco la indemnización o adjudicación puede constituir un enriquecimiento injusto que signifique un “cambio de vida para el cónyuge perjudicado o para familia. Tampoco debe establecerse un “mínimo” o “un máximo”, sino que debe estar acorde con el caso concreto, sus circunstancias, la gravedad del daño moral, entre otros.

De otro lado, también se tendrá en cuenta algunas circunstancias como la edad, estado de salud, posibilidad real de reinsertarse un trabajo anterior del cónyuge perjudicado, la dedicación al hogar, y a los hijos menores de edad, el abandono del otro cónyuge a su consorte e hijos al punto de haber tenido que demandar judicialmente el cumplimiento e sus obligaciones alimentarias, la duración del matrimonio y de vida en común, y aún las condiciones económicas, sociales y culturales de ambas partes”⁵⁷.

Por su parte, el anteriormente citado Grupo de trabajo europeo a cargo del profesor BUSNELLI, que abordó la necesidad de armonizar reglas aplicables a los daños no económicos derivados de una lesión a la persona en los Estados miembros de la Unión Europea, luego de desarrollar los principios base, pasó a configurar las reglas

⁵⁷ Sentencia dictada en el Tercer Pleno Casatorio Civil realizado por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del Perú, en relación a la indemnización en caso de divorcio por separación de hecho, establecida en el artículo 345-A del Código Civil (Casación 4664-2010- Puno, de 18 de marzo de 2011). Ob. Cit.

que consideraron capaces de caracterizar un modelo europeo de racionalización del resarcimiento de estos daños⁵⁸.

Tales reglas, de acuerdo a su planteamiento, se resumen en 5: reglas de exclusión⁵⁹, reglas de inclusión⁶⁰, reglas sobre evaluación⁶¹, reglas sobre la apreciación según la equidad⁶² y reglas sobre la experimentación⁶³.

Similar orientación propone ESPINOZA ESPINOZA:

“Sostengo que no se deben crear topes máximos al criterio equitativo del juez, porque una cosa es proponer criterios que hagan que nuestro Poder Judicial sea predecible; pero otra bien distinta es aferrarnos a una certeza a todo costo. Sacrificando la singularidad de los casos especiales. No sería razonable pasar de la anarquía a la tiranía en materia de cuantificación de daños.

En efecto, creo conveniente que se elaboren tablas o baremos y sobre los mismos, que se fije el criterio equitativo del juez, pero, si se establecen límites, éste dejará de ser tal”⁶⁴.

Ciertamente, la decisión final no llegará a ser “perfecta” ni “exacta”, como tampoco se logrará una reparación auténtica (cuando se trata de indemnización pecuniaria), pero si se evalúan todos los

⁵⁸ BUSNELLI, Francesco Donato. *Propuestas Europeas de Racionalización del Resarcimiento del daño no Económico*. Ob. Cit., pp. 223 a 238. Ver nota 46.

⁵⁹ Se excluyen los daños económicos, así como los daños que no sean susceptibles de evaluación o constatación médica (sobre estos últimos, se excluyeron a fin de preservar la facultad del juez de evaluar situaciones de orden subjetivo: “Haber sobrepasado dicho límite nos habría obligado inexorablemente a tener que afrontar el complejo e insidioso problema de atribuir ex lege una valorización objetiva a daños que tienen un carácter (personal y por ende) subjetivo, con el consiguiente riesgo de proponer soluciones arbitrarias y/o de expropiar a los jueces su poder de decidir caso a caso según los criterios de equidad”).

⁶⁰ Según las cuales los daños no económicos comprenden, a título principal, el daño derivado de la lesión a la integridad física y/o psíquica en sí (provenza de una lesión evaluable y cuantificable en un porcentaje debiendo ser valorizado en una suma de dinero deducible de una tabla resarcitoria) y, a título secundario, algunos perjuicios particulares (aspectos médicamente constatables o explicables, clasificables en función a una escala de gravedad).

⁶¹ Que se traducirían en la reglamentación del baremo médico-legal propuesto por el Grupo, y de la tabla resarcitoria “neutra”, que consideran posible y asegurable.

⁶² Tales reglas servirían para “delimitar los poderes del juez a fin de evitar que la exigencia de personalización del daño, que es el fundamento de dicha apreciación, pueda eliminar o comprometer la exigencia de uniformidad”.

⁶³ Por las que debería seguirse la evolución en la práctica, proponiendo el Grupo la conformación de un Observatorio abocado a tareas de estudio y consulta, obligado a rendir cuenta a la Comisión Europea.

⁶⁴ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Hacia una Predictibilidad del Resarcimiento del Daño a la Persona en el Sistema Judicial Peruano. En: *Responsabilidad Civil: Hacia una Unificación de Criterios de Cuantificación de los Daños en Materia Civil, Penal y Laboral*. T. II, a cura de Juan ESPINOZA ESPINOZA. Lima, Editorial Rodhas, 2006, pp. 280.

elementos del caso concreto, sustentados con medios probatorios idóneos, puede alcanzarse una reparación que no se considere arbitraria (mediante fórmulas que digan algo tan ambiguo, incompleto e inmotivado como “dada la naturaleza del daño moral, que es incuantificable, y aplicando un criterio de equidad, se estima en la suma de ...”), lo que no significa que deba dejarse de lado el criterio de equidad, las presunciones, las reglas de la sana crítica (o sana lógica), de la experiencia, sino emplearlos conjuntamente con los demás criterios que se han señalado⁶⁵.

Con ello, la decisión final se acercará mucho más a cumplir la finalidad resarcitoria de la responsabilidad civil lo que, de ser así, se aproximará a lograr la finalidad preventiva, pues un sistema eficiente incentiva conductas socialmente deseables, que son fundamentalmente las de prevención.

⁶⁵ En este punto resulta pertinente citar la sentencia de fecha 10 de setiembre de 1993 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Aloeboetoe y otros), en lo concerniente a las reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos):

“74. La Comisión reclama también una indemnización por el daño moral sufrido por personas que, sin ser sucesores de las víctimas, eran dependientes de ellas.

75. La Corte estima que, al igual que en el caso de la reparación por perjuicios materiales alegados por los dependientes, el daño moral, en general, debe ser probado. En el presente litigio, a criterio de la Corte, no existen pruebas suficientes para demostrar el daño en los dependientes.

76. Entre los llamados dependientes de las víctimas figuran los padres de éstas. Los padres de Mikuwendje Aloeboetoe y de Asipee Adame ya han sido declarados sucesores (supra, párr. 66) y obtendrán una indemnización por daño moral. Pero esa no es la situación de los padres de las otras cinco víctimas. No obstante, en este caso particular, se puede admitir la presunción de que los padres han sufrido moralmente por la muerte cruel de sus hijos, pues es propio de la naturaleza humana que toda persona experimente dolor ante el suplicio de su hijo.

77. Por estas razones, la Corte considera procedente que los padres de las víctimas que no han sido declarados sucesores, participen en la distribución por daño moral.

(...)

86. En cuanto a la determinación del monto de la indemnización por daño moral, la Corte expresó en sus sentencias de 21 de julio de 1989 que “su liquidación debe ajustarse a los principios de equidad” (ibid. párr. 27; ibid. párr. 25).

87. En el presente caso, la Corte ha seguido los precedentes mencionados. Para la indemnización del lucro cesante ha efectuado “una apreciación prudente de los daños” y para la del daño moral ha recurrido a “los principios de equidad”. Las expresiones “apreciación prudente de los daños” y “principios de equidad” no significan que la Corte puede actuar discrecionalmente al fijar los montos indemnizatorios. En este tema, la Corte se ha ajustado en la presente sentencia a métodos seguidos regularmente por la jurisprudencia y ha actuado con prudencia y razonabilidad al haber verificado in situ, a través de su Secretaría adjunta, las cifras que sirvieron de base a sus cálculos.”

INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL

Felipe Osterling Parodi ()*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Sobre la responsabilidad civil. 3. Sobre el daño. 4. El daño moral en el incumplimiento contractual. 5. Sobre la indemnización. 6. ¿Cuándo se puede solicitar la indemnización por daño moral? 7. Daño moral en el Código Civil. 8. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN.

Reflexionando sobre el daño moral –expresión genérica que también abarca, en mi opinión, el daño a la persona–, regresó a mi mente uno de los casos más impactantes en la historia médica nacional. Se trata de la desdicha de Carmen Guevara, madre de uno de los siete niños que hace cinco años fueron víctimas de negligencia médica y recibieron sangre con el virus del VIH por medio de una transfusión sanguínea. Hasta la fecha el Poder Judicial ha concedido una indemnización de S/.800,000.00, pero el Ministerio de Salud ha cuestionado si se le debe otorgar esa suma a la madre o al niño. Lo primero que se viene a mi mente es objetar dicha suma.

(*) Doctor en Derecho y Abogado en ejercicio. Socio Principal del Estudio Osterling S.C. Profesor Principal de Obligaciones en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Fue Presidente de la Comisión que tuvo a su cargo el Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, que dio origen al Código Civil de 1984. En tal condición, fue ponente del Libro VI sobre Obligaciones. Ha sido Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ministro de Estado en la cartera de Justicia. Senador y Presidente del Senado y del Congreso de la República y Decano del Colegio de Abogados de Lima. Ex Presidente de la Academia Peruana de Derecho y actual académico de número. Académico Correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Autor de numerosas obras y artículos de Derecho.

¿Es suficiente S/.800,000.00? ¿Ese monto cubrirá su tratamiento en el futuro o reparará su recorte de vida y discriminaciones de las que será víctima?

Judith Rivera, otra víctima de este tipo de negligencia, entró a la sala de operaciones para que le removieran un tumor en el útero y salió con el virus del VIH. El presidente Alan García salió a pedir disculpas públicamente y le otorgó una reparación de S/. 300,000.00 sin juicio ni cualquier otra dilación.

¿Cómo dos casos esencialmente iguales pueden recibir un trato completamente diferente?

Al hablar de indemnización por daño moral entramos al terreno de lo subjetivo. Debido a que se trata de un daño que no afecta el patrimonio de la víctima, no es posible fijar una cuantía que repare lo perdido, pues ¿cuánto vale la vida? Incluso, a nivel doctrinario se discute si es adecuado efectuar este tipo de resarcimiento con dinero, ya que no se trata de una disminución patrimonial. Otras interrogantes se formulan supuestos de casos semejantes: ¿se debe dar una misma suma de dinero a las víctimas? ¿Qué consideraciones debe asumir el Juez para determinar esa suma?

Existe, además, el daño moral contractual, que resulta de la inejecución de una obligación. En este supuesto, adicionalmente al daño patrimonial que se le genera al acreedor, es posible que se cause un daño moral, dependiendo de la naturaleza de las infracciones.

2. SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

Cuando una persona sufre un daño, una lesión a su patrimonio o a algún bien extrapatrimonial, el Derecho ha diseñado un sistema para que la víctima no se vea desamparada en su pesar. En este sentido, existen normas que obligan al responsable del perjuicio a resarcir el daño ocasionado, generándose la responsabilidad civil.

Ésta es definida como el conjunto de normas que como sanción obligan a reparar las consecuencias dañosas, emergentes de un comportamiento antijurídico, que es imputable, física o moralmente, a una persona¹.

Se le considera también como “el resultado de la acción por la cual el hombre expresa su comportamiento frente a un deber u obligación. Si actúa en la forma indicada por los cánones, no hay

¹ MOSSET ITURRASPE, Jorge. Contratos, Buenos Aires: EDIAR, 1988, p. 337.

problema ni ventaja y resulta superfluo indagar acerca de la responsabilidad ahí emergente. En estos casos continúa el agente, sin duda, siendo responsable por su proceder, pero la verificación de ese hecho no le acarrea obligación alguna, esto es, ningún deber, traducido en sanción o reposición, como sustituto del deber de obligación previa, precisamente porque la cumplió. Lo que interesa, cuando se habla de responsabilidad, es profundizar el problema de la violación de la norma u obligación ante la cual se encontraba el agente”².

Cuando ocurre el daño, a la manera de reparar las consecuencias dañosas se le conoce como *indemnización*, la cual usualmente comprende una suma de dinero que busca resarcir el daño ocasionado al afectado. En ese orden de ideas, “para que haya responsabilidad civil es necesario un hecho causante y un daño causado por ese hecho; es decir, que el hecho sea la causa y el daño su consecuencia, por lo que entre hecho y daño debe de haber una relación de causalidad, pero esa relación debe ser inmediata y directa, esto es que el daño sea una consecuencia necesaria del hecho causante”³.

Para determinar los casos en los que existe responsabilidad civil, no basta acreditar la existencia de una lesión a un derecho, sino se debe cumplir con los siguientes presupuestos:

- (a) La antijuridicidad o ilicitud.
- (b) La imputabilidad, elemento que se forma sobre la base de dos factores: la culpa y el dolo.
- (c) El daño.
- (d) La relación de causalidad.

La antijuridicidad o ilicitud supone un acto o una omisión cometidos en contra de una norma del ordenamiento jurídico. A su turno, la imputabilidad determina si una persona puede ser responsable por el daño que ha causado. Para los profesores franceses COLIN y CAPITANT⁴, la culpa es el elemento esencial de la responsabilidad. Siendo así, señalan que la culpa quiere decir que ese hombre no se ha conducido como hubiera debido conducirse,

² OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de las Obligaciones*, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Cuarta Parte Tomo X, 2003 p. 242.

³ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de las Obligaciones*, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Cuarta Parte Tomo X, 2003 p. 235.

⁴ COLIN & CAPITANT. *Curso Elemental de Derecho Civil*, Tomo 3, Instituto Editorial Reus, 1943, p. 819.

que no ha hecho lo que hubiera debido hacer. Pero señalan que solo hay responsabilidad allí donde hay facultad de razonamiento. La doctrina es unánime en considerar al daño como el factor principal de la responsabilidad. Sin daño, efectivamente, no hay acto de reparación.

3. SOBRE EL DAÑO.

Si bien el daño está regulado en el Código Civil, éste no nos brinda una definición del mismo. De tal manera que debemos acudir a la doctrina para poder establecer los alcances de esta concepción.

Al respecto, LAFAILLE⁵ apunta que el daño es el detrimento, la lesión total o parcial, y abarca, asimismo, el beneficio que no pudo hacerse efectivo.

A su turno, Alfredo ORGAZ⁶ lo define como el menoscabo de valores económicos o patrimoniales, en ciertas condiciones, o bien, en otras hipótesis particulares, la lesión al honor o a las afecciones legítimas.

Para Jaime SANTOS BRIZ⁷, el daño es todo menoscabo material o moral causado contraviniendo una norma jurídica, que sufre una persona y de la cual haya de responder otra. Además, el concepto de daño debe incluir la nota de antijuridicidad, pues tiene que existir una infracción a la norma jurídica.

En mi opinión⁸, se puede decir que el daño, desde una óptica jurídica, es la lesión que por dolo o culpa “de otro” recibe una persona en un bien jurídico que le pertenece, lesión que le genera una sensación desagradable por la disminución de ese bien, es decir, de la utilidad que le producía, de cualquier naturaleza que ella fuese; o que es todo menoscabo que experimente un individuo en su persona y bienes a causa de otro, por la pérdida de un

⁵ LAFAILLE, Héctor. *Curso de Obligaciones*. Buenos Aires: Tipografía A.G. REZZÓNICO, 1926, Vol. I, Tomo VI, p. 195.

⁶ ORGAZ, Alfredo. *El daño resarcible*. Buenos Aires: Editorial OMEBA, 1960, p. 37.

⁷ SANTOS BRIZ, Jaime Citado en OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de las Obligaciones*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Cuarta Parte Tomo X, 2003 p. 369.

⁸ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de las Obligaciones*, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Cuarta Parte Tomo X, 2003 p. 373.

beneficio de índole material o moral, o de orden patrimonial o extrapatrimonial⁹.

De lo expuesto se desprende que existen dos tipos de daño: material o patrimonial y moral.

El daño material o patrimonial es aquél menoscabo que experimenta una persona. Él recae sobre el patrimonio, sea directamente en las cosas o bienes que lo componen, sea indirectamente como consecuencia o reflejo de un daño causado a la persona misma en sus derechos o facultades.

A su vez, la doctrina distingue el daño patrimonial en dos formas típicas: “daño emergente” y “lucro cesante”, siendo el primero la disminución del patrimonio ya existente; y el segundo, la pérdida de un enriquecimiento patrimonial previsto. En cuanto a la indemnización, ésta debe comprender ambos aspectos, salvo que la ley estipule lo contrario.

A su turno, y conforme lo expresa MILLÁN PUELLES¹⁰, nuestra categoría de personas nos viene justamente de tener libertad y entendimiento, que no son atributos materiales, sino espirituales. De tal manera que los bienes materiales no son los únicos susceptibles de percibir un daño, sino también aquellos que no ocupan un espacio físico. La persona puede sufrir atentados contra su integridad, salud mental y psicológica, el honor, reputación y demás bienes extrapatrimoniales. En estos casos no se podría aplicar el daño patrimonial, por lo que el legislador peruano acertadamente ha previsto en el Código Civil la tutela del daño moral.

La figura comentada es la afectación a los derechos personalísimos que, como menciona Roberto BREBBIA¹¹, son aquellos que el ser humano posee por su condición de persona y no pueden ser objeto de comercio jurídico.

Por su lado, Trigo Represas menciona que se trata de un “...agravio implicado con la violación de alguno de los derechos personalísimos, o sea de esos derechos subjetivos que protegen como bien jurídico las ‘facultades’ o ‘presupuestos’ de la personalidad”¹².

⁹ BALTIERRA RETAMAL, Enrique, citado por TAMASELLO HART, Leslie. *El daño moral en la responsabilidad contractual*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1969, p. 14.

¹⁰ MILLÁN PUELLES, Antonio, *Persona Humana y Justicia Social*. Segunda Edición, Ediciones Rialp, S.A, Madrid, p. 20.

¹¹ BREBBIA, Roberto, *La Lesión del Patrimonio Moral*, en: Derecho de Daños, Ediciones la Rocca, 1989, p. 229.

¹² TRIGO REPRESAS, Félix Alberto. *Temas de Responsabilidad Civil en honor al Dr. Augusto M. MORELLO*, Librería Editora Platense, La Plata, 1981, p. 34.

De lo expuesto y como anteriormente he señalado, opino que el daño moral surge cuando el acto ilícito no comporta necesariamente por sí ningún menoscabo para el patrimonio, en su contenido actual o en sus posibilidades futuras, pero hace sufrir a la persona, molestándola en su seguridad personal, o en el goce de sus bienes, o hiriéndola en sus afecciones legítimas.

Para un mejor entendimiento debemos apreciar qué es lo que se daña con el acto ilícito. En ese sentido, no se daña el derecho que protege el objeto, debido a que este se viola o contradice. Tampoco se daña el poder de actuar hacia el objeto mismo o hacia la expectativa de satisfacción, ya que éste se neutraliza o paraliza. Lo que se daña es el objeto mismo sobre el cual recae la acción. De manera tal que cuando la acción recae sobre uno de los modos de ser espirituales, esto es sobre manifestaciones personalísimas, es daño moral¹³.

En ese sentido, sostengo junto a CASTILLO FREYRE que la definición de daño moral debe ser lo más amplia posible, incluyendo todo daño o perjuicio a la persona en sí misma -física o psíquica-, así como todo atentado contra sus intereses extrapatrimoniales, es decir, "todo menoscabo de un bien no patrimonial o a un interés moral por quien se encontraba obligado a respetarlo, ya sea en virtud de un contrato o de otra fuente"¹⁴.

Es justamente éste el fundamento que justifica la aceptación del daño moral a las personas jurídicas, por cuanto también son susceptibles de la lesión de bienes no patrimoniales. Tal como afirma BREBBIA¹⁵ el daño moral es toda lesión, conculcación o menoscabo de un derecho subjetivo o interés legítimo, de carácter extrapatrimonial, sufrido por un sujeto de derecho como resultado de la acción ilícita de otra persona. Siguiendo esta línea de pensamiento, sería inaceptable dejar desprotegidos estos derechos de una persona jurídica y se debe tomar en cuenta que toda persona titular de derechos subjetivos extrapatrimoniales o de intereses legítimos que revistan el mismo carácter puede ser sujeto pasivo de daño moral.

¹³ TRIGO REPRESAS, Félix A. y STIGLITZ, Rubén S. citado en OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de las Obligaciones*, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Cuarta Parte Tomo X, 2003 p. 382.

¹⁴ DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. «La indemnización por daño moral. Modernas Tendencias en el Derecho Civil Chileno y Comparado». En *Revista Chilena de Derecho*. Santiago de Chile: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 1998, Vol. 25, N.º 1, p. 43.

¹⁵ Citado en OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de las Obligaciones*, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Cuarta Parte Tomo X, 2003 p. 437.

LLAMBÍAS, por su parte, ha reconocido como derechos extra-patrimoniales de las personas los atributos inherentes a la personalidad. Asimismo reconoce el derecho al honor o buena fama, pudiendo las personas morales ser víctimas de calumnias e injurias. Además, reconoce los derechos constitucionales de libertad de prensa, de libertad de asociación y libertad de enseñanza. Por último, afirma que las asociaciones y fundaciones gozan de derechos disciplinarios respecto de terceros y en conformidad con sus estatutos.

Negar la tutela a los derechos extrapatrimoniales de las personas jurídicas o de existencia ideal demuestra una visión restringida del daño moral, y se estaría dejando desamparado a un sujeto de derecho digno de tal protección.

Debido a la naturaleza del daño moral, resulta compleja la cuantificación de la indemnización, ya que estos bienes personalísimos no tienen valor establecido en el mercado, en el cual un juez pueda basarse para hacer este cálculo. Además, el daño moral es irreparable, toda vez que no se puede devolver el objeto sobre el cual recae la acción a su estado original. A manera de ejemplo, si un hecho causa a una persona depresión severa, el daño ya ha sucedido, y por más que en un futuro pueda volver a estar equilibrada emocionalmente, no hay nada que se pueda hacer respecto a los momentos en los que estuvo bajo severa pena y angustia. Esta posición es respaldada por CIFUENTES¹⁶ quien señala que no es posible la reparación integral con la equivalencia perfecta e idéntica a la que se procura frente al daño material.

Asimismo, la esencia del daño moral o extrapatrimonial se demuestra a través de la estimación objetiva que hará el juez de las presuntas modificaciones o alteraciones espirituales que afecten el equilibrio emocional de la víctima. La entidad o magnitud del daño moral resultará de la extensión e intensidad con que aquéllas se manifiesten en los sentimientos de esta última¹⁷.

Supongamos, por ejemplo, que la víctima de un accidente de tránsito es un joven futbolista quien acaba de firmar contrato con uno de los clubes de fútbol más importantes de Europa y en aquel accidente pierde la pierna. Se podrá determinar con facilidad el daño emergente e incluso el lucro cesante, basándose en el contrato que suscribió con el equipo europeo. Pero ¿el daño moral?

¹⁶ CIFUENTES, SANTOS. *El daño moral y la persona jurídica en: Derecho de Daños*, Ediciones La Rocca, 1989, Buenos Aires p. 397.

¹⁷ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría General de Responsabilidad Civil*, Editorial Abelardo Perrot, Buenos Aires, 1993, pp. 243-244.

¿Se deberá tomar en cuenta la depresión, la condición económica de su familia? ¿Qué parámetros deberá seguir el juez para lograr una indemnización que resulte justa?

4. EL DAÑO MORAL EN EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL¹⁸.

La doctrina considera a la obligación como un “vínculo jurídico” o “relación jurídica”, lo que significa un lazo que une al deudor con el acreedor sancionado por la ley. La única forma, como se sabe, de que la persona obligada pueda romper el vínculo, es realizando la prestación debida, o sea pagando, lo que resulta ser la manera normal de extinguir la obligación.

Opina la mayoría de la doctrina que la distinción sobre los resultados o consecuencias de la acción antijurídica determina la clasificación del daño: si ésta ocasiona un menoscabo en el patrimonio, afectando su actual composición o sus posibilidades futuras, el daño es material o patrimonial, aunque el derecho atacado sea inmaterial; si, en cambio, no afecta al patrimonio pero lesiona los sentimientos de la víctima, existe daño moral y no patrimonial¹⁹.

Adoptando dicha distinción, cabe la posibilidad de la existencia del daño moral en la inejecución de obligaciones, puesto que depende de la repercusión que tenga el daño y no el derecho que se viole.

Afirma Emilio BETTI²⁰ que debe intuirse tanto la necesidad de distinguir la prestación en sí misma considerada, como el interés a satisfacer al cual sirve la prestación, en cuanto es destinada a aportar al acreedor una utilidad (la cual, aunque es apreciable en la vida de relación, no es valuable en dinero en sí misma considerada), a satisfacer un interés típico que, por sí mismo, no se reduce a una valoración pecuniaria, como por ejemplo el interés por la cultura, la salud u otros semejantes.

Con el propósito de ilustrar dicha distinción, el referido autor expone que las utilidades que suelen procurar las actividades del maestro, el médico o el abogado, al alumno, al paciente o al cliente,

¹⁸ Consultar OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de las Obligaciones*, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Cuarta Parte Tomo X, 2003 pp. 407-423.

¹⁹ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría General de Responsabilidad Civil*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 234.

²⁰ BETTI, Emilio. *Teoría General de las Obligaciones*, Traducción y notas de Derecho español por José Luis de los Mozos, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, tomo I, p. 56.

respectivamente, podrán tener algunas veces relevancia económica, pero por lo general son de carácter inmaterial. Las enseñanzas del maestro, la salud que debe devolver el médico o la obtención del éxito en la causa judicial a favor del cliente, tienden a la satisfacción de un interés, pero el interés por recobrar la salud, la adquisición de cultura, o el éxito de una causa, independientemente de las posibles consecuencias económicas, es un interés que no es ciertamente susceptible de una valoración patrimonial.

Entonces, cuando la responsabilidad contractual es producto de una prestación mal ejecutada o incumplida, y dicha prestación tenía como fin satisfacer un interés extrapatrimonial, como el de curarse en el caso de la relación médico-paciente, el daño será extrapatrimonial, ya que la posibilidad de recuperar la salud se ve frustrada cuando el médico actúa con imprudencia o negligencia. Por ese motivo, el legislador ha reconocido esta posibilidad y la recoge en el artículo 1322 del Código Civil Peruano, autorizando la reparación del daño moral cuando él existe.

Cabe anotar, sin embargo, que el mero estado de inseguridad o el eventual fracaso del interés contractual, no justifica la reparación de un daño moral. La incertidumbre, molestias y demás padecimientos que soporte un contratante cumplidor frente al incumplidor, no son, como dicen algunos, entidad suficiente para considerarlos como daño moral. Así, se establece como principio general que en materia contractual el daño moral no se presume, y quien invoque dicho agravio debe probar los hechos y circunstancias que determinan su existencia.

Los jueces deberán en estos casos analizar en particular las circunstancias fácticas y así poder determinar si los hechos tienen “capacidad” suficiente para producir lesión en las afecciones legítimas del accionante que reclama indemnización.

5. SOBRE LA INDEMNIZACIÓN.

La indemnización, como se ha mencionado previamente, es la suma de dinero que recibe la víctima después de haber sufrido un perjuicio o un daño. El propósito de esta cantidad de dinero percibida por la víctima se encuentra en discusión dividida a nivel doctrinal. Por un lado, cierto sector establece que posee carácter resarcitorio; y por el otro, se sostiene que es de carácter punitivo o sancionatorio.

Resulta obvio, a mí entender, que en materia de responsabilidad civil la reparación del daño es una obligación de naturaleza civil, a

diferencia de las penas de privación de la libertad, que son punitivas y privativas y que operan en materia penal.

Así, el fundamento de la responsabilidad se centra en la regla moral que establece que nadie está facultado jurídicamente para causar daño a otro. Si uno transgrede dicha regla, está obligado a reparar o responder por los perjuicios causados, sea que estos deriven del incumplimiento de una obligación previamente contraída (responsabilidad civil contractual), o sea que emanen de un hecho previsto por la norma jurídica y que viola un derecho absoluto que es correlativo de un deber de abstención a cargo de un sujeto pasivo universal e indeterminado (responsabilidad extracontractual). Dicho fundamento lleva anexo el principio de buena fe que debe imperar y con el que precisan impregnarse todos los actos o negocios celebrados o a celebrarse²¹.

En ese sentido, Alfredo ORGAZ²² afirma que tanto la indemnización de los daños materiales como la de los morales tiene un estricto carácter de reparación, al menos en el Derecho moderno: una y otra, en efecto, no se proponen inmediatamente imponer un mal al responsable, infligirle un castigo, sino tan solo procurar a la víctima una satisfacción o compensación de los daños que ha sufrido, en su patrimonio o en sus valores morales, a raíz del acto ilícito.

El carácter resarcitorio de la indemnización también es defendido por BUSTAMANTE ALSINA, quien manifiesta que el daño moral no difiere de la reparación del daño material, que aquél como éste no es sino especies del daño y, por consiguiente, la reparación en ambos casos cumple una función resarcitoria.

RIPERT²³, defendiendo la postura que considera como fundamento de la indemnización la función punitiva, señala que lo que mira en realidad la condena no es la satisfacción de la víctima, sino el castigo del autor. Para él, los daños e intereses tienen carácter ejemplar.

Contestando esta posición se pronuncia Santos Cifuentes en su obra “El daño moral y la persona jurídica”, en la que procede a establecer la definición de la pena y en base a ello refuta la afirmación de RIPERT.

“La pena no es directamente reparatoria del delito, no compone la ofensa que el delito traduce ni se impone para lograr ese objetivo, La pena no es una retribución en el

²¹ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de las Obligaciones*, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Cuarta Parte Tomo X, 2003 p. 240.

²² ORGAZ, Alfredo. *El Daño Resarcible*, Editorial Omeba, Buenos Aires, 1960 pp. 230 y 231.

²³ RIPERT, Georges. *La regla moral en las obligaciones civiles*, Bogotá, 1946, p. 181.

sentido gramatical de esta palabra. Es retribución porque es con lo que la sociedad responde al mal que, como defensa de los derechos de los otros individuos o de la sociedad, implica el delito"²⁴.

Sin embargo, existe en doctrina una posición mixta. Ésta consiste en que si se está de acuerdo en que el daño moral es la lesión o agravio a intereses extrapatrimoniales de la persona, y que este agravio afecta bienes jurídicos que el Derecho protege, la función indemnizatoria del dinero no puede encontrarse en el criterio de equivalencia, propio del resarcimiento de los daños patrimoniales. Así, esta posición concluye que no es posible adoptar un criterio apriorístico, dogmático, que satisfaga de antemano; y que la reparación del daño moral puede revestir el doble carácter de resarcitorio para la víctima y de sanción para el agente del ilícito que se le atribuye.

En doctrina nacional, ESPINOZA²⁵ propone clasificar las funciones de la responsabilidad civil a partir de sus protagonistas. Señala que con respecto a la víctima, es satisfactiva; al agresor, sancionadora, y a la sociedad, disuasiva o incentivadora de actividades. Así mismo, señala que es común a los tres anteriores la función distributiva de costos de los daños ocasionados.

Por otro lado, la indemnización "se trata de no dar a la víctima más de lo necesario para borrar el perjuicio sufrido, evitando de este modo que se enriquezca injustamente; pero se trata también de no darle menos, transformando la reparación en algo ilusorio, simbólico o simplemente inconducente a los fines perseguidos"²⁶.

Es así que se suele utilizar sumas de dinero para efectuar el resarcimiento del daño, toda vez que se entiende que el dinero es el único medio idóneo de dar a la víctima aquellas satisfacciones que, si no harán desaparecer los sufrimientos padecidos, por lo menos han de paliar sus efectos²⁷. Defendiendo esta posición, se encuentra el profesor argentino Alfredo COLMO²⁸, quien contradiciendo a quienes sostienen la inmoralidad de la reparación en dinero, por cuanto se materializa un valor objetivo, señala:

²⁴ CIFUENTES, Santos. El daño moral y la persona jurídica en: *Derecho de Daños*, Ediciones La Rocca, 1989, Buenos Aires, p. 397.

²⁵ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la Responsabilidad Civil*, Gaceta Jurídica, Tercera Edición, 2005 p. 50.

²⁶ MOSSET ITURRASPE, Jorge. *El Valor de la Vida Humana*, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 1991, p. 87.

²⁷ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría General de Responsabilidad Civil*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 242.

²⁸ COLMO, Alfredo. *De las Obligaciones en General*, Editorial Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1944, p. 137.

1. Que debiera indicarse, en todo caso, otra forma de reparación adecuada, ya que no se pone en tela de juicio con tal argumento, la necesidad misma de la reparación.
2. Que hay valores morales retribuidos en dinero a los médicos, abogados, profesores, etc., que no son mirados por eso como inmorales en ninguna parte del mundo.
3. Que la reparación en dinero es la única concebible, por lo mismo que no hay otra que pueda suplirla, por donde en el peor de los casos, resulta un mal necesario e insustituible.
4. Que en todo caso con el dinero es posible procurarse goces que compensen los perdidos.
5. Que finalmente esa reparación llena en el caso no una función de equivalencia, como en los daños pecuniarios, sino de satisfacción (...)
6. No obstante, dicha cuantificación, en la práctica, resulta complicada, tanto en los daños patrimoniales como extrapatrimoniales, ya que no se tiene en cuenta solo el objeto dañado, sino el valor para la persona²⁹.

Si se tiene en mente que “reparar” significa devolver el bien dañado a su estado anterior, fácilmente se llegaría a la conclusión de que dicha acción no es posible en todos los supuestos. De esa manera se manifiesta BUSTAMANTE ALSINA cuando señala que reparar un daño no es siempre rehacer lo que se ha destruido, lo cual es casi imposible; es también dar a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a las que ella ha perdido³⁰. Tanto en el daño patrimonial como en el extrapatrimonial, resulta complicado para el juez, el Derecho y en general para cualquier persona, devolver las cosas a su estado anterior al accidente. En estos casos, ¿deberá el juzgador abstenerse de tratar de resarcir el daño?

Claro que no, ya que lo que busca el Derecho es encontrar la solución más justa posible. Por esa razón, el Derecho positivo ha optado por establecer reglas de indemnización que busquen compensar el daño padecido por la víctima a través de sumas de dinero que reflejen lo más objetivamente posible el valor del bien dañado.

²⁹ MAZEAUD, Henri y León; André TUNC, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Tomo I, Vol. 1, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1977, p. 441.

³⁰ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría General de Responsabilidad Civil*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 240.

En la misma línea de pensamiento se basa el principio que fundamenta la indemnización en los casos en que se reclama por daño moral. Así, los profesores franceses MAZEAUD y TUNC señalan que la indemnización no siempre busca rehacer el bien ultrajado, sino brindar a la víctima la posibilidad de experimentar situaciones satisfactorias equivalentes a las que ha perdido.

Entonces, ¿cómo se debe determinar el valor del resarcimiento? De lo expuesto se tiene ya bastante claro que no es posible utilizar criterios objetivos para determinar la suma de la indemnización por daño moral, debido a que éste supone una afectación a un bien abstracto, solo comprobable por el propietario.

El profesor argentino Eduardo ZANNONI³¹, señala que cada juez, en cada caso concreto, condena a la reparación equitativamente teniendo en consideración las circunstancias del hecho, la conducta del agente, la situación existencial, individual y social, de la víctima o damnificados, etc. Es decir, procurando que la “condena” realice la justicia conmutativa. Tal es el significado que debe darse al prudente arbitrio judicial que se reclama en la aplicación de las normas generales.

Además, se estima que la evaluación del daño debe llevarse a cabo en concreto, teniendo en cuenta la mayor o menor sensibilidad de la víctima, adecuándose a datos reales e individuales que el juzgador debe tratar de aprehender, rechazando lo genérico o ficticio.

De nada basta sostener que debe resarcirse a la víctima por daño moral, para luego, al tiempo de determinar el monto de la indemnización, hacerlo con una suma puramente simbólica, que nada compensa; o bien, hacerlo arbitraria o caprichosamente. “Ni indemnizaciones simbólicas o insignificantes; ni indemnizaciones enriquecedoras; ni indemnizaciones arbitrarias. Nada de eso hace bien a la idea de justicia y equidad que se busca consagrar”³².

Al respecto, José A. MARTÍN DE MUNDO³³ señala que el cálculo de lo moral es solo una cuestión de hecho comprobada en la realidad de la vida: son las circunstancias de persona, lugar y tiempo, en defecto de las previsiones contractuales, las llamadas a establecer

³¹ ZANNONI, Eduardo. *El daño en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1982, p. 289.

³² MOSSET ITURRASPE, Jorge citado en OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de las Obligaciones*, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Cuarta Parte Tomo X, 2003 p. 421.

³³ DE MUNDO, José A. Martín. *El daño moral en la doctrina, el derecho positivo y la jurisprudencia*. En *La Ley* 62, 1951, p. 163.

el criterio judicial sobre la cantidad y procedencia de la indemnización pedida, con arreglo, naturalmente, a la prueba producida por el acreedor reclamante en las actuaciones que se consideren.

Así, MOSSET ITURRASPE³⁴ y RAVAZZONI³⁵, indican que en la evaluación del daño en sí, cabe dilucidar si priman los criterios objetivos o subjetivos. Los primeros parten, en sede de daño moral, del “hombre medio”, del “interés tipo”, del “sufrimiento normal”. Los segundos, en cambio, atienden al perjudicado en concreto, a su “dolor”, a su situación personal, con base en su sensibilidad, su entorno, sus circunstancias.

Del mismo modo, se dice que la evaluación del daño debe llevarse a cabo en concreto, teniendo en cuenta la mayor o menor sensibilidad de la víctima, adecuándose a datos reales e individuales que el juzgador debe tratar de aprehender, rechazando lo genérico o ficticio.

Entonces, la cuantía debe medirse prestando atención a la intensidad del daño moral causado y no con exclusiva importancia al grado de culpabilidad y reprochabilidad del obrar del agente, ya que la indemnización del daño moral tiene por naturaleza no solo el ser punitorio, sino también un propósito de resarcimiento o compensación para la víctima³⁶. Simultáneamente, se debe analizar cada caso en particular, debido a que no todas las personas sufren los mismos malestares derivados de las mismas acciones. Es importante tener en cuenta el perfil de la víctima, para tratar de compensar de la manera más efectiva el daño producido.

A pesar de lo expuesto, resulta necesario señalar que el derecho a reclamar la indemnización no se puede extender a todas las personas que tengan un sufrimiento. Es así que en la doctrina nacional, DE TRAZEGNIES pone una limitación a este derecho al señalar que “no es posible desplazar el peso económico del daño sufrido por la víctima y colocarlo sobre otra persona si no existe alguna buena razón para que esta otra lo soporte”³⁷.

³⁴ MOSSET ITURRASPE, Jorge. Citado en OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de las Obligaciones*, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Cuarta Parte Tomo X, 2003 p. 422.

³⁵ RAVAZZONI. *La reparación del daño no patrimonial*. Milano, 1962, p. 92.

³⁶ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de las Obligaciones*, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Cuarta Parte Tomo X, 2003 p. 424.

³⁷ DE TRAZEGNIES, Fernando. *La Responsabilidad Extracontractual*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, pp. 47-48.

“Buena razón” es un término que deberá ser regulado por la jurisprudencia, ya que de indemnizar a cada persona que haya sufrido un agravio a un bien no patrimonial, se impondría al responsable la obligación de resarcir en un monto superior al daño que hubiese podido causar. Es necesario entonces encontrar criterios que delimiten el grupo de personas accesibles a este derecho.

6. ¿CUÁNDO SE PUEDE SOLICITAR LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL?.

Para que se pueda resarcir el daño moral se deben cumplir ciertos requisitos. Al tratarse, como ya se ha mencionado, de un daño no patrimonial, no se puede saber a ciencia cierta quiénes son aquellos que han padecido dicho agravio, debido a la naturaleza extrapatrimonial del mismo que dificulta su probanza. Resulta entonces necesario establecer quienes podrían ser titulares del derecho de exigir la reparación monetaria.

Así, se debe presentar una relación de causalidad entre el daño y el acto ilícito. Quien vaya a efectuar la reparación deberá hacerlo por los efectos de sus actos y por nada más. No se puede hacer responsable a una persona por daños que no deriven de sus acciones.

En segundo lugar, el daño debe ser cierto. Esto no quiere decir que el daño tenga que probarse; basta simplemente que la víctima acredite la acción antijurídica y la titularidad del accionante.

Además, el daño debe ser personal al accionante, es decir, solo quien lo sufre puede reclamarlo; debido a que el daño moral es de carácter personalísimo, nadie puede alegar un sufrimiento que no ha padecido. La reparación no tiene por objeto restablecer un valor económico menoscabado, sino ofrecer una satisfacción a quien ha sufrido de manera íntima.

Finalmente, se necesita que quien lo invoque pueda ser considerado como un “damnificado” en sentido jurídico. De esto se desprende que se debe establecer quiénes resultan titulares de la acción de indemnización, puesto que de ser todos aquellos los que sufren el agravio, la multiplicidad de damnificados (familiares, pareja, amigos, etc.) perjudicaría devastadoramente al responsable, desvirtuando el sentido de justicia destinado a la indemnización.

Respecto a esto último, ello representa un peligro para el responsable, ya que la relación de personas que se puedan ver afectadas moralmente por un hecho puede resultar inmensa, perjudicando

económicamente de manera exagerada a quien deba efectuar la reparación.

Actualmente a nivel de legislación comparada se utiliza como criterio para limitar a los accionantes el vínculo de parentesco en relación con la víctima. En ese sentido, en los casos de homicidio, tanto el Código Suizo de las Obligaciones como el Código Civil de México conceden reparación del perjuicio moral a la familia del fallecido. El Código Venezolano y el Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos la reconocen a los parientes afines y cónyuges.

7. DAÑO MORAL EN EL CÓDIGO CIVIL.

A diferencia de Argentina, donde se restringe a ciertos casos el daño moral, en el Perú se otorga una protección en sentido amplio a la reparación del agravio moral. El concepto de daño moral ha sido contemplado en tres secciones de nuestro Código Civil, a saber: Derecho de Familia, Efectos de las Obligaciones y Responsabilidad Extracontractual:

Artículo 351.

Si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, el juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral.

Conforme señala PERALTA ANDÍA³⁸, se debe entender que se le ha causado daño moral al afectarse al cónyuge inocente en sus bienes extrapatrimoniales, como el honor, prestigio, consideración social, etc., particularmente si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el interés personal de aquél cónyuge. Este precepto deberá interpretarse sistemáticamente con los artículos 1984 y 1985 del código Civil.

Artículo 1322.

El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento.

Respecto de este artículo, MAX ARIAS-SCHREIBER sostiene que si bien es difícil mensurar el daño moral, ello tendrá que someterse en definitiva al criterio de conciencia del juzgador. En ese sentido, las normas de justicia imponen la obligación de indemnizar siempre

³⁸ PERALTA ANDÍA, citado por BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia, *Código Civil Comentado*, Tomo II, Derecho de Familia, Gaceta Jurídica p. 423.

el detrimento irrogado, sea que se trate de daños exclusivamente patrimoniales, o de daños morales que engendren o no perjuicios patrimoniales.

Artículo 1984.

El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia.

Artículo 1985.

La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

De lo expuesto se aprecia que el legislador peruano ha optado por admitir la aplicación de la reparación en cualquier acto ilícito y en el incumplimiento contractual. Así, en la exposición de motivos del Código Civil de 1984 el maestro José León BARANDIARÁN³⁹ señala que compete al juez fijar el monto de la reparación por el daño moral, actuando con un criterio discrecional; esto se debe a que la reparación ha de hacerse por un determinado quantum pecuniario, o sea, el daño moral sufre una especie de metástasis o trasmutación para el efecto de que él, siendo extrapatrimonial, solo puede repararse mediante una indemnización de carácter patrimonial; de otro modo, el daño moral no podría ser reparable, salvo los casos muy singulares en que cupiese la reparación in natura; así, el ejemplo académico de la recuperación de un retrato de familia.

8. CONCLUSIÓN.

El concepto de daño moral debe ser el más amplio posible, no limitándose al sufrimiento interno, sino a todos los aspectos de los daños extrapatrimoniales. Nuestro Código Civil así lo ha decidido, tal como se ha señalado en los artículos comentados en este trabajo, que no admiten restricción alguna. Él se aplica tanto en el caso de las personas naturales como jurídicas.

Aunque el daño moral no debería ser resarcido físicamente, hasta el momento el dinero es el único medio idóneo con el cual realizarlo. Dicho instrumento otorgará a la víctima ciertas satisfacciones que podrán compensar el daño causado, mas nunca eli-

³⁹ LEÓN BARANDIARÁN, José. *Responsabilidad Contractual*, En Exposición de Motivos y Comentarios del Código Civil Peruano de 1984, Compiladora: Delia Revoredo de DeBakey, Tomo VI, p. 807.

minará el perjuicio sufrido. Se trata entonces de buscar la manera de balancear la situación del perjudicado, proponiéndole ciertos beneficios a cambio de su malestar.

El daño moral no puede ser estandarizado. Para determinar su valor, el juez deberá tomar todas las consideraciones pertinentes y utilizar las pruebas presentadas por las partes a fin de decidir lo más justo. Se debe tener en cuenta que no se trata de castigar al responsable, sino de apaciguar las heridas causadas a la víctima. Bajo ese pensamiento, se debe considerar además la condición económica del responsable, ya que el derecho no busca convertir a éste en una víctima más.

En cuanto a si se trata de un daño resarcible en materia contractual o extracontractual, carece de sentido la interrogante, toda vez que ello depende del bien que se afecte con la acción antijurídica, teniendo en consideración que el ordenamiento legal peruano prevé en ambos casos el resarcimiento.

LA ENTIDAD MÍNIMA PARA LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL EN LA JURISPRUDENCIA URUGUAYA

Andrés Mariño López (*)

SUMARIO: 1. Responsabilidad civil, Derecho de daños y daño moral. 1.1. Del paradigma de la responsabilidad civil al paradigma del Derecho de daños. 1.2. La expansión del contenido del daño moral y de la legitimación para reclamarlo. 2. Daño moral. Concepto y categorías. 2.1. Concepto. 2.2. Categorías del daño moral. 2.2.1. Daño moral: Dolor o aflicción y daño a la vida de relación. 2.2.2. La ampliación del contenido del daño moral: incidencia de la teoría del daño biológico. 2.2.3. Daño a la vida de relación como categoría del daño moral. 3. Derecho a la reparación integral del daño. 3.1. Concepto y fundamentos. 3.2. Clases de reparación. 3.3. Limitación del derecho a la reparación integral del daño. 4. Posiciones restrictivas de la jurisprudencia uruguaya respecto a la resarcibilidad del daño moral. 5. Exigencia de una entidad mínima del daño moral para admitir su indemnización. 5.1. Fundamentos. 5.2. Áreas en las cuales opera la exigencia de entidad mínima para el resarcimiento del daño moral. 5.2.1. Afectación del derecho a la imagen. 5.2.2. Incumplimiento de obligaciones contractuales. 5.2.3. Lesiones leves. 5.2.4. Estados de angustia o shocks emocionales o nerviosos. 6. Crítica a los fundamentos de la posición que exige una entidad mínima del daño moral. 6.1. Violación del derecho a la reparación integral del daño. 6.2. Concepto de daño moral no ajustado a derecho. 6.3. Indefinición del monto mínimo de daño necesario para la resarcibilidad aumenta la discrecionalidad judicial..

1. RESPONSABILIDAD CIVIL, DERECHO DE DAÑOS Y DAÑO MORAL.

1.1. DEL PARADIGMA DE LA RESPONSA- BILIDAD CIVIL AL PARADIGMA DEL DERECHO DE DAÑOS

La responsabilidad civil se ha transformado. El sistema jurídico ha debido adaptarse a la realidad que plantea la

(*) Docente de la Universidad de la República. Doctor en Derecho, Magíster en Derecho y Diploma de Estudios Especializados en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona.

sociedad posmoderna. Ésta presenta, como una de sus características fundamentales, la multiplicación de los daños a las personas. Los daños se hacen altamente probables, incontrolables e incalculables; asumen nuevas dimensiones en diferentes escenarios¹.

Las herramientas del derecho privado clásico, y específicamente de la responsabilidad civil como era concebida por éste, fueron insuficientes para hacer frente a los cambios ocurridos. El paradigma de la responsabilidad civil clásica estaba fundamentado en la sanción al sujeto que había cometido un hecho ilícito, sobre la base de la culpa. Su función principal era sancionar al culpable del hecho ilícito que había producido un daño. Se concebía a la responsabilidad civil como deuda. La reparación de la víctima quedaba en un segundo plano. Era ella quien debía probar el actuar culpable del sujeto que había ocasionado el daño². La responsabilidad civil era una respuesta, ex post, actuaba cuando el daño ya se había producido. No se consideraban los bienes colectivos, la legitimación para accionar estaba restringida, el daño resarcible se encontraba limitado a un ámbito estrecho³.

Los cambios sociales produjeron la reacción del sistema jurídico, el cual, para mantener su vigencia, requiere de la adecuación constante a ellos. El daño pasa a ser el eje central del sistema y la protección a la víctima, la función principal. Se genera un sistema normativo regulador del daño, que comprende, no sólo la reparación luego que el perjuicio se produce, sino también, la prevención y la precaución, el actuar antes que ocurra para impedirlo. La reparación dineraria pasa a un segundo plano: primero hay que evitar el daño y si éste se produce, se debe recomponer la situación al estado anterior. Pero una vez ocurrido el daño, sin que pueda haber

¹ MARIÑO LÓPEZ, A., *Los fundamentos de la responsabilidad contractual*, Carlos ÁLVAREZ editor, Montevideo, 2005, pp. 30-31. En dicho lugar, se señalan daños relevantes en las sociedades actuales: “contaminación del agua y del aire por el vertido de residuos, incluyendo en esta categoría a la lluvia ácida, el efecto invernadero, la destrucción de la capa de ozono, el envenenamiento del agua potable; accidentes de circulación de transporte en masa por tierra, aire y agua; intoxicación derivada de la ingesta de alimentos industrialmente manufacturados o producidos con procedimientos inadecuados (salmonelosis, pesticidas, vaca loca, etc.); efectos colaterales por consumo de productos químicos; accidentes por fallos técnicos de productos y/o servicios defectuosos; inestabilidad del mercado de cambios; pérdida de empleo por fluctuaciones en el mercado de trabajo, etc. Y a ello se suman la aparición de los riesgos globales: hecatombe del sistema financiero mundial, el estallido de un invierno nuclear, la consolidación de un estado totalitario mundial”.

² Los trabajos de nuestro gran civilista Juan José AMÉZAGA son un claro ejemplo. En efecto, llama Culpa contractual a la responsabilidad contractual, analizando sus diferentes elementos y relaciones. Lo mismo hace en su obra Culpa Aquiliana, en la cual estudia a la responsabilidad extracontractual. En definitiva, para él culpa y responsabilidad son sinónimos.

³ LORENZETTI, R. L., “La Responsabilidad Civil”, En: *Revista Crítica de Derecho Privado* No. 1-2004, pp. 74-79.

recomposición, la reparación a la víctima se configura como un objetivo central. La responsabilidad civil se considera como crédito, ya no como deuda. Se amplía la legitimación para reclamar daños y pretender su prevención o precaución. Para actividades riesgosas, donde existe gran vulnerabilidad para determinadas personas, se establecen regímenes de responsabilidad objetiva. Se consolida la protección de bienes colectivos (medio ambiente, salud pública) y, como consecuencia, se prevén acciones y efectos colectivos⁴.

Se consolida un nuevo paradigma que se denomina Derecho de Daños⁵. La responsabilidad civil se configura como un aspecto de éste. No es el único, ni el más importante, pues la prevención del daño asume una relevancia central.

A su vez, la protección planteada por el Derecho de Daños se ve aumentada en algunas áreas, desde otras bases epistemológicas, con la introducción en los sistemas jurídicos del principio de precaución⁶.

1.2. LA EXPANSIÓN DEL CONTENIDO DEL DAÑO MORAL Y DE LA LEGITIMACIÓN PARA RECLAMARLO

El daño moral ha tenido también una transformación expansiva⁷.

En un principio, se negó su resarcimiento sobre la base que los bienes, derechos o intereses afectados, no eran resarcibles. Se fundamentaba esta posición en la ausencia de texto normativo expreso que lo contemplara.

Dicho paradigma fue puesto en crisis primero, y luego derribado, por la posición que considera al daño moral como resarcible,

⁴ LORENZETTI, R. L., (Nº. 2), pp. 79-99; CAUMONT, A., Prólogo a *Los fundamentos de la responsabilidad contractual* de Andrés MARIÑO LÓPEZ, Carlos ÁLVAREZ, Montevideo, 2005, pp. 9-11.

⁵ En la doctrina, se adopta la expresión Derecho de daños para hacer hincapié en el nuevo paradigma. Así, pueden verse: ALTERINI, A. A. - LÓPEZ CABANA, R., *Derecho de daños*, La Ley, Buenos Aires, 1992 y Díez PICASSO, L., *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 2000. Véase MARIÑO LÓPEZ, (n. 1), pp. 22-23. La Facultad de Derecho de la Universidad de la República, siguiendo esa línea de avanzada, dicta las carreras Maestría en Derecho (orientación Derecho de Daños) y Diploma de Especialización en Derecho de Daños, cuyo Director Académico es el Prof. Dr. Arturo CAUMONT y su Coordinador Académico el autor de este trabajo.

⁶ Al respecto, véase MARIÑO LÓPEZ, A., "La transformación de la obligación de informar al consumidor. Incidencia del principio de precaución en el Derecho del consumo", en este mismo número de la *Revista Crítica de Derecho Privado* No. 6-2009.

⁷ Señala E. SABATER BAYLE: "La progresiva sensibilización social y jurídica hacia el llamado Derecho de daños ha sido determinante del tratamiento, cada vez más complejo, del problema de la valoración de los daños personales", *El haremos para la valoración de los daños personales*, Aranzadi, 1998, p. 19.

identificándolo con el dolor o aflicción (*pretium doloris*) padecido por la víctima. En esta postura, la legitimación para reclamar se restringía a la propia víctima y a un círculo muy estrecho de personas vinculadas a ella, las cuales sólo tenían derecho a indemnización en circunstancias específicas.

En una tercera etapa, al paso de la consolidación del paradigma del Derecho de daños, se amplía el contenido del daño moral. No sólo se repara el dolor o aflicción, sino también otros daños no patrimoniales que padezca la víctima. Se amplía el elenco de personas legitimadas para accionar por daño moral. Surge la reparación del daño moral colectivo.

2. DAÑO MORAL. CONCEPTO Y CATEGORÍAS.

2.1. CONCEPTO

Se ha definido el daño moral como aquél que, “sea cual sea la naturaleza del derecho, bien o interés protegido” de la persona, repercute en la esfera no patrimonial de ésta. Al respecto, GAMARRA expresa: “Si el evento dañoso produce consecuencias negativas económicas, el daño es patrimonial; en caso contrario no será patrimonial (cuando sus consecuencias sean extrapatrimoniales)”⁸. De se modo, se separa de quienes sostienen que el daño moral es aquél causado a los derechos de la personalidad de un sujeto, es decir, la lesión de los derechos extrapatrimoniales⁹.

Así, en la posición del mencionado civilista, la lesión de un derecho de la personalidad, como la injuria que afecta el derecho al honor, puede tener repercusión en el plano patrimonial, mientras que, la lesión a un derecho patrimonial, como a una cosa, puede causar un daño no patrimonial (valor de afección de los bienes).

Sin embargo, puede observarse que el daño no patrimonial, denominado daño moral, tiene una estimación pecuniaria y se indemniza sobre dicha base. En realidad, todo tiene estimación pecuniaria, pero no todo tiene un valor en el mercado¹⁰.

⁸ GAMARRA, J., *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*. T. XXV, FCU, Montevideo, p. 41.

⁹ VAZ FERREIRA, E., *Tratado de las Sucesiones*, T.1, Biblioteca de publicaciones oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Montevideo, 1968, pp. 154-166.

¹⁰ Para superar esta paradoja, LORENZETTI diferencia un patrimonio pecuniario y un patrimonio moral. Este último, a su vez, está compuesto por una parte subjetiva o afectiva, y por otra objetiva o social. LORENZETTI, (N° 2), p. 83. La terminología a utilizar en esta área es compleja. No existe un término preciso y la doctrina ha propuesto muchísimos. Señala BUERES: “La cuestión idiomática de lo no patrimonial y lo espiritual, dentro de la anarquía del lenguaje, puede generar diferencias, que, en cualquier caso, son formales”, BUERES, A. J., “La localización

El criterio de distinción entre el ámbito patrimonial y el extrapatrimonial es la estimación pecuniaria en el mercado, o no, de las situaciones jurídicas que integran uno u otro.

Siguiendo esta línea, el *daño moral es el cambio adverso mensurable en el ámbito extrapatrimonial del individuo*¹¹.

La situación jurídica es la posición de la persona respecto a la norma jurídica. Toda persona es titular de un conjunto de situaciones jurídicas, activas y pasivas, que conforman su ámbito jurídico. Dichas situaciones jurídicas pueden tener estimación pecuniaria en el sistema económico de intercambios (mercado) o, por el contrario, carecer de ella. El *ámbito patrimonial* de una persona se conforma por las situaciones jurídicas de que es titular, susceptibles de estimación pecuniaria en el mercado. El *ámbito extrapatrimonial* se configura, en cambio, por las situaciones jurídicas de una persona que no son susceptibles de dicha estimación. Como consecuencia, la persona es titular de un ámbito patrimonial (patrimonio), estimable pecuniariamente en el mercado, y de un ámbito extrapatrimonial, no estimable de tal modo. El *daño moral* es la afectación negativa de situaciones jurídicas activas (específicamente, de derechos) del ámbito extrapatrimonial de una persona.

Si bien los derechos que integran el mencionado ámbito extrapatrimonial no tienen un valor en el mercado, sí son pasibles, en caso de afectación, de cuantificación económica. En efecto, dado que no son comercializables en el sistema económico de intercambios, no tienen valor en éste y, como consecuencia, su estimación debe realizarse sobre bases diferentes¹².

2.2. CATEGORÍAS DEL DAÑO MORAL

2.2.1. DAÑO MORAL: DOLOR O AFLICCIÓN Y DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN

El daño moral se compone de dos categorías, las cuales se definen por el derecho de la persona que es afectado.

del daño resarcible", *Estudios de Derecho Civil. Homenaje al Profesor Jorge Gamarra*, FCU, Montevideo, 2001, p. 432.

¹¹ No se hace referencia con esto a la diferenciación entre daño material e inmaterial, pues un derecho inmaterial (como el derecho de autor o de propiedad de una marca) puede integrar el ámbito patrimonial. Comparto las críticas de Gamarra a la categoría daño material e inmaterial, difundida en Francia, máxime cuando identifica daño inmaterial con espiritual y a éste con dolor. GAMARRA, (n. 7), pp. 20-22.

¹² En anterior trabajo señale que, sea cual sea el concepto de daño moral, "la estimación del perjuicio extrapatrimonial se enfrenta al mismo problema: lo que debe ser resarcido, no tiene un valor económico en el mercado", en MARINO LÓPEZ, "Liquidación global o específica del daño moral", *Revista Crítica de Derecho Privado* No. 5-2008, p. 418.

A) Dolor o aflicción

Por un lado, se encuentra el *dolor o aflicción* padecido por la persona, es decir, el resarcimiento concedido por los sufrimientos, las molestias, las heridas en las afecciones, el dolor físico, el padecimiento del ánimo”¹³. Por otro, el daño que sufre la persona en su *vida de relación social*, es decir, “la inferioridad para desarrollar vínculos sociales, deportivos, recreativos, artísticos, sexuales”¹⁴.

B) Daño a la vida de relación

El daño a la vida de relación, a su vez, se subcategoriza de acuerdo con los distintos ámbitos de la persona afectados¹⁵. Se habla, entonces, de perjuicio estético, sexual, juvenil, social, recreativo, etc.

Esta categorización ha sido fruto de una expansión del contenido del daño moral.

En una primera etapa, al admitirse el resarcimiento del daño moral, se consideró a éste como el dolor o aflicción sufrido por la persona.

Luego, se comienzan a considerar como daño moral la afectación de otros derechos extrapatrimoniales de la persona.

Como señala LORENZETTI, “se comienza a descubrir que el hombre también tiene proyectos y que ellos prolongan su vida, lo realizan más plenamente. Un hombre que, como consecuencia de la minusvalía que le produjo el evento dañoso, no puede desarrollar sus proyectos, pierde esa alegría de vivir. Surge así ese daño denominado pérdida de los placeres de vivir, que es la disminución de los placeres de la vida causado por la imposibilidad o la dificultad de realizar ciertas actividades normales”¹⁶.

2.2.2. LA AMPLIACIÓN DEL CONTENIDO DEL DAÑO MORAL: INCIDENCIA DE LA TEORÍA DEL DAÑO BIOLÓGICO. ÉSTA EXPANSIÓN INCIDE EN LA CATEGORÍA “DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN”

En el desarrollo del concepto de daño moral recién expuesto, han tenido suma importancia diversas teorías que propician la existencia de un daño no patrimonial indemnizable en forma autónoma del dolor o aflicción de la víctima.

¹³ LORENZETTI, (N° 2), p. 83.

¹⁴ LORENZETTI, (N° 2), p. 83.

¹⁵ GAMARRA, (N° 7), p. 169; MARIÑO LÓPEZ, (N° 11), pp. 421-422.

¹⁶ LORENZETTI, (N° 2), p. 83.

Estos planteos comienzan con la teoría del daño biológico, cuyo origen se encuentra en la doctrina y jurisprudencia italianas. El derecho positivo de Italia es restrictivo en lo que respecta al resarcimiento del daño moral. El artículo 2059 del *Codice Civile* establece que el daño no patrimonial será resarcido sólo en los casos que la ley determine. Se vincula dicha disposición con el artículo 185 del Código Penal italiano, el cual prevé la indemnización del perjuicio no patrimonial en caso de delito penal. Como consecuencia, el daño moral sólo sería reparable ocasionado dicho ilícito.

Con la finalidad de indemnizar todo daño no patrimonial, eludiendo la prohibición de peticionar el daño moral si no hay delito, la doctrina y jurisprudencia italiana construyen una categoría de daño autónomo, diferente del daño patrimonial (daño emergente, lucro cesante, pérdida de una oportunidad) y del daño moral (identificable con el dolor, sólo reparable en caso de delito)¹⁷.

De acuerdo con dicha posición, el daño no patrimonial es reparado en dos ámbitos diferentes: el biológico y el moral. El daño biológico consiste en la lesión o afectación al derecho a una vida social plena de que son titulares todos los individuos (afectación del bienestar psicofísico). Dentro de dicho concepto se incluyen otras subcategorías de daño no patrimonial: estético, sexual, juvenil, psíquico, etc. Por su parte, el daño moral es el perjuicio padecido por el dolor o aflicción padecida por la víctima.

El “daño biológico” es objeto de diferentes desarrollos¹⁸. El daño no patrimonial autónomo e independiente del daño moral (identificado con el dolor de la víctima), ha sido denominado con diferentes expresiones: daño a la persona, daño físico, daño existencial, daño a la salud, daño al proyecto de vida¹⁹.

¹⁷ Cfme. GAMARRA, (N° 7), pp. 95-114.

¹⁸ Véanse CASSANO, G., “El daño existencial”, En: *Revista Responsabilidad Civil y Seguros*, Año IV - N° 3 - Abril de 2002, pp. 39 ss; FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., “Deslinde conceptual entre daño a la persona, daño al proyecto de vida y daño moral”, *Revista Jurídica del Perú* N° 50, 2003 y “Persona y Derecho”, en BUERES-KEMELMAJER DE CARLUCCI, *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al Profesor Doctor ATILIO ANÍBAL ALTERINI*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.

¹⁹ Se hace referencia a las distintas denominaciones en diferentes partes de la obra citada de J. GAMARRA, (N° 7), pp. 99-102, 137 (daño a la salud), 115, 141 (biológico), 123-127 (daño físico). Debe verse SCOGNAMIGLIO, R., “Il danno morale (Contributo alla teoria del danno extracontrattuale)”, *Rivista di Diritto Civile*, 1957, T. I, pp. 227 ss. y “Appunti sulla nozione di danno”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1969, pp. 464 ss. Véase también, GALDÓS, J., “¿Hay daño biológico en el derecho argentino?”, *Revista Crítica de Derecho Privado*, N° 3-2006, pp. 609-628 y “Nuevos daños a la persona en la sociedad de riesgo”, en *Edición Homenaje Dr. JORGE MOSSET ITURRASPE*, Subsecretaría de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2005, pp. 159-173.

En Uruguay, el “daño biológico” como fenómeno resarcible independientemente del daño moral ha tenido algunos seguidores, tanto en doctrina como en jurisprudencia²⁰.

2.2.3. *EL DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN COMO CATEGORÍA DEL DAÑO MORAL*

La posición mayoritaria en doctrina y jurisprudencia orientales sostiene que el “daño biológico”, denominado daño a la vida de relación, configura una subcategoría del daño moral, junto al dolor o la aflicción padecidos por la persona (*pretium doloris*). A su vez, la categoría daño a la vida de relación se subdivide en otras, como el daño social, sexual, estético, juvenil, psíquico.

En la doctrina, GAMARRA continúa el planteo hecho por VAZ FERREIRA²¹ y sostiene que en el derecho uruguayo sólo existen el daño patrimonial y el extrapatrimonial o moral.

Según dicho autor, no hay razón para introducir una tercera figura “porque lo que en Italia se resarce a título de daño biológico, en Uruguay es reparado a título de daño moral”²². Hay un daño moral subjetivo (dolor) y un daño moral objetivo (daño a la vida de relación)²³. La posición, que se comparte, es seguida por diversos autores²⁴.

En la jurisprudencia uruguaya, las sentencias se pronuncian por sostener que el daño a la vida de relación (lo que podríamos llamar daño biológico, existencial o al proyecto de vida) no tiene autonomía: existe una categoría única de daño moral o no patrimonial. Como ejemplo de dicha línea jurisprudencial pueden citarse los fallos siguientes: TAC 1º, sentencia de 8 de octubre de 2003²⁵; TAC 2º, sentencia de 30 de julio de 2003²⁶; TAC 7º, sentencia 22 de abril de 2005²⁷; sentencia del TAC 6º Turno de 28 de noviembre de 2007²⁸.

²⁰ Véanse las señaladas por GAMARRA, (Nº 7), pp. 132-141. En la misma línea, véase la sentencia de primera instancia publicada en el ADCU T. XXXVII, p. 773-778.

²¹ VAZ FERREIRA, (No 8), pp. 161-162.

²² GAMARRA, (Nº 7), p. 139.

²³ GAMARRA, (Nº 7), pp. 126-127.

²⁴ VENTURINI, B., *El daño moral en nuestra jurisprudencia y en el Derecho Comparado*, FCU, Montevideo, 1990, pp. 27-28; LARRAÑAGA, L., “Derecho al proyecto de vida, al nombre y a la identidad personal”, ADCU T. XXXVIII p. 782; ARAUJO, L. -GARCÍA, R., “Recepción de la jurisprudencia uruguaya del daño al proyecto de vida”, En: *Revista de Derecho y Tribunales*, Nº 3, 2007, p. 142.

²⁵ ADCU T. XXXIV c. 155.

²⁶ ADCU T. XXXIV c. 156.

²⁷ ADCU T. XXXVI c. 239.

²⁸ ADCU T. XXXVIII c. 210.

3. DERECHO A LA REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO

3.1. CONCEPTO Y FUNDAMENTOS

La función de la responsabilidad civil es la *reparación integral del daño* a la víctima. La persona que sufre un daño debe ser resarcida por el sujeto responsable y la reparación debe corresponder a la totalidad del perjuicio padecido.

Señala GAMARRA que, dentro del sistema de la responsabilidad civil, “es una directiva esencial que la víctima sea resarcida integralmente (...). Negar la responsabilidad integral equivale a negar la reparación del daño. Sólo hay resarcimiento cuando la víctima es colocada exactamente en el estado anterior al accidente (*restitutio in integrum*)”²⁹.

La *reparación integral del daño* padecido es un derecho subjetivo de la persona frente al sujeto responsable, cuyo fundamento se encuentra en normas de rango constitucional³⁰. En efecto, surge de los artículos 7, 72 y 332 de la Constitución de la República. La reparación parcial afecta los derechos de la persona a la vida, la integridad física, la igualdad y la seguridad³¹.

El derecho a la reparación integral del daño surge también de diversas normas del Código Civil, como las contenidas en los artículos 1319, 1323, 1342 y 1345³². En dichas disposiciones se hace referencia al resarcimiento total del daño padecido por la víctima, sin establecer limitación de alguna.

3.2. CLASES DE REPARACIÓN

El objetivo de la responsabilidad civil es, una vez producido el daño, “volver las cosas al estado anterior, de manera que a la

²⁹ GAMARRA, “Consulta de la Comisión de Constitución y Legislación del Senado de la República Oriental del Uruguay”, *Estado de Derecho*, Año XI N° 95, mayo de 2004, p. 5.

³⁰ PICASSO, S., “Constitucionalización de la responsabilidad civil y reparación integral”, *Revista Crítica de Derecho Privado* N° 3-2006, Estudios en Homenaje al Prof. Dr. Fernando MIRANDA, pp. 628-636.

³¹ GAMARRA, (N° 7), p. 6; S. PICASSO, (N° 29), p. 632-636. En dicho lugar, PICASSO refiere a los pronunciamientos de los máximos tribunales de Francia, Colombia y Argentina que otorgan rango constitucional al derecho a la reparación integral del daño (p. 634). Respecto al país allende el Plata, se destaca la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de 21/09/2004, “Aquino I. c/ Cargo Servicios Industriales S.A. (*La Ley*, suplemento especial septiembre de 2004). Dicho fallo declara inconstitucional el artículo 39 inc 1 de la Ley 24.557, de riesgos del trabajo, según el cual, en caso de accidente o enfermedad laboral, se limita la acción indemnizatoria contra el empleador solo a los casos en que éste haya actuado con dolo, sobre la base del rango constitucional del derecho de la víctima a la reparación integral del daño.

³² Cfme. GAMARRA, (N° 7), p. 5.

víctima le sea indiferente –al menos teóricamente– sufrir el daño o recibir la reparación”³³.

La reparación puede realizarse de dos formas.

Por un lado, la reparación específica, *in natura* o en especie. Por otro, la indemnización dineraria³⁴.

La primera consiste en la recomposición material al estado anterior a la producción del daño. Ingresan dentro de esta clase de reparación, la ejecución forzada específica o *manu militari* en la responsabilidad contractual (artículos 1341 y 1431 del Código Civil)³⁵, el derecho de respuesta (artículos 7 a 17 Ley 16.099, de 3/11/1989), o la recomposición del medio ambiente (artículo 4 Ley 16.466, de 19/01/1994).

La segunda consiste en la reparación del perjuicio por el pago de una suma de dinero (indemnización dineraria). Esta clase de reparación tiene lugar cuando la reparación específica, *in natura* o en especie, no puede realizarse. La indemnización dineraria puede acompañar a la reparación específica, cuando ésta no cubre todos los daños producidos, o ser independiente, como en la mayoría de los supuestos de responsabilidad extra-contractual³⁶.

3.3. LIMITACIÓN DEL DERECHO A LA REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO

En determinados ámbitos, se limita la indemnización dineraria, afectando el derecho de la persona a la reparación integral del daño.

Dicha limitación cuantitativa ocurre en áreas de elevado índice de riesgo de daños a las personas, en las cuales se opta por sistemas alternativos de reparación, como el seguro obligatorio o el fondo de garantía. En efecto, en los ámbitos sociales de gran producción de daños, para que todas las víctimas queden protegidas y no sólo las que tuvieran frente a sí un sujeto responsable solvente, se establecen seguros obligatorios o fondos de garantía, los cuales

³³ LÓPEZ HERRERA, E., *Teoría general de la responsabilidad civil*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 456.

³⁴ LÓPEZ HERRERA, (N° 32), p. 456-457.

³⁵ En un sentido amplio de reparación, la resolución del contrato sería una forma de ésta, pues su función es regresar la situación al estado anterior al hecho dañante (artículo 1431).

³⁶ No en todos, pues el señalado artículo 4 de la Ley 16.466 prevé la recomposición del medio ambiente como una forma de reparación de los daños producidos a éste.

requieren una limitación de la indemnización a pagar para poder funcionar.

Esta solución se implantó, por ejemplo, para la reparación de los daños ocasionados por accidentes de trabajo (Ley 16.074, de 10/10/1989), el transporte aéreo (artículos 156 y 157 Código Aeronáutico) y los accidentes de tránsito (Ley 18.412, de 17/11/2008).

En otras oportunidades, se establece una limitación dineraria para mejorar el funcionamiento del sistema de responsabilidad civil. Así, el artículo 1348 inc. 1 del Código Civil limita la indemnización por daños a que tiene derecho el acreedor de una obligación de dar suma de dinero incumplida: sólo puede reclamar los intereses moratorios. No puede reclamar más, pero no necesita probar el daño padecido. También existe una limitación general de la indemnización por daños en la responsabilidad contractual, pues, de acuerdo con lo previsto por el artículo 1346 del Código Civil, sólo se reparan los perjuicios “que se han previsto o podido prever al tiempo del contrato”.

4. POSICIONES RESTRICTIVAS DE LA JURISPRUDENCIA URUGUAYA RESPECTO A LA RESARCIBILIDAD DEL DAÑO MORAL.

La jurisprudencia uruguaya ha ido acompasando los cambios operados en el Derecho de daños con respecto al daño moral y la protección de la víctima.

Se amplía el contenido del resarcimiento del daño no patrimonial, incluyendo dentro de él, no sólo al dolor o aflicción de la víctima, sino también, la afectación del derecho de la persona a una vida social plena³⁷. También se ha otorgado legitimación para accionar a individuos a quienes antes se les negaba la acción por daño moral, como la pareja homosexual o el novio³⁸.

Sin embargo, esa “onda expansiva” de la indemnización por daños extrapatrimoniales tiene sus límites en un conjunto de pautas restrictivas que, tradicionalmente, se han sostenido en las sentencias de los Jueces uruguayos.

El elenco de pautas jurisprudenciales que determinan el rechazo de la indemnización por daño moral es amplio³⁹.

³⁷ Véase MARIÑO LÓPEZ (N° 11), pp. 418-423.

³⁸ Véase VENTURINI, B., “Evolución doctrinaria y jurisprudencial de la legitimación activa para reclamar por daño extrapatrimonial. De la concubina a la pareja homosexual”, *ADCUT*. XXXII, pp. 627-631.

³⁹ Puede verse una reseña en GAMARRA (N° 7), pp. 67-92.

Entre ellas, destacamos:

- (i) Exigencia de una entidad mínima del daño moral para su resarcimiento.
- (ii) Intrasmisibilidad del crédito por daño moral si la persona muere y, pudiendo hacerlo, no había accionado en vida⁴⁰.
- (iii) La persona jurídica no padece daño moral⁴¹.
- (iv) La víctima en estado vegetativo no sufre daño moral⁴².
- (v) El dolor por lesiones no gravísimas de cónyuges, hijos, familiares o allegados, no se indemniza⁴³.

La primera y la última de las pautas restrictivas mencionadas tienen un aspecto en común: ambas hacen depender la indemnización del daño moral de la entidad que éste tenga. En efecto, mientras la primera exige que el daño moral tenga una entidad mínima para ser resarcido, la segunda sólo otorga indemnización si la lesión es gravísima. La primera coloca el listón por lo bajo, la segunda lo pone por lo alto.

5. EXIGENCIA DE UNA ENTIDAD MÍNIMA DEL DAÑO MORAL PARA ADMITIR SU INDEMNIZACIÓN.

En la jurisprudencia oriental, se ha consolidado una posición, según la cual, es necesaria una determinada entidad del daño moral para que éste sea resarcido⁴⁴.

⁴⁰ Véase, como ejemplo de esta posición, la sentencia del TAC 5º, de 30/06/06, ADCU, T. XXXVII, c. 212.

⁴¹ Véase, como ejemplo, la sentencia del TAC 1º, de 11/10/06, ADCU T. XXXVII, c. 189.

⁴² Como ejemplo de esta postura jurisprudencial, puede verse la sentencia del TAC 7º, de 5/04/06, ADCU T. XXXVII, c. 374. Allí se expresa: "Si bien transcurrieron varias horas entre el accidente y el triste resultado final, no se aportó prueba alguna respecto que la víctima hubiera transcurrido ese lapso con lucidez.

⁴³ Véanse las sentencias del TAC 2º, de 26/07/2000, ADCU XXXI, c. 194, y de 13/12/2006, T. XXXVII c. 204.

⁴⁴ Se diferencia esta posición de otra, también sostenida por los Jueces Uruguayos, la cual sostiene que es necesaria una determinada entidad del daño moral para que sea probado *in re ipsa*. Se trata también de una postura restrictiva, pero referida a la prueba del daño moral. Un ejemplo es la sentencia del TAC 1º, de 27/10/2004 (ADCU T. XXXV, c. 162), la cual decide un pleito donde se reclama indemnización por el daño moral padecido por una persona que ha sido incluido en el "Clearing de informes" por error durante dos años y dos meses. El TAC, en mayoría, decide no conceder la reparación por la ausencia de gravedad en el daño moral para que surja la prueba *in re ipsa*, mientras que dos de sus componentes sostienen que se le debe indemnizar. La sentencia señala: "(...) dicha circunstancia por sí no implica un agravio de entidad que exonera a la actora de la carga de la prueba en relación a la efectiva acusación del daño moral reclamado". En una de las discordias, se expresa: "(...) el hecho de saberse injustamente incluida en la base de datos del Clearing le provocó

En 1994, al momento de publicarse el Tomo XXV de su Tratado, Gamarra expresaba: “A fines de la década del 60, la jurisprudencia uruguaya comenzó a requerir determinada entidad o gravedad en el daño moral, y esta corriente, bien pronto contó con el favor de todos los Jueces, al punto que hoy día está plenamente asentada y sin fisuras”⁴⁵.

La posición jurisprudencial se ha mantenido y hoy continúa. Se manifiesta en diferentes ámbitos en los cuales se padece daño moral por la víctima, pero los tribunales consideran que no es de la suficiente gravedad como para ser indemnizado.

5.1. FUNDAMENTOS

El fundamento sobre el cual se erigía dicha posición era, en un primer momento, que el daño moral es resarcible sólo si tiene una cierta gravedad. Se requiere en el daño extrapatrimonial padecido por la persona, tenga una entidad importante. No se determinan los límites con criterios generales, sino que, en cada caso, el Juez lo establece de acuerdo con las circunstancias del caso.

GAMARRA le aporta a la posición restrictiva un fundamento distinto, construido desde una perspectiva diferente. Según dicho autor, no es que sólo se deba resarcir el daño de baja entidad, sino que, cuando el perjuicio tiene escasa gravedad, no se configura el daño. Para que haya daño moral, es necesario que el perjuicio tenga una entidad significativa⁴⁶. La valoración de la gravedad mínima que debe tener el daño queda, también, a criterio del Juez de acuerdo con las circunstancias del caso. Este segundo criterio ha sido seguido por la jurisprudencia oriental. Así, como ejemplo de esta línea predominante, el TAC 6º, en su sentencia N°. 173 de agosto de 2008, expresa: “La Sala postula el criterio según el cual se requiere para la propia existencia del daño moral, de padecimientos, de aflicciones y sufrimientos de cierta gravedad o trascendencia”⁴⁷.

a la actora daño moral, cuya existencia surge de reglas de normalidad y experiencia, ya que no existe persona media alguna que nos e sienta afectada por figurar como morosa cuando no lo es”. Se pronuncia por una condena en US\$ 500 para el Clearing de Informes y para el establecimiento que envió la información errónea. Un caso similar puede verse en la sentencia del TAC 7º de 31 de marzo de 2004 (ADCUT. XXXV, c. 169).

⁴⁵ GAMARRA, (Nº 7), p. 67. Allí cita un conjunto de sentencias que sostienen dicha postura.

⁴⁶ GAMARRA, (Nº 7), p. 69.

⁴⁷ ADCUT. XXXVII, c. 193. También pueden verse: TAC 2º, de 25/5/2007 (ADCUT. XXXVIII, c. 145); TAC 1º, de 25/4/2008 (ADCUT. XXXVIII, c. 140).

5.2. ÁREAS EN LAS CUALES OPERA LA EXIGENCIA DE UNA ENTIDAD MÍNIMA PARA EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO MORAL

De los diferentes supuestos en los cuales se exige una entidad mínima del daño moral para admitir su resarcimiento, se destacan la afectación del derecho a la imagen, el incumplimiento contractual, las lesiones leves y los estados de angustia o shocks nerviosos padecidos a consecuencia de accidentes de tránsito.

5.2.1. AFECTACIÓN DEL DERECHO A LA IMAGEN

La afectación que pueda sufrir una persona por el uso de su imagen sin su autorización no produce, para parte de la jurisprudencia uruguaya, daño moral. El fundamento para negar el resarcimiento por el daño extrapatrimonial es la poca entidad de éste.

Así, por ejemplo, la utilización de una grabación de video para ser publicitar un programa de radio en la televisión, sin consentimiento de las personas filmadas, para el TAC 3º, en su sentencia de 19 de marzo de 2004 (con discordia)⁴⁸, no produce daño moral.

En la especie, varias personas que se encontraban almorzando en el Mercado del Puerto, cuando se acercó a ellos un actor argentino llamado Leo, junto a una persona que lo filmaba. Luego, con la filmación realizada se hace un spot publicitario que es emitido en canales abiertos de televisión. En dicha publicidad, se expresaba “Así recibió el Uruguay a Leo” y aparecían los reclamantes junto a al actor.

El Tribunal mencionado en la sentencia de referencia expresa:

“La molestia por haber sido utilizados, que se expresa por los accionantes y que cabe razonablemente inferir, no sobrepuja la normal perturbación de cualquier sujeto que se ha visto burlado en sus derechos, sin que ello sea causativo de daño extrapatrimonial”.

La sentencia identifica, en primer lugar, daño moral con aflicción.

Sobre dicha base, luego, considera que la persona debe resignarse a que sus derechos sean burlados y soportar “la normal perturbación” que ello causa, puesto que, esto último no sería “causativo de daño extramatrimonial”. En la especie, para el tribunal mencio-

⁴⁸ ADCU T. XXXIV, c. 164.

nado, la utilización ilegítima de la imagen de la persona con fines de lucro en medios de comunicación masiva, si bien se trata de un hecho ilícito, no ocasiona daño moral, porque éste debe superar un margen mínimo para que quede configurado.

5.2.2. INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES CONTRACTUALES

Una posición tradicional de la jurisprudencia uruguaya es la negación del resarcimiento del daño moral producido por el incumplimiento de obligaciones contractuales. Esta postura, que presenta algunas excepciones, requiere de una entidad grave de la afectación del ámbito extrapatrimonial de la persona para admitir la indemnización del daño moral.

GAMARRA, destacaba la sentencia del Juzgado Civil 1º, de 31/10/1979, publicada en el *ADCU* T. X, c. 235, por su concepto muy restrictivo del daño moral⁴⁹.

En dicho caso, se negaba la reparación del daño moral padecido por un arrendatario a quien el arrendador impidió el ingreso a la finca arrendada mediante la colocación de una cadena y un candado de seguridad, dado que, según el fallo citado, “no le provocó al arrendatario actor en esta causa, un grave dolor o estado patológico”.

Esta línea restrictiva permanece enhiesta y los tribunales uruguayos, con algunas excepciones, niegan el resarcimiento por daño moral padecido por el incumplimiento de obligaciones contractuales sobre la base de la poca entidad que éste tendría.

Un ejemplo de esta postura jurisprudencial se encuentra en la sentencia del TAC 2º, de 05/04/06⁵⁰.

Allí se expresa:

“Las molestias y disgustos que padeció el constructor (...) consistentes en interferencia por parte de los comitentes en el desarrollo de la obra encomendada, tomando decisiones por cuenta propia, sin consultar al constructor o arquitecto, utilización de un estilo ofensivo junto a las personas que se encontraban trabajando, incluso en más de una oportunidad con otra persona, desacreditación ante obreros y empleados, carecen de entidad suficiente para configurar un verdadero daño moral”.

⁴⁹ GAMARRA, (n. 7), pp. 72-73.

⁵⁰ *ADCU* T. XXXVII, c. 190.

Obsérvese la gravedad de las afectaciones que en este caso produce el incumplimiento contractual y como, de todos modos, el tribunal niega la indemnización sobre la base de sostener que “carecen de entidad suficiente”. Se reconoce la existencia de un hecho ilícito que ocasiona un daño, pero éste, no llega a ser resarcible por la escasa magnitud que presenta.

Otro ejemplo se aprecia en la sentencia del TAC 7º, de 8 de marzo de 2008, que exige para indemnizar el daño moral proveniente de un incumplimiento contractual que el acreedor surja un “hondo sufrimiento y menoscabo espiritual”⁵¹.

5.2.3. LESIONES LEVES

Otra posición restrictiva sostenida por la jurisprudencia uruguaya es la negación de la indemnización del daño moral producido por lesiones leves.

Un ejemplo de esta postura se encuentra en la sentencia del TAC 2º, de 26/04/06.⁵² En dicho fallo, se expresa:

“Ambas actores sufrieron lesiones leves a saber, ‘erosiones leves en miembro inferior derecho’, una, en tanto que la otra ‘traumatismos leves’, cuya menguada entidad no configura daño moral relevante e indemnizable”.

En esta sentencia, se identifica daño moral con dolor padecido. Como la lesión es leve, el dolor sufrido por la víctima sería de poca entidad y no configuraría daño moral. En realidad, se acepta que existe daño extrapatrimonial, pero no que éste sea resarcible, negando la indemnización correspondiente.

5.2.4. ESTADOS DE ANGUSTIA O SHOCKS EMOCIONALES O NERVIOSOS

La posición paradigmática de restricción del resarcimiento del daño moral se encuentra en los estados de angustia o shocks nerviosos que padezca una persona como causa de un accidente de tránsito.

Esta postura se ha sostenido tradicionalmente y permanece sin fisura alguna. Como ejemplo de ella, se presenta la sentencia del TAC 6º, de 20/03/2003⁵³.

⁵¹ ADCU T. XXXVII, c. 194.

⁵² ADCU, T. XXXVII, c. 191.

⁵³ ADCU T. XXXIV, c. 147.

“Los estados de angustia, nervios o ‘schoks’ emocionales causados por un accidente, siempre que sean normales y guarden proporción con el hecho que los provoca, no configuran hipótesis de daño moral, figura cuya propia existencia requiere cierta gravedad o dimensión del perjuicio. Lo contrario implicaría su indemnización ante cualquier ilicitud, sea de origen contractual o extracontractual, con riesgo de incurrir en exceso manifiesto –cuando no absurdo– al condenar a indemnizar toda alteración emocional o espiritual, aún ínfimas, con cifras muy menores o exiguas”.

La sentencia considera que el daño extrapatrimonial sólo se configura si tiene una cierta gravedad. En realidad, admite que existe un daño, pero que éste no se repara por su escasa entidad.

Agrega otro fundamento: indemnizar el daño moral de poca entidad, significaría reparar los perjuicios de “cualquier ilicitud”, con lo cual está previendo que determinados daños producidos por hechos ilícitos no se indemnizan.

Finalmente, afirma que no corresponde indemnizar los perjuicios de montos bajos, es decir, “muy menores o exiguos”.

6. CRÍTICA A LOS FUNDAMENTOS DE LA POSICIÓN QUE EXIGE UNA ENTIDAD MÍNIMA DEL DAÑO MORAL.

Los fundamentos de las posiciones jurisprudenciales referidas deben ser objeto de reflexión crítica. Según las bases normativas analizadas *supra* (numeral III), las sentencias que siguen las posturas restrictivas mencionadas respecto a la resarcibilidad del daño moral no se ajustan a lo dispuesto por el sistema jurídico y deben ser corregidas. Dichos fallos, al no aplicar reglas generales previstas en normas constitucionales y legales, lesionan derechos fundamentales de las personas.

6.1. VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO

Todo individuo tiene derecho a que se le repare el daño padecido, no importando su entidad. Y, también, a que ese daño sea resarcido en su totalidad. Dichas reglas surgen de un conjunto de disposiciones normativas que fueron referidas antes, como los arts. 7, 72 y 332 de la Constitución y los arts. 1319, 1323, 1342, 1345,

entre otros, del Código Civil, y con respecto a ellas se encuentra de acuerdo la totalidad de la doctrina y de la jurisprudencia⁵⁴.

La negativa a resarcir el daño extrapatrimonial de escasa entidad tiene como consecuencia directa que, toda aquella persona que sufre un perjuicio de tal naturaleza, ve afectado su derecho a que todos los daños padecidos por él, a causa de un hecho ilícito atribuible a otra persona, sean reparados en su totalidad.

Por un lado, la víctima no es reparada; por el otro, el victimario es exonerado de responsabilidad. Según esta posición jurisprudencial, los justiciables deben resignarse a que los daños extrapatrimoniales de escasa entidad no tengan reparación. Es una postura contraria a derecho, y como tal absolutamente injusta.

El monto bajo a fijar no debe amilanar al Juez. Si el daño moral existe, entonces lo debe indemnizar. Si la entidad del perjuicio extrapatrimonial determina una indemnización de bajo monto, entonces, el sujeto responsable debe abonar ésta y la víctima quedará reparada respecto del daño padecido⁵⁵.

Se ha señalado desde la propia doctrina que, aun cuando el daño sea de escasa entidad, existe como tal y debe ser reparado⁵⁶. Su magnitud tiene relevancia, únicamente, a la hora de fijar el monto indemnizatorio. A un daño moral de escasa entidad, le corresponde una indemnización de escaso monto. Pero, bajo ningún concepto puede admitirse que, una vez constatado el daño, no se le repare, aduciendo la falta de gravedad.

6.2. CONCEPTO DE DAÑO MORAL NO AJUSTADO A DERECHO

Como se ha señalado antes, GAMARRA ha sostenido que no hay daño moral si la entidad del perjuicio no alcanza una gravedad diferente y los Jueces uruguayos sostienen en la actualidad dicho criterio. Expresa el civilista en cita: "(...) la jurisprudencia uruguaya puede encontrar defensa y apoyo si planteamos la cuestión desde otro ángulo: el daño moral no resulta irresarcible porque le falte cierta entidad cuantitativa; no lo es porque en esos casos donde la jurisprudencia destaca la ausencia de una entidad mínima *no existe daño moral* (cursiva en el original). Para que haya daño moral es menester que se profile una cierta especie de perjuicio cuyos

⁵⁴ Véase lo expresado en el numeral III de este trabajo.

⁵⁵ Hago notar que la sentencia del TAC 6º, de 20/03/2003, antes citada, niega la indemnización por un daño moral de escasa entidad, argumentando que se caería en un exceso si se indemnizaran los daños de escasa entidad "con cifras muy menores o exiguas".

⁵⁶ VENTURINI, (n. 23), p. 77 y 107-109.

caracteres (a fin de determinación legal) la jurisprudencia se encarga de precisar”. Y más adelante agrega: “Ante textos legales vacíos de contenido, o normas en blanco, la jurisprudencia uruguaya tenía derecho a elegir, y lo hizo de la manera que acaba de verse, aunque también hubiera podido adoptar otra noción más amplia”⁵⁷.

No se tiene el honor de compartir la opinión antedicha.

El daño moral es, como se señaló *supra*, el cambio adverso mensurable en el ámbito extrapatrimonial de la persona. Si la persona sufre la afectación de derechos que se encuentran en dicho ámbito, entonces se produce el daño moral. La magnitud del daño no define a éste.

Las disposiciones del derecho uruguayo que prevén la reparación del daño no son “normas en blanco” o “textos legales carentes de contenido”, respecto de las cuales la jurisprudencia puede decidir discrecionalmente. Son normas de derecho positivo concretas y específicas que establecen el derecho de la víctima a ser indemnizada integralmente del daño sufrido. No exigen que el daño requiera de una determinada entidad para ser tal. Toda lesión de los derechos de la persona causado por un hecho dañante atribuible a un sujeto responsable es un daño y debe ser reparado en su totalidad.

Considerar que el daño moral no es daño porque no es grave, es una contradicción en los términos. El daño no se conceptualiza por su entidad, sino por la lesión de situaciones jurídicas activas de las que es titular la persona.

El concepto de daño moral utilizado por los Jueces orientales viola el principio de igualdad establecido por el artículo 8 de la Constitución de la República. En efecto, se repara el daño patrimonial de cualquier entidad, mientras que, para la indemnización del daño moral, se requiere una determinada gravedad. Si una persona sufre un daño patrimonial, es resarcido en su totalidad, no importando la gravedad del perjuicio padecido. En cambio, si la persona padece un daño moral, para que sea indemnizada se requiere que éste tenga una cierta gravedad. Si no la alcanza, la persona perjudicada no recibe indemnización alguna.

⁵⁷ GAMARRA, (n. 7), p. 69.

6.3. INDEFINICIÓN DEL MONTO MÍNIMO DE DAÑO NECESARIO PARA LA RESARCIBILIDAD AUMENTA LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

La posición restrictiva considera que se requiere un mínimo de entidad para que el daño moral sea resarcido. Ese límite mínimo queda a criterio de quien imparte justicia, pues no existe previsión legal al respecto.

Por el contrario, como se indicó, las disposiciones normativas imponen, como regla general, la reparación de todo el daño padecido por la víctima. Como consecuencia, no prevén reglas generales que limiten la indemnización de los daños a la víctima.

Por dicho motivo, se considera que la posición restrictiva debe ser rechazada.

La misma consideración merece la posición, según la cual, exigir una entidad mínima del daño moral para resarcirlo, significa que hay daño moral sólo si el perjuicio alcanza dicha magnitud.

En ambas posiciones, en cuanto el Juez no tiene como guía ninguna disposición normativa que lo ampare, su margen de discrecionalidad es muy amplio. Si, de acuerdo con la posición restrictiva sostenida por la jurisprudencia uruguaya, el daño moral sólo se repara en caso que tenga una cierta gravedad, entonces, el límite entre lo indemnizable y lo que no lo es, queda sujeto a la magnitud que le otorgue el Juez al daño ocasionado. El resarcimiento del daño extrapatrimonial dependerá de la decisión judicial respecto a la existencia, o no, de entidad suficiente del perjuicio padecido por la víctima.

Lo que para un Juez puede tener una entidad mínima, para otro no lo tiene. La subjetividad del juzgador se impone como eje central en la reparación del daño moral. Le basta sostener que el daño extrapatrimonial no tiene la gravedad suficiente, para rechazar la petición indemnizatoria.

Sin embargo, el legislador reguló la reparación del daño de modo diferente. Estableció el derecho de la persona a la reparación de la totalidad de los daños causados por el sujeto responsable. No exigió ningún piso mínimo para dicho resarcimiento. Si el daño se produce, debe ser reparado íntegramente. Muy lejos estuvo de prever que el Juez tuviera el poder de decidir no reparar un perjuicio, por el hecho que éste no tuviera la entidad que a él le parezca suficiente.

La reparación del daño en su totalidad es un derecho humano que el Juez debe respetar.

Esta obra se terminó de imprimir
en diciembre de 2013
en los Talleres Digitales de
GRUPO EDITORIAL IBAÑEZ S.A.S.
Cra. 69 Bis # 36-20 Sur
Tels: 2300731-2386035
Bogotá, D.C. - Colombia