



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

EL 'DAÑO A LA PERSONA' EN
MATERIA DE RESPONSABILIDAD
CIVIL EXTRA CONTRACTUAL.
ESPECIAL REFERENCIA A LOS
DAÑOS DERIVADOS DE LA
RESPONSABILIDAD CIVIL FAMILIAR

Diana Rangel-Sánchez

Piura, agosto de 2015

FACULTAD DE DERECHO

Área Departamental de Derecho

Rangel, D. (2015). *El 'daño a la persona' en materia de responsabilidad civil extracontractual. Especial referencia a los daños derivados de la responsabilidad civil familiar* (Tesis de licenciatura en Derecho). Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú.



Esta obra está bajo una licencia

[Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

[Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura](https://repositorio.institucional.pirhua.edu.pe/)

DIANA LIZBETH RANGEL SÁNCHEZ

**“EL ‘DAÑO A LA PERSONA’ EN MATERIA DE
RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL.
ESPECIAL REFERENCIA A LOS DAÑOS DERIVADOS
DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL FAMILIAR”**



UNIVERSIDAD DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

Tesis para optar el título de abogado.

2015

APROBACIÓN

La tesis titulada: “El ‘daño a la persona’ en materia de responsabilidad civil extracontractual. Especial referencia a los daños derivados de la responsabilidad civil familiar” presentada por **Diana Lizbeth Rangel Sánchez**, en cumplimiento con los requisitos para optar el Título de Abogado, fue aprobada por el Director de tesis: Dra. Maricela Gonzales Pérez de Castro.

Director de Tesis

DEDICATORIA

Dedico el presente trabajo a mis padres, Irma y Samuel por el respaldo, constante apoyo y porque siempre me aconsejaron perseguir mis sueños.

Índice

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: ASPECTOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL	3
1.1. Responsabilidad Civil en general	3
1.2. Los elementos constitutivos de la Responsabilidad Civil	10
1.2.1. Daño resarcible.....	10
1.2.2. Criterio de imputación	12
1.2.3. Relación de causalidad	12
1.3. Funciones de la responsabilidad civil	14
1.4. Responsabilidad Civil derivada de inejecución de las obligaciones y Responsabilidad Extracontractual o Aquiliana...	16
1.5. Clasificación del daño	20
CAPÍTULO II: DAÑO A LA PERSONA	24
2.1. El daño a la persona en la legislación peruana.....	24
2.1.1. El daño a la persona en el Código Civil de 1936.....	28
2.1.2. Comisión Reformadora, Comisión Revisora del Código Civil de 1936 y novedad del daño a la persona.....	29
2.1.3. El Código Civil Peruano de 1984 y su sistemática.....	31
2.2. La clasificación del daño a la persona en el pensamiento del profesor Carlos Fernández Sessarego.....	33
2.3. Deslinde terminológico entre daño moral y daño a la persona...	34

CAPÍTULO III: DAÑO AL PROYECTO DE VIDA	37
3.1. La libertad ontológica y la libertad fenoménica.....	38
3.2. ¿Qué es el proyecto de vida?	39
3.3. Proyecto de vida y proyectos de vida	40
3.4. Gravedad del daño al proyecto de vida	41
3.5. Frustración, menoscabo y retardo en el cumplimiento del Proyecto de vida.....	42
3.6. Consecuencias del empleo del concepto del genérico daño a la persona y su especie daño al proyecto de vida.....	43
3.6.1. Plusresarcimiento.....	43
3.6.2. Concurrencia de resarcimientos/compensaciones por un mismo daño	45
3.6.3. Vulnere la igualdad en la aplicación de la ley	45
3.6.4. El proyecto de vida no es asegurable.....	47
3.6.5. El proyecto de vida no es un interés digno de tutela	47
CAPÍTULO IV: DAÑOS EN LAS RELACIONES DE FAMILIA	49
4.1. Daños en las relaciones de familia.....	50
4.2. Argumentos a favor y en contra del resarcimiento.....	51
4.3. Análisis de jurisprudencias sobre daños en las relaciones familiares.....	52
4.3.1. Daños derivados del incumplimiento de un deber conyugal.....	52
4.3.2. Daños derivados por atentar contra el proyecto de vida matrimonial.....	53
4.3.3. Daños derivados a cónyuge derivado de bigamia.....	56
4.3.4. Daños derivados de la responsabilidad de los padres ante el nacimiento del hijo con una enfermedad congénita	57
CONCLUSIONES	59
BIBLIOGRAFÍA	63
ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA	69

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

AED	Análisis Económico del Derecho
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
Cas.	Casación
C.C.P.	Código Civil Peruano
Exp.	Expediente
Cfr.	Confróntese
v. gr.	Verbigracia
p. e.	Por ejemplo
<i>op. cit.</i>	Obra citada
pp.	Páginas
et.alt.	Y otros

INTRODUCCIÓN

El Código Civil Peruano de 1984, al introducir dentro de su articulado el *daño moral* y el novedoso *daño a la persona*, ha suscitado una serie de polémicas en cuanto a la clasificación del daño, toda vez que existe discusión en la doctrina respecto a cuál de las dos categorías es género o cuál es especie, o si este último es una categoría distinta a la de daño material o moral, constituyendo un tercer género.

Ahora bien, uno de los problemas que se suscitan tanto en la Responsabilidad Civil Extracontractual como en el Derecho de Familia, se refiere a los daños ocasionados en las relaciones familiares, tema muy poco abordado por la doctrina y jurisprudencia en el país.

En esa línea, como objetivo principal en el presente trabajo trataré de determinar los efectos que se producen como consecuencia del empleo del concepto del daño a la persona y de su subespecie daño al proyecto de vida, sobre el marco de los daños derivados de la responsabilidad civil familiar a raíz del análisis y estudio de la jurisprudencia que existe sobre la materia.

La estructura del presente trabajo se divide en cuatro capítulos. En el primer capítulo abordaré los aspectos generales de la responsabilidad civil, los elementos constitutivos de esta, las funciones de la responsabilidad civil, el concepto de daño y su clasificación.

En el segundo capítulo trataré sobre el tema del *daño a la persona*, su origen y su posterior inserción en la codificación civil peruana. De igual manera, abordaré la clasificación del daño en el pensamiento de

FERNÁNDEZ SESSAREGO, principal propulsor de este concepto en el Perú. Finalizaré el segundo capítulo con el deslinde terminológico entre daño moral y daño a la persona.

En el tercer capítulo abordaré el *daño al proyecto de vida* en el pensamiento de FERNÁNDEZ SESSAREGO. Asimismo, analizaré los conceptos de libertad ontológica y libertad fenoménica para poder entender según el ideario de su autor esta categoría, como elementos conformantes de la unidad inescindible del ser humano -a juicio de FERNÁNDEZ SESSAREGO-, el concepto de proyecto de vida, la diferencia entre 'proyecto de vida' y 'proyectos de vida', la gravedad del daño al proyecto de vida; frustración, menoscabo y retardo en el cumplimiento del daño al proyecto de vida. Para finalizar el capítulo, estudiaré las consecuencias jurídicas que se derivan del empleo del daño a la persona y daño al proyecto de vida.

En el cuarto capítulo trataré los daños derivados de las relaciones familiares, los argumentos a favor y en contra del resarcimiento de este tipo de daños. De igual forma, analizaré mediante el uso de la jurisprudencia las consecuencias que se derivan del empleo del concepto de *daño a la persona* y *daño al proyecto de vida* en las relaciones de familia y si es apropiado o no su uso.

Al finalizar propondré conclusiones, tomando posición sobre los temas desarrollados, aportando a la doctrina un estudio sobre el tema

CAPÍTULO I: ASPECTOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

1.1. Responsabilidad Civil en general

Afirmar que en nuestra sociedad actual, producto de la vida de relación, se producen daños es un axioma, una verdad que no amerita demostración alguna. Estos daños se derivan de las más variadas causas: de un accidente automovilístico, de una riña callejera, productos defectuosos, la muerte de un ser querido, la pérdida de un brazo, la competencia lícita entre empresas, etc. Circunstancias que tienen como correlato la coexistencia del hombre en la sociedad.

En ese sentido, la Responsabilidad Civil es aquella área del Derecho que se encarga de resarcir o compensar a quien se le haya causado daño, ya sea por el deber general de no dañar a otros (*alterum non laedere*) o por el incumplimiento de obligaciones¹. En el primer caso se hace referencia a la denominada “responsabilidad civil aquiliana” o “extracontractual”, mientras que en la segunda se refiere a la

¹ Para ESPINOZA, la responsabilidad civil es una “técnica de tutela (civil) de los derechos (u otras situaciones jurídicas) que tiene por finalidad imponer al responsable (no necesariamente el autor) la obligación de reparar los daños que este ha ocasionado” (Cfr. *Derechos de Responsabilidad Civil*, 7ª ed., Rodhas, Lima, 2013, p. 46). De otro lado, en otros ordenamientos jurídicos, como el italiano, hacer referencia a la “responsabilidad civil” es hacer referencia a la responsabilidad aquiliana: aquella que se deriva de un hecho ilícito; en contraposición a la responsabilidad contractual, derivada de la inejecución de obligaciones.

responsabilidad por inejecución de obligaciones o también llamada contractual. Es por ello que la responsabilidad civil tiene capital importancia en el ordenamiento jurídico, pues posibilita la tutela de derechos, si bien con posterioridad a la ocurrencia de un daño.

Considero que el empleo de la denominación “responsabilidad civil” es preferible a la de “Derecho de Daños”². La razón de ello es que en el primero se hace especial referencia al responsable del daño y quien soportará la disminución económica para resarcir o compensar al dañado como consecuencia de un juicio de responsabilidad, que es la esencia de esta área del Derecho Civil; mientras que en el segundo solo se hace especial referencia al menoscabo a la consecuencia económica o no económica que sufre el dañado, dejando a un lado el juicio de responsabilidad civil.

En la antigüedad, partiendo del instinto natural de quién era víctima de un daño podemos afirmar que el primer mecanismo de solución de conflicto, fue la venganza. En ese sentido, la doctrina es pacífica al señalar al Código de Hammurabi como antecedente más remoto de la responsabilidad civil, aunque en Roma no era conocida como tal sino comúnmente denominada como “ley de talión”, en la que se hacía sufrir al dañador con la misma intensidad con la que este causó el daño³.

Otro antecedente en el que podemos apreciar lo delictual de la responsabilidad civil fue resultado de las prescripciones de la Ley de las

² Quienes se muestran a favor del denominado ‘Derecho de Daños’: Cfr. FERNÁNDEZ, Carlos, *El derecho a imaginar el Derecho*, IDEMSA, Lima, 2011, pp. 650 ss.; TABOADA, Lizardo, *Elementos de la Responsabilidad Civil*, Comentarios a las normas dedicadas por el Código Civil a la responsabilidad Contractual y Extracontractual, 3^a ed., Grijley, Lima, 2013, p. 38; COLLANTES, Jorge (dir.) En: *Derecho de Daños. Una perspectiva contemporánea*, Motivensa, Lima, 2011; BUERES, Alberto, *Derecho de Daños, Hammurabi*, Buenos Aires, 2001, pp. 20 ss.; DIEZ-PICAZO, Luis, *Derecho de Daños*, Civitas, Navarra, 1999, pp. 42 ss.

³ Weber señala a la venganza como reacción a conductas desviadas: “En los ordenamientos arcaicos la reacción a lo desviado [torto] se configura en la venganza, contra el ofensor o el grupo al cual pertenece, que tiende a convertirse en los términos característicos de la compensación en dinero, facultativa, y en seguida decididamente obligatoria”. (“*Negli ordinamenti arcaici la reazione al torto si configura nei modi della vendetta, contro l’offensore o il gruppo cui appartiene, che tende ben presto a trasformarsi nei termini caratteristici della compensazione in denaro facoltativa, ed in seguito addirittura obbligatoria.*”) SCOGNAMIGLIO, Renato, *Responsabilità Civile e Danni*, Giapicchelli Editore, Torino, 2010, pp. 41-42.

XII Tablas en la que se aplicaba la ley de talión en los supuestos *membrum ruptum*, es decir, lesiones que alteren gravemente la funcionalidad de alguna parte del cuerpo. Sin embargo, si el lesionado daba su asentimiento en que se le dé una suma de dinero, el agresor quedaba liberado del castigo físico⁴.

En Roma, en el siglo III a. C, se emitió la Lex Aquilia, la cual toma el nombre en honor a un tribuno de la plebe llamado Aquilio, con esta ley se regulaba el daño ocasionado a las cosas ajenas: “*damnum iniuriam datum*”⁵. En este supuesto el acto dañoso contraría el derecho sin ninguna justificación (contra ius), es decir, *iniuria*, la conducta es dolosa. Además “*el autor del ilícito no queda meramente sometido a una sanción pecuniaria: lo que sucede es que nace para él la obligación de pagar una suma de dinero o de satisfacer un crédito equivalente al valor de la cosa destruida*”⁶.

Ahora bien, el concepto de la culpa se forma a propósito de la lectura que hacen los juristas sobre el posible reconocimiento de responsabilidad aquiliana en la producción del resultado *damnum* interviniendo una conducta humana reprobable. Ello se evidencia en la obra de PLAUTO y TERCENCIO con el empleo de culpa con el valor culpabilidad en el sentido de imputabilidad del hecho al autor del mismo y culpa en tanto acción culpable (imputable al agente)⁷.

Aproximadamente, cinco siglos después, en la época de la dinastía Severa romana, se presenta la concepción del daño como pérdida patrimonial (*amissio*) y todo queda confinado a la patrimonialidad, no reconociéndosele relevancia al daño moral. También se establece que la culpa es el presupuesto de la responsabilidad civil, teniéndose que complementar con el daño para generar obligación indemnizatoria y la función mixta de la responsabilidad civil se entiende en sancionatoria y

⁴ Cfr. LEON, Leysser, *La Responsabilidad Civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, 2ª ed. Jurista, Lima, 2007, pp. 81-82.

⁵ *Ibidem*. pp. 85-86. Según ALBANESE, dicha ley data exactamente del año 286 a.C. Cfr. ALPA, Guido, *Trattato di Diritto Civile. Vol IV. Responsabilità Civile*. trad. de L. LEON, *Nuevo Tratado de la Responsabilidad Civil*, Jurista, Lima, 2006, p. 52.

⁶ Cfr. *Ibidem*. p. 87.

⁷ Cfr. CASTRESANA, Amelia, “La Responsabilidad Aquiliana: Bases históricas para una construcción jurídica actual”, En: *Derecho Civil y Romano. Cultura y Sistemas Jurídicos Comparados*, ADAME, Jorge (Coord.), UNAM, México D.F., 2006, pp. 301-302.

resarcitoria. Posteriormente, por obra de BALDO, ACCURSIO, AZZONE, DONELLO, ALCIATO se confirma a la culpa como presupuesto subjetivo siempre presente, se da la inclusión del daño moral y se precisa la distinción entre daño contractual y extracontractual⁸.

El cambio de rumbo se da con DOMAT y POTHIER que fueron quienes influyeron en las ideas de los redactores del código civil francés o también llamado *Code Napoléon*. El primero da las bases de la creación de la cláusula normativa general al prescindir de una referencia de las normas particulares para informar la evaluación global de comportamiento, entendiendo por hecho ilícito no solo lo expresamente prohibido por la ley, sino también aquellos actos contrarios a la equidad, honestidad y las buenas costumbres, hasta cuando no existan leyes que las prevean, por ser estas contrarias a las leyes divinas y humanas⁹.

Ahora, estos hechos ilícitos también se fundaban en que no era necesario que se causen personalmente, sino que se obligaba a mantener los bienes y las pertenencias en un estado que no cause daño a otro. De otro lado, POTHIER, retomando la partición en delitos y cuasidelitos, identifica como características del hecho ilícito, los siguientes: el elemento subjetivo (dolo, culpa), el elemento objetivo (daño) y la conciencia que comporta la imputabilidad¹⁰.

Por otra parte, según el jurista de Orleans, los contratos obligan a las partes que participaron de la convención, mientras que los cuasicontratos, una persona se obligaba a otra sin haber existido convención alguna entre ellas¹¹.

La elaboración del *Code Napoleon* tomó en cuenta los planteamientos de DOMAT. Ejemplo de ello es el art. 1382 del Código

⁸Cfr. ALPA, Guido, *op. cit.*, pp. 54-57.

⁹*Ibidem*, p. 61. En ese sentido, desde la antigüedad se aprecia el uso creciente de la responsabilidad civil de las cláusulas generales pudiéndosele llenar de contenido, superándose así los inconvenientes que presenta el desfase de las reglas con el paso del tiempo. El contenido de la cláusula general puede ser reactualizado a través de la jurisprudencia. Sobre el peligro del abuso de las cláusulas generales: Cfr. MIQUEL, José, "Las cláusulas generales y el desarrollo judicial del Derecho", *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM*, Madrid, 1997, pp. 297-326.

¹⁰Cfr. ALPA, Guido, *ob. cit.*, pp. 61-64.

¹¹ Cfr. POTHIER, Robert, *Tratado de las Obligaciones*, Atalaya, Buenos Aires, 1947, p. 71.

Civil francés que señala: “[c]ualquier hecho del hombre que causa un daño a otro, obliga a aquel por cuya culpa hubiera ocurrido, a repararlo”. Dicho precepto se complementa con otras disposiciones del *Code Napoleon*, como la establecida en su art. 1384, la cual señala que no solamente se es responsable del daño causado por hecho propio, sino también del causado por hecho de las personas de las que se debe responder o de las cosas que uno tiene bajo su guarda. Asimismo, el art. 1383, que prescribe que la responsabilidad deriva no solamente del propio hecho, sino de la negligencia e imprudencia. Finalmente, el art. 1385 que recoge la responsabilidad del propietario de un animal¹².

La herencia del *Code Napoleon* francés pasó al Código Civil italiano de 1865, al Código Civil argentino de 1869 y al Código Civil español de 1889¹³. Nuestro primer Código Civil Peruano (C.C.P.) de 1852 también se vio influenciado por la codificación francesa y adopta el sistema subjetivo. Este código también adopta el sistema objetivo en determinados artículos, v. gr. el art. 2197° señalaba que el que vive en una casa es responsable de los daños que causen las cosas arrojadas de esta; pero puede repetir contra autor del daño.

En el C.C.P. de 1936, el legislador se mantuvo en la tradición de la culpa, sin embargo, en años posteriores la doctrina se inclinó por la teoría objetiva e interpretaron los artículos con base a esta¹⁴. Así pues, el art. 1136 del C.C.P. de 1936 indicaba que “cualquiera que por sus hechos, descuido o imprudencia, cause un daño a otro, está obligado a indemnizarlo”. Cuando los jueces interpretaban “hechos”, le daban una connotación objetiva, como responsabilidad sin culpa¹⁵.

El C.C.P. de 1984 .Adopta, el sistema subjetivo, el objetivo y el tema de seguros. Dentro de las novedades que trajo esta codificación respecto a su antecesora, está la denominación del “daño a la persona”,

¹² Cfr. DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Tomo V. La Responsabilidad Civil Extracontractual*, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2011, p. 86.

¹³ *Ibidem*, pp. 87-88.

¹⁴ Cfr. DE TRAZEGNIES, Fernando, *La responsabilidad civil extracontractual*, vol. IV. Tomo I. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 7ª ed., Lima, 2005, p. 99.

¹⁵ Con el pasar de los años, los jueces interpretaban “hechos” y les daban una connotación objetiva, como responsabilidad sin culpa.

en su art. 1985 del C.C.P, de notoria importación de la doctrina italiana, siendo su principal impulsor el profesor FERNÁNDEZ SESSAREGO.

En cuanto a la responsabilidad por inexecución de obligaciones, el C.C.P de 1984 establece como incumplimiento de la obligación no solo al incumplimiento total, sino también a las demás contravenciones del crédito: incumplimiento parcial, tardío o defectuoso por causa imputable al deudor¹⁶. El sistema que adopta nuestro ordenamiento jurídico es uno netamente subjetivo (dolo y culpa leve o inexcusable), no contemplando supuesto alguno de criterio de imputación objetivo.

Ahora bien, un punto importante dentro del estudio de la Responsabilidad Civil, en general y de la Responsabilidad Civil Extracontractual, lo constituye el Análisis Económico del Derecho (AED). Este modo de argumentación jurídica tiene dentro de sus áreas específicas de desarrollo a Derechos de propiedad, Contratos, y la Responsabilidad Civil.

Así pues, la responsabilidad civil en el AED se identifica con un conjunto de reglas a través de las cuales se promueven una eficiente asignación de recursos. El primer teorema de Coase en ocasiones resulta impracticable debido a los elevados costos de transacción -que comprenden también los costos de información y la imposibilidad de identificar *ex ante* los sujetos interesados, esto es, dañante y dañado. Escenario distinto sería donde las reglas sean elegidas por las partes en ausencia de costos de transacción¹⁷. Debido a ello, el segundo teorema de Coase exige que ante costos de transacción altos el Estado intervenga a través del Derecho.

Es así que la responsabilidad civil persigue el modelo de la eficiencia como finalidad del sistema y, además, sugiere que la actividad

¹⁶ Cfr. Art. 1321° del C.C.P. de 1984: “*Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.*

El resarcimiento por la inexecución de obligaciones o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inexecución.

Si la inexecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita el daño que podía preverse al tiempo que ella fue contraída.”

¹⁷ Cfr. FREZZA, Giampaolo y PARISI, Francesco, *Responsabilità civile e analisi economica*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 1-2.

creadora del riesgo sea ejecutada solo si de ella pueda extraerse más utilidad que daño mediante el empleo de análisis costo-beneficio. De otro lado, en cuanto a la externalidad, los daños derivados de ilícitos civiles entran en dicha categoría. La externalidad se trata de costos impuestos a sujetos que son extraños a la actividad generadora del daño y que soportan parte de los costos impuestos por quienes perciben las ventajas de la actividad¹⁸.

En la responsabilidad extracontractual también puede analizarse - entre otros temas- lo relacionado a los “incidentes unilaterales”, que son supuestos en los cuales el daño, de modo exclusivo, depende del comportamiento del causante, esto es, del nivel de precaución adoptado por este. Si ambas partes pueden adoptar un cierto nivel de precaución, se tiene un “incidente bilateral”¹⁹.

El primer jurista Peruano en abordar el AED en la responsabilidad civil fue DE TRAZEGNIES²⁰, en su obra “La Responsabilidad Civil Extracontractual” quien abordaría conceptos tales como Teorema de Coase, Optimo de Pareto, *cheapest cost avoider*, etc., temas revolucionarios para la época en que fueron planteadas en sede nacional.

Considero importante mencionar que el modo de argumentación jurídica -argumentación económica- constituye una importante herramienta -entre las muchas que existen- para el estudio de la responsabilidad civil en general, sin embargo, los cultores de esta rama del derecho pretenden que solo bajo esa óptica económica se analice las instituciones legales, opinión que no comparto. Es importante recordar que para interpretar las reglas jurídicas existe el argumento literal, histórico, sistemático, teleológico, etc.; siendo el económico uno de tantos.

¹⁸ Cfr. *Ibidem*, pp. 3-4. En ese orden de ideas, si producto de una actividad minera, la ganancia que va a derivar de tal actividad se estima en 150, los daños que se causarán a la comunidad es de 50 y los gastos que se realizarán para neutralizar los daños producidos en la comunidad ascienden 60; tal actividad es eficiente pues de ella se puede extraer más utilidad que daño.

¹⁹ Cfr. PORRINI, Donatella, “La responsabilità extracontrattuale”, En: *Lezioni di Analisi Economica del Diritto*, Giappichelli Editore, Torino, 1998, p. 108.

²⁰ Cfr. *La responsabilidad extracontractual*, Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. IV, Tomo I, 7ª ed., Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001, p. 71.

1.2. Los elementos constitutivos de la Responsabilidad Civil

Los elementos esenciales, para que se declare procedente la distribución de bienes del causante jurídico hacia el damnificado son: daño resarcible, criterios de imputación y relación de causalidad. A continuación precisaré cada uno de ellos.

1.2.1. Daño resarcible

Su constitución es necesaria para que exista responsabilidad civil, tanto en la responsabilidad aquiliana como en la responsabilidad por inejecución de obligaciones²¹.

Es preciso definir lo que significa el daño, y para ello considero importante acudir a la doctrina y ver cómo se ha pronunciado al respecto. Así pues, podemos ver que en *doctrina nacional*, se indica que el daño desde una perspectiva jurídica “es una condición desfavorable para un sujeto de derecho que merece ser resarcida, siempre que el evento que la ha producido afecte una posición protegida por el ordenamiento, y cuando sea imputable a otro sujeto, según un juicio reglamentado por la ley”²². De otro lado, otro sector doctrinal equipara el daño con la “lesión de un interés”. También se señala que el daño es sinónimo de “lesión sufrida” y de “lesión a un interés jurídicamente protegido”²³. Es por ello que se ha anotado que: “La fórmula más exacta parece aquella que define el daño jurídicamente indemnizable como toda lesión a un interés jurídicamente protegido, bien se trate de un derecho patrimonial o extrapatrimonial”²⁴.

²¹Una de las diferencias entre la responsabilidad civil y la penal es que en el primero debe operar siempre el daño, mientras que en el segundo se puede prescindir de él, pues, puede existir responsabilidad penal con la tentativa, pese a no haber realizado los elementos objetivos del tipo penal.

²² LEÓN, Leysser, *La R...*, *op. cit.*, p. 151.

²³ Cfr. URIBURU, Jhoan, *Introducción al sistema de la responsabilidad civil. Una aproximación a los supuestos, elementos, requisitos y presupuestos de la responsabilidad civil*, Grijley, Lima, 2009, p. 145.

²⁴ TABOADA, Lizardo, *op. cit.*, p. 72.

Una vez llegado a este punto, abordaré el estado de la doctrina comparada respecto al daño. En ese sentido, en la *doctrina argentina*, cierto sector de autores lo equipara a la lesión de derechos subjetivos. Para ellos, habrá daño en sentido amplio cuando se lesiona un derecho subjetivo, y habrá daño en sentido estricto cuando “la lesión recaiga sobre ciertos derechos subjetivos, patrimoniales o extrapatrimoniales, cuyo menoscabo genera –en determinadas circunstancias– una sanción patrimonial”²⁵. De otro lado, cierta doctrina señala que “el daño puede entenderse en un sentido amplio y en otro restringido, tratándose del primero, como toda lesión a un derecho subjetivo; mientras que el segundo es todo menoscabo o desmedro patrimonial que sufre alguien”²⁶. Mientras que otro sector señala que habrá daño en sentido lato cuando alguien desborda su órbita de facultades e invade la ajena²⁷.

En la *doctrina española*, cierto sector equipara el daño al “menoscabo en la persona o en su patrimonio”. En ese orden de ideas, se señala que daño es “todo menoscabo material o moral causado contraviniendo una norma jurídica, que sufre una persona y del cual hay el responder de otra”²⁸. En esa línea, se define al daño como “menoscabo que, a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona, ya sea en sus bienes vitales naturales, su propiedad o patrimonio”²⁹.

Ahora bien, después de analizar la doctrina sobre el tema en cuestión, considero que al daño se define como el menoscabo que sufre la persona y de la que derivan consecuencias económicas y no económicas que es preciso resarcir, y, en su defecto, compensar.

²⁵ ALTERINI, Atilio A., *Responsabilidad Civil. Límites de la reparación civil*, 2ª Ed. 3ª Reimpr., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979, p. 123.

²⁶ LLAMBIAS, Jorge, *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, Tomo III, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006, p. 708.

²⁷ Cfr. BUSTAMANTE, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad*, Abeledo Perrot, 5ª Ed. Buenos Aires, 1986: “Nadie está autorizado a desbordar su órbita de facultades e invadir la ajena. Si ello ocurre se configura el daño en sentido lato”.

²⁸ PUIG, José, *Compendio de Derecho Civil*, Tomo II, 3ª ed., actualizada y revisada por Carles J. Malaquer de Motes I Bernet, Bosch, Barcelona, 1997, p. 632.

²⁹ LA CRUZ, José Luis et al., *II Derecho de Obligaciones. Contratos y Cuasicontratos. Delito y Cuasidelito*, Volumen Segundo, 4ª ed, revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández, Dykinson, Madrid, 2009, p. 458.

Asimismo, el daño tiene naturaleza *abstracta*. En ese sentido, nadie ve los daños, pues no existen huellas que permiten deducirlo³⁰.

Considero que los daños que pueden causarse a la persona, en sí misma considerada (el denominado daño biológico: p. e. pérdida de un brazo, de una pierna, etc.), no hace que varíe la entidad misma del daño. Es por ello que no comparto la tesis de la doctrina argentina citada que sostiene que hay daño cuando se lesiona un derecho subjetivo, pues la responsabilidad civil protege situaciones jurídicas y estas no se agotan en el binomio derecho subjetivo-deber jurídico.

1.2.2. Criterio de imputación³¹

Criterio de imputación significa a título de qué se responde civilmente. Se puede clasificar en: a) *Criterio subjetivo*: que responde al principio de la culpa en sentido amplio (abarca al dolo y culpa); b) *Criterio objetivo*: Que abarca al riesgo, garantía, peligrosidad, etc. Llamado objetivo porque se prescinde de la culpa del agente (culpa en sentido estricto y el dolo).

1.2.3. Relación de causalidad

Es la causa-efecto que debe existir entre la conducta antijurídica del autor y el daño causado a la víctima³². Entre las teorías más importantes que explican la relación de causalidad se encuentra:

³⁰ LEÓN, Leysser, *La R...*, *op. cit.*, p. 152.

³¹ Prefiero la terminología “criterio de imputación” que la de “factor de atribución” por ser la primera correcta. Siguiendo a LEÓN, el “*factor*” evoca a los componentes de la operación aritmética, mientras que “*atribución*” es un vocablo que no posee contenido jurídico. En la doctrina nacional incurren en dicho equívoco terminológico, ESPINOZA, Juan, *op. cit.*, pp. 150 ss.; TABOADA, Lizardo, *op. cit.*, pp. 111 ss.; URIBURÚ, Jhoan, *op. cit.*, pp. 122 ss., este último emplea términos como *factor de imputación* (relacionada a la responsabilidad subjetiva), y *factor de atribución legal* (relacionada a la responsabilidad objetiva). En cuanto a jurisprudencia donde se emplea el denominado “factor de atribución” puede revisarse la Cas. 5721-2011-Lima.

³² Cfr. TABOADA, Lizardo, *op. cit.* 97.

- i) *Teoría de la equivalencia de las condiciones*: Todas las condiciones tienen el carácter de necesarias, por ello, todas se elevan a la condición de la causa³³.
- ii) *Teoría de la causalidad adecuada*: Es aquella en la que según el curso normal y ordinario de los acontecimientos, debe ser capaz o adecuado para producir el daño causado³⁴.
- iii) *Teoría de la causalidad próxima*: Es la condición inmediatamente anterior a la producción del evento dañino (la que se halla más próxima a este³⁵).

El C.C.P. de 1984 adopta dos tipos de teoría de la relación de causalidad según se trate de responsabilidad civil extracontractual o por inexecución de obligaciones. Mientras que para la primera adopta la relación de causalidad adecuada³⁶; para la segunda, la causalidad próxima³⁷.

Ahora bien, al interpretar las reglas previstas en los arts. 1321° y 1984° del C.C.P. de 1984 no debe conllevar a ceñirse solamente a las mencionadas teorías de la relación de causalidad, pues existen otras teorías (causalidad probabilística, condición preponderante, etc.) que pueden resolver el caso en concreto de una mejor manera³⁸.

³³ Cfr. ESPINOZA, Juan, *op. cit.*, p. 211.

³⁴ Cfr. TABOADA, Lizardo, *op. cit.*, p. 99.

³⁵ Cfr. ESPINOZA, Juan, *op. cit.*, p. 212.

³⁶ Art. 1984° del C.C.P. de 1984: “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”.

(...)

³⁷ Art. 1321° del C.C.P. de 1984: “Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. El resarcimiento por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean **consecuencia inmediata y directa** de tal inexecución”.

(...)

³⁸ En ese sentido: ESPINOZA, Juan, *op. cit.*, p. 216: “En mi opinión, no es correcta la fórmula que obliga al operador jurídico a emplear una teoría determinada de causalidad, sino el modelo legislativo adoptado por el código civil debería limitarse a prescribir que el demandante tiene la carga de acreditar el nexo causal (en ambos tipos de responsabilidad) y como consecuencia de ello, este utilizará la teoría más idónea en el caso en particular”.

Respecto a la antijuridicidad, doctrina autorizada ha señalado que esta no es un presupuesto de la responsabilidad civil. LEÓN sostiene que referencias como “antijuridicidad” o “injusticia” del daño es ajena a nuestro ordenamiento jurídico. En cambio, estos sí existen, en Alemania e Italia, respectivamente³⁹.

Si se aprecia el párrafo 823 del *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) alemán: “*Quien, dolosa o negligentemente, de forma antijurídica dañe la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad u otro derecho de otra persona, está obligado a indemnizarle cualquier daño causado por esto*”, la antijuridicidad está contemplada dentro de su ordenamiento jurídico. Lo mismo ocurre con Código Civil italiano, en su art. 2043^o indica que: “*Cualquier hecho doloso o culposo, que ocasiona a otro un daño injusto, obliga a aquel que ha cometido el hecho a resarcir el daño*”, solamente que emplea el vocablo “injusto”.

De otro lado, gran sector de la doctrina se muestra favorable en incluirla como presupuesto de la responsabilidad civil⁴⁰. Opinión que no comparto por las razones esbozadas en los párrafos anteriores.

1.3. Funciones de la responsabilidad civil

La responsabilidad civil tiene las siguientes funciones:

- a) “Función resarcitoria: Es aquella en la que se retorna el estado de las cosas antes del evento que causó el daño. Si no se puede resarcir porque el estado de las cosas actual no lo permite, se compensa.
- b) Función compensatoria/satisfactoria: En esta función no se puede retornar al estado de las cosas antes del evento que causó el daño, por lo que se compensa al damnificado. Esto no quiere decir que cuando no se pueda resarcir el Juez se rehúse a cuantificar el daño causado, sino que deberá cuantificarla, teniendo esta reparación una función aflictivo-consolatoria.

³⁹ Cfr. LEÓN, Leysser, *La R...*, 3ª ed. Jurista, 2011, p. 20.

⁴⁰ Por citar algunos, TABOADA, Lizardo, *op. cit.*, pp. 45 ss.; BUSTAMANTE, Jorge, *op. cit.*, pp. 87 ss.; ESPINOZA, Juan, *op. cit.*, pp. 98.

- c) Función *deterrence* (disuasiva): Esta función tiene por objeto disuadir a las personas a que no cometan hechos dañosos, desincentivando este tipo de conductas.
- d) Función preventiva: Esta función tiene que ver con la anterior en tanto (que) las normas jurídicas estén diseñadas a desincentivar conductas (...)⁴¹.

Considero que existe una función más, la **punitiva**. Solo la responsabilidad civil derivada de inejecución de obligaciones tiene esta función, siempre y cuando se determine la existencia de dolo, toda vez que no busca castigar al causante por el evento que causó el daño⁴². La responsabilidad civil extracontractual no tiene como función la de castigar, sino responder al daño efectivamente causado (pues la reparación se puede incrementar cuando el causante en reiteradas oportunidades causa daño, y para disuadirlo excepcionalmente se incrementa el monto de la indemnización (función *deterrence*)).

BULLARD, máximo representante del AED en el Perú, menciona tres funciones que afectan al sistema de la responsabilidad civil:

“i) la primera, es la desincentivación de accidentes o la reducción de la gravedad o cantidad de accidentes (que CALABRESI llama la reducción de los “costos primarios”), lo cual se logra a través de internalizar las externalidades que genera la conducta humana; ii) el segundo, es compensar a la víctima en aquellos casos donde la transferencia del daño reduce sufrimiento social (reducción de los “costos secundarios”); y eso se logra, teóricamente, a través de la famosa Teoría de la Difusión Social del Riesgo de la que habla Fernando de Trazegnies o a través de la teoría del deep pocket o bolsillo profundo; que busca que las personas con más recursos sean las que asuman el costo del accidente; esas teorías reflejan una idea compensatoria; y iii) en tercer lugar, la reducción de los costos administrativos del sistema (“costos terciarios”), es decir, el intentar

⁴¹ IBARRA, David, “Los criterios para otorgar resarcimientos en la responsabilidad civil extracontractual”. En: *Actualidad Jurídica*, Tomo 252, Gaceta Jurídica, Lima, 2014, pp. 43-48, p.46.

⁴² Respecto a la función punitiva, esta solo se presenta en la responsabilidad por inejecución de obligaciones. Ello se deriva de una interpretación a contrario de la regla del art. 1321 del C.C.P. de 1984: Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, no obedecieran a culpa leve, el resarcimiento, se limita el daño que no podía verse al tiempo que ella fue contraída.

*que el sistema de transferencia de daños no sea costoso; básicamente me refiero al sistema judicial (...)*⁴³.

1.4. Responsabilidad Civil derivada de inejecución de las obligaciones y Responsabilidad Extracontractual o Aquiliana

La división diádica, de la responsabilidad civil en contractual (*rectius*: derivada de inejecución de obligaciones) y la responsabilidad extracontractual, son categorías que vienen separadas desde hace mucho, como indiqué en la parte histórica.

Así pues, la responsabilidad civil se divide en el ordenamiento francés en responsabilidad contractual y, de otro lado, en responsabilidad delictual y cuasidelictual (extracontractual). La responsabilidad contractual es la derivada del incumplimiento de una obligación nacida de un contrato; la responsabilidad delictual, la nacida de un delito (cuando se ha causado intencionalmente el daño) y la cuasidelictual, la que proviene de un cuasidelito (cuando no se ha querido el daño)⁴⁴.

Tradicionalmente se entendía que la bifurcación de la responsabilidad civil se fundaba en la existencia o inexistencia de una relación obligatoria previamente establecida entre el damnificado y el dañador⁴⁵. Sin embargo, el distingo entre ambos tipos va más allá, pues cierta doctrina ya ha enumerado diferencias inconciliables:

- a) *“El plazo de prescripción es de 10 años para el incumplimiento de obligaciones y de dos años para la responsabilidad extracontractual (artículo 2001, números 1 y 4)*
- b) *En cuanto a la prueba, existen una presunción de que el incumplimiento se debe a culpa leve del deudor (art. 1329). Asimismo, el dolo y la culpa inexcusable tienen que ser probados (artículo 1330). En la responsabilidad extracontractual, el*

⁴³ *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*, 2ª ed., Palestra, Lima, 2006, pp. 708-709.

⁴⁴ Cfr. MAZEAUD, Henri et. al, *Leçons de Droit Civil*, éditions Montchrestien, trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo, *Lecciones de Derecho Civil*, parte segunda, Vol. II, EJEA, Buenos Aires, 1960, p. 10.

⁴⁵ Cfr. LEÓN, Leysser, “Weak Legal Culture & Legal Transplants. Unificación de la responsabilidad civil y otras importaciones de los años noventa”, en: *Responsabilidad Civil. Nuevas tendencias, unificación y reforma: Veinte años después*, Palestra, Lima, 2005, p. 296.

descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor (artículo 1969).

- c) *En el incumplimiento se resarcen, como regla general, los daños que sean su consecuencia inmediata y directa, y, si media culpa leve, el daño que podía preverse al tiempo en que se estableció la relación obligatoria (artículo 1321). En la responsabilidad civil extracontractual, el resarcimiento comprende los daños que puedan enlazarse con el acto ilícito, de conformidad con los criterios de la causalidad jurídica, los cuales, por decisión del legislador, son los de la teoría de la “causalidad adecuada” (artículo 1985).*
- d) *En el incumplimiento, el resarcimiento comprende el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral (artículos 1321 y 1322). En la responsabilidad extracontractual se añade a dichos conceptos el de “daño a la persona” (artículo 1985).*
- e) *En el incumplimiento, los intereses se devengan si media constitución en mora del deudor. En la responsabilidad civil extracontractual, el monto de la indemnización devenga intereses desde la fecha en que se produjo el daño (artículo 1985)”⁴⁶.*

Otra diferencia está referida a los objetivos de ambos tipos de responsabilidad. Mientras la responsabilidad extracontractual reprime *ex post*, a través de la remoción de las consecuencias perjudiciales, la responsabilidad por inejecución garantizaría *ex ante* la ejecución de la prestación comprometida⁴⁷.

Ahora, en cuanto a la *previsibilidad del daño*, constituye una diferencia entre ambos tipos de responsabilidad, pues en la derivada de la inejecución, si se incumple a título de culpa, entonces los daños que se tendrán que resarcir solo serán los que se deriven directamente de la prestación acordada. En cambio, si se incumple la obligación dolosamente, esta se equipararía a un ilícito civil, por lo que se debe responder ilimitadamente, esto es, por las consecuencias indirectas e imprevisibles que derive del daño.

Es preciso señalar que el deber derivado del *alterum non laedere* (fundamento de la responsabilidad extracontractual), y los deberes de

⁴⁶ LEÓN, Leysser, *La R...*, *op. cit.*, pp. 66-67.

⁴⁷ Cfr. LEÓN, Leysser, “W...”, *op. cit.*, p. 300.

protección (que se les impone a los contratantes para proteger la esfera jurídico-patrimonial de la otra parte, que incluye su persona y patrimonio y de la que podrían desencadenarse daños derivadas de la operación económica por realizar) tienen una aparente similitud y sería un punto en común entre ambos tipos de responsabilidad. Sin embargo, CASTRONOVO se encarga de descartar dicha posibilidad señalando que la “*responsabilidad extracontractual se caracteriza ab origine por la ausencia de deberes de comportamiento dirigidos a favorecer a personas determinadas: aquellos que no están vinculados por obligaciones son totalmente libres hasta que no se verifique la lesiones del derecho de otros, salvo que no recorran los extremos de una acción inhibitoria; tal lesión, que prescinde de cualquier deber, en realidad inexistente, genera la responsabilidad, la cual por definición no desemboca en un vinculum iuris, sino que representa el surgimiento de este. La responsabilidad por violación de una obligación de protección, al contrario, presupone exactamente una obligación y por este motivo se configura como una infracción de una relación que une a los sujetos, activos y pasivos, de la fattispecie del daño*”⁴⁸.

Incluso, en doctrina italiana también se diferencian estos tipos de responsabilidad civil en los siguientes *items*: la no resarcibilidad en la responsabilidad contractual del daño no patrimonial, o la aplicación de la regla de previsibilidad como límite del daño resarcible para este tipo de responsabilidad⁴⁹.

La responsabilidad civil aquiliana deriva del latín tardío *respondere*, que presupone la pérdida de un estado de equilibrio y representa la idea de la respuesta reparadora de la lesión⁵⁰. El adjetivo “civil” le da aquella connotación del derecho privado que regula las relaciones que surgen entre particulares.

Si bien la responsabilidad civil abarca la responsabilidad extracontractual o aquiliana y la derivada de inejecución de

⁴⁸ *La nuova responsabilità civile*. 3ª ed. Giuffrè. Milano. 2006, p. 457.

⁴⁹ Cfr. SALVI, Cesare, voz: “Responsabilità extracontrattuale (dir.vig.)” En: *Enciclopedia del Diritto*, Tomo XXXIX, Giuffrè, Milano, 1988, p. 1191.

⁵⁰ Cfr. MAIORCA, Carlo, “Responsabilità (teoria gen.)” En: *Enciclopedia del Diritto*, Tomo XXXIX, Giuffrè, Milano, 1988, p. 1004.

obligaciones⁵¹, en el presente capítulo me referiré a la responsabilidad aquiliana. En este tipo de responsabilidad “*no se viola una específica obligación, entre sujetos determinados, preexistente al ilícito, sino la violación del precepto genérico del neminem laedere: no ocasionar daño a otros*”⁵².

En consecuencia podemos afirmar que la responsabilidad civil extracontractual es un deber jurídico general de no hacer daño a nadie. Este tipo de responsabilidad se encuentra regulada a partir del art. 1969° del C.P.C. de 1984, empleando para ello cláusulas generales que permiten abarcar todo tipo de daño, a discrecionalidad del juzgador.

En uno de los libros clásicos más importantes escritos sobre el tema, BUSNELLI dejó sentado que el crédito podía ser lesionado por terceros ajenos a la relación obligatoria⁵³.

FRANZONI, señala que hay lesión del crédito cuando el hecho de un tercero determina la imposibilidad de la prestación de parte del deudor, siendo que esta incidirá sobre la persona del deudor, o sobre la cosa objeto de la obligación⁵⁴.

El profesor de la Universidad de Bologna pone como ejemplo el caso de un infortunio ocasionado por un tercero al dependiente, el cual durante el periodo de invalidez temporal haya continuado percibiendo la remuneración. En este caso, la ausencia de prestación del dependiente se debe a una imposibilidad temporal que vuelve irresponsable al deudor y no comporta automáticamente la extinción de la obligación. No obstante, la pérdida sufrida por el empleador bien puede ser reconducida como lesión del crédito y comportar por esta vía el resarcimiento.

⁵¹ En otros ordenamientos jurídicos como el italiano, hacer referencia a la “*responsabilidad civil*” es hacer referencia a la responsabilidad aquiliana: aquella que se deriva de un hecho ilícito; en contraposición a la responsabilidad contractual, derivada de la inejecución de obligaciones.

⁵² Cfr. PARADISO, Massimo, *Corso di Istituzioni di Diritto Privato*, 7ª ed., Giapicchelli, Torino, 2012, p. 445.

⁵³ Cfr. BUSNELLI, Francesco, *La lesione del credito da parte di terzi*, Giuffrè, Milano, 1964.

⁵⁴ Cfr. FRANZONI, Massimo, “La tutela aquiliana del contratto”, En: *Trattato dei Contratti. I Contratti in Generale*. A cura di Enrico GABRIELLI, vol. II, 2ª ed., UTET, Torino, 2006, p. 1938.

Otro ejemplo es aquel en el cual un tercero, interviniendo en la ejecución de la prestación haya convertido en dificultoso el cumplimiento o haya ocasionado daño (el objeto de la prestación). Entre estas figuras algunas son decididamente codificadas como responsabilidad de los administradores que han violado las obligaciones inherentes a la conservación de la integridad del patrimonio social. Esta conducta derivaría en un concurso de responsabilidades, una contractual, en cuanto a la sociedad de la cual era administrador, y vía aquiliana respecto a los acreedores de la sociedad.

Por último, el caso de un acuerdo ilícito concluido entre el tercero y el dependiente, mediante el cual este último provee noticias, revela secretos y comunica otras informaciones sobre la contabilidad de la empresa. El ilícito del tercero se configura como concurso en la violación de la obligación de lealtad del dependiente. Es por el hecho de que tenía conocimiento el tercero de la relación de trabajo del dependiente que por sí es suficiente para configurar la violación contractual, a título de concurso⁵⁵.

1.5. Clasificación del daño

En el *Code Napoleon* no había ninguna regla expresa que haga referencia al daño moral, pues siendo el art. 1382 de dicha codificación una cláusula normativa general –inspirada en DOMAT–, tutelaba de manera amplia cualquier daño que se causare: “*Cualquier hecho del hombre que causa un daño a otro un daño, obliga a aquel por cuya culpa hubiera ocurrido, a repararlo*”.

En relación al tema, FERRI anota lo siguiente:

(Luego de la entrada en vigor del Code) “se desató una serie de polémicas y discrepancias en la doctrina, las cuales dividieron a los estudiosos. Algunos negaron la posibilidad de resarcir un daño moral, dado que no parecía concebible dar una valoración en dinero a bienes (el honor, los sentimientos, etc.), que por su naturaleza “inmaterial” no daban la impresión de ser susceptibles de una

⁵⁵ *Ibidem*, pp. 1938-1939. La doctrina clásica solo concebía como sujetos obligados en los contratos a los terceros. En ese orden de ideas, “*las convenciones no pueden obligar a un tercero, ni dar derecho a un tercero, cuya voluntad no ha concurrido a formar la convención*”. POTHIER, Robert, *op. cit.*, p. 58.

*valoración en términos pecuniarios. Otros en cambio, afirmaban, plena resarcibilidad de los daños morales, sea (según las llamadas teorías “mixtas”) la posibilidad de su resarcimiento limitado a ciertas hipótesis. Las teorías mixtas (...) admitían la reparación del daño moral solo cuando este tenía una consecuencia material, pero era evidente que así se terminaba sosteniendo que el perjuicio moral no podía ser reparado, y que únicamente el daño moral concedía derecho a la indemnización”*⁵⁶.

De igual manera, nuestro C.C.P. de 1936⁵⁷ y 1984⁵⁸ adoptan la clasificación francesa del daño. Así pues, la clasificación del daño que

⁵⁶ FERRI, Giovanni, “Il danno alla salute e l’economia del dolore”, en: *Iuris Vincula. Studi in onore di Mauro Talamanca*, vol. III, Jovene, Nápoles, 2001, citado por LEON, Leysser, *La R...*, op. cit. p. 243.

⁵⁷ El articulado del Código Civil de 1936 establece taxativamente en el libro Quinto “Del Derecho de las Obligaciones”, Sección Primera “De los Actos Jurídicos”, Título IX “De los actos ilícitos” en su art. 1148°: “Al fijar el juez la indemnización, puede tomar en consideración el **daño moral** irrogado a la víctima”. También se hace extensiva a este tipo de responsabilidad el uso de la expresión “**daños y perjuicios**” que figura en la Sección Tercera “De los efectos de las obligaciones”, Título IX “De la inexecución de las obligaciones” (v.gr. art. 1319, 1320, 1323, etc.) Según los hermanos MAZEAUD, el **perjuicio** puede ser **material** y **moral**. Se entiende por la primera todo perjuicio que constituye un atentado contra los derechos pecuniarios de una persona; de otro lado, por la segunda, se entiende un perjuicio que constituye un atentado contra un derecho extrapatrimonial, o sea no pecuniario. Siendo esto así se desprende que el Código Civil de 1936 adopta la clasificación francesa del daño. MAZEAUD, Henri et. al, op. cit., pp. 55-57.

⁵⁸ En el articulado del Código Civil de 1936 se establece en el Libro VII “Fuentes de las Obligaciones”, Sección Sexta “Responsabilidad Extracontractual”, en su art. 1985° lo siguiente: “La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral (...)”. Siendo esto así, el **daño material** abarcaría: i) daño emergente (la indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño) y ii) el lucro cesante. Mientras que de otro lado se ubica al **daño moral**. Lo que no me queda claro con la inclusión de la denominación “**daño a la persona**” es dentro de qué clasificación se enmarcaría o si esta es independiente, aunque todo parece indicar que dicho término se encuadra dentro del último supuesto.

No obstante lo expuesto, ello no se tiene en cuenta por el Juzgador, pues en la Cas. N° 3973-2006-Lima, se clasifica al daño en patrimonial y no patrimonial: “El daño es toda lesión, disminución o menoscabo sufrido en un bien jurídico, entendiéndose por tales no solo los objetivos susceptibles de ser evaluados pecuniariamente sino también los bienes que por no tener una traducción adecuada en dinero, escapan a la esfera del patrimonio. Esos bienes no patrimoniales son de naturaleza especial, y forman en su conjunto lo que la persona es: la vida, la salud, la integridad física, el honor, la libertad, etc. **Séptimo:** Como consecuencia de la clasificación de los bienes antes

adopta nuestra normativa es como sigue: *material* y *moral*. El primero se divide en daño emergente y lucro cesante. El *daño emergente* es aquel que se derivan directamente del evento que causa el daño (p. e. destrucción intencional de un automóvil de parte de un tercero) y *lucro cesante* es lo dejado de percibir como consecuencia del evento que causó el daño (en el mismo ejemplo, si el tercero destruye el automóvil y el damnificado era taxista que percibía la suma de S/. 40.00 nuevos soles diarios, ese entonces, será es el lucro cesante). El daño moral lo definiré en el siguiente *ítem*.

De otro lado defino al **daño moral** “*relativo al espíritu, al pensamiento (opuesto al material)*”⁵⁹. Este tipo de daño abarca el *pretium doloris* como los derechos de la personalidad. Autorizada doctrina francesa también la entiende –refiriéndose en un sentido positivo- de manera amplia, abarcando distintos supuestos como: perjuicios a la reputación, al honor, al nombre, al respeto de la vida privada, al derecho moral del autor respecto de su obra, a la inviolabilidad de la correspondencia, al perjuicio estético. Agregando a su vez que “[*d*]e esta manera, se recoge dentro de esta noción también toda forma de lesión a la personalidad de la víctima; bajo este ángulo, incluso las personas morales pueden sufrir un daño moral”⁶⁰. Entonces, conforme a lo expuesto *infra*, la doctrina francesa entiende al daño moral de manera amplia y no de manera restringida como se le ha entendido equivocadamente.

El uso del término “daño moral” en habla hispana se dio por primera vez en la Sentencia del Tribunal Supremo español de fecha 6 de diciembre de 1912. Esta versaba sobre el caso del periódico El Liberal, uno de los más populares de España, el cual había publicado una noticia falsa, lesionando el honor y la fama de la demandante. De ella se decía que había fugado con un fraile capuchino de quien había tenido

señalada, los daños según corresponda, se separan en dos categorías: daños patrimoniales y daños a bienes no patrimoniales”.

⁵⁹LEON, Leysser, *La R...*, *op. cit.* p. 238.

⁶⁰ MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent y STOFFEL-MUNCK, Philippe, *Les Obligations*, en MALAURIE, Philippe y AYNÈS, Philippe (dirs.), *Droit Civil*, Defrénois, 3ra ed. París, 2007, pp. 144-146, trad. de J.L. Gabriel Rivera, “Material de lectura de la Maestría de Derecho Civil”, p.1.

escandalosa sucesión. Siendo esta una noticia falsa, por lo que la demanda prosperó⁶¹.

En cuanto a la tesis de si el daño moral es género, doctrina nacional autorizada se muestra a favor de ella⁶². Una opinión totalmente contraria es la expuesta por FERNÁNDEZ SESSAREGO⁶³, para quien el daño moral no es una categoría autónoma del daño a la persona, y que carece de significado seguir refiriéndose a un supuesto daño “moral”. Dicha eliminación del daño moral del ordenamiento jurídico peruano felizmente no es compartida por la doctrina nacional.

Existe una tercera posición, que señala que el daño a la persona es un categoría autónoma distinta del derecho material, pues resulta evidente que una cosa es el daño a la persona y su proyecto de vida, y la otra a sus sentimientos⁶⁴.

Considero que el daño moral es **género** y no especie. En tanto que el daño moral abarca el *pretium doloris* como la **vulneración de los derechos de la personalidad**, es que incluirá a conceptos tales como el daño a la persona, que se analizará en el capítulo siguiente.

Un empleo equivocado del daño moral por parte de la judicatura se encuentra en la Cas. N° 1529-2007- Lima, que señala lo siguiente:

“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 de sujeto, resultando así una modalidad síquica del genérico daño a la persona. En tanto que el

⁶¹Cfr. DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de ...*, op. cit., p. 117

⁶²“Pensamos que este agregado era innecesario. En efecto, para nosotros el daño a la persona no es sino una sub-especie del daño moral (...)” DE TRAZEGNIES, Fernando, *La responsabilidad extracontractual*, Tomo II, op. cit. p. 110. “El daño moral comprende el daño a la persona, a los derechos de la personalidad, además de los padecimiento de ánimo”. LEON, Leysser, *La R...*, op. cit., p. 330. “Reflexionando sobre el daño moral –expresión genérica que también abarca, en mi opinión, el daño a la persona (...)”. OSTERLING, Felipe, “Indemnización por daño moral”, p. 1 [Internet] [Citado el 28.05.15] Disponible en: <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Indemnizaci%C3%B3n%20por%20Da%C3%B1o%20Moral.pdf>.

⁶³ Cfr. “Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”. En: *Studi in Onore di Cesare Massimo Bianca*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 724.

⁶⁴ Cfr. TABOADA, Lizardo, op. cit., p. 84.

daño al proyecto de vida, incide sobre la libertad del sujeto a realizarse según su propia libre 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 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 la vida de la persona, tendiendo disiparse, generalmente, con el transcurso el tiempo.”

La jurisprudencia que define erróneamente al daño moral no es escasa. Prueba de ello es la Cas. N° 1676-2004:

“Que para efectos de fijar el quantum indemnizatorio la Sala de mérito ha considerado que en el presente caso se ha incurrido en daño moral a los padres de la víctima conforme al artículo mil novecientos ochenta y cuatro del Código Civil, consistiendo dicho daño moral en el dolo y sufrimiento causado que debe ser apreciado teniendo en cuenta la magnitud o menoscabo producido a la víctima o a su familia de acuerdo a las circunstancias que rodean el caso así como la situación económica de las partes”⁶⁵.

Entonces, de lo expuesto se desprende que cierta jurisprudencia nacional entiende de forma equivocada el daño moral. Es necesario insistir que debe ser entendido de forma amplia, no solo como *pretium doloris*, sino también la vulneración de los derechos de la personalidad.

⁶⁵ De igual manera, en la Cas. 3064- 2010-Lima se incurre en similar equívoco: *“En consecuencia, a pedido de parte o de oficio señalará una indemnización por daños, el que incluye el daño a la persona, u ordenará la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que pudiera corresponderle. El daño moral es indemnizable y se halla comprendido en el daño a la persona”*.

CAPÍTULO II: DAÑO A LA PERSONA

2.1. El daño a la persona en la legislación peruana

La persona con sus atributos como parámetro de medida del resarcimiento era extraña al derecho romano, pues el resarcimiento era entendido como obligación y esta se refería al mundo de las cosas, de las cuales solo se podía dar un valor pecuniario⁶⁶.

Con la civilización industrial se entiende que el objeto de la prestación de trabajo recae sobre la persona del trabajador, en donde se hace una distinción entre cuerpo y persona, siendo el primero objeto de relación patrimonial. Posteriormente, el daño a la persona en los infortunios del trabajo, toma el criterio de la capacidad laboral como categoría abstracta de la utilidad que el trabajador está en grado de producir, cuando la lesión de su integridad física le impidiere una producción ulterior. En ese sentido, el daño patrimonial está referido al derecho privado, y el daño no patrimonial, al derecho penal; siendo este último equiparado con el daño moral⁶⁷.

En Italia, el legislador del Código Civil de 1942 renunció a adoptar el art. 85 del Proyecto del Código de las Obligaciones y de los Contratos elaborada por la Comisión Italo-francesa que establecía lo siguiente: “(1) *La obligación de resarcimiento comprende todos los daños materiales y morales, ocasionados por el acto ilícito. (2) En particular, el juez podrá*

⁶⁶ Cfr. CASTRONOVO, Carlo, *op. cit.*, p. 57.

⁶⁷ Cfr. *Ibidem*, pp. 58-59.

atribuir una indemnización a la víctima en caso de lesión de la persona, de atentado al honor y la reputación de la persona o de su familia, de violación de la libertad personal o del domicilio o de un secreto concerniente a la parte lesionada. (3) El juez podrá atribuir igualmente una indemnización a los parientes, afines o al cónyuge a título de reparación del daño sufrido en caso de muerte de la víctima”⁶⁸.

Entonces, de haberse incluido dicho artículo en el *Codice Civile* italiano ya no habrían existido problemas concernientes a la interpretación de sus artículos 2043° y 2059 en cuanto al daño no patrimonial, pues se equiparaba a este con el daño moral y solo eran procedentes en la comisión de delitos.

En Italia, se emitió el fallo de 30 de mayo de 1974, en el cual el Tribunal cuestiona: “(i) la utilización del “concepto de capacidad genérica”, pues no describe, entre otros, el estado de “bienestar físico general”; (ii) la presunción *iure et de iure* sobre pérdidas de ganancias en estado de invalidez; (iii) la disparidad de tratamiento ante personas que tienen réditos distintos; (iv) el procedimiento por el cual se concede réditos a aquellos que no han ejercido o no ejercen actividad, conduciendo todo tipo de daño al lucro cesante, aunque este no se presentara.” Conforme se indica en la sentencia, se denuncia “una ideología que ve en el rédito el parámetro sobre el cual se calcula la eficiencia del damnificado en términos de capacidad de trabajo, no se advierte la necesidad de reparar la lesión de la integridad psicofísica que emerge de lo preceptuado en el artículo 32 de la constitución italiana” y se “descubre que la distinción entre daños patrimoniales y no patrimoniales no se funda en el artículo 2043 del código civil italiano, dado que dicha norma hace depender la resarcibilidad del daño de su injusticia y no de su naturaleza patrimonial y no patrimonial”⁶⁹.

Son importantes también los siguientes fallos de la Corte Suprema Italiana: fallo 3675/1981 donde se admite el resarcimiento del daño biológico aunque no incida sobre la capacidad de producir rédito, fallo 2396/1983 que indica que el daño patrimonial y no patrimonial son

⁶⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 36. De haberse acogido dicho proyecto en Italia, difícilmente se estaría discutiendo ahora sobre el concepto de daño a la persona en dicho país, al haberse recogido la clasificación francesa de daño.

⁶⁹ CALDERÓN, Carlos, *Daño a la persona. Origen, desarrollo y vicisitudes en el Derecho Civil Peruano*, Motivensa, Lima, 2014, p. 45.

especies del género “daño injusto”; fallo 4661/1984 que señala que el daño biológico constituye una especie de daño que incide sobre el valor de la vida humana y que tienen relevancia biológica, social, cultural y estética. De igual manera, el año 1985 se expidió el fallo 184/1986 del Tribunal Constitucional que estableció lo siguiente:

“(i) la noción de daño no patrimonial se limita a los daños morales subjetivos; (ii) el daño no patrimonial es daño-consecuencia; (iii) el daño biológico es daño-evento, de lo que sigue que la existencia de daños patrimoniales o morales son consecuencias eventuales del perjuicio a la salud; (iv) el artículo 2043 del código civil queda integrado por el artículo 32 de la constitución; (v) el artículo 2059 del código civil (que atañe al daño moral no susceptible de valoración objetiva) no es un instrumento válido para el resarcimiento del daño a la salud; (vi) para la valoración del daño biológico debe haber una uniformidad pecuniaria básica, sin que ello implique adecuar las liquidaciones al caso concreto; (vii) el daño biológico resarce el daño a la persona y “absorbe las voces relativas a la incapacidad genérica del trabajo, al daño a la vida de relación, al daño estético”; (viii) el daño moral se satisface ante la presencia de un delito y el daño patrimonial cuando incide en la capacidad de producción de renta”⁷⁰.

El profesor FERNÁNDEZ SESSAREGO, quien se encontraba en Italia, presencié de primera mano los cambios que se daban respecto a la denominación “daño a la persona”, hecho que conllevaría su posterior importación al Perú.

Una de las afirmaciones del jurista peruano, principal propulsor de la importación del concepto del “daño a la persona” de Italia al Perú, es que este concepto no llegó a ser sistematizado en su país de origen, sino que es en nuestro país donde se logra realizar tal hazaña, tarea que fue realizada por él en la segunda mitad de los años ochenta del siglo XX⁷¹.

Esta introducción del daño a la persona y del daño al proyecto de vida -en palabras de su autor- supone un salto de calidad en el tratamiento de lo jurídico y en la responsabilidad civil en general; además

⁷⁰ *Ibidem*, pp. 46-49.

⁷¹ Cfr. FERNÁNDEZ, Carlos, *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984. Historia, Ideología, Aportes, Comentarios críticos, Propuestas de enmiendas*. Motivensa, Lima, 2009, p. 471. Dicha posición es compartida por Isaac GOLDENBERG (Cfr. *Ibidem*, p. 488).

que rompe con la tradicional distinción en responsabilidad contractual y extracontractual, pues se trata de un daño a la persona que se presenta en ambos tipos, no importando su procedencia⁷².

2.1.1. El daño a la persona en el Código Civil de 1936

Una obra codificadora, como manifestación cultural, refleja valores e ideas propias de una época. El Código de 1936 también reflejó ello dentro de su articulado e hizo uso a su vez de fuentes que provenían del Derecho francés, alemán, suizo, brasileño, argentino, boliviano, colombiano, chileno, ecuatoriano, español, estadounidense, inglés, italiano, uruguayo y venezolano. En síntesis: el Código de 1936 fue en gran medida resultado del Derecho Comparado⁷³.

En el plano legislativo, “*el Código Civil de 1936 ostentaría una influencia considerable de las tendencias alemanas, trasvasadas en la Escuela Histórica del Derecho, el Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), y de sus tributarios, los Códigos de Suiza y de Brasil*”; de otro lado, en el plano teórico y dogmático “*el desarrollo de algunas novedosas -para el contexto peruano- idées-forces, tales como la teoría del riesgo y la responsabilidad objetiva, el hecho presunto y la presunción de la responsabilidad, el abuso del derecho, las concepciones de la propiedad en función de su sentido social, la puesta en cuestión de la autonomía de la voluntad y el debate sobre la persona jurídica*”⁷⁴.

Un atento estudio del articulado del C.C.P. de 1936 permite corroborar que no hay referencia alguna del “daño a la persona”, sino que se hace uso del término “daño moral” en su art. 1148°. Esto es sintomático pues el término “daño a la persona” comienza a gestarse en la década del 50’s del siglo pasado en Italia⁷⁵.

⁷² Cfr. *Ibidem*, p. 473.

⁷³ Cfr. RAMOS, Carlos, *Historia del Derecho Civil Peruano, Siglos XIX y XX, Tomo VI. El Código de 1936, Vol. 2. La Génesis y las Fuentes*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009, p. 220.

⁷⁴ *Ibidem*, pp. 223-224.

⁷⁵ En palabras de FERNÁNDEZ SESSAREGO, “*la dación de un nuevo Código Civil pudo haberse evitado –al menos por el momento- si es que (...) una legislación atenta y una creativa jurisprudencia hubieran cumplido con la imprescindible labor de*

2.1.2. Comisión Reformadora, Comisión Revisora del Código Civil de 1936 y novedad del daño a la persona

En marzo de 1965, un grupo de profesores y abogados en ejercicio fueron convocados por el Ministerio de Justicia para emprender la delicada tarea de revisar y estudiar el Código de 1936. Integraron la Comisión Reformadora José LEÓN BARANDIARÁN, Rómulo E. LANATTA, Jorge Eugenio CASTAÑEDA – que se retiró a los pocos meses-, Héctor CORNEJO CHÁVEZ, Max ARIAS SCHREIBER, Ismael BIÉLICH FLORES, Felix NAVARRO IRVINE, Jorge VEGA GARCÍA, Alberto EGUREN BRESANI y Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO.

A lo largo de los diecinueve años de esta labor fallecieron Ismael BIÉLICH FLORES, Félix NAVARRO IRVINE y Jorge Vega García, siendo incorporados a la Comisión: Jorge AVENDAÑO VALDEZ, Felipe Osterling Parodi, Manuel DE LA PUENTE y LAVALLE, Lucrecia MAISCH DE PORTOCARRERO, Fernando VIDAL RAMÍREZ y Fernando DE TRAZEGNIES. Mediante Ley N° 23403, promulgada el 27 de mayo de 1982 se creó la Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil abriéndose una segunda instancia en la formulación de dicho proyecto⁷⁶.

En el art. 17° del Proyecto del C.C.P. se señalaba lo siguiente:

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

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

*El juez de producirse un **daño a la persona**, fijará la indemnización que corresponda considerando*

actualizar periódicamente dicho cuerpo legal, durante el último medio siglo”. Derecho de las Personas. Análisis artículo por artículo al libro Primero del Código Civil de 1984, 12ª ed., Motivensa, Lima, 2012, p. 27.

⁷⁶ Cfr. *Ibidem*, pp. 27-37.

independientemente las consecuencias patrimoniales de las extrapatrimoniales y del daño moral, si fuera el caso”.

Dicho artículo fue rechazado por la Comisión Revisora del Código y quedó tal como permanece en la actualidad:

“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”.

Ante este rechazo, a FERNÁNDEZ SESSAREGO no le quedó más remedio que introducir el concepto de **daño a la persona** en el art. 1985° del C.C.P. de 1984, días antes de la promulgación. Fueron a escasos veintiún días de la promulgación del código, en una reunión donde se encontraban Max ARIAS SCHREIBER, Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE, Felipe OSTERLING PARODI y Carlos CÁRDENAS QUIRÓS, quienes expresaron su respaldo por su inclusión⁷⁷.

De ello dejó constancia el prof. FERNÁNDEZ SESSAREGO al indicar que:

“Ante el rechazo formulado por la Comisión Revisora del texto del proyectado artículo 17, antes citado, no hubo otra solución que introducirlo, días antes de la promulgación del Código, en el artículo 1985, ubicado dentro de la responsabilidad extracontractual, diferenciándolo del daño emergente, del lucro cesante y del específico daño moral. Por su parte, el artículo precedente, o sea, el 1984, contiene el concepto restringido de daño moral, como se deduce de la correcta interpretación del artículo 1985, que lo distingue del daño a la persona, así como de la propia exposición de motivos elaborada por el maestro José León Barandiarán”⁷⁸.

⁷⁷ CALDERÓN, Carlos, *op. cit.*, pp. 54-55.

⁷⁸ FERNÁNDEZ, Carlos, *Derecho de las P...*, *op.cit.*, p. 498. Quien critica esta falta de seriedad y lógica indignación en la inclusión del daño a la persona en el Código Civil es LEÓN: “Pocos días antes de la promulgación del Código fijada para el 24 de julio de 1984, se celebró, con fecha 3 del mismo mes, en el despacho del ministro de justicia de aquel entonces, profesor Max Arias Schreiber una reunión de coordinación con los integrantes de la Comisión Revisora, con la finalidad de dar los últimos retoques al ya aprobado Proyecto de Código. A esta reunión fuimos invitados por el ministro, junto

Quienes manifestaron expresamente su rechazo por la inclusión de este nuevo concepto fueron LEÓN BARANDIARÁN y DE TRAZEGNIES. Así pues, el primero de ellos cuando glosa el art. 1985° manifiesta su desconcierto al señalar que “*El mismo artículo habla de daño moral, pero el asunto se trata en el artículo 1984. No se explica por qué en el artículo 1985 se habla usándose el giro de “el daño a la persona”, por lo que se explica la sorpresa De Trazegnies cuando trata de este asunto*”⁷⁹.

Otro de sus opositores, DE TRAZEGNIES, lo considera como una especie de daño moral. De igual manera, también acusa a la categoría de daño a la persona de falta de operatividad, puesto que no conlleva derechos y obligaciones diferentes a las que usualmente se le atribuye al daño moral⁸⁰.

2.1.3. El Código Civil Peruano de 1984 y su sistemática

Cuando una obra codificadora guarda relación entre sus partes con el todo, se puede decir que es una obra sistemática. No obstante, ello no ocurrió con el Código Civil de 1984. Ya en doctrina nacional se ha llamado la atención respecto de la falta de conexión entre los libros que conforman el Código Civil⁸¹, y

con algunos otros pocos miembros de la Comisión Reformadora. Fue en aquella reunión del 3 de julio de 1984 –es decir, 21 días antes de la promulgación del Código– que se logró introducir en el artículo 1985 el daño a la persona al lado del daño emergente, del lucro cesante y del daño moral que aparecían ese numeral, la voz daño moral (...) Preferimos, ante esta eventualidad y con sentido común, lo bueno en lugar de lo óptimo.” LEÓN, Leysser, “La R..., op. cit, cita (51).

⁷⁹ LEÓN, José, “Responsabilidad Extracontractual” En: *Código Civil, VI. Exposición de Motivos y Comentarios, Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil*, Compiladora Delia Revoredo de Debaquey, Lima, 1998, p. 807.

⁸⁰ Cfr. *La responsabilidad extracontractual*, Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. IV, Tomo II, 7ª ed., Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001, p. 112.

⁸¹ “*Es ejemplar, al respecto, la total desconexión que existe en el Código Civil peruano entre los libros dedicados a los derechos reales, a las obligaciones, a los contratos en general y a los registros públicos, en materia de problemas conexos, como la adquisición de la propiedad y concurrencia de acreedores. Lo mismo cabe decir respecto de las normas que forman parte de la regulación de las obligaciones (mayoritariamente francesas, aunque no faltan flojos y «zalameros» autores que las atribuyen al Código argentino o español), el régimen de los contratos en general (mayoritariamente italianas), y de las normas sobre la responsabilidad*

también respecto a las distintas denominaciones que se le otorga a una categoría jurídica a lo largo de los distintos libros.

Ese es el caso del daño a la persona debido a que esta se encuentra incluida dentro de la Sección Sexta “Responsabilidad extracontractual” del Libro VII “Fuentes de las Obligaciones”. Más aún si el ponente del Libro de Obligaciones, recientemente fallecido, no emplea este término, sino que hace uso del término “daño moral” en el art. 1322° del Código Civil: “*El daño moral cuando también se hubiere irrogado, también es susceptible de resarcimiento*”.

En palabras de OSTERLING el daño moral es “*el daño no patrimonial, es el inferido en derechos de la personalidad o en valores que, pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica*”⁸². Entonces, no entiende al daño moral como *pretium doloris* o afección a los sentimientos. De ahí que no haya una correcta técnica legislativa ni unificación de categorías jurídicas que mejoren la interpretación de los operadores jurídicos.

Entonces, cabría hacerse la pregunta ¿se habrá referido Carlos Fernández a la existencia de daño a la persona solo en supuestos de responsabilidad extracontractual? Parecería indicar que sí pues en el Título IX “Inejecución de Obligaciones” del Libro VI “Las Obligaciones” no se hace referencia en absoluto a dicho

*extracontractual (de nuevo francesas e italianas). De aquí que hayan apelotonado normas especiales para cada tipo de regulación (de dar, hacer o no hacer), en lugar de regularlas unitariamente; que la opción de contratar (la opzione del Código italiano) se haya transformado en el «contrato de opción»; que no haya existido el menor cuidado en el empleo de expresiones como «incumplimiento» e «inejecución», «resarcimiento» e «indemnización», «rescisión» y «anulabilidad», «objeto», «común intención de las partes», «conflicto de intereses» (en la representación), «revocación», etc.; que contemos con una indescifrable distinción entre «culpa inexcusable» del deudor; o que tengamos que leer ese verdadero «saludo a la bandera» que es el artículo 1322, donde se reconoce como resarcible un improponible «daño moral» por incumplimiento de obligaciones”. Cfr. LEÓN, Leysser, *El sentido de la Codificación Civil, Estudios sobre la circulación de los modelos jurídicos y su influencia en el Código Civil Peruano*, Palestra, Lima, 2004, pp. 292-293.*

⁸² “Exposición de Motivos y Comentarios al Libro VI del Código Civil. Las Obligaciones”, En: *Código Civil, VI. Exposición de Motivos y Comentarios, Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil*, Tomo V, Compiladora Delia Revoredo de Debakey, Lima, 1985, p. 449.

término, pero si se interpreta conjuntamente con lo escrito por él se desprende que sí quiso incluir el daño a la persona dentro del art. 17° del C.C.P. de 1984 que está dentro del Libro “Derecho de las Personas”, por lo que debe entenderse que se refiere tanto para responsabilidad derivada de inejecución de obligaciones como la responsabilidad aquiliana.

2.2. La clasificación del daño a la persona en el pensamiento del profesor Carlos Fernández Sessarego.

Ahora bien, antes de abordar la clasificación del daño a la persona, FERNÁNDEZ SESSAREGO⁸³ distingue dos tipos de categoría del daño en general: **i) En cuanto a la naturaleza del ente dañado:** Divide al daño en subjetivo y objetivo. El primero incide sobre el sujeto de derecho, y es conocido comúnmente como “daño a la persona”. El daño objetivo es aquel que incide sobre las cosas u objeto exteriores al ser humano, y **ii) en cuanto a las consecuencias o perjuicios derivados del evento dañino:** Se divide en daño personal y daño extrapersonal: el primero cuando sus consecuencias no son traducibles en dinero, y el segundo cuando sí lo son.

De otro lado, en cuanto a la clasificación del *daño a la persona* o *daño subjetivo* este se divide en:

- i) Daño psicosomático
 - i.a) Daño biológico
 - i.b) Daño al bienestar o daño a la salud integral
- ii) Daño a la libertad (daño al proyecto de vida)

En cuanto al *daño psicosomático* (conocido como daño-evento), tiene “*en cuenta la naturaleza unitaria y bidimensional del ser humano. De un lado es un conjunto de órganos, funciones fisiológicas y un psiquismo y, del otro, es libertad, su centro espiritual*”. Abarca tanto el daño biológico como el daño al bienestar. Con relación al *daño biológico*, “*es una lesión que afecta cualquier parte del cuerpo humano, en sentido estricto, o incide en su psiquismo*”. Es la lesión en sí misma considerada. En cuanto al *daño al bienestar*, es conocido como daño-

⁸³ Cfr., *Los 25 ...*, op. cit., p. 475.

consecuencia o daño a la salud integral de la persona. En este tipo de daño se compromete el estado de bienestar de la persona, donde “a consecuencia de la lesión sufrida, ve afectadas de cierta gravedad, sus normales actividades, ya sean ellas afectivas, de relación social, familiares, laborales, recreativas u otras”. Dentro de este tipo de daño están comprendidos el daño estético, daño sexual, daño a la vida de relación, entre otros⁸⁴.

Con respecto al *daño al proyecto de vida*, se deriva del daño a la libertad fenoménica que puede llegar a truncar el proyecto existencial del ser humano. Es uno de los mayores daños que se le podría causar.

2.3. Deslinde terminológico entre daño moral y daño a la persona

En cuanto al deslinde terminológico entre estas dos categorías jurídicas, mantengo la tesis de que el daño moral engloba al daño a la persona; en consecuencia, no debe ser entendido en su acepción subjetiva como afección a los sentimientos, sino que deberá ser entendida en su acepción amplia.

Así pues, en los últimos tiempos, como consecuencia de los ingentes esfuerzos de los juristas franceses por encontrar fórmulas para dar cobertura al resarcimiento integral del daño, aparecen nociones que amplían el daño moral:

- i) La pérdida de agrado (*préjudice d'agrément*) está referida a la pérdida de goces normales y ordinarios de la vida, tales como levantarse, lavarse, vestirse, etc., en conclusión frustraciones experimentadas en todos los aspectos de la existencia cotidiana; en cuanto al perjuicio estético (*préjudice esthétique*) que está relacionada a la deformidad en la que se pone de manifiesto el daño corporal visible y permanente, con independencia de su edad, sexo y profesión.
- ii) El perjuicio de afecto (*préjudice d'affection*) -conforme señala YZQUIERDO- sirve para designar el daño moral que experimentan las personas vinculadas a la víctima de la lesión o de la muerte del agraviado (parientes próximos, prometido, etc.), y por otra ; el daño

⁸⁴ Cfr. *Ibidem*, pp. 481-484.

directamente causado al propietario del objeto con el que exista una especial y estrecha vinculación, y

- iii) El *pretium doloris*, que según la jurisprudencia francesa designa a la indemnización por los padecimientos físicos que la víctima ha padecido como consecuencia de su lesión, tales como malestar, insomnio y demás manifestaciones dolorosas en el sentido estrictamente neurológico, quedando fuera los sentimientos de tristeza y demás perjuicios psíquicos que forman parte del perjuicio de afecto⁸⁵.

Es más, al momento de importarse la categoría jurídica de daño a la persona no se ha tenido en cuenta si esta es compatible con nuestro ordenamiento jurídico. Máxime si el daño moral tiene procedencia francesa y choca directamente con la categoría del daño a la persona. En ese sentido, la importación se debió al prestigio que tiene Italia en el derecho comparado, motivo que en mi opinión no es suficiente⁸⁶.

Expuesto lo anterior, me reafirmo en la plena vigencia del concepto de daño moral en el ordenamiento jurídico peruano, pese a que el Tercer Pleno Casatorio Civil reconoce expresamente como una especie del daño a la persona.

⁸⁵ Cfr. *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 161-162.

⁸⁶ SACCO señala que las causas próximas de la imitación jurídica a la imposición y al prestigio. *Introduzione al Diritto Comparato*, UTET, Milano, 1992, p. 146.

CAPÍTULO III: DAÑO AL PROYECTO DE VIDA

Un antecedente de la teoría del “daño al proyecto de vida” se puede encontrar en la obra titulada *Bosquejo para una determinación ontológica del derecho* (1950) sustentada por FERNÁNDEZ SESSAREGO, en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, donde se recoge entre otras cosas, la teoría tridimensional del derecho⁸⁷.

En esta obra el propio FERNÁNDEZ SESSAREGO indica 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” y que el “hombre es libertad que se proyecta”, entre otros. Más adelante señala: “La concepción sobre el significado del “proyecto”, que aprehendiéramos y estudiáramos en la década de los años ochenta de la misma centuria, para comprender; con mayor claridad, como era posible dañar el mencionado proyecto a través de su frustración, su menoscabo o su retardo. De no haber emprendido, en los años 40 del siglo pasado, estos estudios previos de naturaleza filosófica es más que probable que no hubiéramos llegado a descubrir, entender y vivenciar cómo es que se podía dañar la libertad en su expresión fenoménica, es decir, en cuanto proyecto de vida en proceso de cumplimiento existencial”⁸⁸.

⁸⁷ Cfr. *Los 25 ...*, op. cit., p. 513.

⁸⁸ *Ibidem*, pp. 513-514.

Es entonces que se puede verificar que una idea primigenia del daño al proyecto de vida se gestó durante este trabajo de la década del 50 del siglo pasado, en la época estudiantil del autor.

3.1. La libertad ontológica y la libertad fenoménica

Para entender el concepto de proyecto de vida en el ideario de su autor, es necesario recurrir a lo que es la “libertad” como esencia de la vida humana.

En palabras de FERNÁNDEZ SESSAREGO, la libertad es “lo que hace a cada ser humano sea lo que es, único, singular, irrepetible, idéntico a sí mismo”. En ese sentido, la libertad mediante la vivencia de valores hace a una persona un ser espiritual, siendo estos valores los que otorgan sentido a la vida⁸⁹.

Ahora bien, la libertad tiene dos instancias: la *libertad ontológica* y la *libertad fenoménica*⁹⁰. La primera es aquella “que nos constituye como ser humano, la que nos convierte, siendo naturaleza en un ente espiritual. Esta libertad, que se le percibe a través de la capacidad de decidir por uno mismo, supone un constante proyectar. Los proyectos que se conciben imaginativamente en el mundo interior de la persona se adoptan para que se conviertan en realidad de la vida. Es decir, en actos, conductas, comportamientos”⁹¹. Entonces, consistiendo la libertad ontológica en un proyectar continuo, estos como parte de la imaginación del ser humano requieren de una concreción. En síntesis, la libertad ontológica consiste en un proyectar interno.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 508.

⁹⁰ Para una apretada síntesis de tal distinción: “Para comprender la teoría del “daño al proyecto de vida” o “daño a la libertad fenoménica” es preciso tener claro que la libertad, siendo una, tiene dos caras como una moneda. La libertad, de una parte, es nuestro ser, lo que nos hace ser lo que somos: seres humanos, diferentes a todo cuanto ente existe en el mundo. A esta libertad se le conoce como libertad ontológica. De otro lado, la libertad, uno de cuyos atributos es la capacidad de decidir por uno mismo, se vuelca hacia el mundo exterior a través de actos o conductas. A esta libertad se le designa como libertad fenoménica o proyecto de vida. La libertad ontológica, que constituye nuestra existencia, se pierde con la muerte natural o provocada”. FERNÁNDEZ, Carlos, “El ser del hombre no es la razón, sino la libertad. Entrevista a Carlos Fernández Sessarego”, En: *La Ley. El ángulo legal de la noticia*, No. 2, Año 1, Gaceta Jurídica, Lima, 2014, p. 72.

⁹¹ FERNÁNDEZ, Carlos, *Los 25 ...*, op. cit., p. 509.

En cuanto a la *libertad fenoménica*, “es la libertad hecha acto o conducta”⁹². Se debe tener en cuenta que la realización del proyecto de vida “está condicionada ya sea por la posibilidades, oportunidades u opciones que le ofrece su particular situación como por las resistencias que le ofrecen tanto su mundo interior, su propia unidad psicosomática, como por aquellas del mundo exterior”⁹³.

3.2. ¿Qué es el proyecto de vida?

El proyecto de vida se inicia con una decisión libre, que tiende a su realización en un futuro mediato o inmediato, es lo que la persona ha decidido ser y hacer en su vida⁹⁴.

Se entiende por tal al “*rumbo o destino que la persona, en cuanto ontológicamente libre, otorga a su vida. Es el sentido que posee existencia, derivado de una previa valoración. El ser humano decide vivir de una cierta manera, vivenciar preferentemente ciertos valores, escoger una determinada actividad laboral, perseguir ciertos valiosos objetivos, constituir o no una familia, decidir lo referente a cómo ha de ser su trayectoria existencial, aquello que debería constituir su felicidad, la alegría de vivir, sus metas y aspiraciones, su realización personal, en síntesis*”. Tratándose del ser humano, este solo es capaz de proyectar su vida, pues es un ser libre, imaginativo, y creador, y a la vez temporal y coexistencial. En ese sentido, si no fuera un ser libre y temporal, carecería de sentido referirse al proyecto de vida⁹⁵.

Todo ser humano -prosigue el autor- “*tiene un proyecto de vida, ya sea original, alternativo o sustituto. El que designamos como original es el proyecto que la persona concibió imaginativamente, y que, afortunadamente, está realizado en su existir: La persona está realizándose tal como lo decidió, está cumpliendo dicho proyecto*”. En cuanto al proyecto de vida alternativo es “*aquel que surge ante la imposibilidad que, por causas endógenas o exógenas, el ser humano no llega a ejecutar, por lo que tiene que encontrar y realizar otro diferente al original realizado*”. En este supuesto es fundamental que no haya un

⁹² FERNÁNDEZ, Carlos, “El ser del h...”, *op. cit.*, p. 72.

⁹³ FERNÁNDEZ, Carlos, “Deslinde c...”, *op. cit.*, p. 767.

⁹⁴ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 757.

⁹⁵ Cfr. FERNÁNDEZ, Carlos, *Los 25 ...*, *op. cit.*, pp. 511-512.

daño ocasionado por un tercero que conlleve a optar por el proyecto de vida alternativo. Con relación al proyecto de vida sustituto, “*es aquel que se adopta en reemplazo del original que, a consecuencia de un daño, se frustra cuando se hallaba en proceso de realización*”⁹⁶.

En este supuesto es fundamental la existencia de un daño ocasionado por un tercero que conlleve a optar por el proyecto de vida sustituto mientras que el proyecto de vida original se encontraba en ejecución. En ese sentido, el proyecto de vida se decide en el presente sobre la base de la experiencia acumulada y se dirige al futuro, siendo el más hermoso sueño del hombre el de cumplir su personal proyecto de vida.

Es importante precisar que para cada persona el proyecto de vida es el más valioso, no todos los proyectos de vida tienen el mismo valor en su apreciación jurídica siempre que atienda a proyectos de vida dignos y respetables⁹⁷.

3.3. Proyecto de vida y proyectos de vida

En el pensamiento del profesor FERNÁNDEZ SESSAREGO, se debe hacer un distingo entre el proyecto de vida y los proyectos de vida. Mientras que en el primero se pone en juego el destino, su ser y su esencia; en el segundo son el conjunto de proyectos que tienen que ver con la actividad cotidiana del sujeto⁹⁸.

Ahora bien, todos los “proyectos de vida” tienen como propósito servir única y exclusivamente al “proyecto de vida”, por lo que el más elemental de los actos específicamente humanos interpone, entre las cosas y las acciones del hombre un proyecto⁹⁹.

Opinión contraria tiene ZAVALA, para quien no siempre hay un proyecto de vida, sino puede haber muchos proyectos. No se puede reducir a la singularidad un único y exclusivo destino; para ello menciona

⁹⁶ *Ibidem*, pp. 509-510.

⁹⁷ Cfr. ZAVALA, Matilde, *Resarcimiento del daño moral*, Astrea, Buenos Aires, 2009, p. 204.

⁹⁸ Cfr. FERNÁNDEZ, Carlos, “Deslinde c...”, *op. cit.*, p. 768.

⁹⁹ Cfr. *Ibidem*, pp. 768-769.

el ejemplo del pianista o tenista que pierde los dedos, hecho que no impide que cumpla con su proyecto de vida de esposo o padre¹⁰⁰.

De otro lado, GALDOS agrega: *“procede diferenciar entre proyectos de vida genéricos -al alcance de la mayoría de las personas, en una sociedad y momento históricos determinados- y otros proyectos de vida muy singularizados, en razón de las particulares posibilidades de quien los elabora. De lo cual se infiere como regla, que “a mayor particularidad del proyecto, mayor entidad del resarcimiento”*¹⁰¹.

3.4. Gravedad del daño al proyecto de vida

Según refiere FERNÁNDEZ SESSAREGO, uno de los daños más graves que se le puede causar a una persona -aparte de la muerte- lo constituye el daño al proyecto de vida. En ese orden de ideas *“su más grave efecto es el de generar en el sujeto, en ciertos casos extremos, un vacío existencial por la pérdida de la razón de ser que experimenta su vida”*¹⁰².

Entre las consecuencias que puede causar este daño, indica las siguientes:

*“El ser humano afectado en su libertad fenoménica o “proyecto de vida” se sume en un estado de explicable desorientación, de depresión, de pérdida, de seguridad y confianza en sí mismo, de ausencia de metas. De desconcierto, en suma. A raíz de dicho daño concluyeron para el sujeto afectado, de un día para otro, total o parcialmente, sus aspiraciones, sus metas, sus proyectos, su proceso de realización personal. El sujeto dejó de “ser” y “hacer” con su vida, lo que se había propuesto, lo que le otorgaba, como está dicho, un sentido o razón de ser a su existencia. La angustiada situación que lo invade puede conducirlo a la evasión mediante la adicción a las drogas o en un caso límite, al suicidio”*¹⁰³.

Sobre la gravedad del daño al proyecto de vida, la Cas. N° 937-2002-Chincha ha mencionado lo siguiente:

¹⁰⁰ Cfr. ZAVALA, Matilde, *Resarcimiento del daño moral*, op. cit., p. 205.

¹⁰¹ *Ibidem*, pp. 206-207.

¹⁰² FERNÁNDEZ, Carlos, *Los 25 ...*, op. cit., p. 517.

¹⁰³ *Idem*.

“Es un mecanismo que cristaliza lo que para el ser humano constituye su plena realización en cuanto persona; que la consecuencia de un daño a la persona humana genera que este proyecto de vida pueda frustrarse, cumpliendo solo parcialmente o menoscabarse en alguna medida; que es un daño radical de consecuencia incalculable pues puede llegar a crear en la persona un vacío existencial, es decir la pérdida del sentido que había dado a su humano transcurrir; en el proyecto de vida se juega el destino de una persona pues este daño lesiona al mismo núcleo existencial del sujeto, a su proyección de ontológica libertad.”

3.5. Frustración, menoscabo y retardo en el cumplimiento del proyecto de vida

El daño al proyecto de vida puede ser lesionado en tres distintas formas¹⁰⁴:

- i) *Frustración*: Resulta difícil imaginar cómo ha de reaccionar una persona ante la pérdida de su razón de ser. Por ejemplo, la imposibilidad de llevar adelante el proyecto de vida hace que el pianista sienta un inexplicable vacío existencial resultado de la pérdida del sentido de su vida. ¿Cómo podrá continuar su vida, cómo la llenará, qué otro proyecto podrá asumir? ¿Será capaz de enrumbar su vida por otro derrotero o, por el contrario se derrumbará anímicamente frente a lo sucedido?

El proyecto de vida, de hallarse estará muy lejos de colmar la ocasión del artista. La experiencia demuestra que un proyecto de vida truncado no encuentra fácilmente un sustituto. En estas circunstancias, no son raros los casos en los cuales las personas que ven frustrados sus proyectos de vida sufran una grave depresión o se dediquen a consumir alcohol.

- ii) *Menoscabo*: Si bien no se produce la frustración total del proyecto de vida, se presentan situaciones en la que la persona afectada no se encuentra en las condiciones de cumplir su proyecto de vida.

El autor menciona como ejemplo de menoscabo aquel sufrido por “María Elena Loayza Tamayo”, pues al haber sido encarcelada

¹⁰⁴ Cfr. *Ibidem*, pp. 568-572.

injustamente por 5 años, torturada y vejada, cuando fue puesta en libertad no se encontraba en situación de continuar con su trabajo de profesora y estudiante universitaria.

- iii) *Retardo*: Puede ocurrir por ejemplo que la persona sufra un injusto encarcelamiento o un período de recuperación de su salud. En estas circunstancias, la persona puede recuperar el tiempo perdido, el retardo sufrido, y reemprender el cumplimiento de su proyecto de vida.

El autor menciona como ejemplo el caso de un estudiante que por efectos de una detención injusta y prolongada se vio forzado a no seguir con sus estudios. Puede darse que el involuntario retardo haya retrasado el cumplimiento de los objetivos trazados por el estudiante o, que debido a la detención perdió la oportunidad de ascender en el ámbito laboral.

Con frecuencia el retardo del proyecto de vida, suele ir acompañado del menoscabo, como en el ejemplo anteriormente citado.

Si bien, en el pensamiento de FERNÁNDEZ SESSAREGO el proyecto de vida debe ser tutelado jurídicamente, considero que existen muchas razones por la que el proyecto de vida no debería existir como un daño resarcible. Una de ellas es que propugna discriminación. Como se aprecia en el párrafo anterior, existen proyectos de vida más importantes que otros, y que por tanto, serán mejor resarcidos que los proyectos de vida de menor valor. En el siguiente *ítem* expondré las consecuencias del empleo del daño a la persona (y su especie de daño al proyecto de vida).

3.6. Consecuencias del empleo del concepto del genérico daño a la persona y su especie daño al proyecto de vida

En este ítem señalaré de manera ordenada el porqué el empleo del término daño a la persona y su especie daño al proyecto de vida es muy perjudicial en la práctica judicial al momento de otorgar resarcimientos.

3.6.1. Plusresarcimiento

En la práctica judicial no es extraño que los demandantes exijan un monto elevadísimo al momento de solicitar los resarcimientos/compensaciones ante el Poder Judicial. El daño al

proyecto de vida permite eso, pues al considerarse el daño a la libertad fenoménica como uno de los daños más graves que se pueda causar a una persona (después de la muerte), los jueces suelen otorgar montos exorbitantes.

En efecto, una persona puede considerar que su proyecto de vida frustrado está valorizado en S/. 1,000.000.00 y algún juez que comulgue con el pensamiento de Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO puede fijar en dicho monto la responsabilidad civil, pues se deja establecerlo a su libre criterio. Como señalé anteriormente, el monto de la reparación del daño está en función del valor del proyecto de vida lesionado.

Situación similar ocurre respecto al daño a la persona¹⁰⁵. En caso de fallecimiento los montos por reparación fluctúan entre US\$ 3,000.00 y S/. 105,000.00; y en casos de lesiones corporales figura entre US\$ 3,754.85 y S/. 200,000.00¹⁰⁶. ¿A qué se debe tanta diferencia entre los montos para compensar este tipo de daños? Ello se debe a que tratándose del daño a la persona y daño al proyecto de vida no existen criterios para fijar los montos.

En cuanto a daño a la persona no existe una Tabla de Infortunios que permita graduar el monto que el Juez debe conceder. Y en cuanto al daño al proyecto de vida, el monto a fijar se encuentra sujeto a la libre voluntad del Juez, siendo que en muchas sentencias del Poder Judicial, la violación del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad sexual, etc., se resarcen muy por debajo del daño al proyecto de vida, originando una incoherencia en la tutela de los derechos. En cambio, para compensar el daño moral se debe emplear los criterios de equidad para cuantificarlo. Son tres: i) grado de culpabilidad (dolo o culpa), ii) la reincidencia en una conducta lesiva y, iii) la condición económica de las partes¹⁰⁷.

¹⁰⁵ En el exp. 286-95 de la Corte Superior de Justicia de Callao, la demandante interpuso demanda de invalidez de matrimonio y como pretensión accesoría la suma de ¡US\$ 500,000.00! Ello debido a que su esposo se había casado nuevamente casi 20 años después. De todas maneras, el monto me parece por demás sumamente excesivo.

¹⁰⁶ Cfr. ESPINOZA, Juan, *op. cit.*, pp. 356-358.

¹⁰⁷ LEON, Leysser, “¡30 000 dólares por daños morales en un divorcio! De cómo el “daño al proyecto de vida” continúa inflando peligrosamente los resarcimientos”. En:

Además dentro de las funciones de la responsabilidad extracontractual, no se contempla la función punitiva pues existen otras áreas más especializadas en el ordenamiento jurídico, conforme precisa líneas arriba Fernando DE TRAZEGNIES.¹⁰⁸

3.6.2. Concurrencia de resarcimientos/compensaciones por un mismo daño

Siguiendo el pensamiento de FERNÁNDEZ SESSAREGO, en las sentencias expedidas por el Poder Judicial no se estila dividir al daño a la persona en sus distintos componentes (daño biológico, daño al bienestar, daño al proyecto de vida, daño moral, etc.) sino que se obvia dicho paso y se calcula globalmente el resarcimiento.

En ese orden de ideas, nada asegura que un mismo tipo de daño se esté resarcando más de una vez. Es importantísimo especificar qué monto se asigna a qué tipo de entidad de daño para poder cuantificar y delimitar mejor los resarcimientos. Es más, los jueces no motivan el monto que se asigna a cada subtipo de daño a la persona. Entonces, ¿Cómo controlar la actividad judicial si está no se encuentra debidamente motivada en las sentencias¹⁰⁹?

3.6.3. Vulnera la igualdad en la aplicación de la ley

El concepto de igualdad significa la coincidencia o equivalencia parcial entre diferentes entes. En ese sentido, si es que decimos que todos los hombres somos iguales ante la ley, quiere decir que existiendo algún punto en común entre las personas (v. gr.: la naturaleza humana) es que las leyes se deben aplicar de manera general a todas las personas.

Dialogo con la Jurisprudencia, N° 104, Año 12, Lima, 2007, pp. 80-81. En ocasiones, el órgano jurisdiccional reduce dramáticamente el resarcimiento solicitado, v. gr.: En Cas. 3464-2010-Lima, la demandada en su reconvencción solicitó S/. 150,000.00, sin embargo la Corte Suprema solo le asignó S/. 12,000.00.

¹⁰⁸

¹⁰⁹ En la Cas. 3464-2010-Lima se incurre en esa indeterminación del “*daño personal infringido*” que fija en S/ 12,000.00, pero que en ningún momento especifica la forma en cómo lo distribuye. ¿No estará resarcando el órgano jurisdiccional más de una vez por un mismo concepto? No lo sabré jamás pues nunca fundamentó adecuadamente su fallo.

Y es que la igualdad debe cumplir con la *exigencia de generalidad*, esto es, que las leyes al crearse se apliquen a la generalidad de hechos que se encuadren dentro del supuesto normativo previsto en las reglas¹¹⁰.

Ahora bien, la igualdad se puede dividir en dos exigencias objetivas: a) exigencia estructural, que tiene que ver con la regulación adecuada de las normas del ordenamiento jurídico; y b) exigencia funcional, que tiene que ver con el cumplimiento del Derecho por sus destinatarios y especialmente por los órganos encargados de su aplicación¹¹¹. Esta última exigencia es conocida como igualdad en la aplicación de la ley y es la que me interesa para explicar este punto de la exposición.

Cuando encontramos dos sentencias que resarcen la vulneración de un proyecto de vida más que a otro porque uno de ellos tiene mayor capacidad para reeditar beneficios económicos, nos encontramos ante una evidente discriminación, y una evidente vulneración a la igualdad en la aplicación de la ley.

En ese sentido, el daño al proyecto de vida es un instituto jurídico creado para discriminar entre personas. La razón de ello es que se cuantifica el daño, en razón de la persona que sufre el daño. Así, mientras el daño afecte a una persona que tenga más dinero, más estudios, mas relaciones sociales, sea una persona distinguida en la sociedad, cualquier lesión que sufra en su proyecto de vida deberá ser resarcido en mayor medida y monto que aquella lesión que sufra un obrero de construcción, un policía con grado de sargento, un albañil, un mozo, un lustrabotas, etc.

Así pues, el proyecto de vida genera discriminación al dividir entre personas de acuerdo a su importancia en la sociedad. Si la ley se aplica igual para todos, los criterios de cuantificación de los daños deben ser los mismos, independientemente de la importancia de los proyectos de vida.

¹¹⁰ Cfr. PÉREZ, Antonio, *Dimensiones de la igualdad*, 2ª ed. Dykinson, Madrid, 2007, p. 22.

¹¹¹ *Idem*.

3.6.4. El proyecto de vida no es asegurable

Para que algo sea asegurable, debe existir un *interés asegurable*. La empresa que presta el seguro debe asumir un riesgo que permita prevenir o impedir una lesión. En ese sentido, el interés asegurable debe ser valorizable en dinero y no debe ser prohibido por el ordenamiento jurídico.

Dicho ello, el proyecto de vida no es asegurable, ya que no se puede valorizar en dinero. El proyecto de vida a ser un padre de familia, el proyecto de vida de vivir hasta los 90 años, etc. Ninguna aseguradora estará interesada a asegurar un “proyecto de vida”.

Y al hablar de seguros, me refiero al “seguro de tercera persona”, que es característico de la responsabilidad civil. No se sabe *ex ante* a qué tipo de persona se puede dañar (si es que el dañado tiene recursos económicos, si tiene el proyecto de vida a ser un jugador de FC Barcelona, etc.)

Opinión contraria tiene BURGOS, quien considera que el proyecto de vida sí es asegurable¹¹². Una muestra de ello sería el ejemplo de un futbolista que asegura sus piernas o que Jennifer López asegure la parte inferior de su espalda. Allí están asegurando lo que proyectan en su tiempo futuro. Pero no comparto su posición debido a que en ese tipo de casos se hace referencia al “seguro de primera persona”.

3.6.5. El daño al proyecto de vida no es un interés digno de tutela

Que el daño al proyecto de vida no es un interés digno de tutela previsto en el ordenamiento jurídico (atendiendo el principio de legalidad) no está sujeto a discusión. No está previsto en el ordenamiento jurídico ni por el legislador constitucional ni por el infraconstitucional. Entonces, ¿en qué se basan los operadores

¹¹² El daño al proyecto de vida: un cambio de paradigma en el Derecho de Daños [Internet] Diario Judicial. Edición 3786. 06.10.09 [Citado el 23.03.15] Disponible en: http://tutorial.sibuc.uc.cl/citar/vancouver/n_vancouver_web.html.

jurídicos para reconocer este tipo de daño que no presenta ningún antecedente en el derecho comparado?

La razón de ello está en el art. 1985° del C.C.P de 1984 que reconoce el “daño a la persona”. Si bien el daño al proyecto de vida fue insertado en dicho cuerpo normativo a escasos días de su promulgación, el “daño a proyecto de vida” fue desarrollado doctrinariamente por su autor con posterioridad a la dación del C.C.P. de 1984. De ahí que al ser una categoría jurídica desarrollada después de la emisión del nuevo código no debería ser aplicada, pues nunca se la tuvo en cuenta al legislarse. Máxime si se repara en la forma subrepticia -casi clandestina- de cómo fue introducida en dicho cuerpo legal.

Acto seguido, hay quien podría rebatir que la jurisprudencia es fuente de derecho y que las construcciones argumentativas que los jueces realizan al elaborar sus sentencias también son atendibles por fundarse en la doctrina propuesta por el profesor FERNÁNDEZ SESSAREGO. Sin embargo, este argumento también resultaría precario si es que se tiene en cuenta que la verdadera clasificación del daño que adopta nuestra codificación civil es la francesa y no aquella que tiene influencia de la doctrina italiana. En ese sentido, categorías jurídicas como el daño a la persona y el daño al proyecto de vida no serían usados por los operadores jurídicos al interpretar sistemáticamente las reglas sobre la responsabilidad civil extracontractual. Los jueces deben tener un conocimiento efectivo de la verdadera procedencia de nuestra clasificación del daño.

CAPÍTULO IV: DAÑOS DERIVADOS DE LAS RELACIONES DE FAMILIA

Como mencioné *supra*, los daños derivados del deber genérico *alterum non laedere*, (deber de no dañar a otros). Se pueden producir en los distintos ámbitos en los que se desenvuelve la vida humana. El ámbito familiar no es ajeno a la responsabilidad civil extracontractual.

El surgimiento de este tipo de responsabilidad civil es una manifestación del principio de reparación integral del daño, en cualquier ámbito de la vida, donde los sujetos al gozar de un vínculo sanguíneo y una estrecha cercanía, no quedan fuera de esta protección por lo que considero que también deben ser resarcidos los daños que tengan lugar en este ámbito.

En ese sentido, respecto a este subtipo de responsabilidad, VIVAS indica que:

“El Derecho de Familia es, indudablemente, la parte del Derecho civil más humana. Es el derecho de los afectos, de las emociones, de las aspiraciones, de los deseos, de las profundas convicciones o creencias personales éticas o religiosas de la persona en su encuentro con otra/s persona/s como cónyuge/pareja y/o progenitor/descendiente. Sin embargo, cuando la armonía familiar resulta alterada o, incluso, destruida por sus propios integrantes mediante conductas lesivas de derechos irrenunciables de otro ser querido, se plantea la existencia de la obligación jurídica de reparar

los daños ocasionados y sufridos dentro del círculo doméstico de la familia, no bastando el mero reproche de carácter moral o social”¹¹³.

Entonces, los daños en las relaciones de familia son similares a aquellas que suceden fuera del ámbito doméstico, y que habrían sido objeto de responsabilidad extracontractual¹¹⁴. El daño ocasionado debe ser resarcido sin importar en qué ámbito se presente.

4.1. Daños en las relaciones de familia

Es importante determinar qué es lo que se debe entender por familia, ¿Se debe entender a la familia nuclear? ¿O a la familia extendida? ¿Debe extenderse a los concubinos? Considero que es relevante delimitar qué personas pueden ser parte dentro de este tipo de daños. En ese orden de ideas, considero que familia nuclear es la formada por padre, madre, hijos, descartando la familia extendida (tíos, abuelos, primos, nietos, etc.). También comprendería a los que integran una relación de hecho superior a dos años.

En doctrina nacional, se señala que la inmunidad en los daños está referida en estricto a la familia nuclear (padre, madre e hijos) y que otro tipo de parentesco sí puede generar el nacimiento de obligaciones derivadas de la responsabilidad extracontractual¹¹⁵.

Sin embargo los supuestos de daños que se suscitan dentro de las relaciones de familia entendida como nuclear son incontables: violencia familiar, ruptura de esponsales, culpabilidad del cónyuge que incurrió en una causal de divorcio, administración del patrimonio social, obstaculización de la visita de un padre al menor, daños al hijo producto de la falsa atribución de paternidad a quien no era el padre, daños al esposo al cual atribuyeron paternidad que no es la suya, hijos abandonados, administración de bienes del menor, transmisión de enfermedades de los padres a los hijos, daños causados al hijo en la fecundación asistida, daños en el menor producto del síndrome de alienación parental, etc.

¹¹³ “Daños en las relaciones familiares”. En: *Pensar*, Fortaleza, vol. 17, n. 2, p. 526.

¹¹⁴ Cfr. DE TRAZEGNIES, Fernando, *op. cit.*, Tomo I, p. 287.

¹¹⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 288.

4.2. Argumentos a favor y en contra del resarcimiento

Entre los argumentos en contra, se señala que los deberes derivados del matrimonio y de la filiación no tienen un contenido susceptible de apreciación pecuniaria, Asimismo, la especialidad del Derecho de Familia impide la aplicación de normas generales (esto en atención al precepto jurídico: *lex specialis derogat generalis*). De igual manera, el silencio del legislador en cuanto a su resarcimiento es un indicativo de su no resarcimiento¹¹⁶. Existe el temor latente de aumento de demandas banales con escasa o nula relevancia jurídica, y por último, se alega la preservación del principio de la paz familiar, como argumentos en contra¹¹⁷.

Los argumentos a favor del resarcimiento se basan en la cláusula normativa general del art. 1969° del C.P.C. de 1984, la cual hace mención a “Aquel que cause un daño a otro (...)”, no habiendo establecido el legislador restrictivamente quienes pueden ser sujetos activos o pasivos de este tipo de daño. De otro lado, si bien no se ha previsto expresamente que los daños en las relaciones de familia deban ser reparados, tampoco se ha excluido explícitamente ello¹¹⁸, con lo que es aplicable aquella regla constitucional que señala “*nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe*”. También indica que los remedios del Derecho de Familia no tutelan adecuadamente el daño que pueden sufrir los integrantes de la familia. En ese sentido, remedios civiles como la separación, divorcio, privación de la patria potestad, impugnación de paternidad, etc.) y los penales (delitos contra los derechos y deberes familiares) no tutelan el

¹¹⁶ Cfr. VIVAS, Inmaculada, *op. cit.*, p. 530.

¹¹⁷ RODRÍGUEZ, Alma, “La responsabilidad civil en las relaciones familiares”, En: *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. VI, (Coord.) Mariano Yzquierdo, Matilde Cuena, Pamplona, 2011, pp. 704-705.

¹¹⁸ Cfr. VIVAS, Inmaculada, *op. cit.*, p. 531. “*Lejos, por fortuna, queda ya el modelo patriarcal de la familia, regido por el principio de jefatura del marido-padre, a quien quedaban subordinados los derechos de los restantes integrantes del núcleo familiar. La inmunidad de la que, durante mucho tiempo, han gozado los progenitores en el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos solos se explica solo se explica bajo una concepción autoritaria de la familia, la cual ya no corresponde a la actual relación paterno-filial, en la que el interior superior del menor, es precisamente el parámetro de legitimidad para el ejercicio de la potestad por parte de los padres. Todos los integrantes de la familia son titulares de derechos fundamentales inviolables, también, como no, los hijos*”. *Idem*.

daño que pueda sufrir la persona, pues el remedio general resarcitorio del daño endofamiliar es autónomo respecto a los propios del Derecho de Familia¹¹⁹.

Doctrina autorizada define a las cláusulas generales o nociones de contenido variable como “*todos aquellos términos o sintagmas que expresan o presuponen valoraciones*”¹²⁰. Y es que es el Juez quien debe valorar si determinado hecho se subsume dentro de lo que es daño, muy al margen si es producido en el ámbito familiar.

En consecuencia, los daños endofamiliares no pueden ser considerados daños lícitos (inmunidad), renunciándose de esta manera a su resarcimiento, pues se debe brindar amplia tutela a la persona, fundada en su dignidad que tiene reconocimiento constitucional.

4.3. Análisis de jurisprudencias sobre daños en las relaciones familiares

4.3.1. Daños derivados del incumplimiento de un deber conyugal

En la Cas. 3064- 2010-Lima, el cónyuge demanda a su esposa por divorcio por separación de hecho y cese de obligación alimentaria. La demandada reconviene solicitando que se le abone la suma de S/. 150,000.00 por los daños y perjuicios ocasionados y por la posterior separación de hecho. En primera instancia se declara fundado el divorcio, infundado el cese de obligación alimentaria y fundada en parte la reconvención asignando la suma de S/. 12,000.00 basa la indemnización porque el demandante no cumplió con su **deber de cohabitación**. La Sala Superior confirma la sentencia de primera instancia, revocándola únicamente en cuanto a la reconvención. Finalmente, la demandada interpone recurso de casación y la Corte Suprema la declaró fundada, declarando nula la sentencia apelada en cuanto a la reconvención y ordenó que se le pague a la demandada la suma de S/. 12,000.00. En ese sentido, la Corte Suprema fundamenta su decisión

¹¹⁹ Cfr. *Ibidem*, pp. 532-533.

¹²⁰ GUASTINI, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, p. 72.

señalando que “*se considera también que fue el demandante quien en todo momento ha pretendido finiquitar la relación conyugal para efectos de sustraerse de sus obligaciones de asistencia mutua y cohabitación*”.

¿Será que una de las razones del porqué se asignó el monto indemnizatorio fue que tanto el órgano jurisdiccional de primera instancia como la Corte Suprema consideraron que se trataba de un daño por incumplimiento de un deber conyugal? Considero que sí pues los órganos jurisdiccionales son explícitos en ello¹²¹.

En la mencionada jurisprudencia se señala que a consecuencia del daño personal infringido se asigna S/. 12,000.00. Pero si la Corte Suprema asignó ese monto, cómo se puede controlar la cantidad asignada por el daño a la persona si dentro de la clasificación del daño la componen muchas subespecies de daño (daño biológico, daño a la salud, daño al proyecto de vida, daño moral, etc.) No se puede controlar ello y eso es uno de los inconveniencias por preferir la categoría jurídica del daño a la persona sin aplicarlo en toda su tipología.

En la Sentencia de Corte de Apelación de Poitiers del 13 de abril de 2010, el órgano jurisdiccional condenó al cónyuge a la suma de 1,500.00 euros a la mujer a quien comunicó por teléfono, que abandonaba la vivienda y se separaba¹²². En esa sentencia se penaliza el abandono intempestivo e injustificado del hogar familiar. Lo que llama la atención es lo pequeño del monto.

4.3.2. Daños derivados por atentar contra el proyecto de vida matrimonial

El art. 345-A del C.C.P. de 1984 también fue fuente de polémicas en torno a, si la asignación preferente de bienes o monto dinerario se produce debido a un resarcimiento o a una indemnización (donde no hay juicio de responsabilidad). Ello

¹²¹ Aunque lo que comienza siendo una indemnización, la Corte Suprema decide agregarle algunas características propias de la responsabilidad civil.

¹²² DE VERDA, José; CHAPARRO, Pedro “Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales”, En: *Revista Aranzadi de Derecho Civil Patrimonial*, Aranzadi, Navarra, 2012, p. 128.

finalmente desembocó en el tercer pleno casatorio que considera que se trata de una obligación legal y no de un resarcimiento, terminando con el debate en cuanto a su naturaleza¹²³.

La Cas. N° 1312-2005-Cajamarca es un ejemplo de la confusión que se originaba en los operadores jurídicos al considerarla como un supuesto de daño al proyecto de vida matrimonial:

“Con el propósito de reparar los daños que pueda sufrir el cónyuge perjudicado por la separación de hecho, como consecuencia de la frustración del proyecto de vida matrimonial, la aflicción de los sentimientos, etc.; así como, con la finalidad de contrarrestar las dificultades económicas que enfrente ese cónyuge perjudicado por la separación de hecho, a propósito de la conducta del consorte que motivó tal estado, demostrando la intención manifiesta de sustraerse al cumplimiento de sus obligaciones conyugales y familiares, la ley impone al juzgador la obligación de velar por su estabilidad económica. Al efecto se contempla la fijación de una indemnización o adjudicación preferente de bienes sociales, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder”.

En mi opinión, siempre que exista daño, deberá ser resarcido, independientemente si este tiene lugar dentro o fuera de la esfera familiar¹²⁴.

En el Exp. 1231-2009-CS-Lima¹²⁵, la cónyuge interpone demanda de divorcio por las causales de violencia física y

¹²³ Ello se desprende del citado precedente judicial -que no es un precedente judicial sino una **máxima jurisprudencial** y que no conviene referirse sobre ello en el presente trabajo- al contemplar que la indemnización o la adjudicación de bienes tiene la naturaleza de una obligación legal, cuya finalidad es corregir un evidente desequilibrio económico e indemnizar el daño a la persona, resultante de la separación de hecho o del divorcio en sí; su fundamento no es la responsabilidad civil contractual o extracontractual sino la equidad y la solidaridad familiar.

¹²⁴ Es por ello que no estoy de acuerdo que los daños que ocurran dentro de esta esfera no deban ser resarcidos por tratarse de una *inmunidad* en la responsabilidad civil. Todo lo contrario, debe ser resarcido integralmente.

¹²⁵ Aunque en la sentencia se incurre en un error terminológico pues el órgano jurisdiccional señala la existencia de un proyecto de vida matrimonial como un plan

psicológica, injuria grave y conducta deshonrosa y como pretensión accesorias, la tenencia de sus tres menores hijas y el pago de una pensión de alimentos a favor de ellas. La esposa se dedicó a las labores del cuidado y atención de las hijas y el hogar, mientras que el cónyuge desarrolló las labores de proveedor del sustento familiar. La Segunda Sala Especializada de Lima señaló que se había producido un daño al proyecto de vida, específicamente, daño al proyecto de vida matrimonial, al escoger, desarrollar un conjunto de medidas, planes para dicho fin, lo que muchas veces comporta la asunción de posiciones que desde el punto de vista económico en que uno de los cónyuges asume la crianza, protección y cuidado de la casa y de los hijos que la conforman. Es por ello que al ser culpable el cónyuge por la causal que configura el divorcio entre los cónyuges, es que cabe fijar una indemnización por este concepto.

Si bien esta jurisprudencia tiene relación con el art. 345-A del C.C.P. de 1984, que es un supuesto de indemnización y no uno de responsabilidad civil, sirve para graficar el daño que se ha causado a la demandante en su *proyecto de vida*, pues se alega que la demandante sacrificó su proyecto de vida al truncarse el matrimonio, al ser este el proyecto de vida en común entre los cónyuges.

El *proyecto de vida* no es un *derecho subjetivo*, pues no existe regla alguna que contemple un “derecho al proyecto de vida”, ni constitucional ni infraconstitucional. Por la forma como se incorporó de manera subrepticia, no debe ser de aplicación lo dispuesto por el art. 1985° del C.C.P. de 1984. En ese sentido, solo debe ser de aplicación el *daño moral*.

En el exp. 1327-2009-CS-Lima, la cónyuge demanda divorcio por causal al demandado, por las causales de adulterio y abandono injustificado del hogar conyugal. Ella señala que su cónyuge hizo abandono de hogar el 08 de abril de 2004. Ello queda acreditado con la denuncia policial del 26 de abril de 2004. También alega adulterio. En primera instancia se declara infundada

común para decidir vivir y realizarse juntos, al final se fija el monto de reparación por **daño moral**.

la demanda e infundada la indemnización a favor de la cónyuge. Una vez apelada la sentencia por la demandante, la Segunda Sala Especializada de Familia de Lima emite su sentencia señalando que al haberse determinado que el demandado ha incurrido en las causales de abandono injustificado del hogar y adulterio resulta amparable la indemnización por la **frustración del proyecto de vida familiar** que llevó incluso a que la cónyuge tuviera que asumir el rol de padre y madre, estando a la corta edad del hijo. En suma, fija como indemnización la suma de S/. 5,000.00.

Una de las consecuencias que genera el empleo del daño al proyecto es confusión en la doctrina en torno al tema. Si tomamos en cuenta la aceptable definición del daño moral que se hizo en esa sentencia es la siguiente: *“El daño moral es el daño no patrimonial inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica”*. Y es que no puede indemnizar el daño moral producto de la frustración del proyecto de vida matrimonial. Se tiene que ser consecuentes al menos. Si empleo la categoría del daño a la persona, debo emplear como daño genérico al daño a la persona y no al daño moral. Y si empleo la categoría jurídica del daño moral - en su acepción amplia- no emplearé el ‘daño al proyecto de vida’ por no pertenecer a dicho concepto (daño moral), y, porque no es un interés digno de tutela.

De otro lado, como manifesté, el daño al proyecto de vida no es relevante jurídicamente. Si bien no puedo negar que todos tenemos proyecto de vida y que nos movemos en base a ellos, estos proyectos no son asegurables ni relevantes para el Derecho por lo que no deben merecer protección jurídica.

4.3.3. Daños derivados a cónyuge derivado de bigamia

En el exp. 286-95-CI, Yda Rosa Cabrera Cueto interpone demanda de invalidez de matrimonio contra Luis Fernando Vildoso Picón y Gloria Elvira Gordillo Soto, a fin de que se anule el matrimonio civil contraído por ellos el 15 de diciembre de 1994 ante la Municipalidad de Bellavista y, se le indemnice por la suma de US\$ 500,000.00. Ello debido a que la demandante había contraído nupcias con el demandado el 19 de mayo de 1975. El

Juzgado Civil de Callao declaró fundada la demanda y fijó en S/. 80,000.00 la reparación por concepto de daño moral.

Respecto a la jurisprudencia materia de comentario, se emplea la categoría *daño moral*, pero entendida esta dentro de la categoría jurídica *daño a la persona*. Evidentemente, lo solicitado por la demandante en cuanto a la reparación del daño es plusresarcitorio. Máxime si es que tomamos en cuenta el año en que se emitió la sentencia (02.09.96) el monto resulta por demás excesivo.

Y es que esas son una de las consecuencias del empleo de la categoría jurídica *daño a la persona*: plusresarcir. Además de ello, se lesiona la *igualdad jurídica en la aplicación de la ley* puesto que muchas veces la muerte de una persona es compensada por los órganos jurisdiccionales con montos muchos menores a S/. 80,000.00. ¿Será que la vida de una persona o una lesión corporal grave se debe compensar con montos muchos menores?

4.3.4. Daños derivados de la responsabilidad de los padres ante el nacimiento del hijo con una enfermedad congénita

El caso que mencionaré aún no está judicializado, reviste relevancia. Se trata de la Clínica “CONCEBIR”. El caso es el siguiente: una pareja que quiere tener descendencia muestra problemas para concebir. Para ello acuden a una clínica y deciden seguir un proceso de fecundación *in vitro*. Cuando se recogen los gametos de los padres para la realización de la fecundación, dos embriones llegan a sobrevivir y son implantados en el útero de la madre. A los 9 meses nacen mellizas, una sin presentar problema alguno, mientras que la segunda presenta Síndrome de Down.

El médico sostiene haber aconsejado a la pareja la práctica del “*diagnóstico genético implantacional*” para saber de antemano si el bebé nacerá sano. Y que escapaba de su control el que la madre se realice dicho examen. Entonces, me hago la siguiente interrogante: En un futuro el menor podrá demandar a los padres por haber nacido con enfermedad congénita. La respuesta es negativa puesto que en caso de que los padres si se hayan sometido

al examen y que de ello se haya verificado la alta probabilidad de que nazcan menores con defectos, y que hayan proseguido con la fecundación *in vitro*, ello no hace que el daño sea imputable a los padres, puesto que el aborto está prohibido en la legislación penal.

CONCLUSIONES

1. La correcta clasificación del daño se divide en daño material y daño moral. Ello debido a que en nuestro Código Civil se sigue la vertiente francesa del daño. Por lo tanto, se debe dejar de emplear categorías tanto en la doctrina como en la jurisprudencia referidas al daño patrimonial y no patrimonial o daño extrapatrimonial, que corresponden a realidades jurídicas distintas a la nuestra, como la italiana y la alemana.
2. En la doctrina y la jurisprudencia se debe dejar de emplear el concepto de daño moral como sinónimo de *pretium doloris*, pues este tipo de daño es omnicompreensivo: abarca los padecimientos y aflicciones, la afección a los derechos de la personalidad, las pérdidas de agrado, perjuicio de afecto y el perjuicio estético.
3. Emplear el término daño a la persona en vez de daño moral es ocioso e inoperativo. El daño moral tiende a resarcir lo mismo que el daño a la persona (a excepción del concepto del daño al proyecto de vida, que no lo abarca).
4. En el tiempo que Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO permaneció en Italia, vivenció la gestación del concepto de daño a la persona. Sin embargo, al tratar de importar dicho concepto de Italia hizo que se asimilara el daño moral [*danno morale*] con clara influencia italiana -aquella que restringe solo a la afección a los sentimientos- y que en nuestra realidad jurídica debe ser entendida en su acepción amplia y no en su acepción restringida. El profesor FERNÁNDEZ SESSAREGO, propulsor de las ideas del daño a la persona y autor del

daño al proyecto de vida, no ha polemizado ni rebatido las críticas que se le han hecho a sus ideas a lo largo de los años, pecando de soberbio. El conocimiento fructifica ante la crítica y no ante discursos sin confrontación de ideas. Únicamente acogió las críticas que le formulara CÁRDENAS QUIRÓS en cuanto al *nomen juris* de daño a la persona. De ahí que sea un ejemplo que no debe seguir la doctrina civilística peruana.

5. Las consecuencias que se derivan del empleo del genérico *daño a la persona* y específico *daño al proyecto de vida* son peligrosas pues genera *plusresarcimiento* lo cual nos deja un escenario de una práctica generalizada que al momento de solicitar los resarcimientos/compensaciones, el monto sea elevadísimo, pues cabe la posibilidad de que el órgano jurisdiccional ampare dicho pedido ya que todo queda confinado a la discrecionalidad del juez. Lo cual resulta peligroso pues dependiendo del buen humor o estado de ánimo del juzgador se variará el monto. Aunque en algunas ocasiones se reduce drásticamente la cantidad asignada. Es por ello que considero que resulta apropiado el uso de la categoría *daño moral* en sentido amplio pues para fijar los montos a resarcir se debe emplear criterios de equidad para cuantificarlo, entre ellos los siguientes criterios: i) grado de culpabilidad (dolo o culpa), ii) la reincidencia en una conducta lesiva y, iii) la condición económica de las partes.
6. Otra consecuencia negativa que se deriva de la aplicación de estos conceptos es la *conurrencia de resarcimientos/compensaciones por un mismo daño*. Si el daño a la persona puede originar muchos subtipos de daños, es importantísimo especificar qué monto se asigna y a qué tipo de entidad de daño para poder cuantificar y delimitar mejor los resarcimientos. Sin embargo la realidad es distinta, pues los jueces no motivan el monto que se asigna a cada subtipo de daño a la persona. Así pues, optar por la clasificación francesa facilita las cosas pues en un solo tipo de daño (*daño moral*) hace que se cuantifique los daños -que no tienen lugar en el patrimonio de la persona.

7. La aplicación de estas categorías jurídicas trae como consecuencia la *vulneración de la igualdad en la aplicación de la ley*. Si igualdad significa la coincidencia o equivalencia parcial entre diferentes entes, no tendríamos por qué encontrarnos con sentencias que resarcan la vulneración de un proyecto de vida más que a otro, porque uno de ellos tiene mayor capacidad para reeditar beneficios económicos, no se resarce de igual manera el proyecto de vida de un próspero Economista que el proyecto de vida de un obrero, lo cual hace que nos encontremos ante una evidente discriminación, y una evidente vulneración a la igualdad en la aplicación de la ley. Por lo que considero innecesaria el uso de estas categorías pues el Derecho no puede ser instrumento para promover la discriminación.

De ahí que considero correcto emplear el concepto de daño moral porque no discrimina entre personas y porque cualquier diferencia en la determinación de los montos de los daños tendrá lugar como consecuencia el empleo de los criterios de equidad para cuantificar el daño moral.

8. Entre uno de los motivos para no adoptar el concepto de *daño al proyecto de vida* es que este *no es asegurable*, ya que no se puede valorizar en dinero. Nadie puede garantizar el proyecto de vida a ser padre de familia, el proyecto de vida de vivir hasta los 90 años, etc. Ninguna aseguradora estará interesada a asegurar un “proyecto de vida”.
9. Otro motivo para no adoptar el concepto de *daño al proyecto de vida* es que no es un interés tutelado por el ordenamiento jurídico. No está previsto en el ni por el legislador constitucional ni por el infraconstitucional. En ese sentido, categorías jurídicas como el daño a la persona y el daño al proyecto de vida no serían usados por los operadores jurídicos al interpretar sistemáticamente las reglas sobre la responsabilidad civil extracontractual. Y dado que la clasificación del daño que adopta nuestra codificación civil es la francesa que entiende al daño moral en sentido amplio, permite tutelar plenamente los derechos de la personalidad y el *pretium doloris* siendo el daño a la persona una categoría jurídica que no es funcional e innecesaria.

10. La responsabilidad derivada de las relaciones de familia es un tipo de responsabilidad extracontractual que se funda en el precepto *alterum non laedere*, el deber de no causar daño a otros. En ese sentido, dicho daño no es lícito, pues es necesario su resarcimiento, no constituyendo un supuesto de inmunidad. Por lo tanto son susceptibles de ser aplicables en nuestro país. Ello debido a la reparación integral del daño que aconseja su resarcimiento, aunque esta se presente frente a vínculos tan estrechos como son las relaciones de familia.
11. Conforme se puede apreciar de las sentencias analizadas, la responsabilidad derivada de las relaciones de familia aún no se encuentran asentadas en nuestro Derecho Peruano . Pero aplicar las categorías jurídicas de daño a la persona y daño al proyecto de vida a las relaciones familiares generan las mismas consecuencias negativas descritas anteriormente. Genera que los resarcimientos se incrementen muy por encima de lo razonable (ejemplo de ello son los plusresarcimientos que en su momento originó el *proyecto de vida matrimonial*, pese a no ser un interés digno de tutela y que vulneraba la igualdad).
12. Lo mismo se deriva del empleo del concepto de *daño a la persona* pues los demandantes a fin de obtener los más altos resarcimientos, solicitan el monto máximo posible para que sea el juez quien discrecionalmente lo reduzca. Por otro lado, es difícil pretender compensar el daño a la persona, cuando se ignora que este tiene muchos subtipos de daños que en la práctica no se sabe si se compensan o no , ya que el juzgador no precisa al momento de motivar la sentencia a título de que daño está distribuido el monto que está resarcido.

BIBLIOGRAFÍA

- ALPA, Guido, *Trattato di Diritto Civile. Vol IV. Responsabilità Civile.* trad. de L. LEON, *Nuevo Tratado de la Responsabilidad Civil*, Jurista, Lima, 2006.
- ALTERINI, Atilio A., *Responsabilidad Civil. Límites de la reparación civil*, 2ª ed. 3ª Reimpr., AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1979.
- BUERES, Alberto, *Derecho de Daños, Hammurabi*, Buenos Aires, 2001.
- BULLARD, Alfredo, *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*, 2ª ed., Palestra, Lima, 2006.
- BUSNELLI, Francesco, *La lesione del credito da parte di terzi*, Giuffrè, Milano, 1964.
- BUSTAMANTE, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad*, Abeledo Perrot, 5ª Ed. Buenos Aires, 1986.
- CALDERÓN, Carlos, *Daño a la persona. Origen, desarrollo y vicisitudes en el Derecho Civil Peruano*, Motivensa, Lima, 2014.
- CASTRESANA, Amelia, “La Responsabilidad Aquiliana: Bases históricas para una construcción jurídica actual”, En: *Derecho Civil y Romano. Cultura y Sistemas Jurídicos Comparados*, ADAME, Jorge (Coord.), UNAM, México D.F., 2006.

CASTRONOVO, Carlo. *La nuova responsabilità civile*. 3ª ed. Giuffrè. Milano. 2006.

COLLANTES, Jorge (dir.) En: *Derecho de Daños. Una perspectiva contemporánea*, Motivensa, Lima, 2011.

DE TRAZEGNIES, Fernando, *La responsabilidad civil extracontractual*, vol. IV. Tomo I. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 7ª ed., Lima, 2005.

_____, *La responsabilidad extracontractual*, Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. IV, Tomo II, 7ª ed., Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001.

DE VERDA, José; CHAPARRO, Pedro “Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales”, En: *Revista Aranzadi de Derecho Civil Patrimonial*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 103-174.

DIEZ-PICAZO, Luis, *Derecho de Daños*, Civitas, Navarra, 1999.

_____, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Tomo V. La Responsabilidad Civil Extracontractual*, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2011.

ESPINOZA, Juan, *Derechos de Responsabilidad Civil*, 7ª ed., Rodhas, Lima, 2013.

FRANZONI, Massimo, “La tutela aquiliana del contratto”, En: *Trattato dei Contratti. I Contratti in Generale*. A cura di Enrico GABRIELLI, vol. II, 2ª ed., UTET, Torino, 2006.

FERNÁNDEZ, Carlos, *El derecho a imaginar el Derecho*, IDEMSA, Lima, 2011.

_____, “Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”, En: *Studi in Onore di Cesare Massimo Bianca*, Giuffrè, Milano, 2006.

- _____, *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984. Historia, Ideología, Aportes, Comentarios críticos, Propuestas de enmiendas*. Motivensa, Lima, 2009.
- _____, *Derecho de las Personas. Análisis artículo por artículo al libro Primero del Código Civil de 1984*, 12ª ed., Motivensa, Lima, 2012.
- _____, “El ser del hombre no es la razón, sino la libertad”, En: *La Ley. El ángulo legal de la noticia*, No. 2, Año 1, Gaceta Jurídica, Lima, 2014.
- FREZZA, Giampaolo y PARISI, Francesco, *Responsabilità civile e analisi economica*, Giuffrè, Milano, 2006.
- GUASTINI, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.
- IBARRA, David, “Los criterios para otorgar resarcimientos en la responsabilidad civil extracontractual”. En: *Actualidad Jurídica*, Tomo 252, Gaceta Jurídica, Lima, 2014, pp. 43-48.
- LA CRUZ, José Luis et al., *II Derecho de Obligaciones. Contratos y Cuasicontratos. Delito y Cuasidelito, Volumen Segundo*, 4ª ed, revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández, Dykinson, Madrid, 2009.
- LEON, Leysser, *La Responsabilidad Civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. 2ª ed. Jurista Editores. Lima. 2007.
- _____, “Weak Legal Culture & Legal Transplants. Unificación de la responsabilidad civil y otras importaciones de los años noventa.” En: *Responsabilidad Civil. Nuevas tendencias, unificación y reforma: Veinte años después*, Palestra, Lima, 2005.
- _____, *El sentido de la Codificación Civil, Estudios sobre la circulación de los modelos jurídicos y su influencia en el Código Civil Peruano*, Palestra, Lima, 2004.

- _____, “¡30 000 dólares por daños morales en un divorcio! De cómo el “daño al proyecto de vida” continua inflando peligrosamente los resarcimientos”, En: *Dialogo con la Jurisprudencia*, N° 104, Año 12, Lima, 2007, pp. 77-87.
- LLAMBIAS, Jorge, *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, Tomo III, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2006.
- MAIORCA, Carlo, “Responsabilità (teoria gen.)” En: *Enciclopedia del Diritto*, Tomo XXXIX, Giuffrè, Milano, 1988.
- MALAUURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent y STOFFEL-MUNCK, Philippe, *Les Obligations*, en MALAUURIE, Philippe y AYNÈS, Philippe (dirs.), *Droit Civil, Defrénois*, 3ra ed. París, 2007, pp. 144-146, trad. de J.L. Gabriel Rivera, “Material de lectura de la Maestría de Derecho Civil”.
- MAZEAUD, Henri et. al “Leçons de Droit Civil”, editions Montchrestien, trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo, *Lecciones de Derecho Civil*, parte segunda, Vol. II, EJEA, Buenos Aires, 1960.
- MIQUEL, José, “Las cláusula generales y el desarrollo judicial del Derecho”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM*, Madrid, 1997, pp. 297-326.
- OSTERLING, Felipe, “Exposición de Motivos y Comentarios al Libro VI del Código Civil. Las Obligaciones”, En: *Código Civil, VI. Exposición de Motivos y Comentarios, Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil*, Tomo V, Compiladora Delia Revoredo de Debakey, Lima, 1985, p. 449.
- PARADISO, Massimo, *Corso di Istituzioni di Diritto Privato*, 7ª ed., Giapichelli, Torino, 2012.
- PÉREZ, Antonio, *Dimensiones de la igualdad*, 2ª ed. Dykinson, Madrid, 2007.
- PORRINI, Donatella, “La responsabilità extracontrattuale”, En: *Lezioni di Analisi Economica del Diritto*, Giapichelli Editore, Torino, 1998.

- POTHIER, Robert, *Tratado de las Obligaciones*, Atalaya, Buenos Aires, 1947.
- PUIG, José, *Compendio de Derecho Civil*, Tomo II, 3ª ed., actualizada y revisada por Carles J. Malaquer de Motes I Bernet, Bosch, Barcelona, 1997.
- RAMOS, Carlos, *Historia del Derecho Civil Peruano, Siglos XIX y XX, Tomo VI. El Código de 1936, Vol. 2. La Génesis y las Fuentes*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009.
- RODRÍGUEZ, Alma, “La responsabilidad civil en las relaciones familiares”, En: *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. VI, Coord. Mariano Yzquierdo, Matilde Cuenca, Pamplona, 2011.
- SACCO, Rodolfo, *Introduzione al Diritto Comparato*, UTET, Milano, 1992.
- SALVI, Cesare, voz: “Responsabilità extracontrattuale (dir.vig.)” En: *Enciclopedia del Diritto*, Tomo XXXIX, Giuffrè, Milano, 1988.
- SCOGNAMIGLIO, Renato, *Responsabilità Civile e Danni*, Giapicchelli Editore, Torino, 2010.
- TABOADA, Lizardo, *Elementos de la Responsabilidad Civil*, Comentarios a las normas dedicadas por el Código Civil a la responsabilidad Contractual y Extracontractual, 3ª ed., Grijley, Lima, 2013.
- URIBURU, Jhoan, *Introducción al sistema de la responsabilidad civil. Una aproximación a los supuestos, elementos, requisitos y presupuestos de la responsabilidad civil*, Grijley, Lima, 2009.
- VIVAS, Inmaculada, “Daños en las relaciones familiares”, En: *Pensar, Fortaleza*, vol. 17, n. 2, pp. 523-538.
- YZQUIERDO, Mariano, *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001.

ZAVALA, Matilde, *Resarcimiento del daño moral*, Astrea, Buenos Aires, 2009.

FUENTES DE INTERNET:

OSTERLING, Felipe, “Indemnización por daño moral”, p. 1 [Internet] [Citado el 28.05.15] Disponible en: <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Indemnizaci%C3%B3n%20por%20Da%C3%B1o%20Moral.pdf>

El daño al proyecto de vida: un cambio de paradigma en el Derecho de Daños [Internet] Diario Judicial. Edición 3786. 06.10.09 [Citado el 23.03.15] Disponible en: http://tutorial.sibuc.uc.cl/citar/vancouvere/n_vancouvere_web.html

ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

Exp. 286-95-CI-Callao
Cas. N° 937-2002-Chincha
Cas. N° 1676-2004
Cas. N° 1312-2005-Cajamarca
Cas. N° 3973-2006 Lima
Cas. N° 1529-2007- Lima
Exp. 1231-2009-CS-Lima
Cas. 3064- 2010-Lima
Cas. 5721-2011-Lima
Cas. 4393-2013-La Libertad