RESARCIMIENTO DEL DAÑO MORAL O INMATERIAL

Roxana Jiménez Vargas-Machuca (*)

Introducción

¿Puede repararse el daño que sufre un niño de 8 años de edad al que, por causa de un diagnóstico equivocado, o de una confusión de historias clínicas, se le amputa una pierna? ¿Es posible resarcir el dolor de una madre por la muerte de su menor hijo, quien falleció en un accidente automovilístico? ¿Puede una persona que ha sufrido encarcelamiento durante varios años y que sale libre por haber sido sentenciada sin pruebas, exigir indemnización por su pérdida de libertad? Si como consecuencia del incumplimiento contractual de la contraparte, alguien pierde por completo su prestigio y su patrimonio, ¿puede exigir resarcimiento a los daños extrapatrimoniales? ¿Cómo podría materializarse, de ser afirmativa la respuesta a estas interrogantes, el resarcimiento de estos daños?

La respuesta a estas interrogantes, que a un ciudadano común le resulta evidente por reacción instintiva, reviste la mayor complejidad para el sistema jurídico, ya que éste es producto de una racionalidad y organización que proscribe la primitiva concepción de justicia basada en la venganza privada, de castigo, que buscaba que cada persona se haga justicia causando un daño idéntico o similar al causante, lo que, en la inicial evolución de la organización institucional, dio lugar a la denominada Ley del Talión y, con el tiempo y la creación y evolución del Estado, se llegó a la distinción entre la pena y la reparación, pues es el Estado quien castiga a los culpables, en tanto que los particulares reciben la indemnización.

Así, es muy importante comprender, la naturaleza de este tipo de daño, sus posibilidades de ser resarcido dentro de la estructura y funciones de la responsabilidad civil. Por último, y esto constituye el mayor reto, la viabilidad de su cuantificación, pues de esto dependerá que se logre el objetivo del sistema para los daños inmateriales.

Se puede apreciar en este texto que los términos “daño inmaterial”, “daño moral” y daño extrapatrimonial” se emplean en forma indistinta, es decir, como sinónimos, lo que se explicará en el segundo punto, que aborda el concepto y alcances de esta categoría de daños. El tercer punto trata un tema medular, que son las funciones de la responsabilidad civil, donde se distinguen las funciones de la responsabilidad, separándolas de la sanción. Finalmente, el último tema es un acercamiento a la manera como se deben evaluar los daños inmateriales, para efectos de su cuantificación.

Ciertamente, con este trabajo no se pretende dar respuesta a las interrogantes planteadas en su totalidad, sino simplemente colocar para el debate algunas ideas que procuran responderlas, en un intento de relacionar la teoría, el sistema y su racionalidad, y la realidad.

1. **Breve reseña del tratamiento del daño inmaterial o moral en el sistema peruano.**

Como advertencia inicial, es preciso recordar que para entender un sistema no se debe pensar solo en la legislación positiva, sino en la sociedad en su conjunto, que comprende su momento y circunstancias históricas, sociales, económicas, culturales e intelectuales. Es a partir de esta comprensión general, a la que aporta la jurisprudencia[1] y la doctrina[2], que debe leerse a la ley[3].

Código Civil de 1852

En principio, el codificador de 1852, de acuerdo a la tradición de la época, basó la determinación de la responsabilidad en el principio de la culpa[4], la que no se presume y debe ser probada, tanto en los contratos como en las obligaciones que nacen de delitos y cuasidelitos, aunque en algunos supuestos se aprecia una leve introducción a la objetivización de la responsabilidad.

En cuanto al daño extrapatrimonial, en forma muy incipiente y solo para el supuesto de injuria se estableció la posibilidad de solicitar indemnización: “En caso de injurias, tiene derecho el que las recibe a pedir una indemnización proporcionada a la injuria” (artículo 2022).

Con este numeral, se dio uno de los primeros pasos en la codificación civil peruana para introducir el daño inmaterial, siendo interesante lo relativo a *la graduación de la indemnización en forma proporcional a la ofensa o daño sufrido*, lo que le proporciona independencia respecto del daño patrimonial, pudiéndose calificar y cuantificar de manera aislada y autónoma a los daños materiales, en caso coexistir éstos en el caso concreto.

Código Civil de 1936

Este Código, que se mantuvo dentro de la tradición de la culpa -con algunas excepciones-, no reguló el daño moral contractual -la jurisprudencia lo introdujo-, pero tímidamente reconoció el daño moral extracontractual en el artículo 1148: “al fijar el juez la indemnización, puede tomar en consideración el daño moral irrogado a la víctima”.

Por su novedad y forma de inclusión en la norma, inicialmente se interpretó como posible la satisfacción pecuniaria del daño moral solo cuando hubiera un daño material que reparar, concediéndosele así un carácter subsidiario[5], a pesar de que la Exposición de Motivos de este Código, aunque lacónica, las distinguía y no estableció en modo alguno tal subsidiariedad: “No es preciso, por otra parte, que el daño sea material o patrimonial. Puede tratarse de verdaderos detrimentos morales que se traducen en dolores o menoscabos de ciertos bienes inmateriales… Habrá casos sin duda, en que la solución más indicada sea la de dar satisfacción a los sentimientos de la persona humana, o al perjuicio de ciertos aspectos de bienes no materiales.”

La evolución del tratamiento de este tipo de daño fue iniciada a nivel de doctrina nacional por León Barandiarán, Cornejo, Solf, Rey de Castro, entre otros, quienes coincidían en que el criterio a predominar atendía a la reparación independiente del daño moral, sin necesidad de que vaya unido a una reparación patrimonial. La jurisprudencia asumió ese parecer, aunque no de inmediato[6].

En el supuesto específico de ruptura de esponsales también se contempló, en el artículo 79, la indemnización por daños inmateriales, al referirse a los derechos inherentes a la personalidad del desposado perjudicado. Es de señalar que los esponsales crean en los desposados una obligación moral y no jurídica de celebrar matrimonio, por lo que no puede compelerse a ninguna de las partes al cumplimiento de dicho acuerdo. Sin embargo, el rompimiento de dicha promesa, en forma unilateral y sin justa causa, obliga a la parte culpable a reembolsar al otro o a terceros los gastos que hubiesen realizado de buena fe con motivo del matrimonio, solución que busca trasladar el daño patrimonial a quien lo ha producido, a pesar de que no resulta exigible cumplir la promesa matrimonial.

Ahora bien, como señalamos, el artículo 79 aborda el perjuicio que sufre el desposado en los *derechos inherentes a su personalidad*, por lo que se le ubica en la esfera del daño moral, cuyo contenido fue llenado por la jurisprudencia, que debe estudiarse dentro del contexto histórico y social en que fue emitida, lo que en su conjunto suman las circunstancias del caso:

> "(…) *los esponsales tienen efectos muy graves porque obligan a renunciar a toda otra expectativa de matrimonio con un tercero; esta situación es más exigente para la mujer, quien está obligada a guardar un absoluto alejamiento del mundo y preservar su honor dejando pasar los mejores días de su juventud en la expectativa de un compromiso. La violación de los esponsales pactados determina un daño moral en la vida de la novia, cuya personalidad resulta lesionada, dado el estrépito social que se produce a raíz de un apartamiento inmotivado*[7].

<u>Código Civil de 1984</u>

El vigente Código civil, que introdujo la responsabilidad objetiva para el caso del riesgo creado (bienes y actividades riesgosos o peligrosos) en la responsabilidad extracontractual, reconoce y regula el *daño moral* tanto en la esfera obligacional como en la denominada extracontractual:

Responsabilidad por inejecución de obligaciones:

- Artículo 1322.- El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento.

Responsabilidad extracontractual:

- Artículo 1984.- El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia.
- Artículo 1985.- La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

Si bien no se señala en forma expresa, el daño extrapatrimonial por violación de los derechos de la persona puede ser resarcido, tanto si se ha producido dentro de una relación obligacional o fuera de ésta.[8] Los derechos contenidos en el Título II, a que se refiere el artículo 17 del Código civil, son el de igualdad entre varón y mujer (no discriminación), a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor, a la intimidad, a la imagen y la voz, al secreto y reserva de las comunicaciones, a los derechos de autor y de inventor. Resulta evidente, por lo demás, que la violación de estos derechos, como de los derechos fundamentales en general, además de las acciones – civiles o constitucionales- que puedan ejercerse a fin de evitarla o cesarla, supone la posibilidad de entablar una acción indemnizatoria, puesto que los supuestos para su ejercicio se dan: antijuridicidad, daño, relación causal y factor de atribución (la regla general es que el factor de atribución es subjetivo, y solo a modo de excepción será objetivo, por lo que dicha regla se mantiene, debiendo analizarse las circunstancias y los hechos de cada caso a fin de aplicársele el factor que corresponda).

El Código civil establece reparación específicamente para el daño moral en el supuesto del cónyuge inocente en el divorcio por causal:

- Artículo 351.- Si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, el juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral.

Cabe mencionar que el Proyecto de la Comisión Reformadora, en el ámbito extracontractual, que fue el más innovador, establecía que el daño moral solo debía indemnizarse en forma excepcional, concretamente en el caso de actos ilícitos, como los supuestos de difamación o transgresión de la intimidad, excluyéndolo de los supuestos de responsabilidad por riesgo, por la perturbación que ello supondría en el principio de difusión social del riesgo, pues el proyecto contemplaba el sometimiento de estos casos a seguros[9], pero finalmente se reconoció en el Código Civil el daño moral sin limitaciones en la responsabilidad extracontractual, e incluyéndose, como novedad, en la responsabilidad por inejecución de obligaciones.

2. **Daño inmaterial. Concepto y alcances.**

Frente a los daños materiales, que afectan el patrimonio de la víctima (lucro cesante, daño emergente, pérdida de chance), se encuentra otra categoría de daños cuyo significado y alcances ha sido y sigue siendo materia de debate doctrinario, problema que incluye su denominación. Así, existen en la creación de diversos juristas, el daño no patrimonial, daño extrapatrimonial, daño moral, daño a la persona, daño a la vida de relación, daño inmaterial, daño al proyecto de vida, daño a la integridad psicosomática, daño psíquico, daño extraeconómico, daño subjetivo, entre otros.

En cuanto a la inacabable discusión acerca de la distinción entre daño moral y daño a la persona, suele decirse que el daño moral es la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimientos físicos o morales, un turbamiento, una inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas y, en general, toda clase de padecimientos no susceptibles de apreciación dineraria. Por su parte, se señala que el daño a la persona, que forma parte del denominado daño extrapatrimonial o daño subjetivo[10], es el daño ocasionado al sujeto de derecho, es un daño que lesiona a la persona en sí misma, estimada como un valor espiritual, psicológico, inmaterial[11].

Para algunos, el daño a la persona es sinónimo de daño moral, para otros lo comprende, para otros más bien es una subespecie de éste y para otros son dos categorías distintas.

Al respecto, Taboada indica que, "por daño moral se entiende la lesión a los sentimientos de la víctima y que produce un gran dolor o aflicción o sufrimiento en la víctima" (…) "la fórmula más sencilla y adecuada para entender el significado de daño a la persona es estableciendo que se produce dicho daño cuando se lesione la integridad física del sujeto, su aspecto psicológico y/o su proyecto de vida, todo lo cual deberá ser obviamente acreditado. No obstante lo cual, en lo relativo a la frustración del proyecto de vida, pensamos que no se trata de cualquier posibilidad de desarrollo de una persona, que puede ser incierta, sino que deberá tratarse de la frustración de un proyecto evidenciado y en proceso de ejecución y desarrollo que se frustra de un momento a otro. No se debe confundir proyecto de vida con cualquier posibilidad respecto de la cual no exista ningún tipo de evidencia comprobada. Como tampoco se debe confundir proyecto de vida con las simples motivaciones de los sujetos. (…) hechas estas precisiones por separado tanto sobre el daño moral como el daño a la persona, resulta evidente, por lo menos desde nuestro punto de vista, que se trata de categorías independientes, pues una cosa es la persona y su proyecto de vida, y otra muy distinta son sus sentimientos. Nos parece muy interesante la fórmula que plantea la eliminación de la categoría del daño moral, para hacer referencia únicamente al daño a la persona, pero no nos parece convincente."[12]

Aquí es conveniente mencionar que, en sus orígenes, el daño moral era el *pretium doloris* (daño-dolor), la lesión a la esfera sentimental del sujeto, la gran pena, el sufrimiento, pero su contenido se ha ido ensanchando por diversos sectores doctrinarios y jurisprudenciales, abarcando la lesión al honor individual y social, y posteriormente como lesión a la vida de relación, al proyecto de vida, a la identidad personal.

El tema sigue siendo materia de cuestionamiento, siendo interesante el razonamiento de León al respecto: "Si así están las cosas, el daño moral, en el ordenamiento jurídico peruano, abarca todas las consecuencias del evento dañoso que, por sus peculiares características, por su ligazón con la individualidad de la víctima, no sean traducibles directamente en dinero, incluida la lesión de los derechos fundamentales. 'Moral' no es lo contrario de 'jurídico'; 'moral' es lo contrario de 'material'."[13]

Considera ejemplar, el mismo autor, que "la doctrina española no haya tenido problemas para entender, desde hace décadas que 'el concepto de daños morales no debe reducirse solamente a los dolores o sufrimientos injustamente ocasionados, sino que en él ha de incluirse todo perjuicio no pecuniario producido por la lesión de un bien de la persona (salud, libertad, honestidad, honor, etc.) o de sus sentimientos y afectos más importantes y elevados' (cita a Rafael Alvarez Vigaray "La responsabilidad por daño moral", en Anuario de derecho civil, t. xix, fasc. 1, 1966, p. 85), o que el 'daño moral es aquel daño que afecta a un bien de la personalidad o de la vida (libertad, salud, honor, honestidad, paz, tranquilidad de espíritu, integridad física, bienestar corporal, privacidad, etc.), es decir, el que implica quebranto, privación o vulneración de esa categoría de bienes incorporales cuya tutela cobijamos bajo la categoría de los llamados derechos de la personalidad. (…) La diversidad de manifestaciones que puede asumir, por tanto, el daño moral, es indescriptible, tantas como sean las facetas de la personalidad, valores y estimativas del ser humano.`(citando a Angel Cristóbal Montes, "El daño moral contractual", en Revista de derecho privado, t. LXXIV, 1990, p. 3)".

En lo personal, suscribo la tendencia a considerar el daño moral como categoría opuesta al daño material (y en modo alguno relacionado con la moralidad), esto es, entendiéndolo en su más amplia dimensión conceptual, lo que incluye el tradicional *pretium doloris* y todas las posibilidades no patrimoniales que tiene el sujeto para realizar en plenitud su vida de relación y su proyecto de vida, y que cualquier aspecto que pretenda dotársele de la definición de "clase" o "categoría", o "sub especie", no son más que posibilidades dentro del espectro comprendido en el rubro, de la misma manera que, por ejemplo, el daño emergente (especie del daño material) puede consistir en pérdidas patrimoniales de diferentes orígenes (gastos médicos, reparación de vehículo, etc.), cada uno de los cuales debe ser analizado y evaluado detenidamente en su contexto, y luego cuantificado, mas no significa que cada fuente de este daño va a consistir en una sub clasificación o categoría del mismo.

Así, dentro del concepto de "daño moral", a modo de explicación, pueden emplearse los términos que mejor lo describan para su evaluación, tomándose las mismas como manifestaciones diversas del mismo[14], siendo, además, el término "daño moral" una denominación tradicional que por su larga data e historia resulta comprensible a todos, lo que la jurisprudencia nacional y extranjera ha recogido en su práctica habitual, por lo que el "traslado" que le corrió al juez, en términos generales, en este punto, ha sido respondido[15]. Con esto podría dejarse de lado el "pleito de etiquetas" (feliz expresión del profesor De Trazegnies) que, en su afán clasificatorio (lo que en algunas ocasiones lleva a sospechar de propósitos más centrados en la autoría de tales divisiones y clasificaciones que en la finalidad práctica o en la visión orgánica del tipo de daño), desvía la atención del problema de fondo de esta problemática, la que más debe centrarse en la reparabilidad del daño, en las funciones de la responsabilidad civil y, finalmente, en su cuantificación (de aceptarse este tipo de daño dentro del esquema indemnizatorio), que constituye el aspecto más conflictivo, una vez sorteado el laberinto conceptual.

Como señala Visintini, "las categorías conceptuales creadas por la jurisprudencia -como el daño a la vida de relación, el daño estético y el daño biológico- representan una tentativa desarrollada para ampliar la resarcibilidad de daños que, solo muy indirectamente, comportan la disminución del patrimonio y que, en realidad, reflejan consecuencias también morales del hecho ilícito".[16] Igualmente, se ha dicho que la extensión o ensanchamiento de la noción de daño moral a toda lesión a bienes extrapatrimoniales elabora un concepto fecundo, que permite configurarlo en su integridad y a partir de una nota distintiva "común a todos los daños morales que no vulneran de modo directo bienes susceptibles de apreciación pecuniaria."[17]

En suma, el daño moral es de índole inmaterial, y su reparación tiene por finalidad un particular resarcimiento (puesto que hay un espectro importante de este tipo de daño, que nada puede borrar, ni restituir al estado anterior lo que, por ejemplo, se ha padecido emocional y físicamente), distinto al del daño patrimonial o material, que es de tipo compensatorio, ya que aquél, como se verá, más bien apunta a una satisfacción[18], o compensación indirecta, cumpliendo así, para algunos, una suerte de función de pena privada[19], de sanción civil[20], o un remedio con finalidad, a veces, de tipo preventivo y punitivo[21]. La distinción de este tipo de daño con el daño patrimonial o material resulta, de esta manera, una distinción de base, esto es, una diferenciación teórico-conceptual, puesto que las funciones del juicio de responsabilidad "son diferentes cuando interviene como reacción frente a uno u otro tipo de acontecimiento"[22].

En este orden de ideas, la conexión entre el daño y su resarcimiento debe ubicarse a la luz de las funciones de la responsabilidad.

3. **Funciones de la responsabilidad civil.**

Entre las variadas funciones que se ha atribuido a la responsabilidad, destacan las siguientes, por comprender distintos niveles importantes de ser sopesados al momento de evaluarlos casos concretos, a fin de no perder la perspectiva integral.

- A un nivel macroeconómico, la responsabilidad civil cumple una función de incentivación o desincentivación de actividades[23], así como una función de prevención, que puede materializarse a través de aquéllas[24] cuando se trata de actividades del potencial causante del daño (por ejemplo, un productor, quien podrá invertir en incrementar la tecnología), o cuando se trata de la potencial víctima, no se tratará necesariamente de una incentivación o desincentivación a realizar actividades, sino simplemente a observar una *conducta* preventiva (peatón muy cuidadoso al cruzar la calle, al manipular un artefacto, etc.).

  Aquí se deben tomar en cuenta las posibilidades de prevención, es decir, si resulta factible que la potencial víctima pueda *actuar* preventivamente (nada puede hacer el pasajero para evitar que el avión se caiga), por lo que se estaría ante la prevención unilateral, que va de la mano con la responsabilidad objetiva, en tanto que la prevención bilateral es acorde a la responsabilidad subjetiva (en caso la víctima puede hacer algo para reducir la frecuencia o gravedad de los accidentes). Evidentemente, como señala Monateri, no todo es blanco y negro, pues ciertamente existen casos dudosos, cuyas particularidades deben ser analizadas detenidamente, ya que en algunos será mejor que prevalezca el criterio de la culpa sobre la responsabilidad objetiva (promueve en la víctima la asunción de prevenciones, reduciéndose de esa manera la frecuencia y gravedad de accidentes); por otro lado, cuanto más difícil en términos procesales sea probar la culpa, es mejor optar por la responsabilidad objetiva.[25]

- A un nivel microsistemático[26], es de destacar la perspectiva diádica de Fernández Cruz[27], se sitúa en el análisis de un hecho concreto y particular que relacione a dos unidades individuales, a saber, el responsable y la víctima, la que sostiene que la responsabilidad civil cumple tres funciones:

  - Satisfactoria: que garantiza la consecución de los intereses tutelados por el orden jurídico, lo que ***incluye*** "la reparación del daño, cuando éste se ha hecho presente, en su carácter de fenómeno exógeno al interés." Así, esta función, para el mismo profesor, tiene diversas manifestaciones, como la aflictivo-consolatoria para el caso de los daños irreparables (extrapatrimoniales), cumpliendo una función de mitigación del mismo.[28]

  - De equivalencia: "que explica el por qué la responsabilidad civil representa siempre una afectación patrimonial, en donde "alguien" deberá siempre soportar las consecuencias económicas de la garantía asumida para la satisfacción de intereses dignos de tutela. Presente el fenómeno exógeno del daño, se deberá decidir si esta afectación patrimonial se deja allí donde se ha producido o, si por el contrario, conviene trasladarla a otro sujeto."[29]

  - Distributiva: se distribuye los costos del daño entre determinados sujetos, de acuerdo a los lineamientos macro-económicos perseguidos. Esta función, de acuerdo a Espinoza, es común respecto a las anteriores.[30]

Salvi, por su parte, apunta que, en cuanto a los daños patrimoniales, el resarcimiento a la víctima debe dirigirse a la compensación de una pérdida económica, por lo que deben establecerse criterios de redistribución de los costos económicos entre los miembros de la sociedad, dependiendo del acontecimiento dañoso de que se trate[31]. En tanto, en relación a los daños inmateriales, la tutela resarcitoria se configura como un "remedio con finalidad de tipo esencialmente satisfactorio de la víctima, y a veces, además, de tipo preventivo y punitivo."[32]

Es importante definir si, en el caso de los daños inmateriales, la función satisfactiva tiene, a su vez, una función aflictivo-consolatoria, o si reviste un carácter decididamente punitivo (que, a su vez, puede cumplir un rol de disuasión respecto de actividades o conductas, aunque ello no significa que se trata de funciones vinculadas, ya que la función preventiva puede ser independiente de la función punitiva o sancionadora). La cuestión reviste la mayor trascendencia, ya que los parámetros que se utilizarán para cuantificar este daño derivarán de la función.

Un aspecto a considerar es que cuando una víctima sufre un daño moral, objetivamente la consecuencia es un menoscabo en su ámbito psíquico o espiritual. Ahora bien, si este daño que sufrió, además, ha sido consecuencia de un acto culposo o doloso del agente causante del mismo, se da una particular situación de ruptura de un equilibrio que existía antes del evento dañoso, lo que incrementa su padecimiento, es decir, *actúa como agravante del daño*. Este equilibrio debe reestablecerse, necesariamente, a través de formas adecuadas de resarcimiento y, en casos de irreparabilidad, de alguna otra forma que *compense o atenúe* lo sufrido, por medio del dinero (que es una representación de valor), pues de lo contrario la víctima consideraría que su sistema jurídico ampara, sin solución, la ocurrencia de un daño injusto intencional o negligente, lo que puede dar cabida a la búsqueda de tal restablecimiento en manos de la víctima (a través de actos de venganza privada).

La línea divisoria entre este planteamiento y la función sancionadora que algunos consideran corresponde a la responsabilidad es tenue, pero no por ello debe ser superpuesta ni confundirse.

En lo personal, no creo que la responsabilidad civil deba incluir una función sancionadora, ni tampoco que dicha función se pueda identificar con la función preventiva -la que se obtiene con un sistema eficiente y no castigador-, sino que debe centrarse en un planteamiento basado en el resarcimiento a la víctima.

Por ello, considero que el daño extrapatrimonial debe ser resarcido, en tanto daño efectivamente sufrido, y la distinción entre haber sido causado con culpa –o dolo- y sin culpa –por atribución objetiva de responsabilidad- graduarían el monto en función exclusivamente del daño moral que dicha intencionalidad o negligencia *en sí misma* cause a la víctima, agravándolo[33]. Bajo ningún punto de vista debe consistir en una suerte de *indemnización punitiva*, por cuanto ésta solo puede enriquecer indebidamente a la víctima, pues va más allá de la reparación; asimismo, no es aceptable considerar resarcitorio el alivio al ánimo de venganza, pues en modo alguno puede emplearse para ello al derecho, ni servir éste de canal para una finalidad semejante. Lo relativo a la punición, si bien puede en algunos casos ser válida, es ajena a la responsabilidad civil y corresponde a otras áreas, como la administrativa o la penal.

Es por todo esto que el panorama se plantea en forma compleja al juez, quien debe evaluar el caso concreto que se le presenta, con nociones claras de *lo que se va a reparar* –en cuanto al daño inmaterial-, *por qué debe repararse* y *cómo debe hacerse*. Así, como he señalado en líneas anteriores, si el resarcimiento del daño extrapatrimonial debe basarse en criterios claros y acreditados, sin pretender "castigar" al culpable, entonces la graduación de la culpa –hasta el dolo- no va a ser un factor a considerar para la reparación, sino únicamente en caso de que la existencia de este factor haya contribuido a acrecentar el daño mismo, por lo que no hay razón para que se deje de reparar el daño extrapatrimonial o inmaterial en los casos de responsabilidad por atribución objetiva.

En este punto resulta interesante la reflexión del profesor De Trazegnies al respecto, quien en general no considera que el daño moral deba –ni pueda- repararse, por cuanto relaciona la reparación de este tipo de daño con castigo, punición, al causante, por lo que, de existir, su función sería preventiva –por intimidatoria- y solo aplicable en casos de culpa grave:

> "En el derecho moderno, es el Estado quien, en nombre de la sociedad, aplica los castigos y percibe las multas a que está obligado el infractor en razón de haber violado una norma de carácter social. Pensar en indemnizaciones punitivas a favor de la parte ofendida es regresar a una visión tribal del Derecho, a una suerte de venganza apenas canalizada por el Estado. Este planteamiento me llevó a descartar totalmente la indemnización punitiva en los casos de accidentes normales de la vida cotidiana y a ser muy prudente –y hasta escéptico- en los casos donde se había presentado una culpa grave y donde la indemnización pudiera tener una connotación intimidatoria y ejemplarizadora, prefiriendo la sanción penal y la administrativa a la indemnización civil."[34] (el énfasis es nuestro).

El razonamiento descrito parte de la concepción de que este tipo de daño no es reparable con dinero[35], por lo que generalmente no es resarcible; de esa manera, solo determinadas afectaciones de tipo inmaterial podrían repararse, como el daño al honor que podría desagraviarse mediante una retractación pública, con lo que el espectro de daño efectivamente causado quedaría suelto, esto es, el equilibrio que existía antes del evento no se restablecería jamás, ni siquiera a través de la representación de valor que es el dinero, con lo que en forma aparentemente ficta se le otorga al dañado la posibilidad de figurar y decidir la forma de invertirlo que más le apacigüe lo sufrido, pues solo él sabrá qué le conviene más (puede mitigar su padecimiento a través de comodidad para sí mismo o de ayuda a otros). Entonces, no es que no sea reparable este tipo de daño, sino que no se sabe *cómo* repararlo, el cuestionamiento apunta a la idoneidad del dinero para ello, por considerarse algo demasiado "material" para aplacar algo tan "inmaterial".[36]

Por lo demás, con la enorme distancia que franquea un tipo de daño con el otro, al resarcir los daños patrimoniales con dinero, tampoco es tan cierto que con ello se lleva a la persona a idéntica situación que tenía antes de la ocurrencia del daño, por lo que es también una ficción, solo que mucho más leve.

En suma, se cuestiona la función satisfactiva de la responsabilidad civil, por considerarla "una satisfacción del deseo de que al agresor le pase también algo, que sufra cuando menos en su patrimonio"[37], una reminiscencia de la vieja idea de venganza, y por ello debe transitarse con mucho cuidado por esta vía, a fin de no ser (el sistema, el juez) instrumento de venganza personal.

Esto no es así: insisto en que es un error atribuir función resarcitoria a los daños patrimoniales y sancionadora o punitiva a los daños morales o extrapatrimoniales, identificando, de esa manera, la culpa con este tipo de daño. Para castigar, efectivamente, existe el Derecho Penal –que impone penas- o los reglamentos administrativos -que imponen multas u otras sanciones como suspensión de licencias, cierre de establecimientos, etc.- y nada de ello corresponde a la responsabilidad civil. Cualquier indemnización civil que tenga como finalidad irrumpir en la esfera sancionatoria va a resultar un nuevo desequilibrio, pues se creará una nueva víctima –el causante del daño- al otorgar un lucro indebido al demandante.

Es por esto que la función aflictivo-consolatoria no debe degradarse hasta convertirse en un eufemismo, sino que debe dotarse de contenido, y esto a través de un criterio firme que apunte a un auténtico resarcimiento, por medio de una valorización seria del daño extrapatrimonial, empleando parámetros y no meras suposiciones o presunciones, acreditando el daño (la víctima) y fundamentando la decisión final (el juez). Si este resarcimiento se acercase, de esa manera, a la "perfección" -extendiendo a la totalidad de los daños inmateriales la conclusión de Monateri respecto de los accidentes- a través de la jurisprudencia, se evitarían o reducirían comportamientos ineficientes futuros tanto de dañadores (si la prevención es tanto bilateral como unilateral) como de víctimas potenciales (en caso pueda darse la prevención bilateral).

No debe relacionarse, pues, el resarcimiento del daño moral con la existencia de culpa o dolo, activando la tradicional noción de punición o castigo del "pecado" de dañar a otro. La evolución del concepto y rol de la culpa van de la mano con la evolución de la función de la responsabilidad civil, lo que debe necesariamente incluir el espinoso tema del daño inmaterial, que no por complejo debe ser dejado de lado, puesto que si bien contiene elementos subjetivos, el hecho de su ocurrencia y padecimiento es objetivo.

4. **Cuantificación del daño inmaterial (o moral).**

Para Díez-Picazo, en posición que comparto plenamente, el daño moral no debe ser "simplemente presumido por los tribunales como consecuencia de lesiones determinadas y que se suponga, asimismo, que es igual para todos. Por el contrario, entendemos que debería ser objeto de algún tipo de prueba. Para cerrar este epígrafe convendría igualmente señalar que tratándose, en rigor, de un daño que impide la restauración de la situación personal del dañado anterior al daño, la única posibilidad existente de indemnizarlo consiste en proporcionar al dañado las atenciones ordinarias en la vida de relación para sobrellevar este tipo de situación, sin producir, como reiteradamente hemos dicho, larvadas formas punitivas."[38]

Es también indispensable reproducir la postura apasionada y decidida de los hermanos Henri y León Mazeaud y André Tunc a favor de la satisfacción del daño moral, quienes en célebre frase han dicho que "es inexacto pretender que la reparación del perjuicio moral se opone a los principios fundamentales que rigen la responsabilidad civil. En derecho, esa reparación se impone por lo tanto. Se impone también ante la equidad, y es una consideración que resultaría vano querer despreciar. Parecería chocante, en una civilización avanzada como la nuestra, que fuera posible, sin incurrir en ninguna responsabilidad civil, lesionar los sentimientos más elevados y más nobles de nuestros semejantes, mientras que el menor atentado contra su patrimonio origina reparación"[39].

En principio, como se ha mencionado al analizar la función aflictivo-consolatoria de la responsabilidad civil, en caso que los daños inmateriales tengan posibilidad de resarcimiento distinta a la dineraria, deberían ser reparados por esa vía, como por ejemplo, el daño al honor y a la reputación: por vía de una retractación pública. Aquí el problema procesal en que se puede encontrar un juez es que la pretensión de la demanda contenga un petitorio dinerario ya que, formalmente, en la sentencia no puede ir más allá del petitorio. Empero, sí puede procurar este tipo de solución en la etapa procesal correspondiente a la audiencia conciliatoria, donde es su obligación fomentar la conciliación, y puede proponer alguna fórmula conciliatoria más adecuada al daño que se pretende resarcir. En este acto algunas veces he propuesto desagravios (retractación, aclaración) públicos para reparar el daño al honor, con distintas formas de recepción de la propuesta por los litigantes: en una ocasión, aceptó la parte demandante, pero no la demandada (quien mantuvo su posición de no haber incurrido en responsabilidad); en otra oportunidad, ninguna de las partes aceptó la fórmula; hubo otra oportunidad en que la parte demandante aceptó, pero con rebaja (no eliminación) de la pretensión dineraria (es decir, no aceptó), rechazando la parte demandada.

Por otra parte, considero que el daño inmaterial debe probarse; aquí no deben caber presunciones más que en sentido muy restringido y en conjunción, al menos con algunos indicios, lo que pueda llevar a una convicción razonable; el afecto, la indiferencia o el desafecto, aunque sea mínimamente, pueden probarse a través de diversas formas, es cuestión de análisis del caso concreto.[40] Así, para probar el afecto que se sentía por alguien que falleció a consecuencia de un atropello, puede presentarse correspondencia, probar convivencia, el hecho de haber solventado los gastos de su educación, vestido y diversión de acuerdo a sus posibilidades (aquí, si se trata de los padres, por ejemplo, puede realizarse una evaluación comparativa entre lo que gastaba en el hijo fallecido y lo que gasta en otro), evaluación psicológica, etc.

Esto es, por cierto, materia de sumo cuidado. En una oportunidad, se presentó ante el juzgado a mi cargo una persona que demandaba indemnización –en una suma bastante elevada- por daño moral contra una quienes en un accidente automovilístico atropellaron a su madre la que, como consecuencia de ello, falleció. Más allá de las circunstancias del accidente, y únicamente en cuanto al análisis del daño sufrido, en la audiencia salió a la luz que el demandante había tenido a su madre, ya muy anciana, en estado de total abandono –tanto personal como económico- y desinterés a lo largo de muchos años, que no había asistido al velorio ni al entierro –estando en la ciudad y sin impedimento-, y que fue otro pariente, conjuntamente con los demandados, quienes se ocuparon de las gestiones funerarias. Asimismo, la demanda se presentó en el límite de la prescripción: casi dos años después del deceso. Recuerdo que hubo un momento en la audiencia en que la codemandada –propietaria del vehículo- exclamó: "*¡usted quiere lucrar con la muerte de su madre!*".

4.1 El caso de los daños por rebote o repercusión.

En este punto, y tomando el ejemplo anterior, quisiera agregar lo relativo a las víctimas reflejas, o víctima por rebote o repercusión, en caso de daño moral o inmaterial. En estos supuestos existen dos tipos de victima: la inicial, que en el ejemplo dado sería la madre del demandante, quien falleció como consecuencia del atropello, y el demandante, quien ha sufrido un daño que es consecuencia del que su madre sufrió, pero que es independiente y distinto a éste. Este último es el denominado daño por repercusión o rebote, y la víctima de este daño (*víctima refleja*) reclama la reparación del menoscabo o sufrimiento propio.

Como señala el profesor chileno Fabián Elorriaga, existen consecuencias relevantes de esta situación: "En primer lugar, debe mencionarse que la víctima refleja, para obtener esta indemnización, no debe acreditar el carácter de heredero de la víctima inicial, puesto que no demanda en este carácter. Le bastará acreditar su calidad de perjudicada, acaso su parentesco en el caso del perjuicio moral y el monto y naturaleza de los daños en el supuesto de los perjuicios patrimoniales. En segundo lugar, habrá que concluir que cualquier indemnización que ellos obtengan por el daño que personalmente han sufrido no integra la masa hereditaria, sino que forma parte del patrimonio personal del afectado. Consecuencia de lo anterior es que los acreedores del difunto no podrán hacer efectivas sus acreencias en esta indemnización, pero sí los acreedores personales de la víctima por rebote. Asimismo, al no formar parte de la herencia, la indemnización no estaría afecta al pago del impuesto a las herencias y asignaciones testamentarias."[41]

Pero a efecto de cuantificar el daño por rebote, en casos como el presentado, es necesario tener en cuenta la existencia de concausa en el daño causado a la *víctima inicial*, que tiene como efecto la reducción proporcional de la indemnización de ésta en caso haya participado en la producción de su propio daño por su conducta negligente o irresponsable (hecho de la víctima). Si la víctima falleció y es el hijo el que reclama reparación por su daño moral, ¿es factible aplicar al daño de él, que como se ha señalado, es autónomo al de ella, la reducción con motivo de la concausa? En un caso similar al que reseñé, se presentó esta circunstancia, y concluí que debía aplicarse la indicada reducción.[42] Parece que ésta es la tendencia mayoritaria a nivel jurisprudencial, por cuanto en este tipo de supuestos la teoría se estrella contra la realidad, como es fácil apreciar.

Al respecto, el profesor chileno Elorriaga ha señalado que

> "Esta cuestión ha dado lugar a arduas y continuas discusiones tanto en la doctrina como en la jurisprudencia francesa, desencuentros que tienen su causa en los absurdos a que podría conducir una aplicación rigurosa y absoluta de la independencia del daño por repercusión. Podría ocurrir que la víctima directa del suceso se viera en una situación desmejorada en relación a las víctimas reflejas. Mientras aquél puede ver su indemnización reducida por haber contribuido con su negligencia al daño, no ocurriría lo mismo con los que fueron indirectamente dañados por el suceso, con lo que el principal perjudicado queda en una situación inferior a las de los menos afectados.
>
> La Corte de Casación Francesa hasta los años sesenta y setenta, se mostró partidaria de la oponibilidad de la reducción de las víctimas por rebote, con lo que la independencia de este daño respecto de la víctima y el causante del siniestro eran coautores de él, y que ambos debían responder solidariamente ante la víctima por rebote. Sin embargo, la Asamblea Plenaria, el 19 de junio de 1981, estableció decididamente, volviendo al criterio inicial, que la culpa de la víctima era también oponible a los que lo fueran por repercusión. Otro tanto ha ocurrido en la jurisprudencia española, pues es constante en la práctica que se haga oponible la culpa de la víctima inicial a la víctima por rebote, reduciendo la indemnización de éstas a pesar de que no han tenido culpa alguna en el suceso, solución que la doctrina ha aceptado como menos mala.
>
> Nuestros tribunales y alguna doctrina, en igual sentido, y de manera ampliamente mayoritaria, han venido resolviendo que cuando se solicita la reparación de los daños morales o materiales personales que han sufrido terceros con ocasión del hecho que afectó a la víctima inicial, cabe de todas maneras reducir la indemnización que les corresponda a aquéllos si es que el directamente perjudicado se expuso imprudentemente al daño, considerando que esta culpa le es oponible a los perjudicados por repercusión como si hubiesen sido ellos los que se expusieron imprudentemente al perjuicio."[43]

4.2 Parámetros a considerar para la cuantificación del daño inmaterial.

Para cuantificar el daño moral o inmaterial, debe tomarse en cuenta no solo las características de la víctima (edad, sexo), y las circunstancias en que se produjo el hecho dañoso, sino también las características del agresor, incluyendo el grado de dolo o culpa[44], pero no con la finalidad de aplicar una sanción o punición (por cuanto esto podría distorsionar la función aflictivo-consolatoria y convertirla, como tantas veces se ha dicho, en un vehículo para el enriquecimiento de la víctima), sino porque este aspecto, generalmente, es generador de sufrimiento (la traición por parte de alguien cercano, o la impotencia que puede generar la condición de superioridad del agresor, física y psicológicamente[45] y, por tanto, acrecienta el daño moral.

Es decir, la culpa o dolo deben evaluarse como un factor de cuantificación del propio daño moral y no para castigar al causante del mismo. Esto significa que debe resarcirse el daño inmaterial tanto en casos de daños causados con culpa o sin ella, extendiéndose por tanto a los casos de responsabilidad objetiva, por cuanto se trata de daños efectivamente sufridos y que deben ser trasladados fuera de la víctima, de acuerdo a la función primordial de la responsabilidad civil.

La decisión final no podrá llegar a ser "perfecta" ni "exacta", ni además, logrará una reparación auténtica (cuando se trata de indemnización pecuniaria), pero si se evalúan todos los elementos, sustentados con medios probatorios idóneos, puede alcanzarse una reparación que no se considere arbitraria (mediante fórmulas que digan algo tan ambiguo, incompleto e inmotivado como "dada la naturaleza del daño moral, que es incuantificable, y aplicando un criterio de equidad, se estima en la suma de …"), lo que no significa que deba dejarse de lado el criterio de equidad, sino emplearlo conjuntamente con los demás criterios que se han señalado. Con ello, la decisión final se acercará mucho más a cumplir con la finalidad resarcitoria de la responsabilidad civil lo que, de ser así, logrará la finalidad preventiva, pues un sistema eficiente incentiva conductas socialmente deseables, que son, sin duda, las de prevención.

NOTAS:

[1] Con la trillada calificación de "derecho vivo" que, lamentablemente, en la realidad a veces no lo es, por cuanto en ella se repite mecánicamente la letra de la ley sin considerar el caso concreto, pero que cuando sí califica de "derecho vivo", resulta valiosísima.

[2] A la que puede hacerse similar crítica de la nota anterior, por repetir la letra de otros doctrinarios, muchas veces extranjeros, sin considerar la realidad a la que supuestamente va dirigida.

[3] La que a menudo es también repetición de otros textos normativos. Por ello, resulta tan importante hacer el esfuerzo de comprensión general de la atmósfera de la sociedad para el análisis correspondiente.

[4] Artículo 1265.- El que celebra un contrato, no solo está obligado a cumplirlo, sino también a resarcir los daños que resulten directamente de la inejecución o contravención, por culpa o dolo de la parte obligada.

En cuanto a las obligaciones que nacen de delitos o cuasidelitos:

Artículo 2210.- El que sin culpa alguna causa un daño, no está obligado a la reparación.

[5] REY DE CASTRO, Alberto. La Responsabilidad Civil Extracontractual. Estudio Teórico y Práctico del Derecho Nacional y Comparado. Lima, p. 352.

[6] "**Jurisprudencia nacional.-** En la causa 381/1943, R.S. 6.7.43, la Corte Suprema declaró que la indemnización por el daño moral no era admisible por vía de acción, sino como consecuencia de otras demandas. Este punto de vista no llegó a prosperar; era evidentemente restringido, admitiéndose más adelante acciones aisladas por daños extrapatrimoniales.

En la causa en que recae la ejecutoria de 7.5.1945, (Anales 1945, p. 218) un Banco es demandado por la víctima del rechazo de un cheque falto de fondos que luego se protesta. El Tribunal Supremo conceptúa que, habiendo el Banco reconocido su equivocación dirigiéndose al Notario y a la Cámara de Comercio, no procede el pago de indemnización pecuniaria, siendo infundada la demanda.

En la causa resuelta por E.S. de 23.5.1945 (Anales 1945, p. 222) se hace referencia a la denuncia por robo y la detención del inculpado que prueba su inocencia. El agraviado demanda reparación por el daño moral. (El Ministerio Público aplica e interpreta erróneamente el inc. 1º del art. 1137 del C.C.). Se desestima la acción e injustamente el actor no obtiene reparación alguna.

En la causa 948/1954, E.S. 25.11.54 (Rev. Jur. Per., Jun. 1955, n. 137) se condena a una Beneficencia a indemnizar a los deudos por la extracción de un cadáver de un nicho temporal sin haberse cumplido el plazo, siendo arrojados los despojos a la fosa común.

En la causa 1183/1955, E.S. 7.7.56 (Rev. Jur. Per., 1956, p. 1217) se admitió aisladamente la indemnización por el daño moral causado al demandante con publicaciones contra su buen nombre, al imputársele una actitud incorrecta con motivo de haber tomado exámenes al hijo del actor que quedó desaprobado."

Fuente: REY DE CASTRO, Alberto. Ob. Cit., p. 353.

[7] Corte Superior de Chachapollas, Res. De fecha 30 de junio de 1944. En este caso, el Fiscal opinó que se había producido daño moral y la Corte Suprema otorgó a la demandante la indemnización solicitada. (DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La Responsabilidad Extracontractual. En: Biblioteca para Leer el Código Civil, Vol. IV, T. II, fondo editorial PUCP, 2001, p. 102).

[8] Artículo 17 del Código civil.- La violación de cualquiera de los derechos de la persona a que se refiere este título, confiere al agraviado o a sus herederos acción para exigir la cesación de los actos lesivos. **La responsabilidad es solidaria**." (el énfasis es nuestro). La cesación de estos actos (el título a que se refiere es el relativo a "Derechos de la Persona") puede darse, en concordancia con la Constitución y el Código Procesal Constitucional, mediante el proceso de amparo, que procede ante la violación o amenaza de violación de derechos reconocidos en la Constitución. Si es ante la inminencia de violación, comprenderá la denominada *tutela inhibitoria* y si ya se está ante la violación de alguno de estos derechos, se tratará de *tutela cesatoria*. Por otro lado, dado que se encuentra regulado en el Código civil, nada obstaría a que se demande en la vía civil los derechos específicos del título II, pudiendo interponerse las medidas cautelares correspondientes. Ello, además de la indicada tutela –ya sea inhibitoria o cesatoria- habilita a solicitar indemnización por los daños sufridos –que incluyen los extrapatrimoniales-. Igual es de aplicación a las normas contenidas en los artículos 26 y 28 del Código civil, que confieren acción cesatoria e indemnizatoria específicas a la vulneración al derecho a ser designado por su nombre y a la usurpación del nombre, respectivamente, indicándose, en estos casos, la vía concreta del proceso abreviado.

[9] Como señala el profesor De Trazegnies, "la controvertida reparación patrimonial del daño extrapatrimonial podía más fácilmente ser admitida ahí donde hay una decidida responsabilidad del causante, como es el caso del acto propiamente ilícito." (DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La Responsabilidad Extracontractual. Ob. Cit., p. 108.).

[10] Coincidiendo con Carlos Cárdenas Quirós, Juan Espinoza Espinoza considera que es más propio referirse al "daño subjetivo", que es el daño ocasionado al sujeto de derecho, en sustitución de la expresión "daño a la persona", la cual resulta insuficiente para incluir todas las situaciones que pueden configurarse, ya que también lo pueden sufrir el concebido y las organizaciones de personas no inscritas, que técnicamente no son personas. En cuanto al daño patrimonial, considera que el término más feliz sería el de "daño objetivo", puesto que causa merma en los objetos de derecho. (ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de la Responsabilidad Civil. Lima, Gaceta Jurídica, 2003, pp. 180-182).

[11] FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Exposición y Comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano. Derecho de las Personas. En Código Civil, Vol. IV, compiladora Delia Revoredo. Lima, 1985, p. 88.

[12] TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. Elementos de la responsabilidad civil. Lima, segunda edición, Editora Jurídica Grijley, 2003, pp. 64-70.

[13] LEÓN, Leysser L. La Responsabilidad Civil. Líneas Fundamentales y nuevas Perspectivas. Lima, editora Normas Legales, 2004, p. 288.

[14] Estas *manifestaciones del daño moral*, como las considero, son vistas como *supuestos característicos que lo integran* por otros, como Mayo.

Al respecto, resulta interesante reproducir algunos párrafos de este profesor argentino, en los que recoge –a nuestro modo de ver, solo una parte del universo de manifestaciones del daño moral- los supuestos que considera característicos del daño moral:

"Examinando brevemente los distintos supuestos característicos (del daño moral) nos encontramos con:

a) El *pretium doloris*, que encuadra dos aspectos diferentes: el dolor físico que la víctima experimenta como consecuencia del hecho dañoso sobre su propio cuerpo, que incluye las sensaciones de malestar, el insomnio o cualquier otro tipo de manifestación dolorosa que se haya originado en su disminución física, y el puro daño moral, representado por el dolor moral, que se refleja en la pena, la tristeza y el sufrimiento –no físico-, que pueden padecer tanto la víctima directa como los parientes –que están legitimados por el ordenamiento-.

b) El daño a la vida de relación, o *préjudice d'agrément* como dicen los franceses. De dicho rubro puede tenerse un criterio amplio, comprensivo de todos los goces ordinarios de la vida, sean cuales fueren su naturaleza y origen, esto es, el conjunto de los sufrimientos, goces y frustraciones experimentados en todos los aspectos de la vida cotidiana en razón de la lesión y de sus secuelas, lo que parece excesivo porque podría cubrir otras situaciones características como el daño estético o el daño juvenil o el daño sexual; por ello parece más preciso limitarlo a la pérdida de la posibilidad de ejercitar ciertas actividades de placer u ocio, como las artísticas o deportivas, pero también de cualquiera que le signifique una privación de satisfacciones en la dimensión social o interpersonal de la vida.

c) El daño psíquico, entendido como enseña Zavala de González, como 'una perturbación patológica de la personalidad de la víctima, que altera su equilibrio básico o agrava algún desequilibrio precedente', y que se desbroza en las lesiones de base orgánica y las lesiones psíquicas estrictas o neurosis traumáticas.

d) El daño estético, que se manifiesta como una "deformidad" del estado de la persona, entendida tal deformidad como toda irregularidad física –visible o no, permanente o no-, estigma o tara fisiológica, consecutivas o residuales respecto de lesiones anteriormente sufridas, y que sin necesidad de convertir al sujeto en un monstruo (…), le hacen perder su normal aspecto periférico, de un modo perceptible y apreciable, *in visu*, afectando su anatomía exterior y no su sique o intelecto, de manera duradera –aunque no fuere definitiva-. Este estigma o tara fisiológica puede recaer en el rostro o en el resto del cuerpo humano, ya sea consistente en cicatrices, pérdidas de sustancia, de cabellos o de piezas dentarias, costurones, manchas, alteraciones de pigmentación, malformaciones, claudicación o pérdida de euritmia –armonía en los movimientos-, y en general cualquier tipo de defecto físico que altere peyorativamente la apariencia externa del ofendido, menoscabando su aspecto y natural conformación anteriores al hecho dañoso.

e) El "perjuicio juvenil", que como bien lo describe Mosset Iturraspe, corresponde al dolor que provoca en una persona la conciencia de su propia decadencia y la amargura por la pérdida de toda esperanza de vida normal y de la alegría de vivir.

f) El perjuicio sexual, o daño resultante de la pérdida de las facultades sexuales, que da sustento, obviamente, a la reparación del daño moral, sea cual fuere la situación del sujeto afectado, incluyendo la proyección de futuro." (MAYO, Jorge A. El daño moral. Los diversos supuestos característicos que lo integran. En: Revista de Derecho de Daños. Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, noviembre 1999, pp.181-183.).

[15] "Dado que el concepto de daño moral no es unívoco sino que existe gran controversia en la doctrina y en la legislación comparada sobre sus alcances (…), el mero texto de los artículos 1984 y 1985 no permite una aplicación inmediata sin la ayuda de una cierta "teoría" (controvertida) del daño moral. Por consiguiente, en última instancia, en este punto como en varios otros, el legislador le ha corrido traslado al juez." (DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La Responsabilidad Extracontractual. Ob. Cit., p. 109.).

[16] VISINTINI, Giovanna. Tratado de la responsabilidad civil. Trad. Aída Kemelmajer de Carlucci. T.2. Buenos Aires, Astrea, 1999, p. 231.

[17] IRIBARNE, Héctor Pedro. La cuantificación del daño moral. En: Revista de Derecho de Daños. Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, noviembre 1999, p.186.

[18] DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La Responsabilidad Extracontractual. Ob. Cit., pp. 93 y ss.

El profesor De Trazegnies, más de 15 años después (la primera edición del libro anteriormente citado data del año 1988), mantiene su perspectiva sobre el daño moral: "…el daño moral es extrapatrimonial y no puede ser establecido cuantitativamente, por lo que la indemnización no es una reparación sino, a lo sumo, una satisfacción." (DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Indemnizando sueños: entre el azar y la probabilidad. En: Libro Homenaje a Jorge Avendaño Valdez. T. II, Lima, 2004, Fondo Editorial de la PUCP, p. 876.)

[19] ALPA, Guido. Responsabilidad civil y daño. Lima, Gaceta Jurídica, 2001, p. 597.

[20] "las sanciones civiles punitivas expresan el poder auto-organizativo de la sociedad civil, porque tienden a satisfacer un interés privado; pero realizan, al mismo tiempo, y contextualmente, el interés público. Es, ni más ni menos, este último aspecto lo que distingue las sanciones de las penas privadas, y naturalmente, de las penas criminales. La sanción civil consiste, normalmente, en una medida aflictiva patrimonial, que aun estando prevista legislativamente y aun siendo irrigada por la autoridad judicial, presupone la iniciativa del particular, y está dirigida en ventaja de éste" (Máximo Franzoni, citado por LEÓN, Leysser L. Ob. Cit., pp. 269-270.). "La diferencia entre pena privada y sanción civil es la fuente de la segunda, que es la ley, y el doble fin que la segunda realiza al ser impuesta. Para Franzoni, la suma en dinero reconocida judicialmente por concepto de '*danno morale soggettivo'*, sufrimiento, perturbación del estado de ánimo, etc., se inscribiría en la categoría de sanciones civiles." (LEÓN, Leysser L. Ob. Cit., p. 270).

[21] SALVI, Cesare. El Daño. En: Estudios sobre la Responsabilidad Civil. Lima, ARA Editores, 1ra.ed., 2001, p. 298.

[22] SALVI, Cesare. Ob. Cit., p. 297.

[23] FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. Las transformaciones funcionales en la responsabilidad civil. En: Estudios sobre la Responsabilidad Civil. Lima, ARA Editores, 2001, p. 278.

[24] ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Ob. Cit., p. 40.

[25] MONATERI, Pier Giuseppe. Hipótesis sobre la responsabilidad civil de nuestro tiempo. En: Estudios sobre la Responsabilidad Civil. Lima, ARA Editores, 2001, p. 128.

[26] Ver FRANZONI, Máximo. La evolución de la responsabilidad civil a través de sus funciones. En: Estudios sobre la Responsabilidad Civil. Lima, ARA Editores, 2001, p. 196.

[27] FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. Ob. Cit., p. 278.

[28] FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. Ob. Cit., pp. 270, 278.

[29] FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. Ob. Cit., p. 278.

[30] ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Ob. Cit., p. 40.

[31] Aquí se incluye lo relativo a la actividad desarrollada (empresarial), pudiendo redistribuirse entre otros (consumidores), así como los seguros.

[32] SALVI, Cesare. Ob. Cit., pp. 297-298.

[33] Se me dijo alguna vez que era muy distinto perder un miembro (por ejemplo, un dedo) por causa de un accidente en el que puede existir un responsable sin culpa, que perderlo como consecuencia de una amputación realizada con dolo, como en un secuestro en el que el secuestrador corta el dedo del secuestrado y se lo envía a sus familiares. Ciertamente, en este tipo de casos puede existir una fortísima tentación de castigar al secuestrador por medio del monto indemnizatorio, lo cual es un error. Sin embargo, el monto a ser indemnizado es distinto en ambos casos, pero no en razón de castigar al causante del daño, sino en razón del incremento de aflicción infligida a la víctima que la violencia y saña con que se le efectuó tal amputación le ocasionaron.

[34] DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La Responsabilidad Extracontractual en la Historia del Derecho Peruano. En: Thémis, revista de Derecho editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Nº 50, 2005 (edición aniversario por 40 años), p. 213.

[35] "Por otra parte, esta idea-guía supone también que, dejando aparte la idea de castigo al causante y considerando que lo que busca la responsabilidad extracontractual es una reparación del daño, la indemnización solo puede comprender lo que es económicamente reparable. En ese sentido, rechacé la posibilidad de una reparación patrimonial para los daños extrapatrimoniales por cuanto éstos, por su naturaleza misma, no son reparables en dinero." DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La Responsabilidad Extracontractual en la Historia del Derecho Peruano. Ob. Cit., p. 213.

[36] Y zanjar de esa manera el calificativo de "materialista" que mutuamente se confirieron tanto quienes se encontraban a favor de la reparación de los daños extrapatrimoniales contra quienes se encontraban en contra de ello, como viceversa; los primeros por considerar que los segundos preferían resarcir lo material, dándole a este aspecto mayor preponderancia que a lo más relevante del ser humano, que es su lado espiritual, su proyección humana, su aflicción personal; los segundos por cuanto consideran que dar dinero o un resarcimiento material a las pérdidas intrínsecas a la espiritualidad o a la esencia del ser humano es denigrarlas, es, precisamente, volver lo inmaterial en material.

[37] DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La Responsabilidad Extracontractual. Ob. Cit., p. 97.

[38] DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. Derecho de Daños. Madrid, Civitas, 1999, p. 329.

[39] MAZEAUD, Henri y León, y TUNC, André. Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual. T.I, Vol. I, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, traducción de la quinta edición, p. 441.

[40] En realidad, la primera función de un juez es trabajar los hechos; de ellos se desprende la verdad. Y solo a partir de ella podrá aplicarse el derecho. Por lo tanto, el derecho es inútil por completo sin la verdad.

[41] ELORRIAGA DE BONIS, Fabián. El daño por repercusión o rebote. En: Instituciones de Derecho Privado. Libro V: Responsabilidad Civil. Derecho de Daños. Teoría General de la Responsabilidad Civil. Lima, Editorial Jurídica Grijley, dirigida por José Luis de los Mozos y Carlos A. Soto Coaguila. Lima, 2006, pp. 354 y 355.

[42] Reproduzco el fundamento de la sentencia en que abordé ese aspecto:

"OCTAVO.- En este punto, es necesario verificar la existencia del hecho de la víctima que, de acuerdo a su intensidad en la producción de las consecuencias dañosas, puede romper el nexo causal (artículo 1972), que no es otra cosa que la liberación del agente por medio de la referencia a una causa ajena e irresistible, que en este caso es la conducta de la víctima en el hecho generador del daño, que es factor determinante y excluyente, con lo que el presunto autor sería en realidad ajeno a la causa del daño, con lo que no se configuraría la responsabilidad.

La otra posibilidad de participación de la víctima en el hecho generador del daño es en realidad una coparticipación en él, una *concausa* (artículo 1973), es el hecho de la víctima que coadyuva, a nivel causal, a la producción del daño, con lo que hay responsabilidad en el agente, pero la indemnización se reduce de acuerdo al grado de participación en la producción del daño, por cuanto la exigencia de tutela puede ser menos intensa cuando el daño podría ser fácilmente evitado por el mismo sujeto que debería ser tutelado.

Ello también se encuentra refrendado en el artículo 276 del Reglamento de Tránsito:

'Artículo 276.- El peatón goza del beneficio de la duda y de presunciones a su favor, en tanto no incurra en graves violaciones a las normas del tránsito, como cruzar la calzada en lugar prohibido; pasar por delante de un vehículo detenido, parado o estacionado habiendo tránsito libre en la vía respectiva; transitar bajo la influencia del alcohol, drogas o estupefacientes; cruzar intempestivamente o temerariamente la calzada; bajar o ingresar repentinamente a la calzada para intentar detener un vehículo; o subir o bajar de un vehículo en movimiento o por el lado izquierdo).'

Se ha comprobado que la madre del demandante no cruzó la vía en una intersección, como se encuentra regulado en el Reglamento de Tránsito, sino en una zona no permitida para ello; además, por la gravedad del impacto –que le ocasionó la muerte- se puede apreciar que lo hizo en forma temeraria o intempestiva, calculando mal sus posibilidades de cruzar con éxito, o simplemente no calculándolas (debe recordarse que su cónyuge, quien la acompañaba en esos momentos, se abstuvo de cruzar).

Ello, en sí mismo, destruiría la presunción a su favor, y además rompería el nexo causal, si no fuera por que el demandado señor … conducía a una velocidad no razonable ni prudente, habiendo podido evitar el accidente cuyo riesgo generó al echar a andar el vehículo. Por ello, se aprecia que hubo una coparticipación en el hecho generador del daño entre el conductor del vehículo y la víctima del atropello, lo que es considerado una concausa, debiendo, en consecuencia, reducirse la indemnización en forma proporcional –en este caso, dada la negligencia o imprudencia de la víctima del accidente, será en partes iguales-.

Sin embargo, debe analizarse lo relativo a la concausa en este proceso, en el que la víctima es distinta a la víctima directa del atropello. El artículo 1984 del Código civil establece que el daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima (directa) **o** a su familia (cuyo derecho se deriva de la afectación a la víctima). El derecho de la familia -que genera un tipo de daño-, pues, la convierte en una víctima "secundaria" o "accesoria" (no principal, pues se deriva del daño causado en primer término a la víctima "real" o "principal"). Si la víctima "principal" (en este caso sería la señora …, madre del demandado, en caso no hubiese fallecido) no podría reclamar por la totalidad de los daños sufridos como consecuencia directa del atropello, debiéndosele aplicar la reducción del artículo 1973 en razón de la concausa (su participación en la producción del daño), la misma regla debe aplicársele a la víctima accesoria o secundaria, que es la familia (en este caso, el demandante, quien es hijo y único heredero de la víctima del accidente).

Si no se redujera la indemnización en los términos señalados, se daría el imposible jurídico de que la madre del demandante sería corresponsable solidaria con los demandados (por ser copartícipes) por el daño que su hijo sufre por su muerte, lo que habilitaría al demandante a reclamar el íntegro de la indemnización a los codemandados en este proceso y a éstos a repetir contra ella (en este caso, contra su sucesión, que es su hijo, el demandante), lo que atentaría contra diversos principios, tanto sustantivos como procesales.

Por lo señalado, de existir daño cuantificado, éste debe ser asumido por los codemandados en este proceso, reduciéndose el monto en un 50%, por las consideraciones explicadas en este punto."

[43] Ibid., pp. 356 y 357.

[44] Aquí es importante decir que el dolo no puede presumirse, únicamente la culpa en general en sede extracontractual y la culpa leve en inejecución de obligaciones. El artículo 1969, a la luz del sistema en general, no debe entenderse que incluya al dolo en la presunción, para efecto de la inversión de la carga de la prueba.

[45] También recuerdo el caso de una viuda de aproximadamente 70 años de edad que demandó a su vecina –30 años más joven- del edificio en que vivía para que la indemnice por la permanente hostilización que había sufrido por más de 5 años, por haber dicha vecina mantenido una actitud agresiva y prepotente hacia ella, con agresiones físicas y daño a la propiedad, ante lo cual durante ese tiempo la había denunciado ante el Ministerio Público y seguido procesos ante el Juzgado de Paz, ante su Municipio, ante la Comisaría de su Distrito, formulando solicitudes de garantías, logrando en algunos casos detener las agresiones, pero solo temporalmente. El desgaste ante tanta perturbación la había llevado a un estado crónico de crisis nerviosa y profunda amargura.

(*) Juez Titular Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, Perú. Profesora de la Academia de la Magistratura de Perú.