



**UNIVERSIDAD NACIONAL
“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”**

ESCUELA DE POSTGRADO

**RESPONSABILIDAD CIVIL Y RESARCIMIENTO DEL DAÑO
MORAL CAUSADO POR LA AMENAZA DEL DERECHO EN
EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VIGENTE**

Tesis para optar el grado de maestro en Derecho

Mención en Derecho Civil y Comercial

Bach. CARLOS EDUARDO FLORES SÁNCHEZ

Asesor: Dr. LUIS WILFREDO ROBLES TREJO

Huaraz – Perú

2014

Nº. Registro: _ _ _ _ _



FORMATO DE AUTORIZACIÓN PARA LA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN, CONDUCENTES A
OPTAR TÍTULOS PROFESIONALES Y GRADOS ACADÉMICOS EN EL REPOSITORIO INSTITUCIONAL

1. Datos del autor:

Apellidos y Nombres: _____

Código de alumno: _____

Teléfono: _____

E-mail: _____

D.N.I. n°: _____

(En caso haya más autores, llenar un formulario por autor)

2. Tipo de trabajo de investigación:

Tesis

Trabajo de Suficiencia Profesional

Trabajo Académico

Trabajo de Investigación

Tesinas (presentadas antes de la publicación de la Nueva Ley Universitaria 30220 – 2014)

3. Para optar el Título Profesional de:

4. Título del trabajo de investigación:

5. Facultad de: _____

6. Escuela o Carrera: _____

7. Línea de Investigación (*): _____

8. Sub-línea de Investigación (*): _____

() Según resolución de aprobación del proyecto de tesis*

9. Asesor:

Apellidos y nombres _____ D.N.I n°: _____

E-mail: _____ ID ORCID: _____

10. Referencia bibliográfica: _____

11. Tipo de acceso al Documento:

Acceso público* al contenido completo.

Acceso restringido** al contenido completo

Si el autor eligió el tipo de acceso abierto o público, otorga a la Universidad Santiago Antúnez de Mayolo una licencia no exclusiva, para que se pueda hacer arreglos de forma en la obra y difundirlo en el Repositorio Institucional, respetando siempre los Derechos de Autor y Propiedad Intelectual de acuerdo y en el Marco de la Ley 822.

En caso de que el autor elija la segunda opción, es necesario y obligatorio que indique el sustento correspondiente:



12. Originalidad del archivo digital

Por el presente dejo constancia que el archivo digital que entrego a la Universidad, como parte del proceso conducente a obtener el título profesional o grado académico, es la versión final del trabajo de investigación sustentado y aprobado por el Jurado.



Firma del autor

13. Otorgamiento de una licencia *CREATIVE COMMONS*

Para las investigaciones que son de acceso abierto se les otorgó una licencia Creative Commons, con la finalidad de que cualquier usuario pueda acceder a la obra, bajo los términos que dicha licencia implica.



El autor, por medio de este documento, autoriza a la Universidad, publicar su trabajo de investigación en formato digital en el Repositorio Institucional, al cual se podrá acceder, preservar y difundir de forma libre y gratuita, de manera íntegra a todo el documento.

Según el inciso 12.2, del artículo 12º del Reglamento del Registro Nacional de Trabajos de Investigación para optar grados académicos y títulos profesionales - RENATI "Las universidades, instituciones y escuelas de educación superior tienen como obligación registrar todos los trabajos de investigación y proyectos, incluyendo los metadatos en sus repositorios institucionales precisando si son de acceso abierto o restringido, los cuales serán posteriormente recolectados por el Recolector Digital RENATI, a través del Repositorio ALICIA".


14. Para ser verificado por la Dirección del Repositorio Institucional

Seleccione la
Fecha de Acto de sustentación:

Huaraz,

Firma:




Varillas William Eduardo
Asistente en Informática y Sistemas
- UNASAM -

***Acceso abierto:** uso lícito que confiere un titular de derechos de propiedad intelectual a cualquier persona, para que pueda acceder de manera inmediata y gratuita a una obra, datos procesados o estadísticas de monitoreo, sin necesidad de registro, suscripción, ni pago, estando autorizada a leerla, descargarla, reproducirla, distribuirla, imprimirla, buscarla y enlazar textos completos (Reglamento de la Ley No 30035).

**** Acceso restringido:** el documento no se visualizará en el Repositorio.



UNIVERSIDAD NACIONAL
"SANTIAGO ANTUNEZ DE MAYOLO"
ESCUELA DE POSTGRADO

ACTA DE SUSTENTACION DE TESIS

Los miembros del Jurado de Sustentación de Tesis, que suscriben, reunidos en acto público en el auditorio de la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional "Santiago Antúnez de Mayolo" para calificar la Tesis presentada por el:

Bachiller : **CARLOS EDUARDO FLORES SANCHEZ**

Título : **Responsabilidad civil y resarcimiento del daño moral causado por la amenaza del Derecho en el Ordenamiento Jurídico Peruano.**

Después de haber escuchado la sustentación y las respuestas a las preguntas y observaciones finales, lo declaramos:

APROBADO , con el calificativo de Dieciséis (16)

De conformidad al Reglamento General a la Escuela de Postgrado y al Reglamento de Normas y Procedimientos para optar los Grados Académicos de Maestro y Doctor, queda en condición de ser aprobado por el Consejo de la Escuela de Postgrado y recibir el Grado Académico de Maestro en Derecho con Mención en Derecho civil y comercial a otorgarse por el Honorable Consejo Universitario de la UNASAM.

Huaraz, 12 de Diciembre del 2014.

Dr. Wilfredo Camilo Montañez Avendaño
PRESIDENTE

Dr. Elmer Robles Blácido
SECRETARIO

Dr. Luis Wilfredo Robles Trejo
VOCAL

MIEMBROS DEL JURADO

Doctor Wilfredo Montañez Avendaño Presidente

Doctor Elmer Robles Blacido Secretario

Doctor Luis Wilfredo Robles Trejo Vocal

ASESOR

Doctor Luis Wilfredo Robles Trejo



AGRADECIMIENTO

A Dios y a mi familia.

DEDICATORIA

A mis padres por su ejemplo,
constancia en la vida y ser modelos de
vida.

ÍNDICE

	Página
RESUMEN.....	viii
ABSTRACT	ix
I. INTRODUCCIÓN	10
1.1. Objetivos	13
1.2. Formulación de hipótesis.....	14
1.3. Variables.....	15
II. MARCO TEÓRICO	16
2.1. Antecedentes de investigación	16
2.2. Bases Teóricas	22
2.2.1. Amenaza del derecho	22
2.2.2. Responsabilidad civil contractual y extracontractual.....	52
2.3. Definición de términos	60
III. METODOLOGÍA	61
3.1. Tipo y diseño de investigación	61
3.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico	61
3.2.1. Población	68
3.2.1. Muestra.....	69

3.3. Instrumentos de recolección de la información.....	63
3.4. Plan de procesamiento y análisis estadístico de la información.....	65
IV. RESULTADOS.....	68
4.1. Resultados teóricos.....	68
4.2. Resultados empíricos.....	98
V. DISCUSIÓN.....	116
5.1. Análisis doctrinario y/o teórico	116
5.2. Análisis Jurisprudencial	148
5.3. Validación de la hipótesis.....	170
VI. CONCLUSIONES	173
VII. RECOMENDACIONES	175
VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	176

RESUMEN

La investigación se desarrolló bajo el enfoque teórico metodológico de la Escuela y método de la Dogmática jurídica y la Jurisprudencia de conceptos que propone partir de un sistema conceptual, utilizando rigurosas construcciones jurídicas, a fin de lograr un sistema jurídico cerrado, exento de contradicciones. El trabajo tuvo por justificación elaborar e incorporar en el ámbito de la responsabilidad civil, una teoría que permita viabilizar la prevención y resarcimiento ante la amenaza del derecho. Es decir, que estableciendo la acción ante la amenaza del derecho se estaría subsanando la omisión advertida, esto es contemplando mecanismos de control reparadores ante la violación del derecho y así desarrollar legislativamente mecanismos de control apropiados para tutelar el actual derecho constitucional reconocido cual es, la integridad moral y psíquica de la persona, por ello se estudió el tratamiento jurídico que la judicatura otorga a la responsabilidad civil por daño moral causado por la amenaza del derecho en nuestro ordenamiento jurídico vigente. En ese contexto, se desarrolló una a investigación dogmática, con la finalidad de ampliar y profundizar conocimientos sobre el problema de investigación propuesto y su vinculación con los principios y derechos procesales; a fin de conocer sus problemas, deficiencias y establecer los criterios o elementos que el juzgador puede adoptar para establecer un tratamiento jurídico adecuado a la responsabilidad civil por daño moral causado por la amenaza del derecho en nuestro ordenamiento jurídico vigente.

Palabras claves: Responsabilidad civil, Daño Moral, Resarcimiento, Amenaza del Derecho, Ordenamiento Jurídico.

ABSTRACT

The research was conducted under the theoretical and methodological approach of the School and the legal dogmatic method and the Jurisprudence of proposed concepts from a conceptual system, using stringent legal structures, in order to achieve a closed legal system without contradictions. The work was to develop and incorporate justification in the field of civil liability, a theory that allows viable prevention and recovery before the threat of law. I mean, that setting the action against the threat of law would be correcting the perceived omission, ie including mechanisms of repair verification to the violation of the law and thus legislatively develop appropriate mechanisms to safeguard the current constitutional right which is the moral and psychological integrity of the person, so the legal treatment was studied that the judiciary gives moral liability for damage caused by the threat of law in our current legal system. In this context, developed a dogmatic research, in order to broaden and deepen knowledge about the problem proposed research and its link with the principles and procedural rights; to their problems, deficiencies and establish criteria or elements that the judge can take to establish an appropriate legal treatment to liability for material damage caused by the threat of law in our current legal system.

Keywords: Liability, Moral Injury, Compensation, threat of law, legal system.

I. INTRODUCCIÓN

Con el fenómeno de la globalización que se inicia en las últimas décadas del siglo XX, donde dicho ha afectado el tratamiento de todas las disciplinas, incluido el derecho. Así, en el plano económico se introduce el predominio del liberalismo, ideología que propugna la primacía de la iniciativa privada frente a la intervención estatal, por lo que en el ámbito judicial se traduce en la reducción de la competencia jurisdiccional estatal para reparar los daños que podría sufrir la persona a fin de que las partes opten por otros medios alternativos para solucionar conflictos; ejemplo: la conciliación extrajudicial. Sin embargo, a mediados de esta década se advierte una crisis del liberalismo en el mundo, recuperando ciertas posiciones la socialdemocracia; si bien esta corriente respeta la iniciativa, ésta se encuentra subordinada al bienestar general.

En ese sentido, el Estado, recupera su rol social frente a las personas, la globalización liberal se va luego transformando en globalización de la “solidaridad” donde el interés social vuelve a recuperar su hegemonía.

Con esta transformación la globalización trata de garantizar la potencialidad humana empleando los medios legales posibles para lograr el bienestar no sólo material sino espiritual. Esto se refleja en nuestro ordenamiento jurídico ya que la Constitución de 1979 sólo reconocía como derecho fundamental de la persona la integridad física a diferencia de la vigente Constitución Política del Estado de 1993 que en su artículo 2º, inciso 1, declara expresamente como básico de la persona, además de la integridad física, la integridad moral y psíquica.

Para hacer efectiva la defensa de estos nuevos derechos consagrados, se requiere la intervención activa del Estado para el cumplimiento de estos fines, lo que en el campo legislativo se traduce en reconocer a las personas acciones que los protejan no sólo por violaciones de derechos, sino además, acciones que versen sobre amenazas de los derechos, los cuales, aunque no producen daños materiales afecta el bienestar espiritual, ya que estos actos peligrosos causan agresiones a la paz y tranquilidad interna que conforman cierta clase de violencia psicológica y que en su conjunto ocasionan daño moral.

En ese contexto, se plantea un axioma jurídico, donde, todo ilícito causa daño a la persona humana. El derecho siempre ha procurado reparar este daño fijando sumas de dinero u otras modalidades que en parte compensen estos perjuicios, observándose que la legislación es más extensa para reparar los daños materiales por ser fáciles de percibir, considerándose el daño moral como una clase de daño accesorio de los derechos personales y patrimoniales, es por ello que cuando se describen los actos ilícitos se hace referencia a la violación de los derechos de las personas. .

Con la Constitución Política vigente se consagra, expresamente, el derecho a la integridad moral y psíquica de la persona y que la afectación del derecho causa un daño moral, independientemente de que afecte la integridad física y patrimonial de la persona; esto permitió que normas legales especiales, como las referidas a violencia familiar, sancionen actos en los que si bien no se ha dañado materialmente a la víctima, sin embargo, alteran su tranquilidad y orden espiritual.

En consecuencia existe la necesidad de que la amenaza del derecho debe tener el mismo tratamiento jurídico que la violación del derecho o los actos lesivos, entendiendo por amenaza del derecho el actos que constituyen lesiones inminentes a los derechos de existencia física de la persona.

Por ello, partiendo de que todo ilícito causa daño a la persona humana. El derecho siempre ha procurado reparar este daño fijando sumas de dinero u otras modalidades que en parte _ compensen estos perjuicios, observándose que la legislación es más extensa para reparar los daños materiales por ser fáciles de percibir, considerándose el daño moral como una clase de daño accesorio de los derechos personales y patrimoniales, es por ello que cuando se describen los actos ilícitos se hace referencia a la violación de los derechos de las personas.

Por lo que nos formulamos las siguientes interrogantes, teniendo como problema general: ¿Cuál es el tratamiento jurídico que la judicatura otorga a la responsabilidad civil por daño moral causado por la amenaza del derecho en nuestro ordenamiento jurídico vigente?. Y como problemas específicos: ¿Por qué la persona humana no es protegida eficazmente ante la amenaza del derecho en nuestro ordenamiento jurídico vigente?; ¿Cuáles son las consecuencias de las deficiencias legales que regulan amenaza del derecho en el ámbito de la responsabilidad civil? y ¿Qué criterios o elementos puede adoptar el juzgador para establecer un tratamiento jurídico adecuado a la responsabilidad civil por daño moral causado por la amenaza del derecho en nuestro ordenamiento jurídico vigente?.

En ese contexto, se ha elaborado el presente informe final del trabajo de investigación, el mismo que se encuentra estructurado de la siguiente manera: **Introducción**, que comprende el planteamiento e importancia del problema de investigación; el **Marco Teórico**, que comprendió el estudio de las bases teóricas que justifican y dan sustento al trabajo de investigación, información recogida en base a las fichas textuales y de resumen. Asimismo, **la Metodología**, que involucra: el tipo y diseño de investigación, el plan de recolección de la información y/o diseño estadístico, instrumentos de recolección de la información, y el plan de procesamiento y análisis estadístico de la información. Seguidamente, **los Resultados**, donde a través de la presentación de los cuadros y gráficos estadísticos debidamente interpretados, se contrastó las hipótesis planteadas. A continuación, **la discusión**, que consistió en determinar, a través de una apreciación crítica, si las bases teóricas, concuerdan o no con la realidad o aspecto práctico; es decir si la teoría está o no funcionando convenientemente. Se incluyó, en la última parte del trabajo, las **conclusiones**, las **recomendaciones**, la **bibliografía** consultada.

1.1. Objetivos

1.1.1. Objetivo general

Analizar el tratamiento jurídico que la judicatura viene otorgando a la responsabilidad civil por daño moral causado por la amenaza del derecho en nuestro ordenamiento jurídico vigente.

1.1.2. Objetivos específicos

- Justificar por qué la persona humana no es protegida eficazmente ante la amenaza del derecho en nuestro ordenamiento jurídico vigente.
- Describir las consecuencias de las deficiencias legales que regulan amenaza del derecho en el ámbito de la responsabilidad civil.
- Explicar los criterios o elementos que el juzgador puede adoptar para establecer un tratamiento jurídico adecuado a la responsabilidad civil por daño moral causado por la amenaza del derecho en nuestro ordenamiento jurídico vigente.

1.2. Formulación de hipótesis

Hipótesis general

Existe un tratamiento jurídico inadecuado frente a la responsabilidad civil por daño moral causado por la amenaza del derecho en nuestro ordenamiento jurídico vigente por la falta de mecanismos de control reparadores ante la violación del derecho para tutelar el actual derecho fundamental a la integridad moral y psíquica de la persona.

Hipótesis específicas

- La persona no es protegida eficazmente ante la amenaza del derecho por no existir aún mecanismos jurídicos adecuados que

eviten y sancionen esta situación acordes con la actual realidad socio-económica y jurídica.

- La deficiencia normativa en el ámbito de la responsabilidad civil no permite viabilizar la prevención y resarcimiento ante la amenaza del derecho.
- El establecimiento de criterios objetivos en el juzgador las circunstancias en que se produjo el hecho dañoso y las características del agresor, conllevarían a establecer un tratamiento jurídico adecuado a la responsabilidad civil por daño moral causado por la amenaza del derecho en nuestro ordenamiento jurídico vigente.

1.3. Variables

- **Variable independiente:**

Responsabilidad civil por daño moral

- **Variable Dependiente:**

Amenaza de derecho

- **Variable interviniente:**

Doctrina, Jurisprudencia, Normatividad

II. MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de investigación

A nivel local, revisado la biblioteca de la Escuela de Postgrado de la UNASAM, hemos podido encontrar el siguiente trabajo relacionado a nuestro trabajo presentado por ANICETO LUCERO, Fabián Silvestre, en sus tesis titulada: “Estimación de daños patrimoniales en los procesos judiciales de indemnización por responsabilidad extracontractual en la provincia de Huaraz, periodo 2005-2010”, quien plantea que los jueces civiles con competencia en materia de responsabilidad extracontractual y los procesos judiciales de indemnización durante los años 2005-2010, no estiman uniformemente los daños no patrimoniales al momento de fijar la indemnización, debido a que fijan inadecuadamente las categorías de los daños a la persona y daño moral, así mismo en los procesos judiciales en el DJA no tienen en cuenta el daño moral y sus categorías: objetivo y subjetivo.

A nivel de la doctrina existen varios estudios desarrollados especialmente por abogados civilistas y constitucionalista, quienes vienen escribiendo en revistas especializadas como Actualidad Jurídica, Themis, Jus, Justicia Viva, , etc., y en quienes nos apoyaremos para elaborar el marco teórico de nuestra investigación.

Finalmente, la inclusión de la amenaza del derecho en la responsabilidad civil es un tema que se está discutiendo en el derecho privado, atendiendo a principios humanistas y de regulación activa de la sociedad. La amenaza del

derecho en la responsabilidad civil ha sido apoyada por juristas peruanos, entre otros, Max Arias Schreiber Pezet, quien la sustentó como ponencia en la 11 Jornada de Derecho Civil realizada en la ciudad argentina de Mendoza en el año 1991¹ y Carlos Fernández Sessarego en su trabajo realizado sobre “Derechos de la Persona”².

En nuestro derecho positivo se ha regulado casos específicos en que ante la amenaza del derecho proceden medidas que suspenden los actos e indemnizan al afectado, tales son: la acción de amparo, el abuso del derecho, la tentativa de delito y el maltrato sin lesión o amenaza (violencia psicológica familiar).

Por su lado nuestro Código Civil, en materia de responsabilidad extracontractual, reconoce tanto la responsabilidad subjetiva en el artículo 1969° (basada en el dolo y la culpa) como la responsabilidad objetiva en el 1970° (fundada en el uso de un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa). Es pertinente anotar la incorrección ya advertida por doctrina nacional autorizada, de adjetivar o denominar riesgosos y/o peligrosos a los bienes. Efectivamente, cuando nos referimos a bienes debe quedar claro que estos no son en sí mismos riesgosos o peligrosos, sino que esta peligrosidad o creación de riesgo está referida a determinadas actividades o acciones y no a cosas o bienes.

¹ ARIAS SCHREIBER PEZET, Max (1991). 11 Jornada de Derecho Civil en Mendoza en Revista del Foro. Colegio de Abogados de Lima. Enero-Junio, Mo LXXIX. p. 203-204.

² FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos (1992). Derecho de las Personas. Editorial Cultural Cuzco. 5° edición. Lima, p. 75.

En el Derecho comparado, encontramos el clásico principio en virtud del cual “no hay responsabilidad sin culpa” se adaptaba perfectamente a las exigencias de una sociedad como la del siglo XVIII, de intercambios económicos relativamente modestos y carente de un despliegue técnico apreciable. En cambio, con la revolución industrial, “con el nacimiento de nuevas y poderosas fuentes de peligro (piénsese en el vapor, la energía eléctrica, la energía atómica, los descubrimientos de la química, el empleo a gran escala de sustancias inflamables, explosivas, contaminantes, etc.) con el uso de máquinas complejas y riesgosas, se multiplican con extraordinaria rapidez los accidentes y los daños, que se presentan, no ya como efecto de una “culpa humana” sino como la consecuencia, a menudo inevitable, de las nuevas técnicas introducidas en el sistema industrial...”.

La respuesta de los diversos ordenamientos jurídicos no se hizo esperar. En el caso de Francia, los orígenes se remontan a la primera ley de accidentes de trabajo, de fecha 9 de abril de 1898, como consecuencia de luchas sindicales suscitadas por el incremento de los accidentes en la industria y en la minería. La lógica de esta ley era que el empresario es responsable de pleno derecho, sin necesidad de acreditar culpa alguna, de los accidentes de trabajo debidos al trabajo de sus obreros y empleados. Luego se suman los aportes de Saleilles y la doctrina francesa, que desarrollan la “doctrina del riesgo” estableciendo que toda actividad que crea para los demás un riesgo especial, hace al autor de dicha actividad responsable de todo daño que como consecuencia pudiera surgir, sin necesidad de indagar si hubo culpa o no de su parte. Se justificaba por un elemental sentido de

justicia: si con una actividad una persona se beneficia, es justo que repare los daños que causa.

Como apunta BONNECASE, una mención especial merece el primer intento de “trasladar el centro de gravedad” del artículo 1382 del Code (responsabilidad general por culpa) al artículo 1384 (responsabilidad por daños causados por cosas inanimadas) se produjo en el llamado “asunto de las breas”. Aquí la Corte de Casación, en sentencia del 16 de noviembre de 1920, aplicó la presunción de culpa. Esta sentencia provocó incluso una reforma legislativa dirigida a impedir sentencias similares, pero la Corte continuó aplicando el criterio de 1920. A partir de 1924, se sucedieron una serie de sentencias aplicando ya la teoría del riesgo, sobre todo en materia de vehículos automotores y daños causados por inmuebles (vicios de construcción, accidentes en ascensores, etc).

En el caso de Italia, se prioriza la contribución de Pietro TRIMARCHI quien en 1961 realiza un excelente trabajo sobre el tema (“Rischio e Responsabilità Oggettiva”, Milán, 1961) donde ya se comienza a hablar de “riesgo de la empresa”. Así, el maestro italiano señala que, por ejemplo, aprobamos el uso de automóviles respetando ciertas normas, a pesar del riesgo inherente a tal actividad, en atención a la utilidad del transporte en general, sin detenernos a examinar la utilidad social del uso de los vehículos uno por uno o la finalidad buena o mala, productiva o improductiva de cada viaje. Debido a que los jueces no tienen ni medios ni competencia para tales investigaciones y, además, no deben interferir en la administración de las empresas, es preferible la adopción de un sistema ágil, como

es la atribución al empresario del riesgo de la empresa que constituye una presión económica para que la producción se racionalice desde el punto de vista social.

Sumamente interesante es la evolución de la jurisprudencia en España sobre la materia. Uno de los hitos es sin duda la sentencia del Tribunal Supremo (STS) del 30 de junio de 1959. En esta sentencia, el máximo órgano colegiado no se aparta de los postulados de la teoría de la culpa pero eleva el standard de diligencia. Ya en la STS del 17 de julio de 1943, se comenzó a aplicar la presunción de culpa, precisamente, en un caso de accidente causado por vehículo automotor. Y es en la sentencia del 5 de abril de 1963, sobre la muerte de un niño por electrocución debido al desprendimiento de un cable de alta tensión, donde se confirman algunas líneas que luego van a ser seguidas en estos casos: 1. La elevación del standard de diligencia. 2. La inversión de la carga de la prueba. 3. En algunos casos poco definidos, se adopta la doctrina del riesgo.

Con respecto a la técnica legislativa empleada para la regulación de la responsabilidad objetiva, cabe señalar que en los ordenamientos inscritos en la tradición romano-germánica, generalmente la regla legal fundamental de responsabilidad extracontractual es subjetiva, esto es, se fundamenta en la culpa del causante del daño y se encuentra reconocida en el Código Civil. Así, los supuestos de responsabilidad extracontractual objetiva, es decir, aquellos que precinden de toda evaluación subjetiva, dirigidos a personas determinadas, se presentan como subsidiarios y regulados por leyes especiales.

En ese sentido se realizó una interesante propuesta en el seno del debate sobre la reforma del Derecho de Obligaciones alemán (que sigue la tradición comentada): se planteó incorporar al Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) una cláusula normativa general de responsabilidad objetiva referente al ejercicio de actividades peligrosas. Sin embargo, dicha propuesta no prosperó. Y no podemos dejar de referirnos a los “Principles of European Tort Law” (2005), elaborados por el “European Group of Tort Law” que contemplan una norma fundamental que alude tanto a la responsabilidad por culpa, como a la responsabilidad por actividades peligrosas: “Art 1:101. (1) Aquel a quien se pueda imputar jurídicamente un daño está obligado a repararlo. (2) En particular, el daño puede imputarse a la persona (a) cuya conducta culposa lo haya causado; o (b) cuya actividad anormalmente peligrosa lo haya causado; o (c) cuyo auxiliar lo haya causado en el ejercicio de sus funciones”. Luego se señala que “aquel que realiza una actividad anormalmente peligrosa responde objetivamente por el daño característico del riesgo que tal actitud conlleva y que resulta de esta” (Art.5: 101-1). Y se precisa que “las leyes nacionales pueden establecer otros supuestos de responsabilidad objetiva por la práctica de actividades peligrosas, aun cuando dichas actividades no sean anormalmente peligrosas” (Art. 5: 102-1).

En el internet hemos podido encontrar un estudio en argentina sobre “El daño moral en la nueva ley de responsabilidad civil para la protección del derecho a la vida privada, el honor y la propia imagen en el distrito federal, desde el punto de vista del derecho romano”, donde La cuestión que se plantea precisamente en el presente trabajo, es que tal y como lo señala el artículo 8° de la Ley de

Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal, el ejercicio de la libertad de expresión y el derecho a informar se debería ejercitar en armonía con los Derechos de la Personalidad, lo cual consideramos que la mencionada Ley no consigue dada su clara tendencia a favorecer la libertad de expresión por encima de los intereses individuales. La Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal rompe con el equilibrio debido entre el interés individual y la libertad de expresión, dicha información se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: www.edictum.com.ar/miWeb4/congreso/Mary%20Paz%20Agudin.doc

2.2. Bases teóricas

2.2.1. Amenaza del derecho

2.2.1.1. Definición de amenaza del derecho y delimitación de su significado

La amenaza del derecho, base de nuestra investigación, comprende todo acto peligroso que en forma pronta pueda causar un daño físico a la persona. El peligro está referido a la posibilidad de lesionar derechos percibibles en forma objetiva o material, aunque estos actos ya están afectando la paz interna del ser humano.

Cuando se menciona amenaza del derecho, inicialmente, se puede considerar que su denominación emplea innecesarias palabras y preferible es

denominarla sólo como “amenaza” pero estos dos términos (amenaza y amenaza del derecho), aunque aparentemente similares, tienen connotaciones diferentes.

“Amenaza”, en su sentido restringido, significa acto verbal que ocasiona temor con la finalidad de lograr que la víctima realice actos contrarios a su voluntad. El agente trata de intimidar a la víctima para obtener beneficio. En cambio en la “amenaza del derecho” el agresor no tiene necesariamente esta finalidad, ya que principalmente sus actos están orientados a causar daño a la integridad de la persona sin necesidad de obligarle a realizar algún acto contrario. Al respecto, Wesley de Benedetti al notar la confusión que existe entre “amenaza” y “amenaza del derecho”, señala: “Algunos niegan a la 'amenaza' el rango de delito propio, considerándolo solamente como una tentativa de delito amenazado ('amenaza del derecho'), opinión insostenible por no haber aún en ella un principio de ejecución.”³

Se concluye del párrafo precedente que otra definición de “amenaza” y “amenaza del derecho” es que en la primera existe una expresión verbal de cometer un acto ilícito que puede ser serio o no; en cambio en la amenaza del derecho existen actos materiales que evidencian la inminencia de producir daños a la persona. Este criterio no es uniforme por cuanto Guillermo Cabanellas considera que la amenaza del derecho puede expresarse inclusive con actos verbales: “La amenaza es dicho o hecho con que se da a entender el propósito más

³ Enciclopedia Jurídica OMEBA. Tomo 1. Editorial Bibliográfica, Argentina, Buenos Aires, p. 671.

o menos inmediato de causar un mal⁴.

La “amenaza” está desarrollada como una violencia psicológica (vis compulsiva) que sólo se consume con la realización de un negocio o acto jurídico que no se habría realizado de no existir la amenaza: “Debe entonces existir una relación de causalidad entre la amenaza, el temor y el acto jurídico”⁵, esta intimidación en el derecho civil se sanciona con la anulación del acto jurídico que se logró celebrar a la fuerza por ser esto un vicio de la voluntad (artículos 214-218 y 221 del Libro 11 del Código Civil). Asimismo, en el derecho penal la “amenaza” está tipificada en el artículo 151 del Código Penal como delito contra la libertad individual con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

En caso de no realizarse el negocio jurídico o prestación, ya no estaríamos hablando de amenaza como vicio de la voluntad, sino de amenaza del derecho por no existir relación de causalidad entre la amenaza, temor y acto jurídico sino que el nexo será entre la amenaza y el temor excluyéndose la celebración de un acto jurídico. En el ámbito penal la “amenaza” es delito de lesión de ahí que no hay inconveniente para la existencia de tentativa (amenaza del derecho), “esta se dará cuando el sujeto activo ejerza la violencia o la amenaza sin que el sujeto pasivo se someta a sus exigencias⁶.

La “amenaza del derecho”, tema central de nuestro trabajo, a diferencia de

⁴ FLORES POLO, Pedro (1987). Diccionario de Términos Jurídicos. Tomo I. 2º Edición, Editorial Marsol, Lima, p. 199.

⁵ CUADROS VILLENNA, Carlos (1991). Manual de Acto Jurídico. Editorial Fecat, Lima, p. 188.

⁶ BRAMONT ARIAS TORRES, Luis (1994). Manual de Derecho Penal - Parte Especial. Editorial Grijley, Lima, p. 138.

la simple “amenaza” no está legislada sistemáticamente ya que, conforme hemos dicho, se encuentra regulada y sancionada en normas dispersas referidas a garantías constitucionales, tentativa de delito, violencia familiar y abuso del derecho. De suerte que, para elaborar una definición de amenaza de derechos tenemos que analizar la forma cómo esta figura es tratada, presentándose, entonces, la siguiente clasificación de definiciones.

- Definición de amenaza del derecho según el derecho constitucional.
- Definición de amenaza del derecho según el derecho penal.
- Definición de amenaza del derecho según la legislación contra la violencia familiar.
- Definición de amenaza del derecho dentro del abuso del derecho.

Si bien cada definición tiene un diferente enfoque sobre la amenaza del derecho, analizándolas en su conjunto se puede obtener los elementos básicos que conforman la amenaza del derecho.

2.2.1.2. La amenaza del derecho según el derecho constitucional.

Para PEDRO SAGUES, jurista argentino, apoyándose en el artículo 10 de la ley de amparo argentina, nos dice respecto a la amenaza del derecho:

“El amparo actúa en principio ante la agresión de un derecho constitucional; pero también, en circunstancias excepcionales, cuando hubiera contra tal derecho una amenaza ilegal de tal magnitud que le pusiera en peligro efectivo e inminente.

Procura entonces prevenir toda lesión cuando ella resulte de indudable cometido.⁷

La definición nos aporta presupuestos que distinguen a la amenaza del derecho que debe ser protegida frente a cualquier acto perturbatorio, estos son:

- Ilegalidad del acto.- Implica que la conducta denota cierta irracionalidad. contraria al marco constitucional y legal.
- Peligro inminente.- La inminencia de la conducta debe entenderse a hechos próximos a ejecutarse y cuya comisión se puede verificar inmediatamente.
- Prevención total de lesiones.- Se protege al accionante de toda amenaza a sus derechos sin importar que el agresor actúe con dolo o culpa, lo importante es evitar que la víctima sufra un daño.
- Efectividad e indudable comisión.- Los actos deben ser manifiestos, además, para este jurista la amenaza del derecho constitucional debe consistir en que las conductas peligrosas y el derecho perturbado sean individualizados.

La definición analizada si bien ayuda a identificar la amenaza del derecho no hace referencia a la arbitrariedad de los actos peligrosos, ya que el término ilegal es muy limitado porque pueden promulgarse normas legales injustas, pero bajo la definición comentada, la amenaza por ejercicio abusivo del derecho no se sancionaría por basarse en actos realizados dentro del ordenamiento legal.

⁷ SAGUES, Néstor Pedro (1979). Ley de amparo comentada, anotada y concordada con las normas provinciales. Editorial Astrea. Buenos Aires, p. 93.

Enrique Bernales Ballesteros define a la amenaza del derecho como “aquellas situaciones en que el derecho no ha sido propiamente vulnerado, pero existe una amenaza inminente y grave de que ocurran⁸.

La definición nos ofrece las siguientes características de la amenaza del derecho:

- Peligro inminente.- La amenaza del derecho se sanciona porque está pronto a suceder.
- Gravedad de la situación riesgosa.- La gravedad se determina en razón de los derechos que peligran, que en el presente caso, están proclamados por Ley fundamental del Estado como es la Constitución.
- Ausencia de lesividad.- La definición considera que la amenaza no vulnera ningún bien jurídico, posición que cuestionamos, ya que pese a que los actos peligrosos no ocasionan daños materiales afectan, sin embargo, la tranquilidad interna de la persona.

El maestro mexicano Ignacio Burgoa al comentar la naturaleza del juicio del amparo mexicano, opina por la procedencia del juicio de amparo contra futuros actos de autoridad en razón de que el amparo no sólo busca reparar el daño sino evitarlo: .Ahora bien, la idea de futuridad del acto reclamado, por ser amplia y estar contenida en la Ley de amparo en un sentido lato, ha sido delimitado en cuanto a la posibilidad jurídica de hacer procedente el juicio de garantías por la jurisprudencia de la Suprema Corte en la que se estima que no todo acto futuro,

⁸ BERNALES BALLESTEROS, Enrique (1996). La Constitución de 1993. Análisis comparativo. Ediciones Constitución y Sociedad, 2º Edición, Lima, p. 706.

como tal, puede dar nacimiento al amparo.

Desde luego, admitiendo grados cronológicos la futuridad de un acto se parte de la distinción entre actos futuros remotos y actos futuros inminentes. Los primeros son aquellos que pueden o no suceder (actos inciertos), es decir, respecto de los cuales no se tiene una certeza fundada y clara de que acontezcan por el contrario, los segundos, son los que están próximos a realizarse de un momento a otro, y cuya comisión es más o menos segura en un lapso breve y reducido. Pues bien, contra los actos futuros y remotos o probables, como se designan también, en la jurisprudencia de la Suprema Corte, no procede el amparo y sí en cambio, contra aquellos respecto de los cuales existe inminencia en su ejecución, es decir, aquellos que están ya tratando de ejecutarse”⁹.

El autor distingue dos clases de actos futuros, a saber:

- Actos futuros remotos.
- Actos futuros inminentes.

Los actos futuros remotos son aquellos en que la realización de los daños están subordinados a una condición, esto es, el hecho dañino puede o no producirse en un determinado lapso de tiempo.

Los actos futuros inminentes son aquellos en que la realización del daño está subordinado a un plazo, la violación del derecho se realizará necesariamente en un determinado lapso. El autor no. precisa la fracción de tiempo para identificar la

⁹ BURGOA, Ignacio (1982). El juicio de amparo. Editorial Porrúa, 18° Edición, México, p. 209.

inminencia de los actos futuros lo cual considero prudente, ya que el lapso de tiempo es relativo en cada caso particular siendo imposible reglamentarlo por ley; empero, la jurisprudencia será la fuente idónea que aclare esta duda.

Respecto al acto reclamado, el autor nos indica que éste presenta las siguientes notas distintivas: “acto de autoridad, voluntario e intencional, negativo o positivo, imputable a un órgano del Estado consistente en un decisión o en una ejecución o en ambas conjuntamente que produzcan una afectación en situaciones jurídicas o dadas y que se impongan imperativamente, unilateral o coercitivamente”¹⁰.

Conforme se ve, la naturaleza del recurso de amparo mexicano es un tanto distinta a la acción de amparo peruana, ya que el acto peligroso, en el primero, se restringe a aquellos emanados por autoridades públicas y no de personas particulares como contempla nuestra legislación. Los actos de autoridad deben ser imperativos, unilaterales y coercitivos, en otras palabras, son expedidas en una relación de superioridad o subordinación; actos expedidos por razón de sus funciones no formarían parte de estas relaciones, vale decir, los conflictos que surjan entre particulares por encontrarse las partes en igualdad de condiciones.

La definición sanciona los actos positivos así como los negativos. Los actos positivos son aquellas conductas que perjudican a la víctima y que consisten en la comisión de un hecho. Los actos negativos son conductas que perjudican a la víctima y que consisten en omitir un deber jurídico de hacer.

¹⁰ *Ibíd.*, p. 206.

La amenaza del derecho según la definición comentada sería improcedente cuando no sea dolosa por el agresor, lo cual objetamos, porque la exposición de peligros puede también ser de manera negligente e igualmente puede causar un atentado grave a los derechos.

2.2.1.3. La amenaza del derecho según el derecho penal

La amenaza del derecho en el ámbito penal está contemplada mediante la tentativa de delito.

En la tentativa de delito el agente comienza la ejecución de un delito que decidió cometer sin consumarlo. Para el maestro LUIS BRAMONT ARIAS “la realización del delito se lleva a cabo en un proceso general que consta de dos etapas: ideación, deliberación y decisión criminal, (etapa interna); luego el agente pone en obra la decisión (etapa externa), proveyéndose de los medios o instrumentos elegidos, con miras a crear las condiciones para lograr la obtención del fin (actos preparatorios), comienza la utilización concreta de los medios elegidos en la restitución del plan (ejecución) y puede llegar a completar en su totalidad la acción descrita en el tipo, con todos sus efectos, esto es, la obtención del fin típico planeado mediante los medios utilizados por el autor (consumación). y con ellos lograr el objetivo que se había propuesto al cometer el delito que se encuadra fuera de la acción típica (agotamiento) a todo lo cual se le ha dado el nombre de iter criminis (camino del delito). De estas etapas sólo entran en el

ámbito de lo punible las de ejecución y consumación”.¹¹

Para Luis Jiménez de Asúa la tentativa es “el comienzo de ejecución de un delito determinado que no se realiza conforme al plan del autor por interrupción accidental de los actos ejecutivos o frustración del resultado”.¹²

Por su parte, complementando el párrafo anterior, el maestro argentino EUGENIO RÁUL ZAFFARONI, agrega que la tentativa de delito tiene dos clases: la tentativa acabada (llamada en la legislación comparada y en la doctrina delito imposible) y la tentativa inacabada. “La tentativa acabada es aquella en que el sujeto realiza la totalidad de la conducta típica, pero no se produce el resultado típico. La tentativa inacabada es la que tiene lugar cuando el sujeto interrumpe la realización de la conducta típica”.¹³

Los juristas citados nos ilustran todo el camino del delito (iter criminis) descripción que nos permite señalar en qué etapa no encontramos ante la amenaza del derecho o violación del derecho. En el derecho penal para que se configure la amenaza del derecho se requieren los siguientes elementos:

- a) Decisión de cometer un delito.- La tentativa de delito requiere del elemento subjetivo de dolo, no es punible amenazas originadas por culpa.
- b) Acto externo.- La decisión debe expresarse en determinados actos que

¹¹ BRAMONT ARIAS, Luis. Ob. Cit., pp. 34-35.

¹² JIMENEZ DE ASUA, Luis (1976). Tratado de Derecho Penal. Editorial Losada, Tomo VII, Buenos Aires, p. 495.

¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1990). Manual de Derecho Penal - Parte General. Ediciones Jurídicas, Argentina, p. 608.

evidencien la amenaza del derecho, el pensamiento sólo no puede soportar ninguna pena. Estos actos se ordenan en las siguientes fases:

- Actos preparatorios.- La etapa en que se escogen y se adquieren los medios para cometer el delito.
- Etapa de ejecución.- Es el momento que se utilizan los medios para cometer el delito.
- Etapa de consumación.- Es el momento en que se realiza la conducta descrita en la ley penal.
- Consumación del delito.- Aunque el término se confunde con la etapa anterior, esta última es cuando se causa el daño al bien jurídico.
- Etapa de Agotamiento.- Cuando se ha cumplido la finalidad del delito, por ejemplo, obtener una ganancia económica por matar a una persona.
- La amenaza del derecho comprende, para los mencionados autores, desde la etapa de ejecución hasta la etapa de consumación, excluyendo las etapas preparatorias, consumación y agotamiento del delito. Adicionalmente existen dos clases de tentativa, la cuales también regula el Código Penal, pero éstas no son sancionables, a saber:
- Tentativa acabada que comprende desde la decisión de cometer el delito hasta la etapa de consumación; la conducta llega adecuarse al tipo penal pero no se produce ningún daño, se trata pues del delito imposible por ineficacia del medio empleado o impropiedad del objeto sobre el que recae el delito.
- Tentativa inacabada comprende desde la decisión de cometer el delito

hasta los actos de preparación, impidiendo voluntariamente el agresor que se realicen los actos de ejecución (desistimiento voluntario) o de consumación del delito (arrepentimiento eficaz), excepcionalmente, estos actos son sancionados cuando constituyan por sí otro delito diferente al que se pretendía realizar.

La sanción de la tentativa guarda concordancia con el principio de lesividad regulado en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal, este principio señala que la pena necesariamente requiere de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley. El elemento peligro no es apreciado de manera subjetiva sino tomando en cuenta circunstancias objetivas que han rodeado el desarrollo de la acción. No hablamos de peligro cuando la producción de un acontecimiento es imposible, el peligro será considerado cuando sea cierto e inminente. “El peligro es por lo tanto, la mayor o menor probabilidad de un acontecimiento dañoso, la posibilidad más o menos grande de su producción”¹⁴

Por otro lado, nuestro ordenamiento jurídico penal contempla, además de la tentativa, los delitos de peligro; tipos penales donde también se sancionan actos que pueden dañar un bien jurídico determinado sin necesidad de consumación de la lesión.

La diferencias entre estas dos instituciones se dan en que la tentativa no ha llegado a perfeccionar el delito programado, pero los actos parcialmente realizados son la exteriorización de la intención criminal, la tentativa carece de

¹⁴ DIE GETAHR IN STRAFRECHT, Dopart, citado por ESCRIBA GREGARI, José (1976). La puesta en peligro de los bienes jurídicos en Derecho Penal, Editorial Bosch, Barcelona, p. 19.

perfección típica; en cambio, en el delito de peligro, la conducta, aunque no se ha llegado al resultado material del daño, concuerda correctamente con el tipo penal. “En el delito consumado como en la tentativa la naturaleza del peligro es la misma, sólo que en ésta el peligro agota el contenido del ilícito”.¹⁵

2.2.1.4. La amenaza del derecho según la legislación contra la violencia familiar

La amenaza del derecho está contemplada en el artículo 1° de la Ley de Violencia Familiar, norma que considera, bajo la denominación genérica de violencia familiar, el maltrato sin lesión y la amenaza.

Si bien el maltrato sin lesión y la amenaza son formas de amenaza del derecho, la ley no precisa si estos actos en su conjunto constituyen violencia física o psicológica y entre los especialistas no hay criterio uniforme. En los estudios que realizó el Movimiento Flora Tristán se hacen distinciones entre maltrato sin lesión y amenaza:

“Violencia física: Ocurre cuando una persona que está en una relación de poder respecto a otra, le inflinge daño no accidental, usando la fuerza física o algún tipo de arma que puede provocar o no lesiones externas , interna o ambas, o lesiones en la autoestima, El castigo repetido no severo también se considera violencia física”.

“Violencia psicológica: Es toda acción u omisión que dañe la autoestima, la

¹⁵ ROJAS VARGAS, Fidel (1997). Actos Preparatorios, Tentativa y Consumación del delito. Editorial Grijley, Lima, p. 247.

identidad o el desarrollo de la persona. Incluye los insultos constantes, la negligencia, la humillación, el no reconocer aciertos, el chantaje, la degradación, el aislamiento de amigos y familiares, la destrucción de objetos apreciados el ridiculizar, rechazar, manipular, amenazas, explotar, comparar, etc.”¹⁶.

La definiciones permiten apreciar que hay varias clases de amenazas de derechos en violencia familiar: el maltrato sin lesión que es considerado como una clase de violencia física; y la amenaza genérica que es una violencia psicológica distinguiéndose de la amenaza como vicio de la voluntad, porque esta forma de agresión familiar no procura obligar a la víctima a realizar determinados actos sino lesionar su autoestima. Ambas clases de amenazas de derechos presentan las siguientes características:

- **Daño intencional.-** El agente; tiene la voluntad dolosa de ocasionar el daño a la víctima, no se sanciona el peligro por negligencia.
- **Actos objetivos.-** Se debe expresar con actos materiales que evidencien el futuro daño, la limitación de esta definición se observa en no especificar si las meras declaraciones verbales que afecten la integridad moral, sin tener propósitos de obligar a la víctima determinadas prestaciones, puedan considerarse como amenaza del derecho.
- **Relaciones de poder.-** La violencia se basa en la influencia que tiene un miembro sobre otro miembro de familia. El elemento poder puede

¹⁶ CENTRO DE LA MUJER PERUANA (1998). Organización Panamericana de la Salud. Editorial Flora Tristán, Lima, p. 18.

establecerse por edad, contexto familiar (padre-hijo, tíos-sobrinos), relaciones de jerarquía (marido-mujer), y nivel de educación.

- **Lesiones a la autoestima.-** Estos no llegan a consumir daños materiales, pero moral y psicológicamente afectan a la víctima. “Las amenazas de violencia y las agresiones psicológicas son tan efectivas como los actos de violencia física para hacer que las mujeres actúen como sus propios carceleros y se queden, a pesar de la aparente libertad para irse”¹⁷.

Por su parte, MARÍA JOSEP CUENCIA I GARCÍA, analizando la legislación española, define la amenaza del derecho de la siguiente manera: “No encontramos ante un tipo de simple actividad que no exige resultado material pues no requiere de menoscabo en la salud o integridad física, para su perfección, a diferencia del delito de lesiones”¹⁸.

Como anteriormente se mencionó, el ejercicio de la violencia física en este tipo de agresiones no se expresan en un atentado contra la integridad física, pero no impide que estos actos afecten el bienestar psíquico de la víctima, más dañoso, doloroso y más duradero para los agraviados. La amenaza del derecho causa un daño que en la mujer se expresa con la inseguridad, depresión y miedo paralizante y en los niños dificulta su socialización con las demás personas; asimismo, debido a su formación agresiva consideran correcto este patrón de conducta, siendo probable que con sus futuras parejas o hijos se vuelva a repetir la violencia que

¹⁷ *Ibíd.*, p. 73.

¹⁸ CUENCIA I GARCIA, María Josep (1998). La violencia habitual en ámbito familiar. En Revista Jurídica de Catalunya del Ilustre Colegio D'Advocats de Barcelona, N° 04, Barcelona, p. 29.

antes sufrieron.

Por último, hay otros especialistas como Violeta Bermúdez que considera que el maltrato sin lesión y la amenaza forman parte del concepto de violencia psicológica, ya que en ambas situaciones, siempre el bien afectado será la dignidad e integridad moral de la persona: “El maltrato psicológico se refiere a toda palabra, gesto o hecho que tiene como objetivo humillar, devaluar, avergonzar y dañar la dignidad de cualquier persona. Esta es una manifestación de violencia mucho más difícil de demostrar, sobre todo, en los casos que se produce en el interior de un grupo familiar”¹⁹.

2.2.1.5. La amenaza del derecho según el abuso del derecho

Para entender la amenaza del derecho tenemos que determinar cuál es la naturaleza del abuso que considera el legislador, está la encontramos en la exposición de motivos del Código Civil que, refiriéndose al abuso del derecho, señala que “se incurre en el abuso del derecho cuando en el ejercicio de tal, el titular se excede manifiestamente de los límites de la buena fe de modo que dicho ejercicio no se compatibiliza con la finalidad institucional y la función social en razón de las cuales se ha reconocido el respectivo derecho”.²⁰

El término “ejercicio manifiesto” nos hace concluir que el abuso del derecho debe expresar un acto objetivo e indudable, en esta definición prima el acto social

¹⁹ BERMUDEZ, Violeta (1995). Violencia Familiar - Mecanismo Legales de Protección. Seminario de Especialización en Estrategias y Técnicas de Atención en Maltrato infantil. Diciembre, Urna, p. 94.

²⁰ LEON BARANDIARAN, José (1985). Exposición de Motivos y Comentario al Título Preliminar del Código Civil. Editorial Grijley, Lima, pp. 24-25.

y no la intención del agente. Dentro de esta definición todo derecho es reconocido por la ley a medida que persiga un fin social, es decir, no afecte los intereses de la sociedad, caso contrario, cuando se ejercite el derecho contrario al espíritu de la ley se produce el abuso del derecho.

Por ejemplo, que el derecho de huelga se emplee para fines políticos y no para obtener mejoras laborales u otras. La amenaza del derecho está comprendida dentro del artículo 11 del Título Preliminar del Código Civil debido a que esta norma permite solicitar medidas cautelares apropiadas para evitar el abuso, por lo que se infiere que en el abuso de derecho también se incluyen actos peligrosos no consumados, la amenaza por abuso de derecho se vincula directamente con el atentado al derecho a la intimidad. “Más todavía tanto es el énfasis que se pone en preservar la intimidad que una corriente de opinión interpreta que la amenaza seria de conculcamiento sería para justificar la protección jurisdiccional”.²¹

Para ZAVALA DE GARCÍA la amenaza por abuso se puede configurar desde el anuncio del titular de actos que ofendan o atenten los derechos de una persona aún sin que sea acompañado este aviso de actos preparatorios o de ejecución, siempre y cuando esta declaración sea seria y evidencie indubitablemente un futuro daño a la persona: “La doctrina ha entendido que procede la reacción del ofendido y la protección jurisdiccional impeditiva, en ciertos supuestos en que no existe todavía sino el anuncio de un ataque no iniciado ya que, particularmente, en relación al derecho a la intimidad, la amenaza

²¹ PEYRANO Jogre (1995). Una nueva vía procesal para preservar el Derecho a la Privacia: El proceso Urgente. Suplemento Vox Juris. Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres, Uma, p. 08.

verosímil de menoscabo o violación puede crear, según las circunstancias, el peligro que justifique la inmediata reacción defensiva: por ejemplo, la amenaza extorsiva de difusión o publicación de papeles íntimos o de fotografía de personas en actitud equívoca o con ropas ligeras o con defectos físicos deprimentes.²²

Un ejemplo de la amenaza por abuso a que hace referencia este autor, se apreció con un artista nacional, de tendencia homosexual, animador de un programa televisivo, que fue objeto de atentados contra su intimidad, ya que se promocionó en otro programa televisivo durante varios días la entrevista de una persona que iba a declarar sobre las preferencias sexuales de este artista, lo que desnaturalizaba el derecho a la libertad de información, afectando la paz interna de la persona, de tal manera que se vio obligada públicamente a reconocer sus inclinaciones sexuales y la enfermedad que padecía para evitar futuras murmuraciones que iban a generar la inminente difusión de la entrevista.

2.2.1.6. Daños causados

2.2.1.6.1. Definición de daño

Gramaticalmente daño significa perjuicio dolor o malestar, maltratar o echar o perder, pero, en el ámbito jurídico se nota más la presencia patrimonial.

Para ATILIO ANÍBAL ALTERINI el daño es “la lesión que debe recaer sobre ciertos derechos subjetivos patrimoniales o extra patrimoniales, cuyo

²² ZAVALA DE GONZALES, Matilde, Derecho a la intimidad., citado por PEYRANO, Jorge (1995). Una Nueva Vía Procesal Para Preservar el Derecho a la Privacía: El Proceso Urgente'. Suplemento de Vox Juris Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres, Lima, pp. 8-9.

menoscabo genera en determinada circunstancia una sanción patrimonial. Este último significado es relevante en materia de responsabilidad civil”.²³

Como ya se indicó, la definición citada se encuadra dentro de la concepción patrimonialista en virtud del cual el derecho sólo protege a la persona en razón de la disminución efectiva de su economía o patrimonio (daño emergente) y la utilidad o futura ganancia perdida (lucro cesante). La persona es tutelada a medida que la misma sea un “homo faber” hombre productor, hombre limitado a una actividad²⁴. Las molestias que afecte la integridad psíquica, es accesorio; en consecuencia, es intrascendente cuando aquellas no repercuten en el patrimonio del afectado, definición influenciada dentro de un modo de producción capitalista o liberal. Frente a ello existe una concepción personalista en donde la persona debe ser protegida sin necesidad de tener la calidad de homo faber sino como ser mismo.

El Derecho debe sancionar y prevenir toda la molestia que se cause no sólo en el patrimonio de la persona sino también los derechos que alteren su integridad física y psíquica sin necesidad de que éstos derechos tengan necesariamente una connotación directa ni indirecta con el patrimonio. Se busca, entonces, convencer que el sufrimiento también afecta los derechos de la persona sin necesidad de que se pruebe una disminución pecuniaria y se toman medidas que evitan el daño, siendo tan sólo secundaria la sanción patrimonial.

²³ ALTERINI, Atilio Aníbal (1998). Derecho de Obligaciones. 48 Edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 215.

²⁴ MOSSET ITURRASPE. Jorge (1995). Más allá del daño moral: El daño a la persona. En Código Civil Peruano Diez Mas Balances y perspectivas. Tomo XI, Centro de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima. Primera Edición, Lima, p. 407.

Para Ennecerus el daño es toda desventaja experimentada en nuestros bienes jurídicos, serán, entre otros, la vida, la salud, el honor, la propiedad, el crédito, la capacidad de adquirir, etc.²⁵

Esta definición expresa el daño en un concepto personalista, por cuanto, incluye como desventajas aquellas que pueda tener la persona en su integridad física. Su limitación se presenta al no incluir, dentro de estos daños, su integridad moral, pero, haciendo una interpretación extensiva, la intranquilidad causada a la persona puede atentar contra la salud en el aspecto psíquico. De este desarrollo conceptual se desprende la siguiente interrogante: qué relación causal existe entre el daño a la persona y la amenaza del derecho.

La idea patrimonialista considera que la amenaza del derecho no puede estar comprendida, porque la misma no repercute en el patrimonio I ya que el peligro sólo ocasiona molestia en el mundo interno de la persona, estos trastornos pueden ser sumamente graves y no tienen ninguna incidencia en el ámbito económico.

La concepción personalista estima que la molestia causada contra la tranquilidad de la persona produce sufrimiento psicológico que genera daño a la salud que debe ser sancionado. Para poder identificar qué tipo de daño causa el atentado a la integridad moral y psíquica de la persona es necesario distinguir las diferencias, entre daños personales y daños morales, según informa nuestro Código Civil.

²⁵ PALACIOS PIMENTEL, Gustavo (1998). Las Obligaciones en el Derecho Civil Peruano. Editorial E.H.D, Tomo 11. 38 Edición, Lima, p. 886.

2.2.1.6.2. El daño a la persona y la dimensión de la integridad humana

Conforme dispone el artículo 1985 del Código Civil, los daños que pueden ser objeto de indemnización son cuatro: daño emergente, lucro cesante, daño a la persona y daño moral. De estos daños nos interesa determinar la naturaleza del daño a la persona y el daño moral por ser los que están más vinculados a la amenaza del derecho.

Para FERNÁNDEZ SESSAREGO la persona es un proyecto de vida, y todo lo que afecta al proyecto configura daño a la persona: “Se puede atentar contra el proyecto de vida de una persona, perturbar o alterar su equilibrio psíquico, interferir sin fundamento en su intimidad, lesionar su honor, atribuirse la paternidad de un objeto de su creación, dañar su prestigio, imputarle acciones que no le pertenecen, obstaculizar el libre desarrollo de su personalidad, entabrar su vida de relación”²⁶. La definición vincula el daño personal con la realización de la persona, el proyecto de vida se expresa en el conjunto de sus funciones naturales, biológicas, sociales, culturales, estéticas.

La observación que se presenta en esta definición es que no hace una separación sobre la integridad física y psicológica de la persona lo que hace entender que ambas esferas cuando son lesionadas, causan daño, lo cual considero que impide distinguir el daño moral.

JORGE MOSSET ITURRASPE proporciona otra definición que permite

²⁶ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos (1992). Derecho de las Personas - Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano. 5ta Edición. Ed. Cuzco. Lima. p. 69.

diferenciar el daño personal frente al daño moral: MEI mal hecho a la persona aparece receptado en el Código de Vélez, redacción originaria, artículo 1068 como 'daño indirecto', susceptible de 'apreciación pecuniaria'. Dice el texto: Habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o indirectamente por el mal hecho a su persona, o a su derecho o facultades. Empero, es innegable que dicho cuerpo pone el acento en las consecuencias materiales del ataque a la persona: lesiones o muerte”²⁷.

El daño a la persona se exterioriza con el desmedro a la integridad de la persona, el cual tiene una esfera física directa y otra esfera patrimonial indirecta. Si bien esta definición hace una separación de daño a la persona, la misma parece un tanto limitada porque sólo menciona los derechos a la vida y la integridad física, o sea, derechos fundamentales de la persona. Hay que tomar en cuenta que existen otros derechos inherentes al ser humano que al ser lesionados pueden causar daño a la persona, como es la privación injusta de la libertad. Al respecto, consideramos oportuno la opinión que ofrece el jurista GIORGIO DEL VECCHIO sobre los derechos fundamentales de la persona, la cual citamos:

“El derecho no sólo protege a la persona en su existencia material sino también en su ser espiritual, puesto que efectivamente el derecho abarca en su realidad intrínseca a la naturaleza humana, de la cual procede. Lo mismo que la integridad corporal, la integridad moral de la persona es igual objeto de un derecho natural; lo mismo la actividad física que la actividad del pensamiento. Por eso, junto al derecho sobre el propio cuerpo y al derecho a la libertad de trabajo,

²⁷ MOSSET ITURRASPE, Jorge. Ob. Cit., p. 211.

vemos surgir, también en el orden positivo, el derecho al honor y el derecho a la libertad del pensamiento”²⁸.

Se establece del párrafo anterior que los derechos de la persona, según su existencia, tienen las siguientes dimensiones:

- Derechos de existencia material, que, a su vez, se subdivide en la integridad corporal (derecho sobre el propio cuerpo) y la actividad física (derecho a la libertad individual, de trabajo, etc.).
- Derechos de existencia espiritual.- Son aquellos que no son percibidos directamente en el mundo objetivo sino en el mundo interno de la persona, estos son a su vez la integridad moral y la actividad del pensamiento (derecho al honor, a la libertad de pensamiento).

Esta definición permite individualizar la integridad moral, la cual sólo es una especie de los derechos de existencia espiritual de la persona consistente en la tranquilidad y paz interna de la persona de igual importancia que los derechos de existencia material de la persona. La integridad moral recién fue reconocida de manera individual como derecho fundamental del ser humano con la vigente Constitución Política del Estado. Este reconocimiento expreso es importante porque permite ser objeto de protección jurídica de manera autónoma sin necesidad de que se causen daños materiales a la víctima.

Esta definición comentada también es muy útil porque nos ayuda a

²⁸ DEL VECHIO, Giorgio (1999). Los Principios Generales del Derecho. Editorial Swiss Print, Lima. p. 61.

diferenciar el daño personal del daño moral, siendo el primero relacionado a las violaciones que causen a la integridad corporal, actividad física y actividad del pensamiento de la persona y, el segundo está referido a la violación de la integridad moral. En consecuencia, cuando se hace mención al daño personal se comprende a lesiones de derechos de existencia material como de existencia espiritual con la única excepción de la integridad moral, la cual, para mejor entenderla, desarrollaremos la definición de daño moral.

2.2.1.7. El daño moral

La indemnización por daño moral generalmente se asociaba en el derecho civil con los actos ilícitos dolosos, siendo una innovación incorporada en el artículo 1985 del Código Civil Peruano, el daño moral a cualquier tipo de actos ilícitos. Lo que demuestra que el legislador busca resarcir una mayor cantidad de daños en beneficio de la víctima. Aunque esta posición ha generado polémica entre estudiosos del derecho.

Para MOSSET ITURRASPE el daño moral “es una antigualla, el daño moral es un resabio de otros tiempos que ha permanecido por nuestras debilidades, por nuestras torpezas, por aferramos a las tradiciones jurídicas.²⁹ El autor contempla el daño en una concepción unitaria por la cual este daño debe estar absorbido dentro del daño personal. Posición que no compartimos ya que si bien la integridad física como la integridad moral tienen como base común la dignidad de la persona, que por jerarquía constitucional, es el principal derecho

²⁹ MOSSET ITURRASPE. Jorge. Ob. Cit., p. 408.

básico de la persona del cual derivan los demás derechos, es necesario distinguir el daño moral por las siguientes razones:

- Cuando se individualiza el concepto de daño moral no se pretende negar su vinculación con la dignidad de la persona, sino más bien precisar las diversas clases de desmedros que sufre la persona.
- La distinción de daño moral permite analizar y avaluar mejor cada uno de los rubros que afectan a la persona, lo cual no se puede hacer cuando se avalúa el perjuicio en un rubro global.

Frente a la teoría absorcionista encontramos posiciones que individualizan el daño moral precisando sus elementos básicos del mismo, dentro de esta posición encontramos a GUSTAVO ORDOQUI CASTILLA, quien señala que en el caso del daño moral “se destaca la existencia de una lesión psíquica, una afección a los sentimientos, una sensación de dolor, de sufrimientos que tiene fuerza, intensidad y duración que dependerá de la persona. Lo que se afecta, concretamente, es un estado anímico, El daño moral se caracteriza por ser esencialmente transitorio y tiende a desaparecer con el tiempo”³⁰.

El respeto a la dignidad de la persona no sólo debe limitarse a su integridad física; posiblemente algunos actos ¡lícitos no produzcan lesiones corporales, lo que no impide que se afecte la integridad moral, lo cual conforme aprecia el profesor uruguayo se expresan con un ambiente de intranquilidad emocional que

³⁰ ORDOQUI CASTILLA, Gustavo (1995). "Pautas y Criterios para la Evaluación Judicial del Daño a la Persona". Código Civil Peruano, Diez Años, Balances y Perspectivas. Tomo XI, Centro de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Urna. Primera Edición, Lima, p. 415.

sufre la persona, estas molestias o afección se debe a la alteración de su paz. Lo que discutimos es considerar que el daño tenga esencialmente un carácter transitorio, ya que muchas veces los daños psicológicos pueden perdurar en una persona durante mucho tiempo e inclusive volverse permanentes.

Esto lo vemos con las mujeres víctimas de violencia familiar que, en algunos casos, no sufrieron daños físicos, pero sí lesiones psíquicas irreparables debido al temor constante originado por el peligro diario que se encontraban expuestas con su pareja.

El jurista LLAMBIAS distingue entre daño moral y agravio moral; el primero constituye un tipo de daño que se ha causado a la persona mediante molestias en su seguridad y tranquilidad personal o en el goce de sus bienes, en cambio el agravio moral es el mismo daño antes indicado pero con la diferencia que este se actúa intencionalmente, tiene dolo, “es decir con conocimiento del mal moral que se podía producir y que de hecho se habría producido”³¹

Para este autor sólo sería reparable el agravio moral. Se advierte de esta clasificación del daño moral que la indemnización es considerada como un castigo ya que sólo se indemniza el daño moral producido con dolo, lo cual es discutible ya que se puede causar daños morales mediante actos peligrosos en los que no haya malicia. Excluyendo la primera categoría de daño moral se estaría protegiendo parcialmente a la persona cuando en realidad su tutela debe ser integral.

³¹ ALTERINI, Atilio Aníbal. Ob. Cit., p. 245.

2.2.1.8. Responsabilidad civil

Definir a la responsabilidad civil no ha sido ni es uno de los temas favoritos en la doctrina. Algunos autores han tratado de soslayar este aspecto, que consideramos importante, dedicándose de plano al estudio de las diversas teorías sobre la responsabilidad civil, sus funciones, sus elementos; haciendo énfasis en las nuevas tendencias y en el derecho comparado sobre la materia; y en el mejor de los casos han tocado el tema de manera muy escueta.

Lo expresado en el párrafo anterior se pone de manifiesto en la siguiente afirmación: “Si existe un tema que se sienta uno tentado a abordarlo sin definirlo, es desde luego el de la responsabilidad civil”³². Nosotros trataremos de resistir esa tentación e intentaremos definir a la responsabilidad civil, partiendo de lo ya expresado por algunos autores.

JORGE MOSSET ITURRASPE³³ citado por Bueres afirma que “la responsabilidad civil no es otra cosa que el deber de indemnizar los daños causados culposamente a otro”³⁴. Jacques Henriot, citado por Bueres, nos brinda un concepto mucho más amplio indicando que la responsabilidad “no es sino el deber de reparar un daño originado en la violación de un derecho ajeno”³⁵. GENEIEVE VINEY, también citado por Bueres expone que “la expresión responsabilidad civil designa en el lenguaje jurídico actual, el conjunto de reglas

³² MAZEAUD, Henri y otros (1963). Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual, Tomo I, Volumen I, Ediciones jurídica Europa- América, p. 32.

³³ BUERES, Alberto (1990). “Responsabilidad por daños. Homenaje al profesor Jorge Bustamante Alsina” Editorial Hammurabi, Buenos Aires, p. 9,

³⁴ *Ibídem*.

³⁵ *Ibídem*.

que obligan al autor de un daño causado a otro a reparar el perjuicio, ofreciendo a la víctima una compensación”³⁶.

Cabe destacar la definición que nos ofrece la colombiana VISSER DEL PINO, quien sostiene que la responsabilidad civil es “la obligación que surge en cabeza de una persona de reparar un daño a otro, como consecuencia de la comisión de un hecho ilícito, doloso o culposo, o por el incumplimiento de una obligación”³⁷. Mientras que el maestro argentino Jorge Bustamante Alsina en su notable obra *Teoría General de la Responsabilidad Civil*³⁸ se limita a decir que “la responsabilidad civil comporta siempre un deber de dar cuenta a otro del daño que se ha causado”³⁹.

Como podemos observar, las definiciones formuladas por MOSSET Y VISSER DEL PINO consideran a la culpa como único factor de atribución; sin embargo, en la actualidad se consideran a otros factores que coexisten con la culpa, entre ellos tenemos al riesgo en sus diversas variantes – riesgo adicional, riesgo creado, riesgo beneficio y riesgo empresa- que va ganando terreno en la doctrina y las legislaciones; por lo que dichas concepciones, de corte subjetivo, actualmente resultan muy restringidas, pues dejan fuera a todos los casos de responsabilidad objetiva.

³⁶ *Ibíd.*, p. 31.

³⁷ VISSER DEL PINO, Diana Cristina (1986). “De la Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual por el Hecho de Otro” Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, p. 17.

³⁸ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge (1993) “Teoría General de la Responsabilidad Civil”, 8va Edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 79

³⁹ *Ibíd.*, p. 80.

Por otro lado la concepción de GENEIEVE VINEY sobre la responsabilidad civil se aleja del sentido etimológico del término responsabilidad y se refiere mas bien al derecho positivo y no a la responsabilidad en su propia naturaleza, pues como dice MOSSET, “responsable” es quien está obligado a responder de alguna cosa o por alguna persona y “responsabilidad” es deuda, obligación de reparar y satisfacer por sí o por otro, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal” y añade además que “este significado coincide en la actualidad con el jurídico”⁴⁰.

Al respecto FERNANDO DE TRAZEGNIES, citando a Michel Villey, afirma “originalmente la palabra latina respondere proviene de spondere que significa prometer, comprometerse a algo (...) una vez prometido, en un segundo intercambio de palabras el sponsor es el obligado a responder por la deuda”⁴¹. LOUIS JOSSERAND, citado por los hermanos MAZEAUD, explica que “una persona es responsable siempre que debe reparar un daño” porque su sentido etimológico del responsable, es el que responde; y tampoco “cabe ser responsable para con uno mismo” porque “un solo patrimonio se halla interesado” por lo que “toda definición de responsabilidad debe enfrentar a dos personas”, y que además “el término reparación implica que el perjuicio no es padecido por quien es el autor de él”⁴²; implicando además de ello, que sólo son pasible de responsabilidad los sujetos de derecho.

⁴⁰ MOSSET ITURRASPE, Ob. Cit. p. 30.

⁴¹ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando (2001). “La Responsabilidad Extracontractual”, Tomo II, 7ma. Edición, Fondo editorial PUCP, Lima, p. 442.

⁴² MAZEAUD, Henri y otros. Ob. Cit., pp. 2-3.

Por otro lado, en cuanto se refiere al término civil que, en este caso, gramaticalmente es un adjetivo calificativo, denota la naturaleza de la responsabilidad para diferenciarlo de la responsabilidad penal o la responsabilidad moral. Podemos decir junto con los MAZEAUD que se habla de responsabilidad civil porque supone un perjuicio o un daño privado, no social, donde la víctima es un particular y no toda la sociedad y en este sentido la víctima del daño no tendrá que castigar al autor del daño, sino únicamente le pedirá reparación⁴³.

Finalmente, para definir a la responsabilidad civil, debemos tener en cuenta también que en algunos casos, frente a un daño, no solamente tiene el deber de responder su autor, sino también un tercero que tiene alguna relación con el autor del daño, tenemos por ello la responsabilidad por hecho ajeno y la responsabilidad por el hecho de las cosas. Del mismo modo debemos considerar que la definición debe abarcar los dos regímenes de responsabilidad civil, el contractual y el extracontractual, los mismos que analizaremos más adelante.

Habiendo analizado el tema y partiendo de las nociones que nos brinda la doctrina, podemos concluir diciendo que la responsabilidad civil puede ser definida como la obligación que tiene un sujeto de derecho, sea por imputación objetiva o subjetiva, de reparar un daño causado a otro por la violación de una obligación convencional o legal, resultante de hecho propio, ajeno o de las cosas.

Si analizamos nuestra definición encontraremos los elementos esenciales de la responsabilidad civil que hemos venido analizando: 1) La existencia de un daño

⁴³ *Ibídem*.

causado a otro, 2) La obligación de repararlo, 3) El sujeto de derecho como único susceptible de adquirir obligaciones, descartando a las cosas y a los animales, 4) El daño como resultado de la violación de una obligación convencional, que es materia del régimen de responsabilidad civil contractual, 5) El daño como resultado de la violación de una obligación legal u obligación de no dañar a nadie, “alterum non laedere”, que es materia del régimen de responsabilidad civil extracontractual, 6) El daño como resultado de un hecho propio, ajeno o de las cosas; es decir que la definición propuesta comprende tanto la responsabilidad directa (por hecho propio) y la responsabilidad indirecta (por hecho ajeno o de las cosas); y, 7) El factor de atribución, que puede ser de naturaleza objetiva o subjetiva.

2.2.2. Responsabilidad civil contractual y extracontractual

Al abordar este tema podemos identificar hasta cuatro posiciones distintas: la tesis dualista, la tesis monista, la tesis de la unicidad y la tesis de la unificación. No es objeto de este trabajo profundizar en el tema, sin embargo es necesario analizarlo e incluso adoptar una posición, toda vez que nuestro campo de estudio es solamente la responsabilidad civil extracontractual.

a. La Tesis Dualista

Ésta sostiene que la responsabilidad contractual es absolutamente distinta de la responsabilidad extracontractual. Esta posición extremista ha sido defendida por la doctrina clásica francesa, tal como lo ha manifestado LUIS DE GASPERI y

AUGUSTO MORELLO: “La división de la responsabilidad civil en contractual y extracontractual es una consecuencia de la doctrina clásica francesa”⁴⁴; siendo sus principales defensores los juristas Zachariae, Larombiere, Aubry y Rau⁴⁵.

El fundamento esencial de esta teoría es su concepción de una dualidad de culpas, es decir que, para sus defensores, existe una culpa contractual y una culpa extracontractual, ambas totalmente distintas, “la culpa contractual supone una obligación concreta, preexistente, formada por la convención de las partes y que resulta violada por una de ellas; la culpa extracontractual es independiente de una obligación preexistente y consiste en la violación no de una obligación concreta, sino de un deber genérico de no dañar.

De allí que la culpa contractual es simplemente un efecto de la obligación y, en cambio, la culpa extracontractual es fuente de una obligación nueva”⁴⁶ o dicho de otro modo y desde la óptica del daño, “a veces el acto lesivo aparece como consecuencia de una obligación anterior, y otras veces el acto lesivo constituye la fuente de una obligación nueva”⁴⁷.

El pensamiento radical de esta posición doctrinaria lo ponen de manifiesto los hermanos MAZEAUD y TUNC cuando, refiriéndose al clásico francés SAINCTELETLE, afirman: “Hay algunos que incluso llegan a sostener que la expresión responsabilidad debe ser reservada para la esfera de los delitos y

⁴⁴ DE GASPERI, Luis y MORELLO, Augusto (2009). “Unificación de la Responsabilidad Contractual y Extracontractual”. En: Curso Responsabilidad Civil Extracontractual, Lectura 5, Academia de la Magistratura, Lima, p. 43.

⁴⁵ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (1999). “Derecho de Daños” Editorial Civitas, Madrid, p. 248.

⁴⁶ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Ob. Cit., p. 85.

⁴⁷ *Ibíd.*, p. 73.

cuasidelitos; y que el término garantía debe ser el único empleado en materia contractual”⁴⁸.

b. La Tesis Monista

Denominada también teoría de la unidad, sostiene que no existe diferencia esencial alguna entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual, como tampoco existen dos tipos de culpa.

La teoría de la unidad, en contra de la tesis dualista, propugna la unidad de la responsabilidad civil partiendo de la unidad de la culpa y definiéndola como “la violación de una obligación preexistente, sea ésta una obligación convencional, sea una obligación legal”⁴⁹

Esta teoría fue sostenida por “primera vez por Lefevre en 1886, en un trabajo intitulado De la Responsabilite Delictuelle et Contractuelle y más tarde retomada por sendas tesis doctorales por Grandmoulin y Aubin”⁵⁰; a estos se suman los franceses Merlin, Durantan y Toullier, Savatier y Marcel Planiol⁵¹, y en nuestro modo de ver⁵² también lo son los hermanos Henry y León Mazeaud y André Tunc, quienes contradiciendo los fundamentos de la teoría dualista afirman: “Cuando una de las partes se niega a cumplir la obligación puesta a su cargo por el contrato o la cumple mal; por ese hecho la otra parte sufre un daño.

⁴⁸ MAZEAUD, Henri y otros. Ob. Cit., p. 114.

⁴⁹ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Ob. Cit. p. 85

⁵⁰ TRIGO REPRESAS, Félix (1991) “Derecho de Daños”, Editorial la Rocca, Buenos Aires, p. 74.

⁵¹ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. Ob. Cit., p. 247.

⁵² DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Ob. Cit., p. 448.

Nace entonces una obligación nueva que sustituye a la obligación preexistente, ya sea en su totalidad o en parte: la obligación de reparar el perjuicio causado por el incumplimiento o por el mal cumplimiento del contrato”⁵³.

Con ello los MAZEAUD y TUNC sustentan que así como en la responsabilidad extracontractual, el acto lesivo es fuente de una obligación nueva, en la responsabilidad contractual, también lo es; o sea “en ambos casos se ve que nace una obligación y se ve que esa obligación produce efectos”. Analizando más ampliamente el tema, esta tesis sostiene la unidad explicando que “cuando se examinan los elementos constitutivos de la responsabilidad, se advierte que, en la esfera delictual y en la esfera contractual, las soluciones son idénticas. En uno y otro caso deben reunir tres requisitos para que exista responsabilidad: un daño, una culpa, un vínculo de causa efecto entre la culpa y el daño”⁵⁴.

Esta posición doctrinaria también es tan radical como la primera, lo cual se verifica en el pensamiento de su defensor MARCEL PLANIOL: “la existencia de una verdadera y esencial diferencia entre las dos responsabilidades parece más un capricho sin motivo y un absurdo legislativo”⁵⁵.

c. La Tesis de la Unicidad

Se sitúa en una posición intermedia entre la dualista y la monista, y postula una concepción unitaria de responsabilidad civil pero un doble régimen de responsabilidad.

⁵³ MAZEAUD, Henri y otros. Ob. Cit., p. 117.

⁵⁴ *Ibíd.*, p. 121.

⁵⁵ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. Ob. Cit., p. 249.

Los defensores de esta teoría basan su posición en dos fundamentos distintos; de allí que nacen, dentro de la unicidad, dos corrientes de pensamientos también distintos. Una defendida por el argentino LLAMBÍAS quien encuentra el fundamento de la unicidad de la responsabilidad civil en la unidad de culpa, porque “la culpa es una noción unívoca que el derecho trata diversamente a través de dos diferentes regímenes de responsabilidad, según que esa culpa sea considerada en la inejecución de los contratos o en la comisión de hechos ilícitos” por lo tanto, “hay una sola culpa y un doble régimen de responsabilidad culposa”⁵⁶

La otra corriente, defendida por el español DE CUPIS y el Argentino MOSSET ITURRASPE y a la cual se adhiere JORGE BUSTAMANTE ALSINA, sostiene que el fundamento de la unicidad de la responsabilidad civil no es la culpa sino la unicidad del fenómeno resarcitorio que conduce a través del elemento del daño.

Explica esta corriente que “la culpa es un factor de imputabilidad que determina en algunos sectores de la responsabilidad el deber de reparar el daño y por mucho que haya sido importante la culpa en el régimen de la responsabilidad civil durante el siglo anterior y comienzos del presente (refiriéndose a los siglos XIX y XX) ya no lo es tanto hoy día.

En efecto, el daño es el presupuesto central de la responsabilidad civil; de ahí que puede hablarse de un derecho de daños o de una responsabilidad por

⁵⁶ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Ob. Cit., pp. 86-87.

daños”⁵⁷. Y si entendemos que el daño es el presupuesto principal, su consecuencia lógica, común y relevante en ambos órdenes, sistemas o regímenes de responsabilidad civil, es la necesidad de repararlo; de allí que se habla de la unicidad del fenómeno resarcitorio.

En favor de esta tesis también aboga ARTURO ACUÑA AZORENA cuando afirma: “si bien no hay diferencias fundamentales entre los dos órdenes de responsabilidad, existen diferencias accesorias, cuya importancia práctica es tan grande que justifica el establecimiento de una línea demarcatoria entre ellos. De esta manera no habría, científicamente, dos responsabilidades, sino dos regímenes de responsabilidad”⁵⁸.

d. La Tesis de la Unificación

Los principales tratadistas que defienden esta posición doctrinaria son: FÉLIX TRIGO REPRESAS, ATILIO ALTERINI, ROBERTO LÓPEZ, LUIS DE GASPERI y AUGUSTO MORELLO⁵⁹.

Esta teoría es contraria a la teoría de la unicidad y se resume en la siguiente afirmación: “hoy día existe en nuestra doctrina una suerte de consenso en el sentido de que no resulta posible precisar con rigor cuales son las razones legitimantes de la separación entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, que ambas tienen la misma naturaleza y que por lo tanto no se

⁵⁷ *Ibíd.*, pp. 97-98.

⁵⁸ ACUÑA AZORENA, Arturo citado por TRIGO REPRESAS, Félix. *Ob. Cit.*, p. 88.

⁵⁹ Su inclinación doctrinaria de estos tratadistas argentinos se puede verificar en las Lecturas 4 y 5 del Curso: Responsabilidad Civil Extracontractual, Editado por la Academia de la Magistratura, pp. 35 a 42 y 43 a 47.

justifica la dualidad de sistemas (...) Pero la tendencia doctrinal mayoritaria, puesta de resalto en los pronunciamiento de jornadas y congresos científicos, ha sido siempre y reiteradamente, la de propiciar la unificación de los regímenes sobre responsabilidad contractual y extracontractual”⁶⁰.

La unificación de los sistemas de responsabilidad civil encuentra su razón de ser en los mismos fundamentos de la tesis de la unicidad, pero haciendo énfasis en que las diferencias entre regímenes son sólo accesorias y lo importante es la existencia de una unidad genérica porque “en ambas cosas estamos frente a la violación de una obligación preexistente: si se trata de la responsabilidad extracontractual la obligación preexistente es legal, y si estamos en el ámbito contractual la obligación preexistente será una convencional”⁶¹.

e. Nuestra posición

Luego de habernos ocupado, aunque muy ligeramente, de las cuatro tesis que tratan el tema, adoptaremos una posición doctrina que servirá de sustento para nuestra tesis; pues, como lo dijimos, nuestro campo de estudio es únicamente la responsabilidad extracontractual.

Bien, aunque parezca que luchamos contra la corriente, pues como lo hemos expuesto, la tendencia moderna es la unificación de ambos sistemas; nosotros nos adherimos a la tesis de la unicidad de la responsabilidad civil que postula una concepción unitaria y dos regímenes de responsabilidad civil.

⁶⁰ TRIGO REPRESAS, Félix. Ob. Cit., p. 88.

⁶¹ DE GASPERI, Luis y MORELLO, Augusto. Ob. Cit., p. 43.

Una concepción unitaria genérica por cuanto los sistemas de responsabilidad contractual y extracontractual tienen profundas semejanzas, y dos regímenes porque estos sistemas tienen diferencias que no pueden soslayarse y que han sido reconocidas por la doctrina y recogidas por la legislación nacional y comparada.

Aun los mismos defensores de las tesis de la unidad y de unificación han admitido estas diferencias, bastará con nombrar a los hermanos Mazeaud, defensores de la tesis de la unidad, quienes, haciendo lo propio, afirman que esas diferencias no son fundamentales; no atañen a principios rectores, pero existen diferencias accesorias⁶²; a Luis De Gasperi y Augusto Morello, defensores de la tesis de la unificación, quienes sostienen que “la doctrina que postula la unificación de ambos órdenes de responsabilidad civil rechaza la identidad total y absoluta así como la total diferencia entre la responsabilidad contractual y extracontractual⁶³; y al maestro argentino Félix Trigo Represas, defensor de la tesis de la unificación, quien manifiesta que en el Proyecto de Reforma de 1987 del Código Civil Argentino, se propuso la unificación legislativa de los regímenes, pero acepta que “la aprobación del aludido proyecto de 1987 no habrá de eliminar las diferencias, ya que siempre subsistirá la disimilitud en el origen y en la estructura de la obligación de responder⁶⁴.

En consecuencia nos reafirmamos en la tesis de la unicidad que postula una concepción genérica y un doble régimen de responsabilidad. Por ello analizaremos

⁶² MAZEAUD, Henri y otros. Ob. Cit., pp. 114 - 115

⁶³ DE GASPERI, Luis y MORELLO, Augusto. Ob. Cit. p. 43

⁶⁴ TRIGO REPRESAS, Félix. Ob. Cit., pp. 91-92.

en seguida las semejanzas y las diferencias entre los sistemas de responsabilidad contractual y extracontractual.

2.3. Definición de términos⁶⁵:

- **Amenaza del derecho:** Acto que evidencia peligro inminente e injusto a los derechos de la persona, si bien la lesión no se consuma, estos actos generan daños morales.
- **Daño moral:** Molestia causada a la persona, consistente en el temor y la intranquilidad constante a la que se encuentra expuesta.
- **Violación del derecho:** Actos que transgreden los derechos de la persona, principalmente la integridad física, produciendo daños materiales y morales.
- **Indemnización:** Sanción civil de carácter pecuniario, que tiene como objeto resarcir el daño causado a la persona.
- **Daños materiales:** Se entiende como la disminución efectiva del patrimonio (daño emergente) o de la utilidad dejada de percibir (lucro cesante) así como la lesión a la integridad física que sufre la persona.
- **Vacío normativo:** Ausencia de regulación jurídica o legal de un hecho jurídico.
- **Tratamiento jurídico.** Procedimiento por parte de los operadores judiciales para aplicar las normas jurídicas al hecho concreto.

⁶⁵ Cfr.: FLORES POLO, Pedro (2002). “Diccionario Jurídico Fundamental”, Editorial Grijley, Lima. Así mismo OSORIO, Manuel (1981). “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”, Editorial Heliasta, Buenos Aires.

III. METODOLOGÍA

3.1. Tipo y diseño de investigación

3.1.1. Tipo de investigación

Correspondió a una Investigación Dogmática – Normativa⁶⁶, que permitió ampliar y profundizar conocimientos sobre el problema de investigación planteado, es decir sobre el estudio dogmático de la responsabilidad civil y resarcimiento del daño moral causado por la amenaza del derecho en el ordenamiento jurídico vigente.

3.1.2. Diseño de investigación

Correspondió a la denominada **No Experimental**⁶⁷, debido a que carece de manipulación intencional de la variable independiente, además no posee grupo de control ni experimental; su finalidad fue estudiar el hecho jurídico identificado en el problema después de su ocurrencia.

⁶⁶ Cfr. SOLÍS ESPINOZA, Alejandro (1991). *“Metodología de la Investigación Jurídico Social”*, Lima. Así mismo siendo una investigación dogmática, de naturaleza teórica no es requisito la delimitación temporal ni espacial, requisito valido solo para las investigaciones empíricas o jurídicas sociales, que no es el caso de la presente investigación. Por tanto especificar el lugar y tiempo de ejecución no es necesario. Planteamientos tomados de Chávez Rosero, Fernando en su artículo “Algunos alcances sobre el método dogmático en la investigación jurídica” disponible en www.essentiaiuris.es/B3-metodo.htm, donde plantea que: “Una investigación de carácter jurídico dogmático concibe al problema jurídico desde una perspectiva estrictamente formalista, descontando todo elemento factico o real que se relacionen con la institución o especie legislativa. Su contenido básico será de interpretar el derecho formal”. El objeto de la investigación jurídica queda reducido, por tanto a las fuentes formales, que son las únicas dotadas de eficacia para resolver las interrogantes que una tesis de derecho de tipo dogmático presenta”. (pp. 59-60).

⁶⁷ ROBLES TREJO, Luis y otros (2012). *“Fundamentos de la investigación científica y jurídica”*, Editorial Fecatt, Lima, p. 34.

3.1.3. Diseño General

Se empleó el diseño **Transeccional o Transversal**⁶⁸, cuya finalidad fue recolectar datos del hecho jurídico en un solo momento o en un tiempo único. Su propósito es describir variables y analizar su incidencia e interrelación en un momento dado; estuvo delimitado temporalmente para el periodo 2013.

3.1.4. Diseño específico:

Se empleó el diseño **descriptivo-explicativo**⁶⁹, toda vez que se estudió los factores que generan situaciones problemáticas dentro de un determinado contexto y poder explicar el comportamiento de las variables de estudio, tal y conforme se presenta en la realidad jurídica.

3.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico

3.2.1. Población

A. Universo Físico

Estuvo constituida por el ámbito mundial y nacional.

B. Universo Social

La población materia de estudio se circunscribe a la dogmática y jurisprudencia civil como processal civil nacional e internacional.

⁶⁸ HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto y otros (2010). *Metodología de la investigación*, Editorial McGrawHill, México, p. 151.

⁶⁹ *Ibíd.* p. 155

C. Universo temporal

El periodo de estudio correspondió al periodo del 2013.

3.2.2. Muestra⁷⁰

- **Tipo:** No Probabilística.
- **Técnica muestral:** Intencional.
- **Marco muestral:** Doctrina y jurisprudencia penal.
- **Unidad de análisis:** Documentos (Doctrina y Jurisprudencias).

3.3. Instrumentos de recolección de la información

- El recojo de información del trabajo de campo se realizó a través de la Técnica documental, empleándose como su instrumento las fichas, especialmente las literales y de resumen, en base al cual recogeremos la información suficiente sobre nuestro problema de estudio.
- También se aplicó la ficha de análisis de contenido para poder realizar la doctrina y jurisprudencias sobre nuestro problema de estudio y poder determinar cuáles son los criterios jurídicos y el tratamiento que tiene la institución objeto de la presente investigación, para lo cual se delimitará áreas para la recopilación de información que reflejen la situación actual de discusión.

⁷⁰ SOLÍS ESPINOZA, Alejandro (1991). *Metodología de la Investigación Jurídico Social*, Lima, pp. 169-180.

- Para el estudio de la normatividad se realizó a través de los métodos exegético y hermenéutico, para tener una visión sistemática nuestro problema de estudio.
- Finalmente para la validación de las hipótesis, se formuló en la ejecución del proyecto, el diseño del Trabajo Operacional, que tiene como objetivos; trabajar con la información vertida por la muestra en el trabajo de campo a fin de procesar esta información con técnicas de investigación apropiadas para esta investigación teórica, que permitan dar confiabilidad y validez a los datos y la información a efecto de validar la hipótesis, siguiendo el método de la argumentación, a fin de justificar tanto en el plano interno como externo los planteamientos de la investigación.

3.4. Plan de procesamiento y análisis estadístico de la información

Estrategias o procedimientos de recogida de información empleada:

1. Para recoger la información necesaria y suficiente para alcanzar los objetivos de la investigación se empleó la Técnica Documental, cuyos instrumentos fueron la fichas Textuales y de Resumen.
2. Para sistematizar la información en un todo coherente y lógico, es decir, ideando una estructura lógica, un modelo o una teoría que integre esa información, se empleara el Método de la Argumentación Jurídica.
3. Para la obtención de información de la presente investigación se hizo a través del enfoque cualitativo lo que permitió recoger información sobre el problema planteado. Es por esta razón que la presente investigación

no perseguirá la generalización estadística sino la aprehensión de particularidades y significados aportados en la jurisprudencia y doctrina.

Análisis e interpretación de la información

Análisis de contenido.

Cuyos pasos a seguir son:

- a) Selección de la comunicación que será estudiada;
- b) Selección de las categorías que se utilizarán;
- c) Selección de las unidades de análisis, y
- d) Selección del sistema de recuento o de medida

Criterios:

Los criterios a seguir en el presente proceso de investigación fue el siguiente:

- Identificación del lugar donde se buscara la información.
- Identificación y registro de las fuentes de información.
- Recojo de información de la información en función a los objetivos de investigación, empleando técnicas e instrumentos de investigación pertinentes.
- Sistematización de la información.
- Análisis y evaluación de la información.

Finalmente, se empleó la técnica del **análisis cualitativo**⁷¹, toda vez que en la investigación jurídica dogmática no admiten las valoraciones cuantitativas, el análisis de datos debe concretarse a la descomposición de la información en sus partes o elementos, tratando de encontrar la repetición de lo idéntico y las relaciones de causalidad, a fin de describir y explicar las características esenciales del hecho o fenómeno. Esto es lo que se denomina como análisis cualitativo.

Entendiéndose que el dato cualitativo es definido como un “no cuantitativo”, es decir, que no puede ser expresado como número, estos datos son difícilmente medibles, no traducibles a términos matemáticos y no sujetos a la inferencia estadística⁷².

3.4.1. Técnica de Validación de la hipótesis

Tratándose de un estudio cualitativo, el método que se empleó para la validación de la hipótesis y logro de objetivos será mediante la **argumentación jurídica**⁷³. La argumentación jurídica es la forma organizada de demostrar lógicamente por medio de un razonamiento formulado con el propósito de conseguir la aceptación o rechazo de una tesis o teoría determinada. La aceptación o rechazo de esa tesis dependerá de la eficacia o ineficacia de la argumentación que le sirve de apoyo.

⁷¹ BRIONES, Guillermo (1986), *Métodos y Técnicas de Investigación para las Ciencias Sociales*, Editorial Trillas, México, p. 43.

⁷² ROBLES TREJO, Luis (2014). *Guía Metodológica para la elaboración de proyectos de investigación jurídica*. Editorial FFECAAT, Lima, p. 71 y ss.

⁷³ GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso (2005). *La argumentación en el Derecho*, Editorial Palestra, Lima, p. 98.

En ese sentido, el Derecho debe ser entendido como una ciencia eminentemente argumentativa y discursiva, la argumentación jurídica constituye la mejor forma de probar sus planteamientos, tesis, afirmaciones, ideas, un hecho, una conducta, etc. mediante la exposición de razones que lo justifiquen, y para ser válida y creíble debe realizarse con base a pruebas y razonamientos fundados.

Debemos tener presente que en este tipo de investigaciones “La prueba de la hipótesis será posible solo si ella ha sido formulada correctamente. De allí derivará su validez. En realidad no podemos probar que una hipótesis es verdadera o falsa, sino más bien argumentar que fue apoyada o no de acuerdo con ciertos datos obtenidos en nuestro estudio (...) no se acepta una hipótesis mediante la elaboración de una tesis, sino que se aporta evidencias a favor o en contra de esa hipótesis(...)”⁷⁴

⁷⁴ RAMOS NÚÑEZ, Carlos (2011). *Cómo hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento*, Editorial Grijley, Lima, p. 129.

IV. RESULTADOS

4.1. Resultados teóricos

4.1.1. 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 jurisprudencia⁷⁵ y la doctrina⁷⁶, que debe leerse a la ley⁷⁷.

A. 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 culpa⁷⁸, 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.

⁷⁵ 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.

⁷⁶ 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.

⁷⁷ 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.

⁷⁸ 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.

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.

B. 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 subsidiario⁷⁹, a pesar de que la Exposición de Motivos de este Código, aunque lacónica, las distinguía

⁷⁹ REY DE CASTRO, Alberto (2005). La Responsabilidad Civil Extracontractual. Estudio Teórico y Práctico del Derecho Nacional y Comparado, Lima, p. 352.

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 inmediato⁸⁰.

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

⁸⁰ REY DE CASTRO, Alberto. Ob. Cit., p. 353.

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 inmotivado⁸¹.

C. Código Civil de 1984

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:

⁸¹ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando (2001). La Responsabilidad Extracontractual. En: Biblioteca para Leer el Código Civil, Vol. IV, Tomo II, fondo editorial PUCP, p. 102.

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 ésta⁸². Los derechos

⁸² 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

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

usurpación del nombre, respectivamente, indicándose, en estos casos, la vía concreta del proceso abreviado.

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 seguros⁸³, 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.

4.1.2. 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

⁸³ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La Responsabilidad Extracontractual. Ob. Cit., p. 108.

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 subjetivo⁸⁴, 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, inmaterial⁸⁵.

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.

⁸⁴ ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2003). Derecho de la Responsabilidad Civil. Lima, Gaceta Jurídica, pp. 180-182).

⁸⁵ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Exposición y Comentarios... Ob. Cit., p. 88.

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”⁸⁶.

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“;

⁸⁶ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo (2003). Elementos de la responsabilidad civil. Editora Jurídica Grijley, II Edición, Lima, pp. 64-70.

„moral“ es lo contrario de „material“⁸⁷.

Se considera ejemplar, 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, 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 incorporeales 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.

Por tanto, 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

⁸⁷ LEÓN, Leysser (2004). La Responsabilidad Civil. Líneas Fundamentales y nuevas Perspectivas. Editorial, Normas Legales, Lima, p. 288.

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, 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 respondido⁸⁸.

Con esto podría dejarse de lado el “pleito de etiquetas” 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

⁸⁸ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La Responsabilidad Extracontractual. Ob. Cit., p. 109.

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”⁸⁹. 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.”⁹⁰

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 satisfacción⁹¹, o compensación indirecta, cumpliendo así, para algunos, una suerte de función de pena privada⁹², de

⁸⁹ VISINTINI, Giovanna (1999). Tratado de la responsabilidad civil. Trad. Aída Kemelmajer de Carlucci. Tomo II, Astrea Buenos Aires, p. 231.

⁹⁰ IRIBARNE, Héctor Pedro (1999). La cuantificación del daño moral. En: Revista de Derecho de Daños. Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, p.186.

⁹¹ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La Responsabilidad Extracontractual. Ob. Cit., pp. 93 y ss.

⁹² ALPA, Guido (2001). Responsabilidad civil y daño. Editorial Gaceta Jurídica, Lima, p. 597.

sanción civil⁹³, o un remedio con finalidad, a veces, de tipo preventivo y punitivo⁹⁴. 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”⁹⁵.

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

4.1.3. 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 actividades⁹⁶, así como una función de prevención, que puede materializarse a través de aquéllas⁹⁷ 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

⁹³ LEÓN, Leysser L. Ob. Cit., pp. 269-270.

⁹⁴ SALVI, Cesare (2001). El Daño. En: Estudios sobre la Responsabilidad Civil. Editorial ARA, Lima, p. 298.

⁹⁵ SALVI, Cesare. Ob. Cit., p. 297.

⁹⁶ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón (2001). Las transformaciones funcionales en la responsabilidad civil. Editorial ARA, Lima, p. 278.

⁹⁷ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Ob. Cit., p. 40.

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.⁹⁸

A un nivel microsistemático⁹⁹, es de destacar la perspectiva diádica de FERNÁNDEZ CRUZ¹⁰⁰, 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

⁹⁸ MONATERI, Pier Giuseppe (2001). Hipótesis sobre la responsabilidad civil de nuestro tiempo. En: Estudios sobre la Responsabilidad Civil. Editorial ARA, Lima, p. 128.

⁹⁹ Ver FRANZONI, Máximo (2001). La evolución de la responsabilidad civil a través de sus funciones. En: Estudios sobre la Responsabilidad Civil. Lima, Editorial ARA, p. 196.

¹⁰⁰ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. Ob. Cit., p. 278.

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 mismo¹⁰¹.
- 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.”¹⁰²
- 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 anteriores¹⁰³.

SALVI, por su parte, apunta que, en cuanto a los daños patrimoniales, el

¹⁰¹ *Ibíd.*, pp. 270, 278.

¹⁰² *Ibíd.*em.

¹⁰³ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Ob. Cit.*, p. 40.

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 trate¹⁰⁴. 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.”¹⁰⁵

Es importante definir si, en el caso de los daños inmateriales, la función satisfactiva tiene, a su vez, una función afflictivo-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.

¹⁰⁴ Aquí se incluye lo relativo a la actividad desarrollada (empresarial), pudiendo redistribuirse entre otros (consumidores), así como los seguros.

¹⁰⁵ SALVI, Cesare. Ob. Cit., pp. 297-298.

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.

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”¹⁰⁶.

El razonamiento descrito parte de la concepción de que este tipo de daño no es reparable con dinero¹⁰⁷, 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 desaguiarse 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

¹⁰⁶ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando (2005). La Responsabilidad Extracontractual en la Historia del Derecho Peruano. En: *Thémis*, revista de Derecho editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. N° 50, Lima, p. 213.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

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”.

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”¹⁰⁸, 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

¹⁰⁸ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La Responsabilidad Extracontractual. Ob. Cit., p. 97.

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 valoración 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.

4.1.4. 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.”¹⁰⁹

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

¹⁰⁹ DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (1999). Derecho de Daños. Editorial Civitas, Madrid, p. 329.

origina reparación”¹¹⁰.

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 procurarse 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,

¹¹⁰ MAZEAUD, Henri y otros. Ob. Cit., p. 441.

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 concreto¹¹¹. 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.

¹¹¹ 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 verda.

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!”.

A. 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 víctima: 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.”¹¹²

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 reducción¹¹³. Parece que ésta es la tendencia mayoritaria a nivel jurisprudencial,

¹¹² ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (2006). 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, Lima, pp. 354 y 355.

¹¹³ 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

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

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.”

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”¹¹⁴.

B. 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 culpa¹¹⁵, 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 psicológicamente¹¹⁶ y, por tanto, acrecienta el daño moral.

¹¹⁴ *Ibíd.*, pp. 356 y 357.

¹¹⁵ Aquí es importante decir que el dolo no puede presumirse, únicamente la culpa en general en sede extracontractual y la culpa leve en inexecución 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.

¹¹⁶ También recuerdo el caso de una viuda de aproximadamente 70 años de edad que demandó a su vecina –30 años más joven- del edificio en que vivía para que la indemnice por la permanente hostilización que había sufrido por más de 5 años, por haber dicha vecina mantenido una actitud agresiva y prepotente hacia ella, con agresiones físicas y daño a la propiedad, ante lo cual durante ese tiempo la había denunciado ante el Ministerio Público y seguido procesos ante el Juzgado de Paz, ante su Municipio, ante la Comisaría de su Distrito, formulando solicitudes de garantías, logrando en algunos casos detener las agresiones, pero solo temporalmente. El desgaste ante tanta perturbación la había llevado a un estado crónico de crisis nerviosa y profunda amargura.

Es decir, la culpa o dolo deben evaluarse como un factor de cuantificación del propio daño moral 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.

4.2. Resultados empíricos

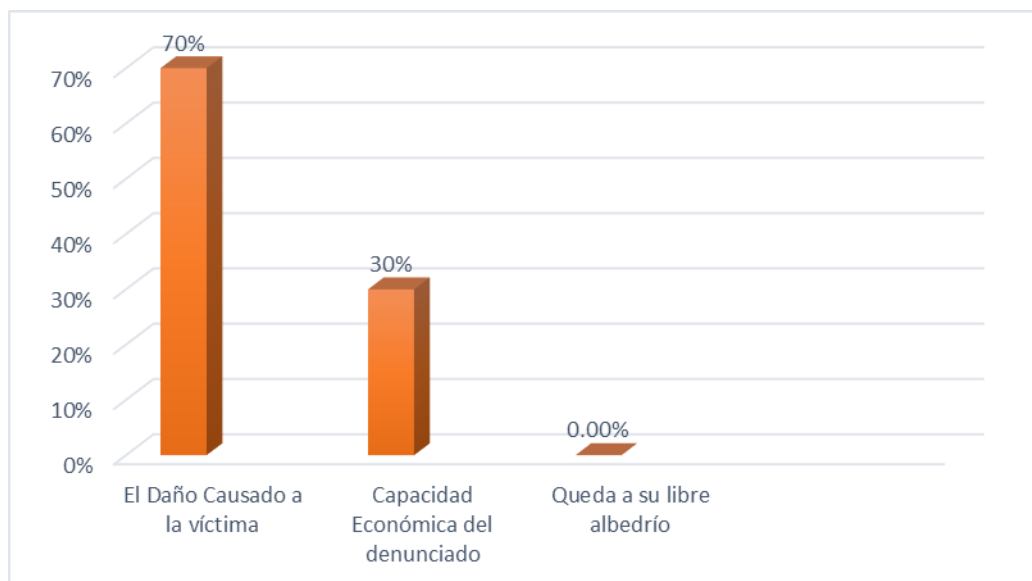
4.2.1. ¿Qué criterio adopta Ud. para determinar el monto de la Reparación Civil por Daño Moral?

CUADRO N° 01

RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
El Daño Causado a la víctima	7	70%
Capacidad Económica del denunciado	3	30%
Queda a su libre albedrío	0	0.00%
TOTAL	10	100%

Fuente: Encuesta

GRAFICO N° 01



Interpretación:

En relación al cuadro N° 01 se puede determinar que la mayoría de los magistrados de la Corte Superior de Justicia de Ancash, consideran en un 70% que el daño causado a la víctima, es la causa para determinar el monto de la reparación Civil, mientras que el 30% de magistrados piensas que la capacidad económica es la que determina el monto de Reparación Civil por Daño Moral; La reflexión que el Juez hace para determinar la cuantificación del Daño, no se encuentra exenta de dudas, especialmente debido a la falta de parámetros y sistemas que le ayuden expresar el quantum en la medida más justa posible, considerando además, que el Daño resarcible no es meramente eventual o hipotético, sino, debe reunir los requisitos de realidad y certeza.

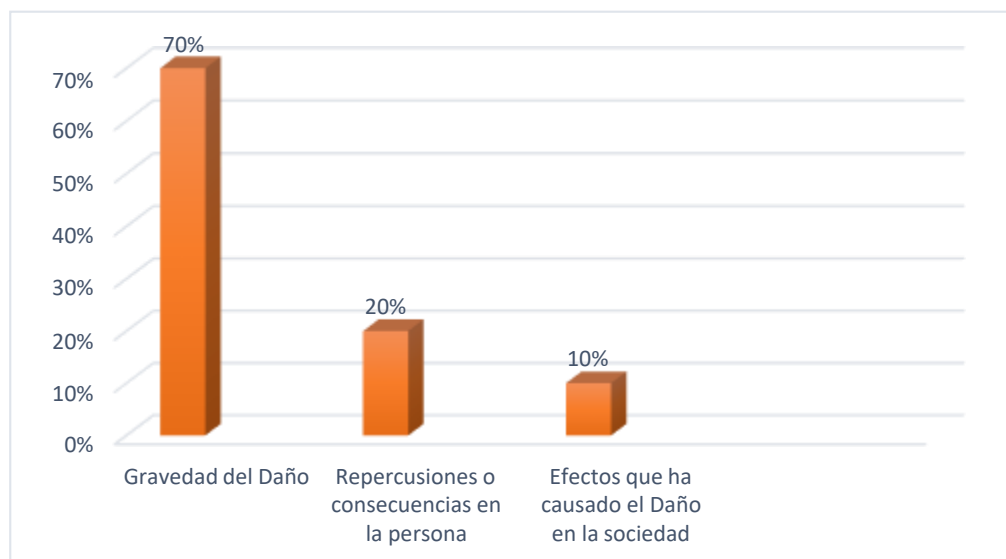
4.2.2. ¿Cuál cree Ud. que son los factores que determinan que se eleve el monto de la Reparación Civil por Concepto de daño moral en la responsabilidad extracontractual?

CUADRO N° 02

RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Gravedad del Daño	7	70%
Repercusiones o consecuencias en la persona	2	20%
Efectos que ha causado el Daño en la sociedad	1	10%
TOTAL	10	100%

Fuente: Encuesta

GRAFICO N° 02



Interpretación:

La gravedad del daño causado, según el 70% de Magistrados son de la opinión que el daño causado a la Víctima, hacen que se eleve el monto de la Reparación Civil por Responsabilidad Extracontractual, por Daño Moral, Mientras que el 20% es de la opinión que las repercusiones o consecuencias en las personas agravan económicamente al denunciado, mientras que 10% es de la opinión que si el daño se ve reflejado en la sociedad agrava la reparación Civil; En una concepción amplia, el daño debe concebirse como una lesión a todo derecho subjetivo, entendido como aquel interés jurídicamente protegido del individuo en su vida de relación con los demás, que, en cuanto al valor protegido por el ordenamiento jurídico, se instituye precisamente en derecho subjetivo, es decir, en un derecho en el sentido cabal y técnico de la expresión; siguiendo esta línea de razonamiento, acotamos que el daño viene a constituir el presupuesto fundamental para que exista responsabilidad civil ya sea de connotación contractual o, naturaleza extra-contractual

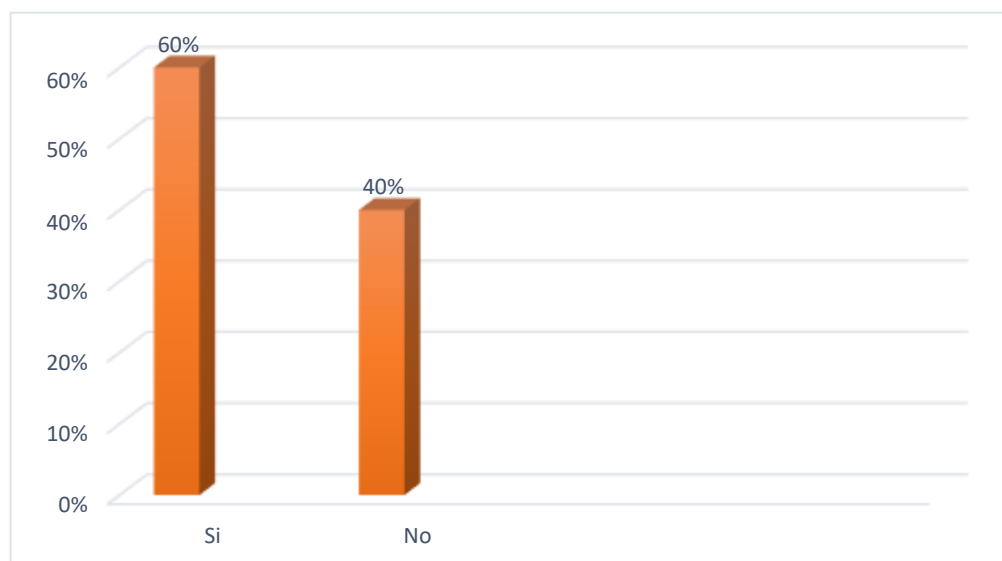
4.2.3. ¿Analiza Ud. El estado de la víctima, después de haber sufrido el menoscabo y antes de ello, derivado de responsabilidad Extra contractual, por Daño Moral?

CUADRO N° 03

RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	6	60%
NO	4	40%
TOTAL	10	100%

Fuente: Encuesta

GRAFICO N° 03



Interpretación:

Los jueces y Magistrados del Distrito Judicial de Ancash, analizan el estado de la víctima después de haber sufrido el menoscabo patrimonial en un 60%, analizan el estado de la víctima; Mientras que en 45% tan solo se dedican a la evaluación de los medios probatorios aportados en la etapa del juicio ya sea realizada por el órgano Ad quo u Ad que; Todo daño debe ser indemnizado debe ser cierto, por consiguiente, quien alega haber sufrido un daño debe demostrar su ocurrencia. En tal línea de ideas, también se menciona la certeza fáctica, que consiste en la constatación material que el analista realiza acerca de los hechos vinculados a un resultado dañoso, es decir, es necesario establecer las características del perjuicio a efectos de predeterminedar los daños materia de indemnización; el ejemplo clásico de los eventos culposos lo constituye la confección de la demanda correspondiente.

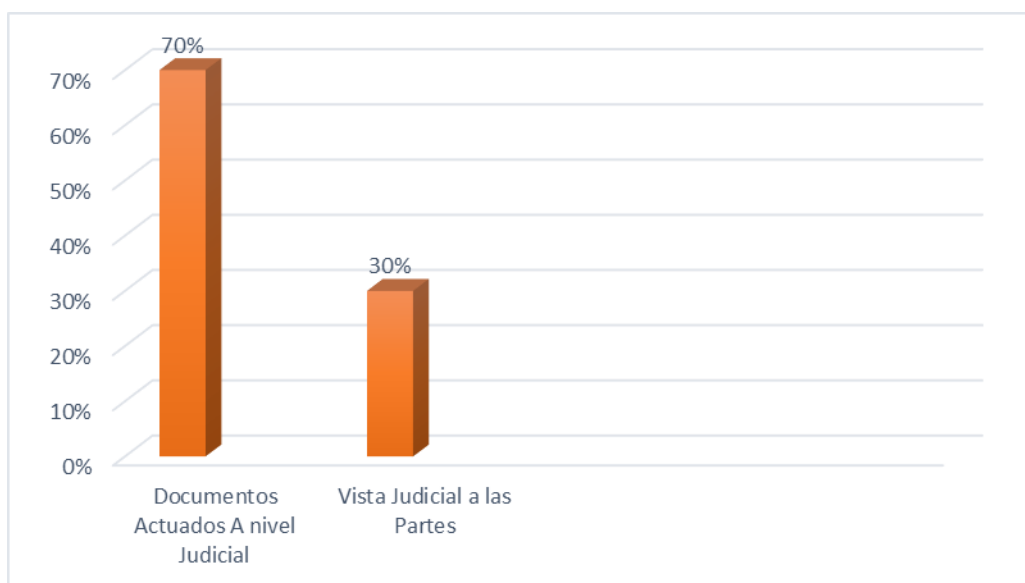
4.2.4. ¿Establece Ud. el monto de Reparación Civil por Daño Moral en base a los documentos actuados en su judicatura, o en base a la percepción (Vista Judicial), de las partes?

CUADRO N° 04

RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Documentos Actuados A nivel Judicial	7	70%
Vista Judicial a las Partes	3	30%
TOTAL	10	100%

Fuente: Encuesta

GRAFICO N° 04



Interpretación:

En contraposición a la pregunta anterior, los Magistrados de la Corte Superior de Justicia de Ancash, son de la opinión que se debe tener en cuenta los documentos actuados en el proceso Civil, mostrándose una incidencia del 70%, mientras que tan solo un 30% son de la opinión de tomar en cuenta la vista judicial de las partes; En este caso, refiere que al acogerse la categoría de daños colectivos o difusos, se está prácticamente consagrando una apertura legitimatoria a favor de las agrupaciones sociales y otros entes, que se atribuyen el ejercicio de la actividad indemnizatoria con proyección hacia la totalidad del perjuicio ocasionado a la comunidad que precisamente, se representa; sin embargo, precisa el autor que nuestra legislación es deficiente cuando se trata de analizar aspectos vinculados a los procesos que pretenden titular los denominados "intereses difusos", posición que compartimos sin duda alguno no obstante que la norma pertinente, esto es, el artículo 82° del Código Procesal Civil , faculta la intervención o promoción de estos casos singulares entre los estamentos al propio Ministerio Público.

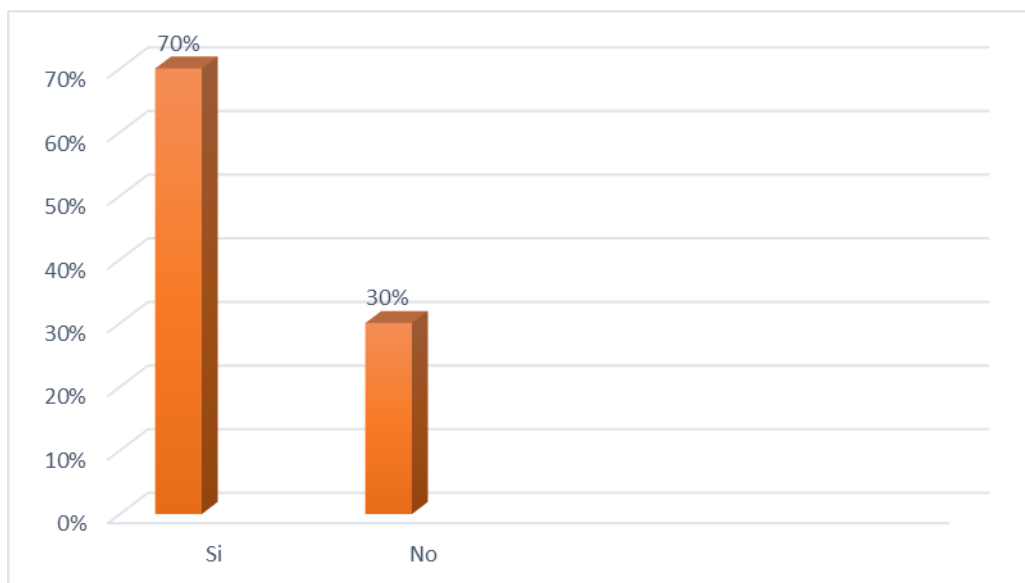
4.2.5. ¿Emplea Ud. algún fundamento Doctrinario para emitir una sentencia por concepto de Reparación Civil por Daño Moral?

CUADRO N° 05

RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	7	70%
NO	3	30%
TOTAL	10	100%

Fuente: Encuesta

GRAFICO N° 05



Interpretación:

El fundamento Doctrinario en el Distrito Judicial de Ancash viene siendo aplicada de manera satisfactoria por los operadores del derecho, un 70% usa la doctrina para emitir la determinación económica por concepto de reparación del daño moral, mientras que un 30% no aplica ningún tipo de fundamento doctrinario emitiendo montos demasiados Oneroso; Daño a la persona.

Comprende las lesiones a la integridad física propiamente, la indemnidad psicológica y el proyecto de vida de la víctima. Es conocido también como daño subjetivo implicando el agravio a algunos de los derechos personalísimos como la vida, la integridad física, atentados contra el honor, la libertad personal, entre otros similares. Doctrinariamente, el daño a la persona es catalogado como la lesión a su integridad física, conllevando una lesión a su aspecto o integridad psico-somática mientras que para otros estudiosos de la materia, este daño se manifiesta en la frustración del proyecto de vida de la víctima, cobrando especial importancia esta apreciación, en razón que el ser humano, es el único que en ejercicio irrestricto de su libertad, puede trazar su proyecto de vida conforme a cierta escala de valores por él, internalizado.

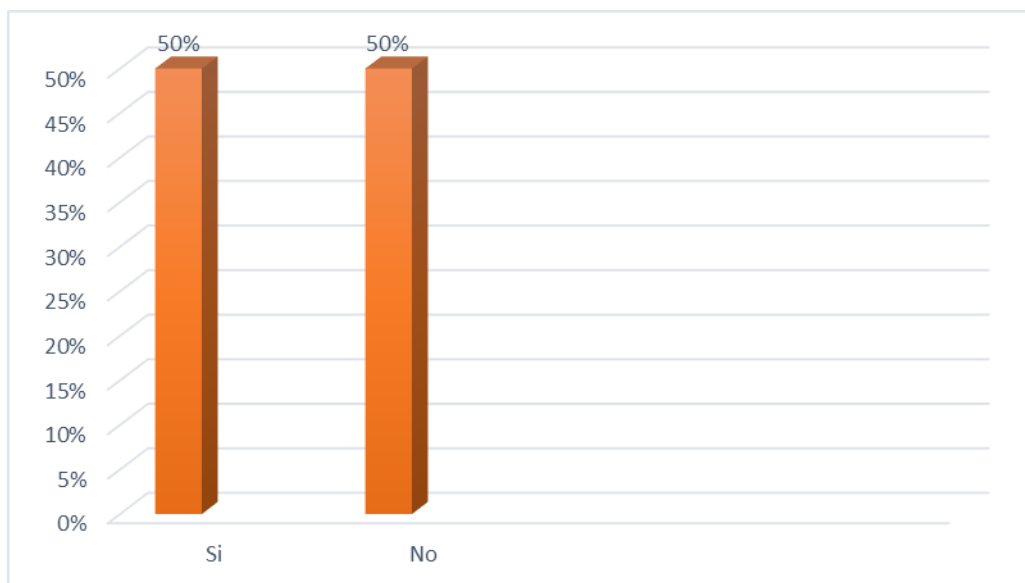
4.2.6. ¿Emitió montos parecidos en casos analógicos o con iguales circunstancias en demandas por concepto de Reparación Civil por Daño Moral?

CUADRO N° 06

RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	5	50%
NO	5	50%
TOTAL	10	100%

Fuente: Encuesta

GRAFICO N° 06



Interpretación:

En virtud a la pregunta anterior, las respuestas emitidas por los magistrados del Distrito Judicial de Ancash sea de madura, determinando en un 50% montos parecidos por Concepto de Reparación Civil, en la Responsabilidad Extracontractual, y otro 50% no emitió en casos análogos montos parecidos, tan solo apoyándose a su criterio de conciencia; Al respecto, nuestra postura es que nada impide que el daño a la persona sea indemnizable también, a título de responsabilidad civil contractual, más aún, considerando que es precisamente en el ámbito de los acuerdos voluntarios entre las personas, sean éstas naturales o jurídicas, que se suscita mayor cantidad de situaciones de ineficacia funcional del negocio jurídico, causales éstas últimas de naturaleza sobreviviente a la celebración del acto jurídico que se manifiestan en dos figuras ampliamente conocidas: la resolución y la rescisión de los contratos; por consiguiente, es innegable que la ocurrencia de ambas figuras jurídicas, origina en diversas situaciones, consecuencias perjudiciales para alguna de las partes sometidas al convenio y, con ello, la respuesta adecuada del ordenamiento jurídico, no debe ser otra que la de imponer al infractor , la obligación jurídica de indemnizar y repara adecuadamente, por los daños causados que éste causó al afectado.

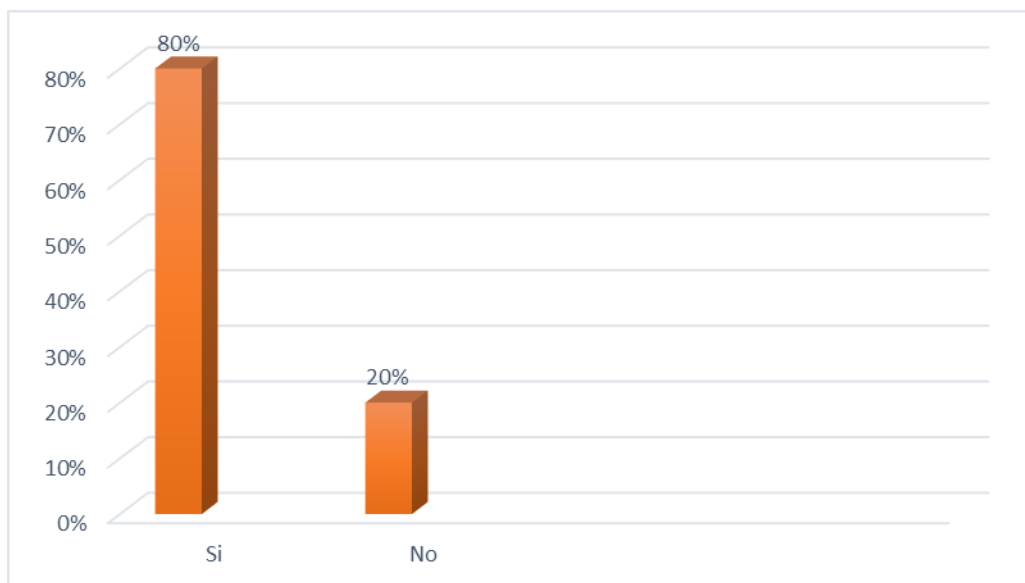
4.2.7. ¿Cree Ud. que facilitaría la determinación económica por Daño Moral una Tabla determinativa económica que establezca la relación entre el daño y el monto a indemnizar?

GRAFICO N° 07

RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	8	80%
NO	2	20%
TOTAL	10	100%

Fuente: Encuesta

GRAFICO N° 07



Interpretación:

De la pregunta formulada anteriormente se puede llegar a determinar que los Magistrados se muestran reacios a establecer en La tabla de determinación económica, ya que tan solo un 80% considera indispensable dicho cuadro, mientras que el 20% ya sea por desconocimiento o por temor consideran de poco valor crear dicha tabla, mostrando de esta manera el desinterés por las víctimas del Daño Moral, y el Monto de Reparación Civil que deben percibir estos; El anteúltimo capítulo reparación del daño se detiene en los problemas del cómo, “cuándo y con cuánto se indemniza. Y en el capítulo referido al resarcimiento del daño moral se discriminan los principios generales, las órbitas contractual y extracontractual la que ofrece mayor campo de estudio, detallando los casos de ataques al honor, a la intimidad o privacidad de las personas, al nombre, imagen, derecho moral de autor, entre otros supuestos, concluyendo con los titulares, damnificados directos e indirectos, de la acción resarcitoria

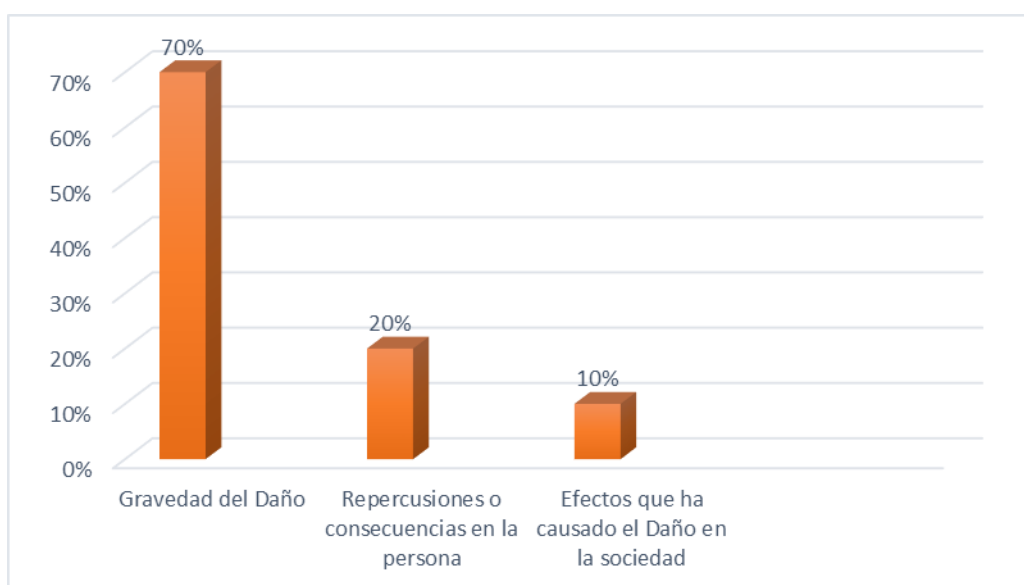
4.2.8. ¿En base que criterio Determinaría Ud. El monto de la Reparación Civil?

GRAFICO N° 08

RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Gravedad del Daño	7	70%
Repercusiones o consecuencias en la persona	2	20%
Efectos que ha causado el Daño en la sociedad	1	10%
TOTAL	10	100%

Fuente: Encuesta

GRAFICO N° 08



Interpretación:

La determinación económica si no cuenta con una validación Doctrinaria o una determinación valorativa que establezca una relación entre el daño causado y la Reparación nos demuestra que tan solo un 70% considera que el daño debe determinarse según al gravedad del daño, mientras que un 10% considera que debe tenerse en cuenta el daño que se refleja en la sociedad, y un 20% solo toma en consideración el daño causado a la víctima, mostrando en evidencia el desinterés de la autoridades Judiciales en traer de garantizar y reparar a la víctima; El daño se lo define como el menoscabo que, a consecuencia de un acontecimiento determinado o eventual, sufre una persona en sus bienes vitales naturales, como en su propiedad o patrimonio. El autor analiza los diversos casos de daño: el patrimonial directo (daño emergente y lucro emergente, pérdida o frustración de chances, al interés legítimo, y compensación de beneficios o compensación del daño con el lucro), el patrimonial indirecto (derechos de la personalidad, estimación económica a la vida humana, la muerte en sus diversas contingencias, daño estético y lesiones psíquicas), y los damnificados indirectos en razón del daño.

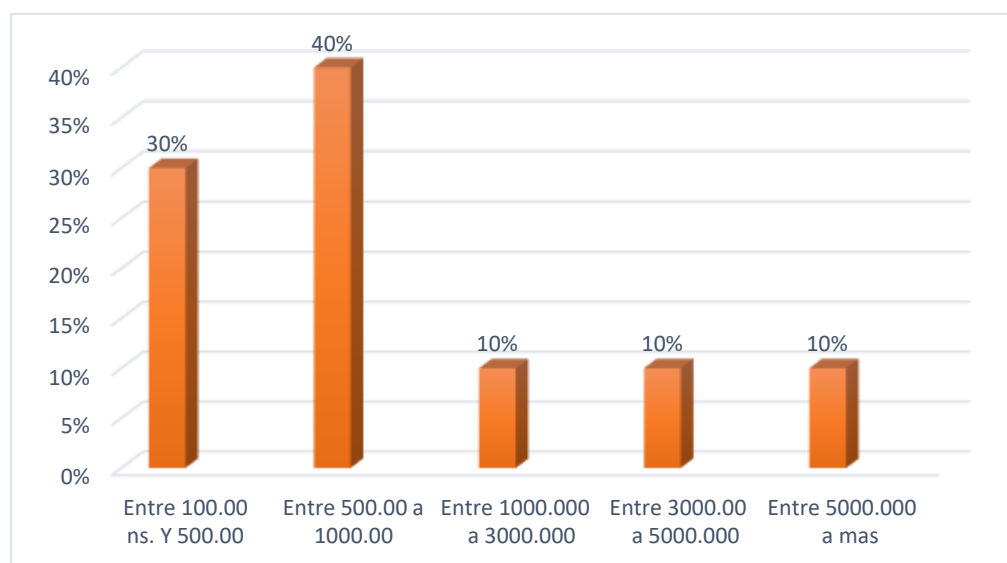
4.2.9. ¿Cuál es el monto mínimo que consigno Ud. en una sentencia por Reparación del Daño Moral, así mismo diga cuál es el máximo que determino en el mismo caso?

CUADRO N° 09

RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Entre 100.00 ns. Y 500.00	3	30%
Entre 500.00 a 1000.00	4	40%
Entre 1000.000 a 3000.000	1	10%
Entre 3000.00 a 5000.000	1	10%
Entre 5000.000 a mas	1	10%
TOTAL	10	100%

Fuente: Encuesta

GRAFICO N° 09



Interpretación:

De los consultado en la postulados anteriores se llega a la conclusión que debido a la falta de criterio, fundamento doctrinario y otros se establecen montos sumamente exorbitantes en casos que no tienen ninguna relación causal, es así que un 30% estable como monto de Reparación Civil entre 100 y 500 nos; mientras que el 40% determina montos entre 500 y 1000 nos; mientras que los demás montos que van establecidos en un 10% Pero también puedo dar razón a en el reproche de las teorías del derecho subjetivo, y la del interés legítimo, en cuanto éstas tampoco definen al daño en sí mismo, sino que nos dicen qué es lo que afecta, sobre qué recae, pero estamos en situación parecida a la que nos coloca la teoría de las consecuencias o efectos. Una nos dice lo que pasa a raíz del daño y la otra sobre qué recae.

V. DISCUSIÓN

5.1. Análisis doctrinario y/o teórico

5.1.1. Generalidades

El daño es un supuesto fundamental de la estructura de los hechos jurídicos ilícitos que originan la responsabilidad civil, de tal forma que solamente cuando se ha causado un daño se configura jurídicamente un supuesto de responsabilidad civil sujeta a indemnización. Por lo tanto, el aspecto fundamental de la responsabilidad es que se haya causado un DAÑO que deberá ser indemnizado; en ese orden de ideas, de no haber daño, no se configura un supuesto de hecho jurídico ilícito contractual o extracontractual, por más que exista una conducta antijurídica o ilícita.

En realidad, el daño sin ser el único de los elementos de la responsabilidad civil contractual o extra-contractual, se instituye como el fundamental, esto, debido a que existe consenso en la doctrina que en ausencia del daño no hay nada que reparar o indemnizar, ergo, no existe problema alguno de responsabilidad civil; siendo pertinente acotar que, tan importante es el aspecto del daño producido, que no pocos autores han optado por denominar a la responsabilidad civil, como el “derecho de daños”.

El daño entonces, se constituye en el segundo elemento que debe analizarse para determinar si estamos ante un supuesto de responsabilidad civil;

ahora bien, el daño proviene del latín DEMERE, que significa, menguar, concepto éste último entendido como el detrimento o menoscabo a un interés jurídicamente tutelado por el ordenamiento jurídico, debe entenderse también, que el daño es toda lesión a un interés jurídicamente protegido, ya sea un derecho patrimonial o extramatrimonial.

En tal contexto, a efectos de cumplir con la función satisfactoria de la reparación civil, la indemnización debe verificarse in natura o en equivalente, siendo de suma importancia en este punto verificar la teoría de la relación causal asumida por nuestro Código Civil a fin de determinar la existencia de aquellos casos que son susceptibles de indemnización.

5.1.2. Configuración del Daño en la Responsabilidad Civil

Como sabemos, en el ámbito de la responsabilidad civil se requieren de cuatro supuestos fundamentales a fin de configurar esta clase de responsabilidad, nos estamos refiriendo a la antijuricidad, el daño causado, la relación de causalidad y los factores de atribución.

El aspecto que aquí estudiamos es el daño causado, que como anotáremos, en la esfera de la responsabilidad civil extracontractual se genera por el incumplimiento del deber genérico de no causar daño a otro, situación diferente a la que se presenta en el campo contractual, en el cual el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación previamente pactada entre las partes.

En una concepción amplia, el daño debe concebirse como una lesión a todo derecho subjetivo, entendido como aquel interés jurídicamente protegido del individuo en su vida de relación con los demás, que, en cuanto al valor protegido por el ordenamiento jurídico, se instituye precisamente en derecho subjetivo, es decir, en un derecho en el sentido cabal y técnico de la expresión; siguiendo esta línea de razonamiento, acotamos que el daño viene a constituir el presupuesto fundamental para que exista responsabilidad civil ya sea de connotación contractual o, naturaleza extra-contractual.

Es necesario puntualizar, que el presente trabajo esta orientado a un análisis detallado y didáctico sobre el segundo elemento fundamental que debe examinarse para determinar si estamos ante un supuesto de responsabilidad civil, por lo tanto la configuración se concreta en virtud a lo siguiente:

- a) En la responsabilidad civil extra-contractual: En esta modalidad el daño debe ser consecuencia del incumplimiento del deber jurídico genérico de no causar daño a otro.
- b) En la responsabilidad civil contractual: el daño se genera por el incumplimiento de una obligación previamente pactada entre las partes, esto es, se trata de un deber jurídico específico.

De otro lado, cuestión importante a destacar, es el hecho que en el ámbito de la responsabilidad civil, el objetivo fundamental es indemnizar los daños causados a fin de resarcir a las víctimas, mientras que en el campo penal, lo que se

busca es esencialmente, sancionar a los autores de las conductas ilícitas o antijurídicas sujetas a reproche ante el ordenamiento jurídico.

5.1.3. Presupuestos configurativos del daño

A) Certeza.

Esto implica que todo daño debe ser indemnizado debe ser cierto, por consiguiente, quien alega haber sufrido un daño debe demostrar su ocurrencia. En tal línea de ideas, también se menciona la certeza fáctica, que consiste en la constatación material que el analista realiza acerca de los hechos vinculados a un resultado dañoso, es decir, es necesario establecer las características del perjuicio a efectos de predeterminedar los daños materia de indemnización; el ejemplo clásico de los eventos culposos lo constituye la confección del atestado policial correspondiente.

De otro lado, la certeza lógica es la aproximación al análisis de la relación causal, aplicándose en este marco, la teoría de la causa adecuada contemplada en el artículo 1985° del Código Civil que textualmente señala:

“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 (...)”.

Ahora bien, ¿en qué consiste la causa adecuada?, pues bien, ella se refiere a la existencia de una conexión lógica entre el hecho generador del daño y el menoscabo experimentado en el interés del sujeto, siguiéndose para ello los criterios de regularidad y necesidad.

B) Afectación personal del daño.

Importante es puntualizar este supuesto en cuya virtud, sólo puede reclamar reparación del daño aquel que lo haya sufrido, en tal sentido, conviene relacionar este aspecto con otro elemento esencial de la responsabilidad civil, esto es, la relación de causalidad.

En efecto, en todo evento de connotación indemnizatoria se verifica la existencia de una relación entre el sujeto responsable y el afectado, siendo éste el llamado por ley, a reclamar el pago de la indemnización correspondiente al haber sido afectado su interés, aspecto que obviamente, debe hallarse debidamente acreditado.

Sobre el particular, Jorge Alberto Beltrán Pacheco realiza una interesante disquisición acerca de quienes se ven legitimados para demandar una indemnización por daños en caso de haberse suscitado un resultado dañoso, refiriéndose a los “intereses difusos”.

En este caso, refiere que al acogerse la categoría de daños colectivos o difusos, se esta prácticamente consagrando una apertura legitimatoria a favor de las agrupaciones sociales y otros entes, que se atribuyen el ejercicio de la

actividad indemnizatoria con proyección hacia la totalidad del perjuicio ocasionado a la comunidad que precisamente, se representa; sin embargo, precisa el autor que nuestra legislación es deficiente cuando se trata de analizar aspectos vinculados a los procesos que pretenden titular los denominados “intereses difusos”, posición que compartimos sin duda alguno no obstante que la norma pertinente, esto es, el artículo 82° del Código Procesal Civil , faculta la intervención o promoción de estos casos singulares entre los estamentos al propio Ministerio Público.

C) Subsistencia del daño.

Este aspecto se refiere a la exigencia que el evento generador del daño, no haya sido indemnizado con anterioridad, es decir, que si se solicita una indemnización el interés lesionado a reparar, no debe haber sido objeto de un resarcimiento previo que haya dado lugar a una satisfacción puesto que en tal contexto, se estaría incurriendo en un supuesto de enriquecimiento indebido, no admitiendo en forma alguna por nuestro ordenamiento jurídico, al margen que se desnaturalizaría, con perjudiciales consecuencias, el propósito esencial de la responsabilidad civil, esto es, indemnizar con criterio de justicia y equidad, a la víctima del suceso dañoso.

D) El daño debe ser injusto

Este presupuesto alude a la necesidad de que el daño se produzca por efectos de un hecho generador de responsabilidad civil. Siendo esto así, el daño

producido no debe ser justificado de modo alguno por el ordenamiento jurídico; al respecto es necesario recordar, que existen daños que a pesar de configurar conductas ilícitas, no van a generar la obligación jurídica de indemnizar por parte del infractor⁵, ello en razón que el propio sistema legal lo justifica eximiéndolo de dicha exigencia; nos estamos refiriendo a los casos de ejercicio regular de un derecho, estado de necesidad y la legítima defensa.

5.1.4. Clasificación de los daños jurídicamente indemnizables

De este modo ha considerado la doctrina, que se denomina de un modo más adecuado a los daños en general, pues los autores son enfáticos en afirmar, que para que los daños originen una responsabilidad civil, deben ser producto de una conducta antijurídica o ilícita.

Como mencionamos anteriormente, el daño, en este caso jurídicamente indemnizable, es toda aquella lesión a un interés legítimamente protegido, bien se trate de un derecho patrimonial o extra-patrimonial.

Ahora bien, corresponde sub clasificar y definir estas categorías de suma importancia:

A) Daño patrimonial

Son lesiones a los derechos patrimoniales siendo aplicables tanto en el campo contractual como en el extracontractual, se dividen a su vez en: daño emergente y lucro cesante, éstas lesiones son de naturaleza patrimonial o material,

pudiendo ser actuales o futuros y en esencia, denotados de un menoscabo patrimonial y son susceptibles de apreciación pecuniaria toda vez que, tiene un equivalente en dinero.

Daño emergente. Conocido doctrinariamente como *damnum emergens*, es el empobrecimiento del patrimonio, al pérdida o detrimento patrimonial efectivamente sufridos; comúnmente se señala el ejemplo del accidente de tránsito en el que la persona que utilizaba el vehículo como instrumento de trabajo, sufre daño emergente consistente en el costo del vehículo siniestrado.

Lucro cesante. O *lucrum cessans*, configura la frustración de ventajas económicas esperadas, esto es, la obtención de ganancias previstas. Consiste en términos sencillos, en la renta o ganancia dejada de percibir a resueltas del suceso dañosos; por ello, en el mismo ejemplo que se precisó, el lucro cesante estará constituido por el dinero que dejará de percibir el usuario del vehículo quien lo utilizaba, como medio de transporte privado.

Conviene reiterar, que ambas categorías son de aplicación tanto en el ámbito contractual como en la esfera extra-contractual, encontrándose tal reconocimiento debidamente contemplado en nuestro ordenamiento civil a través de lo dispuesto por el artículo 1321°, esta precisión es interesante dado que al analizar la categoría de daño en el campo extracontractual, advertiremos una omisión en la norma pertinente.

B) Daño extra patrimonial

Son aquellos daños de disímil naturaleza no propios de la connotación eminentemente patrimonial o pecuniaria. Estas lesiones se dividen a su vez en: daño moral y daño a la persona, destacándose que contrariamente a lo que ocurre con los daños patrimoniales, en esta categoría no es posible calcular la afectación en dinero; sin embargo, como quiera que no es posible dejar sin reparación un daño extra patrimonial, se recurre al dinero como medio imperfecto para salvar tal situación.

Daño moral. Afecta la vida sentimental del ser humano, consistiendo en el dolor, pena o sufrimiento de la víctima, manifestando dicho estado anímico en el quebrantamiento de la paz y la tranquilidad del espíritu, existe consenso de otro lado, en que el daño moral aborda la afectación de aquellos sentimientos considerados socialmente dignos, legítimos, por tanto merecedores de tutela jurídica.

Daño a la persona. Comprende las lesiones a la integridad física propiamente, la indemnidad psicológica y el proyecto de vida de la víctima. Es conocido también como daño subjetivo implicando el agravio a algunos de los derechos personalísimos como la vida, la integridad física, atentados contra el honor, la libertad personal, entre otros similares. Doctrinariamente, el daño a la persona es catalogado como la lesión a su integridad física, conllevando una lesión a su aspecto o integridad psico-somática mientras que para otros estudiosos de la materia, este daño se manifiesta en la frustración del proyecto de vida de la

víctima, cobrando especial importancia esta apreciación, en razón que el ser humano, es el único que en ejercicio irrestricto de su libertad, puede trazar su proyecto de vida conforme a cierta escala de valores por él, internalizado.

En efecto, como se ha visto, el daño emergente y el lucro cesante, pese a constituir ambas, modalidad en la categoría del daño patrimonial, son distintas en cuanto a su naturaleza y alcances, por tanto, corresponde incluirle daño emergente de modo textual en la norma, insertándola específicamente a efectos de evitar confusiones conduciendo nuestra propuesta a enmendar la errada técnica legislativa empelada en dicho dispositivo.

Por otro lado, advertimos también que en lo concerniente al daño a a persona, a diferencia del daño moral, tal afectación no está incluida en forma literal ni implícita en el campo de la responsabilidad contractual, hallándose solamente previstas en la esfera de la responsabilidad extracontractual, evidenciándose esta situación al realiza una interpretación sistemática por ubicación entre las normas correspondientes, ya que el artículo 1322° del Código civil que regula el sistema contractual sólo hace referencia al daño moral.

Al respecto, nuestra postura es que nada impide que el daño a la persona sea indemnizable también, a título de responsabilidad civil contractual, más aún, considerando que es precisamente en el ámbito de los acuerdos voluntarios entre las personas, sean éstas naturales o jurídicas, que se suscita mayor cantidad de situaciones de ineficacia funcional del negocio jurídico, causales éstas últimas de naturaleza sobreviviente a la celebración del acto jurídico que se manifiestan en

dos figuras ampliamente conocidas: la resolución y la rescisión de los contratos; por consiguiente, es innegable que la ocurrencia de ambas figuras jurídicas, origina en diversas situaciones, consecuencias perjudiciales para alguna de las partes sometidas al convenio y, con ello, la respuesta adecuada del ordenamiento jurídico, no debe ser otra que la de imponer al infractor, la obligación jurídica de indemnizar y reparar adecuadamente, por los daños causados que éste causó al afectado.

5.1.5. El daño en nuestro sistema de responsabilidad civil extracontractual

El daño es, más que ningún otro, el presupuesto que permite la puesta en juego de las reglas de la responsabilidad civil. Precisamente las reglas que disciplinan a esta última tienen como objetivo central (por lo menos si nos atenemos a las reconstrucciones tradicionales del instituto) la reparación del daño, es decir, la vuelta al statu quo anterior a su acaecimiento. El daño es, en general, una situación negativa que implica una alteración de cierta situación favorable previa.

Quizás esta sea la razón por la que un sector de opinión, proveniente básicamente de España y Argentina, llama a la responsabilidad aquiliana “derecho de daños”. Existen muchas teorías para definir al daño. Sin embargo, estimamos correcta aquella que lo concibe como la consecuencia de la lesión de un interés jurídicamente relevante (articulado bajo la forma de Derecho subjetivo o de cualquier otra situación ventajosa del sujeto) en el daño material o como la lesión misma de un interés jurídicamente relevante en el caso del daño inmaterial. A

continuación, describiremos cómo es que nuestros jueces entienden al daño y sus consecuencias.

5.1.6. El concepto de daño y su resarcibilidad

No cualquier daño es resarcible. Para que un daño sea resarcible es indispensable que la lesión al interés jurídicamente relevante se haya efectuado en ausencia de una justificación por parte del ordenamiento. También es necesario que el daño sea cierto y subsistente. Ahora bien, el daño (o mejor, sus consecuencias) puede ser material, cuando el interés lesionado es patrimonial e inmaterial, cuando el interés lesionado es uno que subyace a algún derecho de la personalidad. Se puede decir, asimismo, que, tanto el daño material cuanto el daño inmaterial presentan ciertas “modalidades” en atención a su resarcimiento. En efecto, el daño material puede presentarse como daño emergente, es decir, como el menoscabo patrimonial experimentado por la víctima como consecuencia del evento dañoso o como lucro cesante, esto es, como la ganancia patrimonial neta dejada de percibir por la víctima a causa del evento dañoso. Distinta es la cuestión atinente al daño inmaterial, tradicionalmente clasificado en nuestro medio como daño moral y daño a la persona, toda vez que, recientemente, se ha cuestionado la utilidad del segundo por cuanto, según el parecer descrito, no es una categoría realmente operativa y porque su área de cobertura estaría copada por el primero. Nuestros jueces, no obstante lo señalado, suelen distinguir indebidamente entre daño patrimonial y daño no patrimonial o entre daño patrimonial y daño a la

persona, distinguiendo ulteriormente este último del daño moral, entendido solo como pretium doloris.

5.1.7. Daño moral y daño a la persona

En materia de responsabilidad extracontractual, tradicionalmente los jueces y la doctrina han considerado que nuestro ordenamiento consagra la resarcibilidad de dos tipos de daños que ellos denominan no patrimoniales (que deben ser correctamente llamados daños inmateriales o morales): el llamado daño a la persona y el daño moral. Sucede, sin embargo, que una atenta doctrina ha denunciado, con argumentos convincentes, que existe falta de utilidad del daño a la persona por cuanto, además de ser una noción vaga e imprecisa, su área de cobertura estaría cubierta por el daño moral, entendido no solo como pretium doloris, sino, como en otras latitudes, como típico perjuicio en la esfera inmaterial de la víctima, ora en su integridad física, ora en su integridad psíquica.

No obstante lo señalado, un sector de nuestros jueces, parece razonar del modo que se acaba de describir, toda vez que son numerosos aquellos fallos que recurren al viejo daño moral, ya no solo para circunscribir su área de cobertura a la mera afección psíquica o sufrimiento que sobreviene al daño, sino, cada vez con mayor frecuencia, para aludir a la lesión a un interés no valuable económicamente. Por ejemplo, los casos de lesión a la integridad psicofísica de la víctima son resueltos con el recurso al daño moral y no, como podría pensarse, al daño a la persona, cuya teorización privilegia este tipo de supuestos.

El daño moral es el daño no patrimonial, pertenece más al campo de la afectividad que al campo económico y produce una pérdida económica y afectación espiritual; no debe confundirse con el carácter patrimonial de la obligación. Basta que se configure el menoscabo para ser factible de indemnización; el dejar sin efecto el evento dañoso no enerva la obligación de reparar (STC Exp. N° 1070-95-Arequipa).

El daño moral implica una lesión a los sentimientos de los deudos de la víctima, quienes sufren la pérdida del ser querido aunándolo al daño patrimonial como consecuencia de la desaparición de la persona que constituía el sostén de la familia (STC Exp. N° 178-98-C-Chimbote).

Si como consecuencia de un atropello se produce un daño en la integridad física del agraviado, que le impida desarrollar su vida normal por un lapso de tiempo, será responsable de dicho daño quien al momento del accidente figure en los registros respectivos como propietario del vehículo con el que se produjo el atropello, debiendo resarcir este el daño material y moral ocasionado (STC Exp. N° 297-2000-Lima).

Por otro lado, de un tiempo a esta parte, se está volviendo costumbre que nuestros magistrados invoquen cierta voz de daño, la del “daño al proyecto de vida”, de la misma forma y con los mismos fines que los prestidigitadores. En todos estos casos, el efecto mágico que se produce, nada divertido, oportuno ni controlable en un sistema de responsabilidad civil tan incipiente como el peruano,

es la inflación, deficientemente sustentada, de los montos concedidos a título de resarcimiento.

Por la vía indicada, y sin contar con ningún amparo seguro en la normatividad vigente, los jueces nacionales proceden, bastante mecánicamente y casi siempre sin reflexionar al respecto, a incrementar el monto de las obligaciones nacidas de actos generadores de responsabilidad civil.

Luego de verificar y detallar las razones que autorizan a discrepar el sentido de la jurisprudencia en esta materia, se planteó algunas hipótesis acerca de cómo decisiones judiciales como estas pueden terminar encaminando nuestro régimen resarcitorio, peligrosamente, hacia una exaltación de la función sancionatoria o punitiva de la responsabilidad civil y así, en definitiva, hacia la lógica de los punitive damages del Derecho común anglosajón.

5.1.8. Indemnización por daño moral

La reacción primitiva para la reparación del daño moral, era la de retribuir una ofensa por otra ofensa (ley del Talión), en la cual la retribución era de la misma naturaleza que el daño, ello inspirado en un sentimiento de venganza.

Los romanos, sintetizaron los grandes principios jurídicos en tres axiomas: honeste vivere (vivir honestamente), suum cuique tribuere (dar a cada uno lo suyo) alterum non laedere, es decir no dañar al otro. Para los romanos a partir de esos principios se podía ante cualquier situación saber cómo comportarse en relación con los demás.

El principio del alterum non laedere es, está en relación a otro, o lo que es lo mismo tiene sentido únicamente en la vida en sociedad, porque el daño que alguien se infiere a sí mismo no entra dentro de la consideración de la responsabilidad civil, como sería el caso del suicida o de quien se flagela por motivos religiosos o cuando la víctima ha sido culpable del daño. El derecho no protege entonces a quien causa un daño a otro, sino que muy por el contrario hace nacer una obligación –en sentido jurídico– de dejar esa persona en una situación lo más parecido posible a como se encontraba antes de sufrir el daño.

Según el desarrollo histórico del concepto de responsabilidad civil, se dice que es el conjunto de consecuencias de una acción u omisión ilícitas, que derivan una obligación de satisfacer el daño a la pérdida causada.

A. Tema materia de debate

¿Qué criterios o elementos puede adoptar el Juzgador fin de establecer un adecuado quantum indemnizatorio para resarcir el daño moral; teniendo en cuenta que, dada su naturaleza extrapatrimonial y de difícil probanza, en la mayoría de los casos dicha cuantificación queda librada exclusivamente, a su criterio de conciencia y el llamado de equidad?

Como algo nítidamente diferente del daño en sentido estricto, que es el daño patrimonial, aparece la figura del denominado “daño moral”. La polémica surgió inicialmente en Francia y posteriormente en otros países en el sentido de la admisibilidad de una indemnización respecto de este tipo de daño, entre quienes

sostenían que el único daño que el Código declara indemnizable es el daño en sentido estricto o daño patrimonial, que comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, y quienes entendían que el llamado daño moral puede englobarse en un amplio concepto de daño que no cualifica el tipo de éste.

Se habla de la arbitrariedad que se suscita en el momento de fijar o cuantificar el daño moral, así como en la utilización que ha veces se hace de este concepto para indemnizar daños de difícil prueba.

El problema es el siguiente: Por una parte la necesidad de delimitar lo más precisamente posible el concepto de daño moral y, por otra, es preciso averiguar en que casos resulta indemnizable y con arreglo a que criterios.

Se han esbozado diversos métodos y criterios en la legislación, la jurisprudencia y la doctrina comparada, de donde se advierte que los criterios de evaluación de los daños extrapatrimoniales no son uniformes. Existen múltiples aspectos que deben ser tomados en cuenta para- por el Juez, quien es el llamado a hacerlo- determinar el monto que se debe otorgar a quien ha sufrido un daño que no es valorizable en dinero.

En nuestro ordenamiento jurídico no ha sido adecuadamente tratado el tema referido a los mecanismos de determinación del monto de la indemnización del daño, salvo por contados esfuerzos doctrinarios. Salvo el artículo 1332 del Código Civil, que ha sido insertado en la sección referida a la inejecución de obligaciones, no existen normas que orienten sobre este tema.

B. Concepto de responsabilidad civil

La disciplina de la Responsabilidad Civil está referida al aspecto fundamental de indemnizar los daños ocasionados en la vida de relación de los particulares, bien se trate de daños producidos como consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, principalmente contractual o bien se trate de daños que sean resultado de una conducta sin que exista entre los sujetos ningún vínculo de orden obligacional.

C. La pretendida unificación de la responsabilidad civil

Uno de los autores que propuso esta unificación fue el fallecido Dr. Lizardo Taboada Córdova, quien manifiesta, “... la doctrina moderna y desde hace mucho tiempo, es unánime en señalar que la responsabilidad civil es única, y que existe solamente algunas diferencias de matiz entre la responsabilidad contractual y extracontractual”, continua diciendo, “... debe quedar claramente establecido que la responsabilidad civil es una sola, existiendo dos aspectos distintos la responsabilidad civil contractual y extracontractual teniendo ambas como común denominador la noción de antijuricidad y el imperio legal de indemnizar el daño causado.”¹¹⁷

En oportuno citar a otro exponente de esta posición unificadora, Espinoza Espinoza quien señala: “... la discusión sobre la distinción entre la responsabilidad contractual y extracontractual se torna en bizantina, por cuanto, en ambas se produce un daño y el derecho debe intervenir para repararlo. No importa el origen

¹¹⁷ TABOADA CORDOVA, Lizardo. Ob. Cit., p. 469.

del daño, sino como solucionar sus consecuencias. No importa en agente dañoso sino el dañado. Actualmente, con satisfacción puedo comprobar que esta es la orientación de la doctrina nacional mas autorizada. Con razón, ahora se afirma que nunca hemos encontrado justificativo que explique el por qué, de un mismo hecho dañoso, que puede generar un mismo tipo de daño, puedan aplicarse regímenes de responsabilidad distintos, con cobertura de daños distintos.”¹¹⁸ Este mismo autor refiere que las diferencias ontológicas de las dos responsabilidades se reconducen a un perfil mínimo: la presencia o la falta de una obligación preexistente.

Del lado contrario de esta posición encontramos a Leysser L. León. Para este autor resulta inútil e imposible el realizar esta unificación: Critica fuertemente a aquellos que creen “... en que las normas son formulas para zanjar debates doctrinarios, para consagrar puntos de vista caprichosos e insostenibles, y no para solucionar conflicto de intereses...”¹¹⁹. Señala que es equivocado pretender justificar la unificación del sistema de responsabilidad civil bajo el argumento considerado de la posibilidad del cúmulo o concurso de la responsabilidad contractual y extracontractual, el cual no es sino la posibilidad de permitir al damnificado decidir el ejercicio de la acción que más le convenga (contractual o extracontractual).

La casación Nro. 849-96, afirma y toma la posición de la unificación en su considerando Tercero: “... sin embargo la actual dicotomía se está orientando a la unificación sistemática de ambas responsabilidades a partir del dato de concebir el

¹¹⁸ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Ob. Cit., p.p 64 y ss.

¹¹⁹ LEON, Leysser. Ob. Cit., p. 13.

daño como centro de gravedad del problema...”, en su voto particular el vocal Roncal señala: “NOVENO: La responsabilidad contractual y extracontractual no son vías antagónicas, sino que muchas veces pueden presentarse de manera paralela coexistiendo dentro de una situación global, produciéndose daños de distinta naturaleza, pero que tienen su origen en una sola situación jurídica, como en este caso, que es la contractual.¹²⁰ “

D. Diferencias entre la Responsabilidad Contractual y la Responsabilidad Extracontractual.-

En este punto encontramos las siguientes diferencias:

a) Cuando se presenta la responsabilidad contractual, el acreedor dispone de una pretensión que solo puede oponerse en tanto derecho a la prestación, al deudor. Distinto es el trato en la responsabilidad extracontractual, pues la tutela resarcitoria de esta responsabilidad es oponible a todos;

b) En la responsabilidad extracontractual se regula la doctrina de la reparación integral del daño que existe, en este campo se indemnizan todos los daños causados a la víctima; mientras que en el ámbito contractual no se reparan todos los daños, solamente se reparan aquellos que sean consecuencia directa del incumplimiento del deudor;

c) El monto indemnizatorio en el campo extracontractual no depende de la culpabilidad del autor del acto, mientras que en el campo contractual el monto

¹²⁰ NORMAS LEGALES, Tomo 262, Marzo de 1998, pp. A-14 y ss.

depende del daño y la culpabilidad del deudor, será mayor si es producto de culpa grave o dolo, y será menor si es producto de culpa leve.

d) En la responsabilidad derivada por incumplimiento se resarcen los daños previsibles al momento del surgimiento de la relación obligacional; en cambio en la responsabilidad extracontractual por no existir una prestación debida, no hay como desarrollar de antemano un juicio de previsibilidad.

e) El plazo perentorio de la acción de responsabilidad civil, de la acción para demandar los daños y perjuicios, para responsabilidad civil extracontractual será de dos años, mientras que para la responsabilidad civil contractual, el plazo será de 10 años.

E. La Persona.-

1. Concepto según el Código Civil de 1984.

El Art. 1 del Código Civil de 1984, prescribe lo siguiente: “La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto ole favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo”

Sujeto de derecho es el ente al cual el ordenamiento jurídico imputa derechos y deberes. “La expresión “persona” se reserva en cambio y de acuerdo con la tradición jurídica, para mentar dos situaciones específicas dentro de las cuatro categorías del “sujeto de derecho” que reconoce el Código Civil. Nos referimos

con el término “persona” al hombre, una vez nacido, como individuo, o colectivamente organizado siempre que cumpla con la formalidad de su inscripción exigida por la norma. En el primer caso nos encontramos frente a la persona individual, a la que el Código menciona como “natural” y en el segundo ante la persona colectiva conocida como “persona Jurídica”¹²¹

2. La incorporación del daño a la persona en el Código Civil de 1984.

Daño a la persona es aquel que tiene como consecuencia la frustración del proyecto de vida de la persona. Se trata de un hecho que por su magnitud truncaría la realización de la persona humana de acuerdo a su más interna vocación. El daño personal arremete la dignidad misma de la persona humana considerada como un ser libre de decidir su destino dentro de las condiciones inherentes a la vida humana.

El día 3 de Julio de 1984 se obtuvo que la Comisión Revisora del Código Civil incorporara el daño a la persona en el Art. 1985, dentro de la Responsabilidad Civil Extracontractual, pero no se eliminó el concepto de daño moral, entendiéndose éste como una afrenta al sentimiento y que a su vez constituye un aspecto del daño a la persona. En el Art. 1984 se alude a daño moral en vez de daño a la persona. El Art. 1322 del Código Civil también se refiere al daño moral, aunque según la exposición de motivos su autor le otorga los mismos alcances que el daño a la persona.

F. El Daño.-

¹²¹ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho de las Personas. Ob. Cit., p. 162

1. Concepto

El daño comprende además de la lesión del bien protegido, las consecuencias, aquellos efectos negativos que derivan de la lesión del bien protegido. De una lesión patrimonial pueden resultar consecuencias patrimoniales y no patrimoniales. Se habla de un daño evento (lesión del interés tutelado) y de un daño consecuencia (daño emergente, lucro cesante y daño moral).

“El daño no golpea en una sola dirección, causando un solo tipo de consecuencias económicas, sino que por lo general hace estallar la situación en diferentes fragmentos económicamente dañinos: aquel que es atropellado por un vehículo puede necesitar pagar sus gastos de hospitalización, pero además tiene que comprar remedios , requiere pagar la ambulancia que lo llevó hasta el hospital desde el lugar del accidente, puede necesitar tratamiento psiquiátrico, quizá va a tener que someterse a una costos a rehabilitación por varios meses, paralelamente pierde un negocio importante debido a su hospitalización y además no se encuentra en aptitud de trabajar para mantener a su familia durante un largo tiempo, etc. “¹²²

2. Clasificación del daño

Tenemos fundamentalmente dos grandes categorías de daños económicos, que abarcan la gran cantidad de situaciones que se presentan en la vida diaria y se denominan: Daño Emergente y Lucro Cesante.

¹²² DE TRAZEGNIES, Fernando (1990). “La Responsabilidad Extracontractual”; Tomo II; Pontificia Universidad Católica del Perú; Fondo Editorial, Cuarta Edición, Lima, p. 35.

2.1. Daño patrimonial.- Consiste en la lesión de derechos de contenido económico.

2.1.1. Daño emergente.- Es la pérdida que sobreviene en el patrimonio del sujeto afectado por el incumplimiento de un contrato o por haber sido perjudicado por un acto ilícito , conocido también como la disminución de la esfera patrimonial del dañado. Dicho en otras palabras, la indemnización del daño emergente es la que pretende restituir la pérdida sufrida. Tenemos como ejemplo. En un accidente de tránsito, los gastos de la reparación del vehículo, gastos médicos, (operación, medicina); en cuanto a los daños futuros, se refiere a la secuela que puede causar el accidente en la salud de una persona y que no necesariamente surgen en el momento de la contingencia sino en forma posterior.

2.1.2. Lucro Cesante.- Consiste en el no incremento del patrimonio del dañado, también se dice que es la ganancia patrimonial neta dejada de percibir por el dañado, en consecuencia será aquello que ha sido o será dejado de ganar a causa del acto dañino o aquello que que hubiera podido ganar y no lo hizo por causa peldaño. Entonces mientras en el daño emergente hay empobrecimiento, en el lucro cesante hay un impedimento a que se enriquezca legítimamente.

“Esto no significa que el daño emergente sea presente, mientras que el lucro cesante es futuro. La fecha para considerar el pasado, presente y futuro en este caso es el de la sentencia. Desde esta perspectiva tanto el daño emergente como el

lucro cesante pueden ser pasados, presentes o futuros. El lucro cesante es siempre futuro con respecto al momento del daño.”¹²³

2.2. Daño extrapatrimonial.-

Dentro de la sistemática actual del Código Civil Peruano, la categoría de daño extrapatrimonial o subjetivo, comprende el daño a la persona, entendido como la lesión a los derechos existenciales o no patrimoniales de las personas y el daño moral, expresada en sentimientos de ansiedad, angustia, sufrimiento tanto físico como psíquico, padecidos por la víctima, que por lo general son pasajeros y no eternos.

2.2.1. Daño moral y Daño a la persona.

Este tipo de daño se denomina también “daño no patrimonial”, “daño extrapatrimonial”, “daño extraeconómico”, “daño biológico”, “daño a la integridad psicosomática”, “daño a la vida de relación”, entre otros.

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. También se entiende daño moral como un dolor, un sentimiento de pena, un sufrimiento, un turbamiento.

Si bien daño a la persona y daño moral son idénticos en cuanto a su contenido no patrimonial, ambos difieren pues la relación entre el primero y el segundo es de género a especie.

¹²³ *Ibíd.*

El daño a la persona por su parte, se le conoce también como daño subjetivo, esto es el daño ocasionado al sujeto de derecho, el cual incluye un sinnúmero de situaciones que pueden presentarse.

El daño a la persona se presenta como una sub especie del daño moral y fue introducido como una novedad en el Código Civil de 1984, promovida por el doctor Carlos Fernández Sessarego.

“Según este jurista, la distinción clásica entre el daño patrimonial y el daño no patrimonial admitiría una subdivisión: el daño extrapatrimonial y estaría conformado por el daño moral y por el daño a la persona. Este último sería “el que lesiona a la persona en sí misma, estimada como un valor espiritual, psicológico, inmaterial “. En cambio, el daño moral habría quedado reducido al “dolor de afección, pena sufrimiento”.¹²⁴

3. Causas de justificación del hecho dañino

Las causas de justificación se encuentran previstas en el artículo 1971 del Código Civil, a las que también se les denomina causas de exoneración de responsabilidad al ejercicio regular de un derecho, la legítima defensa y el estado de necesidad:

3.1. El ejercicio regular de un derecho

Este supuesto tiene su antecedente histórico en la antigua formula romana “ qui suo iure utitur neminem laedit”, de tal suerte que el que viola un derecho ajeno en

¹²⁴ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho de Personas. Ob. Cit., p. 108.

el ejercicio de su propio derecho no actúa antijurídicamente y, por tal razón no le incumbe por los quebrantos que pudiera ocasionar. Si se lesiona otro derecho, nos encontramos frente a un supuesto genérico de responsabilidad civil y si se lesiona un legítimo interés, entonces nos encontramos frente a un abuso del derecho y en ambos casos los daños producidos deben ser resarcidos.

3.2. La legítima defensa

Esta figura se inspira en un principio bien enraizado en la conciencia social y jurídica, en virtud del cual, toda persona puede defenderse del peligro de agresión, cuando no haya manera de contar con la tempestiva y adecuada intervención de los órganos competentes del ordenamiento estatal destinados a la defensa de sus ciudadanos.

En el inciso 1º del artículo 1971 se precisa que la legítima defensa es “de la propia persona o de otra o en salvaguardia de un bien propio o ajeno”

Tenemos como características las siguientes:

- El peligro debe ser actual
- El peligro debe amenazar un interés directa y plenamente tutelado por el derecho
- La amenaza debe ser injusta.
- El recurso a la defensa debe ser necesario e inevitable
- La reacción debe ser proporcional a la agresión

3.3. Estado de Necesidad

Se suele definir al estado de necesidad como el sacrificio de un bien jurídicamente inferior a favor de un bien jurídicamente superior, frente a un estado de peligro inminente. El Inciso 3 del artículo 1971 del Código Civil, establece que no hay responsabilidad: “en la pérdida, destrucción o deterioro de un bien por causa de la remoción de un peligro inminente, producidos en estado de necesidad, que no exceda lo indispensable para conjurar el peligro y siempre que haya notoria diferencia entre el bien sacrificado y el bien salvado. La prueba de la pérdida, destrucción o deterioro del bien es de cargo del liberado del peligro”

H. Relación de Causalidad.-

1. Nexo Causal.-

Art. 1969 C.C.- Aquel que...causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo...

Art. 1970 C.C.- Aquel que...causa un daño a otro está obligado a repararlo...

Art. 1985 C.C.-...debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido.

El nexos causal se constituye en el tercer requisito de orden fundamental de la responsabilidad civil, el que consiste en que debe existir una relación causa-efecto, esto es de antecedente- consecuencia entre la conducta antijurídica del autor y el daño causado a la víctima, de lo contrario no existirá responsabilidad Civil y no

nacerá la obligación legal de indemnizar. Tiene que haber una determinada razón para que una determinada persona y no otra sea obligada a pagar a pagar, una razón que individualice a un presunto responsable dentro del universo de personas.

Esto significa que el daño debe ser consecuencia de la conducta antijurídica del autor para que se configure un supuesto de responsabilidad civil extracontractual. Similar situación se advierte en la responsabilidad civil contractual, ya que el daño causado al acreedor debe ser consecuencia inmediata y directa del incumplimiento absoluto o relativo de la prestación debida por parte del deudor.

La relación de causalidad es un requisito general de la responsabilidad civil, tanto en el ámbito contractual como el extracontractual.

1.1. Causalidad natural y Causalidad jurídica

Paralelamente al causante físico, la ley crea un causante “jurídico”. Entonces el análisis Causal de la responsabilidad no se basa en el orden natural de las cosas sino en la voluntad de la Ley, la misma que responde a finalidades antes que a mecanismos; entonces mientras la naturaleza está compuesta por causas eficientes (relación causa- efecto), el Derecho está compuesto por propósitos sociales que establecen vinculaciones entre los hechos con miras a la realización de ciertos valores o fines sociales.

Por ejemplo tenemos en caso en que la víctima puede exigir el pago también a una tercera persona (empleador, Compañía de Seguros, etc.), que por mandato de

la ley responde en vez del causante natural. La causalidad en Derecho se crea jurídicamente, por lo que aún en los casos que el Derecho reconoce como causa de algo aquello que constituye su causa natural, no es porque lo sea sino porque en ese caso particular, el Derecho ha conferido a la causa natural el carácter de causa jurídica.

2. Noción de causa adecuada.

No todas las causas que necesariamente conducen a la producción de un daño pueden ser consideradas como causas propiamente dichas de tal daño; no todas estas causas obligan a su autor a participar como responsable en la reparación del daño. Se requiere que la causa sea adecuada, esto es idónea.

Von Kries decía que “puede considerarse que estamos ante una causa cuando la circunstancia bajo análisis tiene la naturaleza de producir normalmente el daño que ha condicionado” De esta manera la pregunta clave frente a la situación concreta es: “La acción u omisión del presunto responsable era por si misma capaz de ocasionar normalmente este daño? Si se responde afirmativamente, conforme a la experiencia de la vida, se declara que la acción u omisión era “adecuada” para producir el daño, y entonces éste es objetivamente imputable al agente”¹²⁵

Para el Profesor Lizardo Taboada Córdova, para que una conducta sea causa adecuada de un daño es necesario que concurren dos factores o aspectos:

¹²⁵ DE TRAZEGNIES, Fernando. Ob. Cit., p. 314.

a) UN FACTOR IN CONCRETO.-Se entiende en el sentido de una causalidad física o material, esto es que la conducta haya causado el daño concretamente.

b) UN FACTOR IN ABSTRACTO: Se hace necesaria la concurrencia de este segundo factor, el que se entiende: “La conducta antijurídica abstractamente considerada, de acuerdo a la experiencia normal y cotidiana, es decir según el curso normal y ordinario de los acontecimientos debe ser capaz o adecuada para producir el daño causado. Si la respuesta a esta interrogante es negativa no existirá una relación causal aún cuando se hubiere cumplido con el factor in concreto. Es pues necesaria la concurrencia de ambos factores para que se configure una relación causal adecuada”¹²⁶

La causa en la responsabilidad extracontractual dentro del C.C. de 1984.- El Código civil peruano prescribe expresamente que la causalidad que debe ser analizada desde la perspectiva de la responsabilidad extracontractual, es la “adecuada”

3. Fractura causal y concausa

3.1. Fractura Causal

Esta se configura cuando en un determinado supuesto se presenta un conflicto entre dos conductas o causas sobre la realización de un daño, el que es resultado del despliegue de sólo una de dichas conductas. Es por ello que a la conducta que

¹²⁶ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. Ob. Cit., p. 85.

no ha llegado a causar el daño se le denomina causa inicial, mientras que a la conducta que si llegó a causar el daño se le denomina causa ajena.

En cuanto a la causa ajena u otra causa refiere a supuestos de caso fortuito o de fuerza mayor, o del hecho determinante de un tercero o del propio hecho de la víctima (Art. 1972 del C.C). Este artículo precisa los tres casos en los cuales se rompe el vínculo causal, entre el causante aparente y la víctima, por consiguiente, no existiendo nexos o continuidad causal, no hay tampoco responsabilidad. En el primer caso se referirá a un fenómeno de la naturaleza, en el segundo puede ser un acto de autoridad como toque de queda, por el que se prohíben conductas que antes se permitían; en cuanto al hecho determinante de un tercero y hecho propio de la víctima, el daño se deberá a dichas conductas. Por ejemplo tenemos el caso de un suicida que se arroja bajo las ruedas de un vehículo y muere atropellado.

3.2. Concausa

Este supuesto se configura cuando la víctima contribuye con su propio comportamiento con la conducta del autor y la realización del daño. En este caso el daño no es consecuencia única y exclusivamente de la conducta del autor, sino que la misma víctima ha contribuido y colaborado en la realización del mismo, y por haber mediado dicho comportamiento precisamente, se ha producido el daño.

En cuanto al efecto jurídico de la concausa éste lo constituye una reducción de la indemnización, que será determinada por el Juez en relación al grado de

participación de la víctima. Ejemplo: El caso de un ciclista que practica su deporte en una vía no propicia para ello y muere atropellado.

I. Discusión.-

Se ha encontrado en muchos de los casos estudiados los Operadores Jurisdiccionales otorgan una indemnización cuyo quantum no se encuentra debidamente motivado. No existe forma de establecer si el monto otorgado por los Jueces por concepto de indemnización por daño moral y si en el caso particular, resulta verdaderamente resarcitorio del daño ocasionado a los ofendidos, debido a que las sumas consignadas se basan estrictamente en el criterio el Juez, las mismas que en su mayoría son consignadas al azar en forma absoluta y arbitraria, de lo que puede deducirse fácilmente la necesidad de establecer algunos criterios básicos y fundamentales a seguir por los Magistrados al momento de establecer el quantum indemnizatorio por daño moral.

5.2. Análisis Jurisprudencial

5.2.1. RESOLUCIÓN – CAS. N° 2182-2006 SANTA

Lima, diecinueve de diciembre del dos mil seis.-

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, vista la causa dos mil ciento ochentidós – dos mil seis; el día de la fecha, producida la votación correspondiente de acuerdo a ley, emite la siguiente sentencia:

1. Materia del recurso:

Es materia del presente recurso de casación la sentencia de vista de fojas quinientos doce, su fecha treinta de Enero del año en curso, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa que, confirmando la sentencia de primera instancia de fojas cuatrocientos treintinueve, su fecha veinte de Octubre del dos mil cuatro, declara improcedente la demanda interpuesta por don Jorge Christian Nazario Villalba contra don Manuel Serapio Ortiz Palomino y otros, sobre indemnización por daños y perjuicios;

2. Fundamentos del recurso:

Mediante resolución de fojas veintiséis del cuadernillo de casación formado en este Supremo Tribunal, de fecha cinco de Septiembre del año en curso, se ha declarado procedente el recurso de casación interpuesto por don Jorge Christian Nazario Villalba, por las causales previstas por los incisos 1 y 2, del artículo 386, del Código Procesal Civil, relativas a la interpretación errónea de normas de derecho material;

3. Considerando:

Primero: Como se ha anotado precedentemente se ha declarado procedente el recurso de casación por la causal relativa a la interpretación errónea de los artículos II del Título Preliminar del Código Civil y 103 de la Constitución Política del Estado, en base a la alegación hecha por el impugnante de que al emitirse la resolución de vista, se precisa que al solicitarse en la vía civil

indemnización por daños y perjuicios, habiéndose ya cancelado los mismos en la vía penal, existe ejercicio abusivo del derecho a mérito de las normas citadas; en tal sentido, afirma que la interpretación correcta de dichas normas ha debido realizarse partiendo que no existe abuso del derecho de su parte, pues la pretensión se encuentra dentro de situaciones subjetivas y objetivas como se señala a continuación; existe ejercicio abusivo del derecho cuando se provoca desarmonía social, cuando conlleva a una situación de injusticia entre otros elementos esenciales, en el caso materia del presente proceso –refiere- que no existe desarmonía social, por el contrario la sociedad reconoce que por un ojo no debe abonarse la suma de tres mil nuevos soles sino una suma que cuando menos busque justificar la pérdida de tal elemental sentido, no existe injusticia cuando se reclama un resarcimiento mínimo que no ha sido valorado objetiva ni subjetivamente de forma adecuada por el juzgador penal; que, a ello agrega que su pretensión no se encuentra prevista dentro de la figura de abuso del derecho, por el contrario lo que se busca es tutelar un derecho ya que con la suma fijada en el proceso penal no cubre ni el cinco por ciento de los gastos que generan la operación del demandante, tomando en cuenta que ya perdió la vista del ojo derecho y podría perder la del ojo izquierdo;

Segundo: Que, con relación a la interpretación errónea, ésta se configura cuando los magistrados de mérito han aplicado correctamente la disposición legal pertinente al caso que están resolviendo, pero le han dado una interpretación o alcance que no se desprende de su texto;

Tercero: El Artículo II del Título Preliminar del Código Civil, señala que “la ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso”. De otro lado, el numeral 103 in fine de la Constitución Política del Estado, regula que “la Constitución no ampara el abuso del derecho”;

Cuarto: El ejercicio abusivo del derecho es una figura por la cual se ejerce un derecho fuera de la finalidad económica social para la que fue concebido, atropellando un interés legítimo, aún no protegido jurídicamente. Cuando el titular de un derecho lo ejerce con el fin de dañar a otro, no con el fin de beneficiarse. La doctrina vigente ha señalado que el nombre de la figura está mal dado, ya que el derecho no abusa, sino el abuso se configura por su ejercicio abusivo. Por lo tanto, la norma está hecha para regular la conducta humana; pero existen otros preceptos reguladores: la buena fe, la moral, la equidad. Lo que se configura es un actuar conforme a un precepto escrito, pero ajeno a sus bases;

Quinto: Para determinar si en el caso de autos se ha interpretado erróneamente o no las normas legales en comentario, es necesario hacer un breve análisis de lo actuado en el proceso: 1) El accionante solicita se le indemnice por daños y perjuicios producidos por el daño irrogado a su persona en la suma de cuatrocientos mil nuevos soles, refiriendo, que con fecha dieciocho de Marzo del dos mil los demandados don Manuel Serapio Ortiz Palomino y don Wilson Roberto Bulnes, trabajadores de la Empresa Embotelladora RIVERA Sociedad

Anónima llegaron al inmueble de propiedad de sus padres, lugar donde existe una Bodega y procedieron a dejar el pedido de las bebidas solicitadas, siendo que posteriormente se produjo un accidente consistente en una explosión producida por el descuido de los demandados quienes habrían dejado productos con gas a exposición del sol provocando una explosión que le ha causado daños en su persona, habiendo perdido la visión del ojo derecho; lo que ha motivado que haya dejado de trabajar y truncado su desarrollo profesional, pues es un profesional de la salud (Técnico Dental). 2) El codemandado Wilson Roberto Bulnes Cavero por derecho propio y por Embotelladora RIVERA Sociedad Anónima, al contestar la demanda; sostiene, que la explosión de la caja de gaseosas no ha ocurrido por culpa de los trabajadores de la entidad recurrente ni a un defecto de fabricación sino a la manipulación negligente por parte del demandante al trasladar las mismas del lugar en que fueron dejadas a otro ambiente del inmueble; más aún si se tiene en cuenta que dicho evento culposo se produjo cuando el camión repartidor ya se había retirado del lugar. Agrega que en el propio atestado policial se ha concluido que no hubo intencionalidad para la producción del hecho. 3) Con la copia obrante a fojas setentiséis, se verifica la existencia de la resolución expedida en el proceso penal (derivado de los mismos hechos en que se sustenta la presente demanda), mediante el cual se tuvo constituido en parte civil al hoy demandante. 4) En la audiencia corriente a fojas ciento treintidós se fijaron los puntos materia de la presente controversia consistente en: a) determinar si la causa del accidente se ha debido gravemente al intentar moverse una de las cajas de bebida gaseosa. Asimismo los abogados de ambas partes piden que se establezca

como punto controvertido, en atención a sus medios probatorios que ofrecen ambas parte, que se determine la causa de la explosión de la botella que ocasionó la lesión al demandante, b) determinar los daños ocasionados al demandante, c) determinar la responsabilidad de los demandados, y d) determinar el monto de la indemnización a que hubiere lugar. 5) A fojas ciento cuarentidós obra el informe médico, de fecha tres de Enero del dos mil dos efectuado en la persona del demandante, emitido por el Hospital “La Caleta” del Ministerio de Salud, en el que se da cuenta de los daños sufridos por el demandante al trasladar cajas de gaseosa y explotar una botella (vidrio) cuyos fragmentos le produjeron lesiones en la cara, párpado, y globo ocular derecho, con el diagnóstico final de: “ceguera en el ojo derecho por trauma penetrante con desprendimiento de retina”. 6) A fojas trescientos sesenta la codemandada empresa Compañía Embotelladora Rivera Sociedad Anónima presentó copias de los actuados judiciales del proceso penal por lesiones graves en agravio del hoy accionante, adjuntando la copia del escrito mediante el cual consignó la suma de tres mil nuevos soles, importe que corresponde al pago de la reparación civil fijado en la sentencia recaída en el aludido proceso penal. 7) La sentencia de primera instancia expedida en autos y corriente a fojas cuatrocientos treintinueve, declaró improcedente la demanda, tomando como fundamento que como aparece del proceso penal que corre documentado en el expediente acompañado y de la sentencia de vista que corre agregada a fojas trescientos sesentidós a trescientos sesenticuatro de estos autos, se ha reservado el fallo condenatorio a los demandados en este proceso, don Manuel Serapio Ortiz Palomino y don Wilson Roberto Bulnes Cavero por el delito

de lesiones culposas en agravio de Jorge Christian Nazario Villalba, por lo que resulta obvio que la medida dictada (proceso penal) se funda en consideraciones de responsabilidad –en este caso a título de culpa- del imputado, en los hechos materia del proceso, que son los mismos que han generado daños extracontractuales materia de la presente pretensión indemnizatoria en la presente causa; agregando, asimismo, que el agraviado don Jorge Nazario Villalba se constituyó en parte civil en el mencionado proceso, concluyendo en que por tal razón ya no puede interponer la presente demanda civil sobre indemnización por los mismos daños que han sido materia de resarcimiento mediante sentencia ejecutoriada recaída en el citado proceso penal. 8) A fojas cuatrocientos cuarentisiete el demandante formula recurso de apelación señalando que en ninguno de los extremos de la apelada se señala la norma en la cual se sustenta la improcedencia de la demanda. Agrega, que el artículo 54° del Código de Procedimientos Penales no prohíbe a la persona que se constituyó en parte civil en un proceso penal a accionar en la vía civil; sostiene que el Juzgado no ha invocado la norma expresa que sustente la improcedencia de la presente demanda, contraviniendo el artículo 139, inciso 5), de la Constitución, referido a la motivación escrita de las resoluciones judiciales, lo que no se ha tenido en cuenta al momento de sentenciar. 9) La sentencia de vista de fojas quinientos doce ha concluido por confirmar la sentencia apelada que declaró improcedente la demanda, señalando que el monto indemnizatorio definitivo fijado en el proceso penal (tres mil nuevos soles), ha sido pagado por el tercero civilmente responsable, Embotelladora Rivera Sociedad Anónima, y por lo tanto, si el íntegro

de la reparación civil se encuentra cancelada, se ha satisfecho el resarcimiento que dispone el artículo 93° del Código Penal. Añadiendo, en ese sentido resulta manifiestamente improcedente pretender nueva indemnización por los mismos hechos, desde que la Constitución en su artículo 103° y el Código Civil en su numeral II del Título Preliminar proscriben el ejercicio abusivo del derecho;

Sexto: De lo expuesto, se arriba a la conclusión que en el caso de autos se ha interpretado erróneamente las normas legales en comentario, pues es un hecho incontrovertible en el presente juicio la existencia de una lesión física en la persona del demandante (ceguera en el ojo derecho), lo que evidentemente le ha ocasionado un perjuicio irreversible, siendo ello así, no se infiere que la interposición de la presente demanda pretenda un beneficio desmedido o ilícito para concluirse de esta forma en que se está haciendo uso del ejercicio abusivo de un derecho. Es que, si bien es cierto que en el proceso penal se ha señalado una reparación económica a favor del actor, quien en dicho proceso se constituyó en parte civil; también lo es, que ello no es óbice para que con mayores elementos de juicio se reclame en la vía civil el quantum indemnizatorio correspondiente a la lesión ocasionada al actor. Por lo que en atención a la finalidad dialéctica del presente recurso impugnatorio es menester casar la resolución de vista y declarar la insubsistencia de la apelada a fin de que los organismos de mérito, emitan una nueva decisión, teniendo en cuenta que la finalidad del proceso civil es lograr la paz social en Justicia;

Sétimo: En cuanto a la denuncia casatoria relativa a la inaplicación del artículo 1969 del Código Civil, el impugnante sostiene que la Sala Civil al señalar que el agraviado no puede interponer posteriormente una demanda civil sobre indemnización por los mismos daños que ya han sido materia de resarcimiento mediante sentencia ejecutoriada recaída en el proceso penal ha inaplicado el artículo 1969 del Código Civil, el cual prevé la responsabilidad civil subjetiva; siendo que, en el caso de autos, la conducta de los demandados encaja en este tipo de responsabilidad y además en el presente proceso la indemnización por daños y perjuicios está basada en hechos que se derivan de la explosión de la botella, trayendo consigo al agraviado la pérdida del ojo derecho, truncando su proyecto de vida por lo que como producto de esta explosión es que actualmente se encuentra impedido de ejercer su profesión y con el peligro de que pierda la otra vista; siendo así, al no derivar los daños y perjuicios que se reclaman en esta causa del mismo hecho dañoso que fue materia de sanción penal y de reparación civil en el proceso invocado por la Sala de mérito no se configura la imposibilidad jurídica expuesta por el Colegiado;

Octavo: La citada norma regula la responsabilidad del tipo objetivo y señala que “aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”. Siendo que en el caso de autos habiéndose ya determinado que no se configura el ejercicio abusivo de un derecho, es posible, por lo tanto, reclamar la indemnización correspondiente por el daño que se enuncia en la demanda, el mismo que en todo caso deberá ser

compulsado por las instancias de mérito al decidir la litis y establecer de esta forma si resulta pertinente o no la norma en comentario;

Noveno: Por lo que en atención a las motivaciones propuestas en el presente recurso impugnatorio y dada la finalidad dikelógica del recurso de casación, esta Sala Suprema debe casar la resolución de vista y declarar la insubsistencia de la apelada, a fin de que las instancias de mérito emitan un pronunciamiento sobre el fondo del asunto. Por tal consideraciones, Declararon FUNDADO el recurso de casación interpuesto por don Christian Nazario Villalba, y, en consecuencia, en observancia de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 396° del Código Procesal Civil, declararon NULA la sentencia de vista de fojas quinientos doce, su fecha treinta de Enero del dos mil seis e INSUBSISTENTE la apelada obrante a fojas cuatrocientos treintinueve, su fecha veinte de Octubre del dos mil cuatro; ORDENARON que el Juzgado de origen emita una nueva decisión sobre el fondo del asunto; en los seguidos contra don Manuel Serapio Ortiz y otros; DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el diario oficial “El Peruano” bajo responsabilidad y los devolvieron.-

SS.

TICONA POSITGO

CARRIÓN LUGO

FERREIRA VILDOZOLA

PALOMINO GARCÍA

HERNÁNDEZ PÉREZ

5.2.2. Análisis de la CAS. N° 2182-2006 SANTA

La sentencia in comento nos trae a colación una institución jurídica de esencial importancia, que ha sido tratada por el Derecho Civil inicialmente, y recogida posteriormente por el Derecho Constitucional, como es el ejercicio abusivo del derecho. Al respecto, el artículo II del Título Preliminar del Código Civil de 1984 lo enuncia de la siguiente manera:

“Artículo II.- La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso.”

Naturalmente, cuando el Código Civil hace referencia a que la “ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho” debe entenderse no solamente a la ley en el sentido formal, expedida por el Congreso de la República, sino al ordenamiento jurídico en general. Asimismo es menester recalcar que así como el sistema jurídico no ampara el ejercicio abusivo del derecho tampoco ampara la omisión al ejercicio abusivo del derecho.

De otro lado, la Constitución Política de 1993 recoge posteriormente la referida institución, estableciendo, en el Capítulo II de la Función Legislativa, dentro del Título IV, Estructura del Estado, lo siguiente:

“Artículo 103.- Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La

ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad. La Constitución no ampara el abuso del derecho.”

Pero ¿qué es el ejercicio abusivo del derecho? ¿cuales son sus orígenes, teorías y alcances? ¿Ha sido aplicado el criterio correctamente por la Corte Suprema en el caso in examine? Estas preguntas pasaremos a atender a continuación.

5.2.2.1. Definición del ejercicio abusivo del derecho

La jurisprudencia civil y constitucional, así como la doctrina nos da luces acerca del significado del ejercicio abusivo del derecho, así como de sus alcances. Así, la Corte Suprema define, en el considerando cuarto de la sentencia in comento, al ejercicio abusivo del derecho como “una figura por la cual se ejerce un derecho fuera de la finalidad económica social para la que fue concebido, atropellando un interés legítimo, aún no protegido jurídicamente.” En este sentido, destaca la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema que se produce un ejercicio abusivo del derecho, “[c]uando el titular de un derecho lo ejercita con el fin de dañar a otro, no con el fin de beneficiarse.”

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema enfoca al ejercicio abusivo del derecho como un freno al ejercicio de los derechos, para mantenerlo dentro del cauce de lo lícito. Así, el referido órgano colegiado señala que esta institución se

configura como “un límite jurídico contenido en nuestro Código [Civil], tendiente a que el individuo ejercite sus derechos subjetivos, sin causar lesión o daño a terceros o intereses ajenos no protegidos por normas específicas; lo que implica la existencia de la intención de dar, la ausencia de interés, el perjuicio relevante y la conducta contraria a las buenas costumbres, lealtad y confianza recíproca.”¹²⁷

Complementando lo anteriormente expuesto, Fernández Sessarego sostiene que “[e]n el “abuso del derecho” se parte siempre de la preexistencia de un derecho subjetivo del cual es titular el actor. El agente del ejercicio o la omisión abusivos posee, siempre y necesariamente, un derecho subjetivo.”¹²⁸

A su vez, el Tribunal Constitucional peruano trae a colación un caso de ejercicio abusivo del derecho, cuando la persona demandante en un proceso de hábeas corpus, emplea dicho proceso constitucional, ejercitando su derecho de acción para pretender dejar sin efecto resoluciones judiciales que no guardan relación con el objeto del referido proceso, por lo que “con este tipo de pretensiones, lo único que se consigue es dilatar la atención oportuna de las auténticas demandas de justicia constitucional”¹²⁹. Así, el citado órgano colegiado esboza el siguiente ejemplo de ejercicio abusivo del derecho:

¹²⁷ Sentencia en casación de la Sala civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, CAS. N° 559-2002 LIMA, emitida el 30 de abril de 2003 y publicada el 30 de octubre de 2003 en el Diario Oficial El Peruano.

¹²⁸ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (2005). Abuso del derecho. En: La Constitución comentada artículo por artículo. Editorial Gaceta Jurídica, Lima, p. 174.

¹²⁹ Fundamento jurídico 6 de la resolución del Tribunal Constitucional peruano recaída en el Expediente N° 0047-2008-PHC/TC emitida el 13 de febrero de 2008 y publicada el 31 de julio de 2008 en el portal electrónico del Tribunal Constitucional.

“Que en el presente caso es necesario poner en evidencia que el demandante ha pretendido utilizar el proceso de hábeas corpus para dejar sin efecto resoluciones judiciales en materia civil que, como es evidente, no tienen incidencia alguna en la libertad individual, y de esta forma desnaturalizar el proceso de hábeas corpus, obstaculizando la labor de los órganos jurisdiccionales encargados de administrar Justicia, por mandato del artículo 138 de la Constitución. Que por ello se ha configurado la vulneración del artículo 103 de la Constitución, que proscribe el abuso del derecho. El abuso de los procesos constitucionales no sólo constituye grave daño al orden objetivo constitucional sino también a la tutela de los derechos fundamentales de los demás ciudadanos. Esto es así por cuanto al hacer un uso abusivo de los procesos constitucionales se restringe la posibilidad de que este Colegiado pueda resolver la demanda de tutela de quienes legítimamente recurren a este tipo de procesos a fin de que se amparen los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución.”¹³⁰

Sobre el particular, Marcial Rubio señala lo siguiente:

“[E]l juez de la Constitución, ha reiterado en numerosas ocasiones que el ejercicio ilícito de un derecho no puede protegerse jurídicamente, por lo que si existiere exceso en el ejercicio de los derechos fundamentales nunca podrá

¹³⁰ Fundamentos jurídicos 7 y 8 de la resolución del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0473-2007-HC/TC emitida el 16 de febrero de 2007 y publicada el 28 de setiembre de 2007 en el portal electrónico del Tribunal Constitucional.

*otorgarse el amparo, pues en sede constitucional sólo es posible amparar el ejercicio lícito de los derechos.*¹³¹

5.2.2.2. Origen de la teoría del ejercicio abusivo del derecho

Señala la doctrina que la teoría del ejercicio abusivo del derecho no presente mucha antigüedad:

*“Según Warat, citando a Duguit, la teoría del abuso del derecho se originó durante el siglo XIX y la doctrina general está de acuerdo en señalar que no existió previamente. El fundamento de su aparición hace poco más de cien años, estaría en la necesidad de controlar los excesos en el ejercicio de los derechos de libertad y propiedad extensivamente reconocidos por la revolución liberal de los siglos XVIII y XIX.”*¹³²

En este sentido, para descubrir en el origen de la referida institución jurídica, debemos situarnos en el siglo XIX, en pleno desarrollo de la ideología liberal, propia o característica del período de oposición al Antiguo Régimen, el mismo que tenía ciertamente restringidas las libertades y derechos del hombre.

No resulta extraño que en esta época surjan declaraciones de gran trascendencia para la evolución de las libertades públicas subjetivas como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en cuyo texto se aprecian enunciados como el siguiente:

¹³¹ RUBIO CORREA, Marcial (1999). Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo IV. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima. p. 197.

¹³² RUBIO CORREA, Marcial (1988). Para leer el Código Civil. Título Preliminar. Volumen. III, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, p. 37-38.

“Artículo 2

La finalidad de todas las asociaciones políticas es la protección de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre; y esos derechos son libertad, propiedad, seguridad y resistencia a la opresión.”

En ese intento por reforzar estos derechos y libertades, es que se busca un desarrollo libre y lo más desembarazado de controles y obstáculos posibles, los mismos que eran fijados únicamente por ley, ya que en esta época el principio de legalidad ejercía la supremacía en el sistema jurídico. En este contexto, señala Rubio Correa que “así establecidas las cosas, puede ocurrir que la libertad sea ejercida en el borde donde siendo dañosa socialmente, no ha llegado a ser ilegal por cuanto no existe normas de excepción expresa desde que el legislador no puede prever normativamente todos los posibles excesos.”¹³³

En este orden de ideas, la mal denominada institución de “abuso del derecho” - como veremos a continuación - surge como herramienta que permite al juez desautorizar y sancionar conductas que al no estar expresamente prohibidas por el ordenamiento jurídico, no son ilícitas pero afectan la armonía social, así como los derechos o intereses de otros.

5.2.2.3. ¿”Abuso del derecho” o “ejercicio abusivo del derecho”?

Tal como hemos señalado, la Constitución Política establece en su artículo 103°, parte in fine, que “[l]a Constitución no ampara el abuso del derecho.”

¹³³ RUBIO CORREA, Marcial. Ob. Cit., p. 39.

El artículo 103° constitucional no hace más que recoger una fórmula normativa que ya contemplaba el artículo II del Título Preliminar del Código Civil de 1984, el mismo que disponía lo siguiente (antes de ser modificado):

“Artículo II.- La ley no ampara el abuso del derecho. El interesado puede exigir la adopción de las medidas necesarias para evitar o suprimir el abuso y, en su caso, la indemnización que corresponda.”

Este artículo fue modificado por la Primera Disposición Modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial N° 10-93-JUS, publicada el 23-04-93, la misma que recoge las modificaciones hechas por la Primera Disposición Modificatoria del Decreto Legislativo N° 768, publicado el 4 de abril de 1992 y la del Artículo 5 del Decreto Ley N° 25940, publicado el 11 de diciembre de 1992. Así, el Artículo II del Título Preliminar del Código Civil establece desde entonces, hasta la fecha que “[l]a ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho.”

Como podemos apreciar, la fórmula legislativa fue modificada en el caso del Código Civil, con el motivo de hacer una precisión en su texto, pues tal como apunta Rubio Correa “en realidad no se abusa del derecho sino que se abusa al ejercitar los derechos.”¹³⁴ En este sentido, el referido autor afirma que la frase

¹³⁴ RUBIO CORREA, Marcial (1999). Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo IV. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, p. 194.

“abuso del derecho” “puede prestarse a confusiones semánticas porque permite aludir no sólo al derecho subjetivo, sino también al derecho objetivo.”¹³⁵

Este criterio ha sido considerado por la Corte Suprema, cuando señala en el considerando cuarto de la sentencia bajo comentario que “[l]a doctrina vigente ha señalado que el nombre de la figura está mal dado, ya que el derecho no abusa, sino el abuso se configura por su ejercicio abusivo.” En este sentido, consideramos que dicho cambio también debería ser introducido mediante reforma constitucional en el artículo 103° de nuestra Carta Política, en atención al principio de coherencia normativa.

5.2.2.4. Posiciones acerca de la naturaleza del abuso del ejercicio de los derechos

Rubio Correa igualmente nos da luces acerca de las diversas concepciones que existen en la doctrina con relación al abuso en el ejercicio de los derechos:

- Que no existe el abuso del ejercicio de los derechos sino el ilícito civil y que, por consiguiente, basta con las normas de responsabilidad civil.¹³⁶
- Que el abuso del derecho consiste en la intención dañosa del actor, en el sentido que ejercita su derecho para dañar al otro. No obstante, el autor descarta esta postura sosteniendo que no contribuye a aclarar el dilema, pues considera que si alguien ejerce regularmente su derecho no habrá ilícito civil así dañe, y si ejerce irregularmente su derecho, se estará

¹³⁵ *Ibíd.*, p. 42.

¹³⁶ *Ibíd.*, p. 195.

claramente ante la hipótesis de un simple ilícito civil que se resuelve por las vías de la responsabilidad civil.¹³⁷

- Que el abuso del derecho se produce cuando se ejerce los derechos al margen del interés serio y legítimo que subyace a su existencia. Sin embargo, esta postura es igualmente descartada por el autor, en razón de que i) resulta difícil hallar siempre el interés serio y legítimo del que se refiere, ii) el actor no está obligado a exhibir motivo legítimo para ejercer su derecho, pues simplemente lo ejerce y iii) los derechos son establecidos en base a la libertad de actuar, e incluso se puede renunciar a ejercerlo.
- Por esto, el autor plantea que el abuso en el ejercicio de los derechos se produce por una laguna del Derecho que consiste en una omisión de prohibición en el derecho positivo, de conductas inicialmente lícitas, pero que se tornan ilícitas en su ejercicio, dañando a otros.

Particularmente coincidimos con la opinión de Fernández Sessarego cuando afirma lo siguiente: “Al situarse el problema del abuso del derecho dentro del marco de la situación jurídica subjetiva es recién posible comprender, a plenitud, como el acto abusivo significa trascender el límite de lo lícito para ingresar en el ámbito de lo ilícito al haberse transgredido una fundamental norma de convivencia social, nada menos que un principio general del derecho dentro del que se aloja el genérico deber de no perjudicar el interés ajeno en el ámbito del ejercicio o del uso de un derecho patrimonial. Se trata, por cierto, de una ilicitud sui generis, lo

¹³⁷ Recordemos que según el Código Civil, artículo 1971°, inciso 1), “[n]o hay responsabilidad en (...) el ejercicio regular de un derecho”, incluso si se daña otro con dicho ejercicio regular no existe ilicitud civil. Ahí subyace la diferencia sustancial, según Rubio Correa, con el ejercicio abusivo del derecho.

que permite considerar el abuso del derecho como una figura autónoma que desborda el campo de la responsabilidad para ingresar en el de la Teoría General del Derecho.”¹³⁸

5.2.2.5. ¿Puede un órgano con potestad normativa incurrir en la figura de “abuso del derecho” cuando ejercita dicha potestad?

Por ejemplo, en los procesos de inconstitucionalidad en donde el órgano demandado es el Congreso de la República, al tratarse de una demanda de inconstitucionalidad contra una ley emitida por este Poder del Estado, los demandantes suelen incurrir en este error conceptual, que parte por desconocer que únicamente se puede incurrir en el ejercicio abusivo del derecho, cuando se trata de derechos subjetivos, mas no de atribuciones constitucionales, como es el caso de la facultad legisferante del Órgano Legislativo.

Al respecto, debemos señalar que el artículo 102° inciso 1) de la Constitución consagra la atribución legislativa del Congreso señalando que éste tiene potestad para “[d]ar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes”. En consecuencia, la dación de leyes por parte de este órgano legislativo no responde al ejercicio un derecho subjetivo sino a una atribución constitucional que le ha sido asignada. Acorde con lo expuesto, el Tribunal

Constitucional ha señalado claramente que la institución del ejercicio abusivo del derecho no puede ser opuesta al Congreso, pues éste no actúa ejerciendo un

¹³⁸ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. El abuso del derecho. Ob. Cit., pp. 139-140.

derecho subjetivo sino cumpliendo su función constitucional legislativa. Así, el aludido órgano jurisdiccional sostuvo al respecto lo siguiente:

“7. Una de las atribuciones del Congreso es el dar leyes (artículo 102.1 de la Constitución), y en ese sentido, la función legislativa que ejerce se expresa en la producción del derecho objetivo; así, tal atribución no puede ser calificada como derecho subjetivo, más aún, cuando el abuso a que se hace referencia ocurre cuando el sujeto ejercita su derecho de manera no prohibida por la legislación positiva, pero agravando principios de derecho que pueden resumirse en la sana convivencia social.

8. Al ejercicio soberano de la función legislativa, no se le puede oponer la institución del abuso del derecho, puesto que el Congreso no actúa ejerciendo un derecho subjetivo, sino cumpliendo la función legislativa que la Constitución le asigna.”¹³⁹

De este razonamiento se desprende claramente, mutatis mutandis, que los órganos con potestad normativa al ejercitar dicha facultad no pueden incurrir en la figura de “abuso del derecho”, pues al dictar normas no ejercitan un derecho subjetivo sino cumplen con una atribución que les ha sido asignada por la Constitución o por la Ley, según sea el caso.

¹³⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0005-2002-AI/TC y otros acumulados publicados el 24 de abril de 2003 en el Diario Oficial El Peruano. En el mismo sentido encontramos la sentencia recaída en el Expediente N° 3101-2003-AA/TC (F.J.2), publicada el 2 de marzo de 2004 en el portal electrónico del Tribunal Constitucional.

5.2.2.6. Reflexiones sobre el caso

En el caso de la sentencia in comento, el hospital que atendió al recurrente, con ocasión del accidente que sufrió, da cuenta de los daños sufridos por el demandante al trasladar unas cajas de gaseosa y explotar una botella de vidrio, cuyos fragmentos le produjeron lesiones en los ojos, diagnosticándole ceguera, debido al desprendimiento de retina.

La empresa Compañía Embotelladora Rivera Sociedad Anónima, codemandada en el proceso penal por lesiones graves, consignó la suma de tres mil nuevos soles por reparación civil, de acuerdo a lo que se fijó en la sentencia recaída en el aludido proceso penal. Del análisis de lo actuado, consideramos que la Corte Suprema descartó correctamente la institución del ejercicio abusivo del derecho, puesto que el agraviado, y recurrente en el recurso de casación, sufrió de manera “incontrovertible” una lesión física, ocasionándole un perjuicio.

Por ello, sostiene la Corte Suprema que no se puede inferir que la interposición de demanda sobre indemnización por daños y perjuicios en la vía civil pretenda ser “un beneficio desmedido o ilícito” o un “ejercicio abusivo de un derecho”. Así, considera la Sala acertadamente, en el considerando sexto de la sentencia sub examine, que si bien es cierto que en el proceso penal por lesiones sufridas, en el que el recurrente se constituyó en parte civil, se ha señalado una reparación económica a favor de éste, también lo es que ello no impide que “con mayores elementos de juicio se reclame en la vía civil el quantum indemnizatorio correspondiente a la lesión ocasionada al actor”.

Por estos motivos, la Corte Suprema falla declarando FUNDADO el recurso de casación interpuesto por el recurrente.

5.3. Validación de la hipótesis

La hipótesis planteada fue que existe un tratamiento jurídico inadecuado frente a la responsabilidad civil por daño moral causado por la amenaza del derecho en nuestro ordenamiento jurídico vigente por la falta de mecanismos de control reparadores ante la violación del derecho para tutelar el actual derecho fundamental a la integridad moral y psíquica de la persona; la misma que ha sido VALIDADA AFIRMATIVAMENTE en base a los siguientes fundamentos:

- A. Se ha encontrado en muchos de los casos estudiados los Operadores Jurisdiccionales otorgan una indemnización cuyo quantum no se encuentra debidamente motivado. No existe forma de establecer si el monto otorgado por los Jueces por concepto de indemnización por daño moral y si en el caso particular, resulta verdaderamente resarcitorio del daño ocasionado a los ofendidos, debido a que las sumas consignadas se basan estrictamente en el criterio el Juez, las mismas que en su mayoría son consignadas al azar en forma absoluta y arbitraria, de lo que puede deducirse fácilmente la necesidad de establecer algunos criterios básicos y fundamentales a seguir por los Magistrados al momento de establecer el quantum indemnizatorio por daño moral.
- B. Que, el método que el juzgador emplea para establecer un adecuado quantum indemnizatorio en la reparación del daño moral, no está en relación, ni toma

en consideración los elementos relevantes para determinar dicho quantum; tales como la relación de causalidad entre la conducta del agente y del daño; las circunstancias del caso concreto (edad, sexo, estado civil, ocupación del ofendido, entre otros); la intencionalidad del daño, la situación económica de las partes; y la jurisprudencia sobre casos similares.

- C. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido entre otros criterios a considerar, la expectativa de vida en cada país en comparación con la edad de la víctima, así como a que el daño moral no necesita ser probado, pues es propio de la naturaleza humana el sufrimiento, la angustia y el dolor ante la pérdida de un ser querido u otra afección de carácter sentimental.
- D. El Derecho como garantía de la seguridad jurídica debe establecer principios sobre los que descansen o se apoyen los fundamentos indemnizatorios y la determinación de las correspondientes cuantías en relación al daño moral, lo que se plasmaría en nuevas normas o en su defecto conservando las actuales, a través de una uniforme Jurisprudencia.
- E. La estimación de la concreta cuantía en la reparación de daño moral ha de ser razonada en los supuestos que la motivación sea posible. El Magistrado dispone de libertad para fijar el quantum indemnizatorio y para ello deberá ponderar el valor de la cosa o del daño que se trata de reparar, entendiéndose los perjuicios morales, siempre que los daños aparezcan determinados como ciertos, rechazándose aquellos que parezcan meras hipótesis o suposiciones.
- F. El ejercicio abusivo del derecho es] un límite jurídico contenido en nuestro Código Civil, tendiente a que el individuo ejercite sus derechos subjetivos, sin

causar lesión o daño a terceros o intereses ajenos no protegidos por normas específicas; lo que implica la existencia de la intención de dar, la ausencia de interés, el perjuicio relevante y la conducta contraria a las buenas costumbres, lealtad y confianza recíproca.

VI. CONCLUSIONES

1. La “amenaza del derecho”, a diferencia de la simple “amenaza” no está legislada sistemáticamente ya que, conforme hemos dicho, se encuentra regulada y sancionada en normas dispersas referidas a garantías constitucionales, tentativa de delito, violencia familiar y abuso del derecho. De suerte que, para elaborar una definición de amenaza de derechos tenemos que analizar la forma cómo esta figura es tratada.
2. En nuestro sistema de responsabilidad civil, rige la regla según la cual el daño, definido como el menoscabo que sufre un sujeto dentro de su esfera jurídica patrimonial o extrapatrimonial, debe ser reparado o indemnizado, teniendo como daños patrimoniales el daño emergente y el lucro cesante; y como daños extrapatrimoniales, el daño moral y el daño a la persona.
3. En la fijación del monto de la indemnización, el juez debe hacer la distinción entre los conceptos que aquella busca resarcir, ya sea que se trate del daño emergente, lucro cesante, daño a la persona, o daño moral, en atención a la relación de causalidad que se determine para cada caso.
4. En la responsabilidad extracontractual debe indemnizarse el daño emergente y el lucro cesante, teniendo en cuenta la entidad del daño sufrido por el perjudicado y las posibilidades del obligado.
5. La indemnización por responsabilidad extracontractual, comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, y el monto indemnizatorio devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

6. Para determinar la indemnización por los daños y perjuicios emergentes de quien causó la muerte de una persona, hay que tomar en consideración la naturaleza de los hechos, la magnitud y el menoscabo producido, las posibilidades económicas del obligado, sus calidades personales, grado de instrucción y demás elementos de orden cultural.
7. Nuestro Código Civil, en materia de responsabilidad extracontractual, reconoce tanto la responsabilidad subjetiva en el artículo 1969° (basada en el dolo y la culpa) como la responsabilidad objetiva en el 1970° (fundada en el uso de un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa); por lo que es pertinente anotar la incorrección ya advertida por doctrina nacional autorizada, de adjetivar o denominar riesgosos y/o peligrosos a los bienes.
8. Debe ampararse la demanda por indemnización si existe un nexo causal entre el accionar doloso de las demandas y el daño producido por estas. El juez debe fijar el lucro cesante con criterio prudencial. Está expedita la pretensión indemnizatoria del demandante si no se ha constituido en parte civil en el proceso penal.
9. Existe la necesidad de que la amenaza del derecho debe tener el mismo tratamiento jurídico que la violación del derecho o los actos lesivos, entendiendo por amenaza del derecho el actos que constituyen lesiones inminentes a los derechos de existencia física de la persona.

VII. RECOMENDACIONES

- 1.- Como se ha logrado advertir, el artículo 1985° del Código Civil, regula la reparación integral disponiendo que a resueltas de la acción u omisión generadora del daño, se incluya el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral; sin embargo, constituye una omisión que dificulta las más de las veces en la práctica judicial, arribar a una solución adecuada de aquellos casos que generan mayor controversia, no haber previsto en la norma en mención, al daño emergente como uno de los supuestos cuya configuración, obliga al pago de la indemnización correspondiente, ello claro está, conforme al criterio de equidad y ponderación del juzgador que conoce el caso.

- 2.- En las sentencias se deben detallar minuciosamente las bases de la indemnización que se declara en el fallo con fundamento en el daño moral derivado del bien afectado y de sus secuelas, sin que exista contradicción entre ellas y lo acreditado por el demandante. Por lo que se debe tender a implantar criterios básicos y uniformes a fin de lograr una valoración objetiva y anticipada de la vida e integridad física y moral.

- 3.- Las sentencias no deben conceder más de lo pedido, en aras del principio de congruencia, y en ningún supuesto, la indemnización reconocida puede ser motivo de un enriquecimiento injusto para el perjudicado.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ALPA, Guido (2001). Responsabilidad civil y daño. Editorial Gaceta Jurídica, Lima.
2. ALTERINI, Atilio Aníbal (1998). Derecho de Obligaciones. 48 Edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires.
3. ARIAS SCHEREIBER PEZET, Max (1991). 11 Jornada de Derecho Civil en Mendoza en Revista del Foro. Colegio de Abogados de Lima. Enero-Junio, Mo LXXIX, Lima.
4. BERMUDEZ, Violeta (1995). Violencia Familiar - Mecanismo Legales de Protección. Seminario de Especialización en Estrategias y Técnicas de Atención en Maltrato infantil. Diciembre, Urna.
5. BERNALES BALLESTEROS, Enrique (1996). La Constitución de 1993. Análisis comparativo. Ediciones Constitución y Sociedad, 2º Edición, Lima.
6. BRAMONT ARIAS TORRES, Luis (1994). Manual de Derecho Penal - Parte Especial. Editorial Grijley, Lima.
7. BUERES, Alberto (1990). “Responsabilidad por daños. Homenaje al profesor Jorge Bustamante Alsina” Editorial Hammurabi, Buenos Aires.
8. BURGOA, Ignacio (1982). El juicio de amparo. Editorial Porrúa, 18º Edición, México.
9. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge (1993) “Teoría General de la Responsabilidad Civil”, 8va Edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires.

10. CENTRO DE LA MUJER PERUANA (1998). Organización Panamericana de la Salud. Editorial Flora Tristán, Lima.
11. CUADROS VILLENA, Carlos (1991). Manual de Acto Jurídico. Editorial Fecat, Lima.
12. CUENCIA I GARCIA, María Josep (1998). La violencia habitual en ámbito familiar. En Revista Jurídica de Catalunya del Ilustre Colegio D'Advocats de Barcelona, N° 04, Barcelona.
13. DE GASPERI, Luis y MORELLO, Augusto (2009). “Unificación de la Responsabilidad Contractual y Extracontractual”. En: Curso Responsabilidad Civil Extracontractual, Lectura 5, Academia de la Magistratura, Lima.
14. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando (2001). “La Responsabilidad Extracontractual”, Tomo II, 7ma. Edición, Fondo editorial PUCP, Lima.
15. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando (2001). La Responsabilidad Extracontractual. En: Biblioteca para Leer el Código Civil, Vol. IV, Tomo II, fondo editorial PUCP.
16. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando (2005). La Responsabilidad Extracontractual en la Historia del Derecho Peruano. En: Thémis, revista de Derecho editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. N° 50, Lima.
17. DE TRAZEGNIES, Fernando (1990). “La Responsabilidad Extracontractual”; Tomo II; Pontificia Universidad Católica del Perú; Fondo Editorial, Cuarta Edición, Lima.

18. DEL VECHIO, Giorgio (1999). Los Principios Generales del Derecho. Editorial Swiss Print, Lima.
19. DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (1999). Derecho de Daños. Editorial Civitas, Madrid.
20. ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (2006). 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, Lima.
21. ESCRIBA GREGARI, José (1976). La puesta en peligro de los bienes jurídicos en Derecho Penal, Editorial Bosch, Barcelona.
22. ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2003). Derecho de la Responsabilidad Civil. Editorial Gaceta Jurídica, Lima.
23. FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón (2001). Las transformaciones funcionales en la responsabilidad civil. Editorial ARA, Lima.
24. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos (1992). Derecho de las Personas. Editorial Cultural Cuzco. 5° edición. Lima.
25. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos (1992). Derecho de las Personas - Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano. 5ta Edición. Ed. Cuzco. Lima.
26. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (2005). Abuso del derecho. En: La Constitución comentada artículo por artículo. Editorial Gaceta Jurídica, Lima.

27. FLORES POLO, Pedro (1987). Diccionario de Términos Jurídicos. Tomo I. 2º Edición, Editorial Marsol, Lima.
28. FLORES POLO, Pedro (2002). “Diccionario Jurídico Fundamental”, Editorial Grijley, Lima.
29. FRANZONI, Máximo (2001). La evolución de la responsabilidad civil a través de sus funciones. En: Estudios sobre la Responsabilidad Civil. Lima, Editorial ARA, Lima..
30. IRIBARNE, Héctor Pedro (1999). La cuantificación del daño moral. En: Revista de Derecho de Daños. Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires.
31. JIMENEZ DE ASUA, Luis (1976). Tratado de Derecho Penal. Editorial Losada, Tomo VII, Buenos Aires.
32. LEON BARANDIARAN, José (1985). Exposición de Motivos y Comentario al Título Preliminar del Código Civil. Editorial Grijley, Lima.
33. LEÓN, Leysser (2004). La Responsabilidad Civil. Líneas Fundamentales y nuevas Perspectivas. Editorial, Normas Legales, Trujillo.
34. MAYO, Jorge (1999). El daño moral. Los diversos supuestos característicos que lo integran. En: Revista de Derecho de Daños. Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires.
35. MAZEAUD, Henri y otros (1963). Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual, Tomo I, Volumen I, Ediciones jurídica Europa- América.

36. MONATERI, Pier Giuseppe (2001). Hipótesis sobre la responsabilidad civil de nuestro tiempo. En: Estudios sobre la Responsabilidad Civil. Editorial ARA, Lima.
37. MOSSET ITURRASPE. Jorge (1995). Más allá del daño moral: El daño a la persona. En Código Civil Peruano Diez Mas Balances y perspectivas. Tomo XI, Centro de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima. Primera Edición, Lima.
38. ORDOQUI CASTILLA, Gustavo (1995). “Pautas y Criterios para la Evaluación Judicial del Daño a la Persona”. Código Civil Peruano, Diez Años, Balances y Perspectivas. Tomo XI, Centro de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Urna. Primera Edición, Lima.
39. OSORIO, Manuel (1981). “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”, Editorial Heliasta, Buenos Aires.
40. PALACIOS PIMENTEL, Gustavo (1998). Las Obligaciones en el Derecho Civil Peruano. Editorial E.H.D, Tomo 11. 38 Edición, Lima.
41. PEYRANO Jogle (1995). Una nueva vía procesal para preservar el Derecho a la Privacia: El proceso Urgente. Suplemento Vox Juris. Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres, Uma.
42. REY DE CASTRO, Alberto (2005). La Responsabilidad Civil Extracontractual. Estudio Teórico y Práctico del Derecho Nacional y Comparado, Lima.

43. ROBLES TREJO, Luis y otros (2012). “Fundamentos de la investigación científica y jurídica”, Editorial Fecatt, Lima.
44. ROJAS VARGAS, Fidel (1997). Actos Preparatorios, Tentativa y Consumación del delito. Editorial Grijley, Lima.
45. RUBIO CORREA, Marcial (1988). Para leer el Código Civil. Título Preliminar. Volumen. III, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.
46. RUBIO CORREA, Marcial (1999). Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo IV. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.
47. RUBIO CORREA, Marcial (1999). Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo IV. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.
48. SAGUES, Néstor Pedro (1979). Ley de amparo comentada, anotada y concordada con las normas provinciales. Editorial Astrea. Buenos Aires.
49. SALVI, Cesare (2001). El Daño. En: Estudios sobre la Responsabilidad Civil. Editorial ARA, Lima.
50. SOLÍS ESPINOZA, Alejandro (1991). “Metodología de la Investigación Jurídico Social”, Lima.
51. TABOADA CÓRDOVA, Lizardo (2003). Elementos de la responsabilidad civil. Editora Jurídica Grijley, II Edición, Lima.
52. TRIGO REPRESAS, Félix (1991) “Derecho de Daños”, Editorial la Rocca, Buenos Aires.
53. VISINTINI, Giovanna (1999). Tratado de la responsabilidad civil. Trad. Aída Kemelmajer de Carlucci. Tomo II, Astrea Buenos Aires.

54. VISSER DEL PINO, Diana Cristina (1986). “De la Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual por el Hecho de Otro” Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.
55. ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1990). Manual de Derecho Penal - Parte General. Ediciones Jurídicas, Argentina.
56. ZAVALA DE GONZALES, Matilde, Derecho a la intimidad., citado por PEYRANO, Jorge (1995). Una Nueva Vía Procesal Para Preservar el Derecho a la Privacía: El Proceso Urgente'. Suplemento de Vox Juris Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres, Lima.