

# LOS DAÑOS INMATERIALES: UNA APROXIMACIÓN A SU PROBLEMÁTICA

**Roxana Jiménez Vargas-Machuca\***

*En el presente artículo la autora, desde la interesante perspectiva que su experiencia como jueza le otorga, nos brinda un ilustrador análisis del daño moral. Para ello, partiendo de una serie de casos que ha debido resolver en su despacho, realiza a continuación, y en base a ellos, una revisión y evaluación del concepto de daño moral; su regulación en nuestro ordenamiento; la vinculación con las funciones que nuestro sistema de Responsabilidad Civil persigue; y, por último, los diferentes elementos a considerar para la cuantificación del resarcimiento.*

\* Magistrada titular. Profesora de Derecho Civil. Miembro del Consejo Directivo de "Hechos de la Justicia", revista electrónica editada por jueces.

## I. INTRODUCIENDO EL PROBLEMA MEDIANTE ALGUNOS CASOS

Una mujer de 41 años de edad fue procesada y condenada sin pruebas por el delito de terrorismo, por lo que estuvo encarcelada durante 6 años, hasta que fue objeto del “indulto” otorgado mediante Resolución Suprema 061-2001-JUS, de febrero de 2001. A la fecha de su encarcelamiento, tenía a su cargo dos hijos estudiantes, y durante dicho encarcelamiento fue objeto de maltratos y vejámenes físicos.

Una viuda, de más de 70 años de edad, demanda a una vecina –de 40 años de edad– del edificio donde vive para que la indemnice por la permanente hostilización que ha sufrido por más de 5 años, al haber mantenido una actitud agresiva y prepotente hacia ella, con agresiones físicas y daño a la propiedad. Ante ello, durante ese tiempo la denunció ante el Ministerio Público, y siguió procesos ante el Juzgado de Paz, su Municipio y la Comisaría de su Distrito. Asimismo, formuló solicitudes de garantías, logrando en algunos casos detener las agresiones, pero sólo temporalmente. El desgaste ante tanta perturbación la llevó a un estado crónico de crisis nerviosa y profunda amargura, dudando entre vender su departamento y mudarse (lo que no desea, por cuanto vive sola y no desea dejar a sus amistades vecinales), hacer “justicia popular” o entablar una demanda por daño moral.

Padre, madre e hijo único están parados en una esquina esperando detener un taxi, cuando un chofer imprudente se desvía de su carril, subiendo a la vereda, y arrolla al niño, quien, como consecuencia del golpe, queda en estado vegetativo permanente.

Un hombre demanda indemnización por daño moral a su *compadre* (padrino de bautismo de su hijo), por haber éste destruido su hogar al haber sostenido relaciones sexuales con su esposa, aprovechando sus largas ausencias por trabajo. Durante dicho proceso, el demandado niega y contradice los hechos, y además reconviene, solicitando indemnización por daño moral, ya que la notificación de la demanda a su domicilio ha ocasionado que su propia relación matrimonial y familiar se vea afectada, separándose de su cónyuge. Posteriormente, el demandante se desiste de la demanda, indicando que todo fue un error; el demandado acepta el desistimiento, pero no se desiste de su reconvenición, ya que en su caso sostiene que sí se le ha causado un auténtico perjuicio.

Una profesora recibe una comunicación del centro educativo público en que labora, en la que se le indica que se ha observado que adolece de incapacidad

intelectual para la docencia, y se le concede un término de 48 horas para que subsane dicha observación. Mientras procura averiguar en qué consiste dicha incapacidad, vence el término y su empleador le dirige una carta a su domicilio –por lo que fue leída por su esposo e hijos– y la publica en la vitrina del colegio –por lo que fue leída por alumnos, profesores y personal administrativo de su centro de labores–, en la que indica que como no ha subsanado las observaciones, ha quedado constatada su incapacidad intelectual y que, como consecuencia de ello, es despedida. En sede laboral se determina que se trató de despido arbitrario, por acreditarse que se encubría una reducción de personal, y se le otorga la indemnización de acuerdo a las tablas fijadas para tales casos. La demandante, que probó ser una maestra que permanentemente actualizaba sus conocimientos siguiendo cursos de postgrado con calificativos sobresalientes y que en forma constante había recibido reconocimientos por su labor docente, consideró que en su caso se había vulnerado su honor y buena reputación profesional ante su familia y sus alumnos, sufriendo una intensa humillación, por lo que demandó en sede civil indemnización por daño moral.

Un ex funcionario público fue denunciado por haber cometido actos de corrupción, siendo difundida dicha denuncia por varios medios de comunicación (prensa y televisión). Se determinó posteriormente que los hechos imputados fueron falsos.

Estos y muchos casos más, cada uno distinto y único, han sido planteados y llevados ante mi despacho, teniendo como común denominador la solicitud de indemnización por daño moral (en algunos casos, concurrentemente con daños “denominados” patrimoniales). He reseñado unos pocos, obviamente sin indicación de los datos personales de las partes, para poder iniciar el planteamiento de la problemática de este tipo de daño: su concepto, su calidad o no de resarcible (lo que implica analizar la función o funciones del sistema de responsabilidad) y, finalmente, su posible cuantificación.

El Derecho es una creación humana, por ende, imperfecta. En un mundo en el cual las relaciones, las ideas y la sociedad toda, se encuentran en continuo movimiento y supuesta evolución, se repiensa la noción y los alcances de la justicia en armonía con la eficiencia y bajo las finalidades que se pretenden alcanzar del sistema en su conjunto. La razonabilidad juega un papel crucial en dicho contexto, por lo cual deben dejarse de lado las posiciones (fundamentalismos, dogmatismos, instrumentalismos) para dar lugar a un acercamiento congruente a la solución real de los problemas.

## II. EL DAÑO MORAL EN LA CODIFICACIÓN PERUANA

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

El Código Civil de 1936 no reguló el daño moral contractual –aunque la jurisprudencia lo introdujo–, pero reconoció tímidamente 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 lo cual inicialmente se interpretó como posible la satisfacción pecuniaria del daño moral únicamente cuando existía un daño material que reparar previamente, concediéndosele un carácter subsidiario<sup>1</sup>. La Exposición de Motivos de dicho Código señalaba que “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”.

Estudiosos como León Barandiarán, Cornejo, Solf, Rey de Castro, entre otros, coincidían en que el criterio a

predominar era que el daño moral puede repararse en forma independiente, sin necesidad de que vaya unido a una reparación patrimonial. La jurisprudencia asumió este parecer, aunque no de inmediato<sup>2</sup>.

Este Código también contempló la indemnización en el caso de ruptura de esponsales (artículo 79). Los esponsales crean en los desposados una obligación moral de celebrar matrimonio, lo que no constituye obligación jurídica, por lo cual no puede compelerse a ninguna de las partes al cumplimiento. Empero, el rompimiento unilateral sin justa causa de dicha promesa de matrimonio obliga a la parte culpable a reembolsar al otro, o a terceros, los gastos que hubiesen realizado de buena fe con motivo del matrimonio. Estos son los daños patrimoniales. El artículo 79 se refiere al perjuicio que sufre el desposado en los *derechos inherentes a su personalidad*, por lo que se le ubica en la esfera del daño moral. La jurisprudencia fundamentó el daño moral en estos casos señalando que “los esponsales tienen efectos muy graves porque obligan a renunciar a toda otra expectativa de matrimonio con un tercero; esta situación es más exigente para la mujer, quien está obligada a guardar un absoluto alejamiento del mundo y preservar su honor dejando pasar los mejores días de su juventud en la expectativa de un compromiso. La violación de los esponsales pactados determina un daño moral en la vida de la novia, cuya personalidad resulta lesionada, dado el estrépito social que se produce a raíz de un apartamiento inmotivado”<sup>3</sup>.

En el Código Civil de 1984, el *daño moral* se encuentra reconocido y regulado en sede “contractual” y “extracontractual”, básicamente, en tres artículos:

Responsabilidad por inejecución de obligaciones:

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

<sup>1</sup> REY DE CASTRO, Alberto. “La Responsabilidad Civil Extracontractual”. En: Estudio Teórico y Práctico del Derecho Nacional y Comparado. Lima. p. 352.

<sup>2</sup> “Jurisprudencia nacional.- En la causa 381/1943, Resolución Suprema 6.7.43, la Corte Suprema declaró que la indemnización por el daño moral no era admisible por vía de acción, sino como consecuencia de otras demandas. Este punto de vista no llegó a prosperar; era evidentemente restringido, admitiéndose más adelante acciones aisladas por daños extrapatrimoniales.

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

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

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

En la causa 1183/1955, E.S. 7.7.56 (Rev. Jur. Per., 1956, p. 1217) se admitió aisladamente la indemnización por el daño moral causado al demandante con publicaciones contra su buen nombre, al imputársele una actitud incorrecta con motivo de haber tomado exámenes al hijo del actor que quedó desaprobado”. REY DE CASTRO, Alberto. *Ibid.* p. 353.

<sup>3</sup> Corte Superior de Chachapollas, Resolución de fecha 30 de junio de 1944. En este caso, el Fiscal opinó que se había producido daño moral y la Corte Suprema otorgó a la demandante la indemnización solicitada. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. “La Responsabilidad Extracontractual”. Séptima edición. En: Biblioteca para Leer el Código Civil. Volumen IV. Tomo II. Lima: Fondo Editorial PUCP. 2001. p. 102.

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.

También se establece su reparación en el caso 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, establecía que este tipo de daño sólo debía indemnizarse en forma excepcional, concretamente en el caso de actos ilícitos, como los supuestos de difamación o transgresión de la intimidad, y excluyéndolo de los supuestos de responsabilidad por riesgo, por la perturbación que ello supondría en el principio de difusión social del riesgo, pues el proyecto contemplaba el sometimiento de estos casos a seguros<sup>4</sup>. Sin embargo, 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.

### III. 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 han sido y siguen 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 biológico, daño a la salud, 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 aquella lesión de los sentimientos que determina dolores o sufrimientos, físicos o morales, un turbamiento, una inquietud espiritual o un agravio a las afecciones legítimas y, en general, toda clase de padecimientos no susceptibles de apreciación dineraria. Por su parte, se señala que el daño a la persona, que forma parte del denominado daño extrapatrimonial o daño subjetivo<sup>5</sup>, 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 e inmaterial<sup>6</sup>.

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

Al respecto, Taboada indica que, "por daño moral se entiende la lesión a los sentimientos de la víctima y que produce un gran dolor o aflicción o sufrimiento en la víctima (...) la fórmula más sencilla y adecuada para entender el significado de daño a la persona es estableciendo que se produce dicho daño cuando se lesione la integridad física del sujeto, su aspecto psicológico y/o su proyecto de vida, todo lo cual deberá ser obviamente acreditado. No obstante lo cual, en lo relativo a la frustración del proyecto de vida, pensamos que no se trata de cualquier posibilidad de desarrollo de una persona, que puede ser incierta, sino que deberá tratarse de la frustración de un proyecto evidenciado y en proceso de ejecución y desarrollo que se frustra de un momento a otro. No se debe confundir proyecto de vida con cualquier posibilidad respecto de la cual no exista ningún tipo de evidencia comprobada. Como

<sup>4</sup> Como señala de Trazegnies, "la controvertida reparación patrimonial del daño extrapatrimonial podía más fácilmente ser admitida ahí donde hay una decidida responsabilidad del causante, como es el caso del acto propiamente ilícito". DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Ibid.* p. 108.

<sup>5</sup> Coincidiendo con Carlos Cárdenas Quirós, Juan Espinoza considera que es más propio referirse al "daño subjetivo", que es el daño ocasionado al sujeto de derecho, en sustitución de la expresión "daño a la persona", la cual resulta insuficiente para incluir todas las situaciones que pueden configurarse, ya que también lo pueden sufrir el concebido y las organizaciones de personas no inscritas, que técnicamente no son personas. En cuanto al daño patrimonial, considera que el término más feliz sería el de "daño objetivo", puesto que causa merma en los objetos de derecho. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "Derecho de la Responsabilidad Civil". Lima: Gaceta Jurídica. 2003. pp. 180-182.

<sup>6</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. "Exposición y Comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano. Derecho de las Personas". En: REVOREDO, Delia. "Código Civil". Volumen IV. Lima. 1985. p. 88.

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”<sup>7</sup>.

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

El tema sigue siendo materia de cuestionamiento, siendo interesante el razonamiento de León al respecto: “Si así están las cosas, el daño moral, en el ordenamiento jurídico peruano, abarca todas las consecuencias del evento dañoso que, por sus peculiares características, por su ligazón con la individualidad de la víctima, no sean traducibles directamente en dinero, incluida la lesión de los derechos fundamentales. ‘Moral’ no es lo contrario de ‘jurídico’; ‘moral’ es lo contrario de ‘material’”<sup>8</sup>. Considera ejemplar, el mismo autor, que “la doctrina española no haya tenido problemas para entender, desde hace décadas que ‘el concepto de daños morales no debe reducirse solamente a los dolores o sufrimientos injustamente ocasionados, sino que en él ha de incluirse todo perjuicio no pecuniario producido por la lesión de un bien de la persona (salud, libertad, honestidad, honor, etc.) o de sus sentimientos y afectos más importantes y elevados’ [citando a: ÁLVAREZ VIGARAY, Rafael. “La

responsabilidad por daño moral”. En: Anuario de Derecho Civil. Tomo XIX. Fascículo 1. 1966. p. 85], o que el ‘daño moral es aquel daño que afecta a un bien de la personalidad o de la vida (libertad, salud, honor, honestidad, paz, tranquilidad de espíritu, integridad física, bienestar corporal, privacidad, etc.), es decir, el que implica quebranto, privación o vulneración de esa categoría de bienes 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’ [citando a: CRISTÓBAL MONTES, Ángel. “El daño moral contractual”. En: Revista de Derecho Privado. Tomo LXXIV. 1990. p. 3]”.

En lo personal, suscribo la tendencia a considerar el daño moral como categoría opuesta al daño material (y en modo alguno relacionado con la moralidad), esto es, entendiéndolo en su más amplia dimensión conceptual, lo cual incluye el tradicional *pretium doloris* y todas las posibilidades no patrimoniales que tiene el sujeto para realizar en plenitud su vida de relación y proyecto de vida. Asimismo, considero que cualquier aspecto al cual pretenda dotársele de la definición de “clase” o “categoría”, o “sub especie”, no es más que una posibilidad dentro del espectro comprendido en el rubro, de la misma manera en que, por ejemplo, si bien 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, ello no significa que cada fuente de aquel daño vaya 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

<sup>7</sup> TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. “Elementos de la Responsabilidad Civil”. Segunda Edición. Lima: Editora Jurídica Grijley. 2003. pp. 64-70.

<sup>8</sup> LEÓN, Leysser L. “La Responsabilidad Civil. Líneas Fundamentales y Nuevas Perspectivas”. Lima: Editora Normas Legales. 2004. p. 288.

como manifestaciones diversas del mismo<sup>9</sup>, siendo, además, el término “daño moral” una denominación tradicional que por su larga data e historia resulta comprensible a todos, lo que la jurisprudencia nacional y extranjera ha recogido en su práctica habitual, por lo que el “traslado” que le corrió al juez, en términos generales, en este punto, ha sido respondido<sup>10</sup>. Con esto podría dejarse de lado el “pleito de etiquetas” – expresión del profesor de Trazegnies– que, en su afán clasificatorio (lo que en algunas ocasiones hace sospechar de afanes algo más centrados en la autoría de tales clasificaciones que en la finalidad práctica o en la visión orgánica del tipo de daño), desvía la atención del problema de fondo de la problemática, que más debe centrarse en la reparabilidad del daño, que en las funciones de la responsabilidad civil y, finalmente, en caso de aceptarse este tipo de daño, dentro del esquema indemnizatorio, deberá analizarse su cuantificación.

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, sólo muy indirectamente, comportan la disminución del patrimonio y que, en realidad, reflejan consecuencias también morales del hecho ilícito”<sup>11</sup>. Igualmente, se ha dicho que la extensión o ensanchamiento de la noción de daño moral a toda lesión de 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”<sup>12</sup>.

En suma, el daño moral es de índole inmaterial, y su resarcimiento tiene por finalidad un particular resarcimiento (puesto que hay un espectro importante de este tipo de daño, que nada puede borrar, ni restituir al estado anterior lo que, por ejemplo, se ha padecido emocional y físicamente), distinto al del daño patrimonial o material, que es de tipo compensatorio, ya que aquél, como se verá, más bien apunta a una satisfacción<sup>13</sup>, o

<sup>9</sup> Estas manifestaciones del daño moral, como las considero, son vistas como supuestos característicos que lo integran por otros, como Mayo. Al respecto, resulta interesante reproducir algunos párrafos de este profesor argentino en los que recoge –a nuestro modo de ver, sólo una parte del universo de manifestaciones del daño moral– los supuestos que considera característicos del daño moral:

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

- a) El *pretium doloris*, que encuadra dos aspectos diferentes: el dolor físico que la víctima experimenta como consecuencia del hecho dañoso sobre su propio cuerpo, que incluye las sensaciones de malestar, el insomnio o cualquier otro tipo de manifestación dolorosa que se haya originado en su disminución física, y el puro daño moral, representado por el dolor moral, que se refleja en la pena, la tristeza y el sufrimiento –no físico–, que pueden padecer tanto la víctima directa como los parientes –que están legitimados por el ordenamiento–.
- b) El daño a la vida de relación, o *préjudice d'agrément* como dicen los franceses. De dicho rubro puede tenerse un criterio amplio, comprensivo de todos los goces ordinarios de la vida, sean cuales fueren su naturaleza y origen, esto es, el conjunto de los sufrimientos, goces y frustraciones experimentados en todos los aspectos de la vida cotidiana en razón de la lesión y de sus secuelas, lo que parece excesivo porque podría cubrir otras situaciones características como el daño estético o el daño juvenil o el daño sexual; por ello parece más preciso limitarlo a la pérdida de la posibilidad de ejercitar ciertas actividades de placer u ocio, como las artísticas o deportivas, pero también de cualquiera que le signifique una privación de satisfacciones en la dimensión social o interpersonal de la vida.
- c) El daño psíquico, entendido como enseña Zavala de González, como ‘una perturbación patológica de la personalidad de la víctima, que altera su equilibrio básico o agrava algún desequilibrio precedente’, y que se desbroza en las lesiones de base orgánica y las lesiones psíquicas estrictas o neurosis traumáticas.
- d) El daño estético, que se manifiesta como una ‘deformidad’ del estado de la persona, entendida tal deformidad como toda irregularidad física –visible o no, permanente o no–, estigma o tara fisiológica, consecutivas o residuales respecto de lesiones anteriormente sufridas, y que sin necesidad de convertir al sujeto en un monstruo (...), le hacen perder su normal aspecto periférico, de un modo perceptible y apreciable, *in visu*, afectando su anatomía exterior y no su sique o intelecto, de manera duradera –aunque no fuere definitiva–. Este estigma o tara fisiológica puede recaer en el rostro o en el resto del cuerpo humano, ya sea consistente en cicatrices, pérdidas de sustancia, de cabellos o de piezas dentarias, costurones, manchas, alteraciones de pigmentación, malformaciones, claudicación o pérdida de euritmia –armonía en los movimientos–, y en general cualquier tipo de defecto físico que altere peyorativamente la apariencia externa del ofendido, menoscabando su aspecto y natural conformación anteriores al hecho dañoso.
- e) El ‘perjuicio juvenil’, que como bien lo describe Mosset Iturraspe, corresponde al dolor que provoca en una persona la conciencia de su propia decadencia y la amargura por la pérdida de toda esperanza de vida normal y de la alegría de vivir.
- f) El perjuicio sexual, o daño resultante de la pérdida de las facultades sexuales, que da sustento, obviamente, a la reparación del daño moral, sea cual fuere la situación del sujeto afectado, incluyendo la proyección de futuro”.

MAYO, Jorge A. “El Daño Moral. Los diversos supuestos característicos que lo integran”. En: Revista de Derecho de Daños. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores. 1999. pp.181-183.

<sup>10</sup> “Dado que el concepto de daño moral no es unívoco sino que existe gran controversia en la doctrina y en la legislación comparada sobre sus alcances (...), el mero texto de los artículos 1984 y 1985 no permite una aplicación inmediata sin la ayuda de una cierta ‘teoría’ (controvertida) del daño moral. Por consiguiente, en última instancia, en este punto como en varios otros, el legislador le ha corrido traslado al juez”. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Op. Cit. p. 109.

<sup>11</sup> VISINTINI, Giovanna. “Tratado de la Responsabilidad Civil”. Traducido por: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Tomo II. Buenos Aires: Astrea. 1999. p. 231.

<sup>12</sup> IRIBARNE, Héctor Pedro. “La cuantificación del daño moral”. En: Revista de Derecho de Daños. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores. 1999. p.186.

<sup>13</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Op. Cit. p. 93 y siguientes.

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

compensación indirecta, cumpliendo así, para algunos, una suerte de función de pena privada<sup>14</sup>, de sanción civil<sup>15</sup>, o un remedio con finalidad, a veces, de tipo preventivo y punitivo<sup>16</sup>. La distinción de este tipo de daño con el daño patrimonial o material resulta, de esta manera, una distinción de base, esto las funciones del juicio de responsabilidad “son diferentes cuando interviene como reacción frente a uno u otro tipo de acontecimiento”<sup>17</sup>.

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

#### IV. FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

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

- A un nivel macroeconómico, la responsabilidad civil cumple una función de incentivación o desincentivación de actividades<sup>18</sup>, así como una función de prevención, que puede materializarse a través de aquéllas<sup>19</sup> cuando se trata de actividades del potencial causante del daño (por ejemplo, un productor, quien podrá invertir en incrementar la tecnología), o cuando se trata de la potencial víctima, no se tratará necesariamente de una incentivación o desincentivación a realizar actividades, sino simplemente a observar una *conducta* preventiva (peatón muy cuidadoso al cruzar la calle, al manipular un artefacto, etc.).

Aquí se deben tomar en cuenta las posibilidades de prevención, es decir, si resulta factible que la potencial

víctima pueda *actuar* preventivamente (nada puede hacer el pasajero para evitar que el avión se caiga), por lo que se estaría ante la prevención unilateral, que va de la mano con la responsabilidad objetiva, en tanto que la prevención bilateral es acorde a la responsabilidad subjetiva (en caso la víctima pueda 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<sup>20</sup>.

- A un nivel microsistemático<sup>21</sup>, es de destacar la perspectiva diádica de Fernández Cruz<sup>22</sup>, la cual se sitúa en el análisis de un hecho concreto y particular que relacione a dos unidades individuales, a saber, el responsable y la víctima, la que sostiene que la responsabilidad civil cumple tres funciones:
  - Satisfactoria; que garantiza la consecución de los intereses tutelados por el orden jurídico, lo que *incluye* “la reparación del daño, cuando éste se ha hecho presente, en su carácter de fenómeno exógeno al interés”. Así, esta función, para el mismo profesor, tiene diversas manifestaciones, como la aflictivo-consolatoria para el caso de los daños irreparables (extrapatrimoniales), cumpliendo una función de mitigación del mismo<sup>23</sup>.
  - De equivalencia; “que explica el por qué la responsabilidad civil representa siempre una afectación patrimonial, en donde ‘alguien’

<sup>14</sup> ALPA, Guido. “Responsabilidad civil y daño”. Lima: Gaceta Jurídica. 2001. p. 597.

<sup>15</sup> “... las sanciones civiles punitivas expresan el poder auto-organizativo de la sociedad civil, porque tienden a satisfacer un interés privado; pero realizan, al mismo tiempo, y contextualmente, el interés público. Es, ni más ni menos, este último aspecto lo que distingue las sanciones de las penas privadas, y naturalmente, de las penas criminales. La sanción civil consiste, normalmente, en una medida aflictiva patrimonial, que aun estando prevista legislativamente y aun siendo irrigada por la autoridad judicial, presupone la iniciativa del particular, y está dirigida en ventaja de éste”. FRANZONI, Massimo. Citado por LEÓN, Leysser L. Op. Cit. pp. 269-270). “La diferencia entre pena privada y sanción civil es la fuente de la segunda, que es la ley, y el doble fin que la segunda realiza al ser impuesta. Para Franzoni, la suma en dinero reconocida judicialmente por concepto de ‘*danno morale soggettivo*’, sufrimiento, perturbación del estado de ánimo, etc., se inscribiría en la categoría de sanciones civiles”. LEÓN, Leysser L. Ibid. p. 270.

<sup>16</sup> SALVI, Cesare. “El Daño”. En: Estudios sobre la Responsabilidad Civil. Lima: ARA Editores. 2001. p. 298.

<sup>17</sup> SALVI, Cesare. Ibid. p. 297.

<sup>18</sup> FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. “Las transformaciones funcionales en la responsabilidad civil”. En: Estudios sobre la Responsabilidad Civil”. Lima: ARA Editores. 2001. p. 278.

<sup>19</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Op. Cit. p. 40.

<sup>20</sup> MONATERI, Pier Giuseppe. “Hipótesis sobre la responsabilidad civil de nuestro tiempo”. En: Estudios sobre la Responsabilidad Civil. Lima: ARA Editores. 2001. p. 128.

<sup>21</sup> Ver FRANZONI, Massimo. “La evolución de la responsabilidad civil a través de sus funciones”. En: Estudios sobre la Responsabilidad Civil. Lima: ARA Editores. 2001. p. 196.

<sup>22</sup> FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. Op. Cit. p. 278.

<sup>23</sup> FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. Op. Cit. pp. 270, 278.

- 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”<sup>24</sup>.
- Distributiva; se distribuye los costos del daño entre determinados sujetos, de acuerdo a los lineamientos macro-económicos perseguidos. Esta función, de acuerdo a Espinoza, es común respecto a las anteriores<sup>25</sup>.

Salvi, por su parte, apunta que, en cuanto a los daños patrimoniales, el resarcimiento a la víctima debe dirigirse a la compensación de una pérdida económica, por lo que deben establecerse criterios de redistribución de los costos económicos entre los miembros de la sociedad, dependiendo del acontecimiento dañoso de que se trate<sup>26</sup>. 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”<sup>27</sup>.

Es importante definir si, en el caso de los daños inmateriales, la función satisfactiva tiene, a su vez, una función aflitivo-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 se da un menoscabo en su ámbito psíquico o espiritual. 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. Este equilibrio debe reestablecerse, necesariamente, a través, en primer lugar, de formas adecuadas de resarcimiento, y en casos de irreparabilidad, de alguna otra forma que compense lo sufrido, por medio de dinero (que es una representación de valor), pues de

lo contrario, la víctima consideraría que su sistema jurídico ampara, sin solución, que otro le haya infringido un daño injusto, lo cual puede dar cabida a la búsqueda de tal restablecimiento en manos de la víctima (a través de actos de venganza privada).

Se cuestiona la función satisfactoria 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”<sup>28</sup>, 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 o canalización de venganza personal. Considerando el resarcimiento del daño moral una pena, se ha dicho reiteradamente que la función sancionadora o punitiva corresponde a otras áreas del Derecho, como el Derecho Penal o Administrativo, por lo que no corresponde al campo civil. Esto es cierto a medias: por un lado, hay un espectro enorme de daños inmateriales que no tienen cabida, para ser sancionados, ni por el Derecho Penal ni por el Administrativo; por otro lado, reitero, no debe entenderse la función aflitivo-consolatoria como una búsqueda ciega de sanción, sino de restablecimiento de un equilibrio roto por este hecho dañoso, tal como la ruptura del equilibrio en caso de incumplimiento de una obligación pactada, lo que amerita la intervención del sistema y no justicia en mano propia.

Es por esto que la función aflitivo-consolatoria no debe degradarse hasta convertirse en un eufemismo, sino que debe dotarse de contenido, y ello a través de un criterio firme que apunte a un auténtico resarcimiento, por medio de una valorización seria del daño, 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 bilateral y unilateral) como de potenciales víctimas (en caso pueda darse la prevención bilateral).

## V. CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO INMATERIAL (O MORAL)

Para Díez-Picazo el daño moral no debe ser

<sup>24</sup> FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. Op. Cit. p. 278.

<sup>25</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Op. Cit. p. 40.

<sup>26</sup> Aquí se incluye lo relativo a la actividad desarrollada (empresarial), pudiendo redistribuirse entre otros (consumidores), así como los seguros.

<sup>27</sup> SALVI, Cesare. Op. Cit. pp. 297-298.

<sup>28</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La Responsabilidad Extracontractual. Op. Cit. p. 97.

“simplemente presumido por los tribunales como consecuencia de lesiones determinadas y que se sponga, 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”<sup>29</sup>.

Los hermanos Mazeaud y Tunc, en una de las posiciones más decididas por la satisfacción del daño moral, señalan –en célebre frase– 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 despreñar. Parecería chocante, en una civilización avanzada como la nuestra, que fuera posible, sin incurrir en ninguna responsabilidad civil, lesionar los sentimientos más elevados y más nobles de nuestros semejantes, mientras que el menor atentado contra su patrimonio origina reparación”<sup>30</sup>.

En principio, los daños inmateriales que tienen 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; en sentencia, formalmente, no puede ir más allá del petitorio. Empero, sí puede procurar este tipo de solución en la etapa procesal correspondiente a la audiencia conciliatoria, donde puede procurar una conciliación y proponer alguna fórmula conciliatoria más adecuada al daño que se pretende resarcir. Me ha ocurrido que en aquel acto he propuesto desagravios (retractación, aclaración) públicos para reparar el daño al honor, habiendo aceptado la parte demandante, pero no la demandada (quien mantuvo su posición de no haber incurrido en responsabilidad); en otra oportunidad no aceptó ninguna de las dos partes; en una tercera oportunidad la parte demandante aceptó, pero con rebaja (no eliminación) de la pretensión dineraria, no aceptando la parte demandada. Ya en etapa de

sentencia, al no aceptarse tales fórmulas conciliatorias, el juez lamentablemente no puede salir del petitorio.

Considero también que el daño inmaterial debe probarse, no presumirse, aunque resulte de difícil probanza. 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, pueden realizar una evaluación comparativa entre lo que gastaban en el hijo fallecido y lo que gastan en otro), evaluación psicológica, etc.

Respecto a los parámetros a considerar para la cuantificación del daño, debe tomarse en cuenta no sólo las características de la víctima (edad, sexo), y las circunstancias en que se produjo el hecho dañoso, sino también las características del agresor, incluyendo el grado de dolo o culpa, pero no con la finalidad de aplicar una sanción o punición (por cuanto esto podría distorsionar la función aflictivo-consolatoria y convertirla en un vehículo para el enriquecimiento de la víctima), sino porque este aspecto, generalmente, es generador de sufrimiento (la traición por parte de alguien cercano, o la impotencia que puede generar la condición de superioridad del agresor, física y psicológicamente, como en el caso descrito de las vecinas en la introducción de este trabajo) y, por tanto, acrecienta el daño moral. Es decir, debe evaluarse como un factor de cuantificación del propio daño moral y no para castigar al causante del mismo.

En este punto me permito reproducir algunos fundamentos de dos sentencias que he emitido:

“... El daño moral es, por ende, de difícil cuantificación, debido a su naturaleza. Por ello, a fin de poder establecer un monto para este tipo de daño, esta Judicatura toma en consideración los siguientes elementos: la gravedad del delito o acto ilícito, que es más intensa cuanto mayor es la participación del responsable en la comisión del acto ilícito, y la intensidad de la perturbación anímica, en la que se debe tener en cuenta la duración del dolor, la edad y sexo del dañado.

Ahora bien, siendo la demandante la víctima directa de la prisión injusta y los maltratos sufridos, no corresponde evaluar el sufrimiento o la frustración de sus hijos, que no son demandantes en este proceso,

<sup>29</sup> DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. “Derecho de Daños”. Madrid: Civitas. 1999. p. 329.

<sup>30</sup> MAZEAUD, Henri y León, y André TUNC. “Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual”. Tomo I. Volumen I. Traducción de la quinta edición. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. p. 441.

sino el sufrimiento que a ella –la demandante– le ha ocasionado la separación de ellos y la angustia e impotencia de no poder proveer a sus estudios y sustento como lo hacía antes de su detención. Asimismo, se toma en cuenta el sentimiento de humillación de la demandante por el encarcelamiento en sí mismo, así como los maltratos y vejámenes físicos y psicológicos sufridos.

La demandante, de sexo femenino, estuvo encarcelada en forma injusta, acusada y condenada por terrorismo, por un total de seis años, aproximadamente, desde los 41 hasta los 47 años de edad, teniendo en esa fecha a su cargo a dos hijos estudiantes.

La prisión injusta e inmerecida daña a la persona en su esencia, privándole del bien máspreciado de todo ser humano, que es la libertad; asimismo, mella profundamente la dignidad y el honor, inapreciables e invaluable. Frustra a la persona en su proyecto de vida, arrebatándole años que no volverán, en los que se desarrollaba, en el caso de la demandante, como madre, siguiendo el proceso educacional de sus hijos, y quitándole también años posteriores, ya en libertad, pero en una libertad en la que tiene que rehacer su vida, reinsertarse en la sociedad, recuperar el ánimo, espíritu y paz arrebatados, procurando olvidar o, mejor, procesar, con ayuda psicológica, la terrible experiencia que atravesó, curando la mente de la depresión, ansiedad y el terror... ”.

En el otro caso:

“... esta Judicatura toma en consideración los siguientes elementos:

- La demandada es una persona de edad madura pero joven; de alrededor de cuarenta años de edad al momento de ocurrencia de los hechos que han motivado la presente demanda, en tanto que la demandante es una persona que a aquella época tenía alrededor de setenta años de edad.
- Se ha observado, a lo largo del proceso, en audiencias e inspección judicial, la fortaleza y el vigor, tanto físico como anímico de la demandada, lo que contrasta con la fragilidad física y emocional de la demandante.
- Existe una diferencia significativa en cuanto a la estatura y constitución física de ambas partes, en clara ventaja de la demandada.
- En la inspección judicial realizada en los domicilios de las partes, esta Juzgadora observó que la vivienda de la demandada es notoriamente de mayor nivel económico (por el mantenimiento,

acabados y mobiliario de mejor calidad) que la de la demandante.

- La demandante es una persona que tiende a la depresión y a desarrollar estados de ansiedad, lo que ha sido de perfecto conocimiento de la demandada en todo momento.
- La condición social y cultural de la demandada, así como su capacidad e inteligencia, le permiten ampliamente considerar que los actos de agresión física y verbal a que ha sometido a la demandante, así como a la tensión continua respecto de las supuestas filtraciones –inexistentes– de sus cañerías, que la obligó a llamar continuamente al gasfitero, romper sus pisos, y mantenerlos en ese estado debido al temor que le inspira la persona de la demandada, resultan dañosos y perjudiciales, y que han ido en detrimento de la salud emocional de ésta.
- En otras palabras, la demandada tiene la capacidad y lucidez suficientes para ser consciente de que ha mantenido una conducta abusiva hacia la persona de la demandante, sabiendo además que le ha ocasionado sufrimiento y secuelas psicológicas.

Por estas consideraciones, tomando en cuenta la evidente desigualdad entre las partes, así como el padecimiento que ha demostrado haber atravesado la demandante por causa de los actos de la demandada... ”.

Ciertamente, 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 satisfacción 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... ”).

Finalmente, y esto con mucha precaución, debería considerarse el establecimiento de un piso indemnizatorio, con la finalidad de armonizar las reparaciones en casos semejantes, al menos para determinados daños, como el denominado biológico, lo que constituye práctica en otros sistemas. Por ejemplo, el Tribunal de Milán emplea tablas, en las que relaciona el grado de invalidez con la edad de la persona y arroja un resultado. Las diferencias, en cada caso, se moverán hacia arriba: considerando, por ejemplo, las características personales de la víctima (si perdió una mano siendo pianista, una pierna siendo futbolista profesional, etc.).