

El daño a la persona. Las vías preventivas para su tutela eficaz

Por CARLOS A. PARELLADA (*)

I. INTRODUCCION

El "Derecho de daños," concebido como una nueva forma de antiguo "derecho de la responsabilidad civil", está sufriendo profundas transformaciones. El haber dirigido nuestra mirada hacia la víctima, nos ha hecho descubrir todo un mundo nuevo: el del daño, diverso del de la ofensa, la culpa, el que veíamos al mirar al ofensor.

No es extraño, entonces, que también hayamos descubierto, los enclaves de perimidas concepciones patrimonialistas que condicionaron nuestras categorías y clasificaciones didácticas. En esa línea, en plena superación, radicó la distinción del daño; en material e inmaterial o patrimonial y no patrimonial. Algo así, como si el patrimonio fuese el eje distintivo, el pivote discernidor de las clases, lo fundamental del Derecho.

Y es precisamente un mérito del Derecho Peruano, el haber captado la nueva línea de pensamiento, que inspirada en un humanismo integral, persigue la traslación del eje distintivo del daño según su objeto, de aquella concepción patrimonialista a una nueva, inspirada en el valor esencial del ordenamiento jurídico: la dignidad e integridad de la persona humana. El llamado "daño a la persona" - categoría de oposición al daño patrimonial - entendido en su profundo y significativo sentido de la frustración del proyecto de vida de la víctima ⁽¹⁾, el que conmueve a tal punto el espíritu, que implica un nuevo rumbo en la vida, pues la posibilidad de "ser", de responder al llamado de la vocación, ha sido tronchada por el acto ilícito o el incumplimiento del contrato.

(*) Prof. Titular de Derecho Civil II de la U.N. de Cuyo. Rep. Argentina.

(1) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos "El daño a la persona en el Código Civil de 1984", en "Libro Homenaje a José León Barandiarán", Lima, Cultural Cuzco, 1985, págs. 169 y siguientes; CARDENAS QUIROS, Carlos, su ponencia en el Primer Congreso Internacional de Derecho de Daños.

II. EL "DERECHO DE DAÑOS" COMO DERECHO PREVENTIVO DEL DAÑO

Más allá de las discusiones doctrinales, cuya importancia no pretendemos desmerecer, pues contradiría nuestra propia conducta, se pretende a través de estas líneas reflexionar acerca de la necesidad de tutela preventiva del daño a la persona.

El derecho de la responsabilidad civil sólo se ocupaba del daño ya concretado. La vocación del "Derecho de daños" no se satisface en el resarcimiento, sino que pretende la evitación del daño (1-1), en la convicción de que el hombre merece su integridad, antes que el resarcimiento de su frustración.

Si bien ello es cierto para todo daño, es particularmente cierto, en orden al "daño a la persona", ese daño irreparable en especie, al que sólo podemos enjuagar imperfectamente apelando a la función satisfactiva del dinero, como ya lo enseñara Ihering (2), es acuciante encontrar medios preventivos, que tiendan a la evitación del daño. Por supuesto, para el ya concretado, la doctrina argentina francamente mayoritaria coincide en el carácter resarcitorio de la indemnización, prefiriendo tal modo imperfecto a la impunidad, que en definitiva, por perseguir lo ideal no persigue ni siquiera lo bueno o lo menos malo. En efecto, tomar otro camino determina que la actitud sea despedir a la víctima - con su daño - y sin posibilidad siquiera de las satisfacciones substitutivas.

Es también sabido, que el derecho procesal civil preventivo está aún 'in fieri', buscando los caminos que, en principio, sean adecuados y expeditivos, venciendo las resistencias de mentalidades liberales, que siguen desconfiando del Poder Judicial y restringiendo su injerencia a los casos terminales. Pero también un amplio espectro doctrinal está dispuesto a la persecución de la función preventiva que exige el nuevo derecho de daños, por medios procesales análogos a los atípicos que se han construido para efectivizar otros intereses legítimos, garantizados por otras ramas del derecho.

En la encrucijada frustrante de la justicia efectiva (para ser tal, únicamente oportuna), y mientras no contemos con los remedios específicos -cual sería la acción inhibitoria- creemos que el amparo y el hábeas corpus son los medios aptos para la tutela preventiva del "daño a la persona".

-
- (1-1) C. Fed. La Plata, sala 3a., 8-VIII-88, "Olivares, Jorge A. c/Gob. Nacional p/daños y perj.", J.A., 1988-III pag. 93, con nota de MORELLO, Augusto M. -STIGLITZ, Gabriel A. "La función preventiva del Derecho de Daños. Sobre los intereses difusos y la reafirmación del compromiso social de la Justicia". Se trataba de la reparación por la muerte de una menor que pereció ahogada en una acumulación artificial de aguas en terrenos de la demandada. La Cámara, además de resolver la cuestión indemnizatoria, ordenó -de oficio y preventivamente- cercar las excavaciones inundadas.
- (2) von IHERING, Rudolph "De l'intérêt dans les contrats, et de la prétendue nécessité de la valeur patrimoniales des prestations obligatoires" en "Oeuvres choisies", por O de Meulenaere, París, Chevalier-Marescq et Cie., 1893, To. II págs. 155/158, Nc. 6. Por toda la doctrina argentina que mayoritariamente le atribuye carácter resarcitorio, KEMELMAJER, DE CARLUCCI, Aída Rosa en Belluscio-Zannoni, "Código Civil y leyes complementarias. Anotado y Concordado", Bs.As., Astrea, 1984, To. V pág. 109 y siguientes.

III. LAS RAZONES QUE APOYAN NUESTRA TESIS

Nuestro aserto trae en su apoyo las siguientes argumentaciones sintéticamente vertidas:

A) El daño a la persona es el que afecta los derechos de la personalidad humana, que concebida integralmente, "es una multifacética realidad existencial, que no se reduce a lo meramente económico, sino que combina naturaleza y espíritu, animalidad y libertad, implantada en la racionalidad"⁽³⁾, de allí que sus más exquisitos y profundos sentimientos se canalicen a través del cuerpo, la mirada, el gesto, en fin, el espíritu encarnado.

El atentado a la persona constituye un riesgo de lesión a un bien fundamental de su existencia, y cuya garantía, es la tutela constitucional integral de la persona humana, que comprende su libertad y sus manifestaciones espirituales entre las que obviamente, se comprende su proyecto de vida, como creación de su espíritu e intelecto.

Si reconocemos un derecho a la intimidad como lo hemos hecho en la Argentina a través de la norma del art. 1071 bis del C.C., que dispone: "El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito de derecho penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el Juez, de acuerdo a las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación"; si tenemos intenciones de reconocer y tutelar un derecho de la persona a la verdad de sus datos nominativos, como resulta del Anteproyecto de Ley de Protección de Datos Personales⁽⁴⁾; si tenemos la convicción jurídica de que toda persona tiene derecho al reconocimiento de la verdad biológica de su filiación, como resultado ahora de la normativa de la Ley 23.264⁽⁵⁾; seguramente, no hemos de caer en la incoherencia de no evitar los daños a la persona que frustran definitivamente las legítimas expectativas de realización personal en equilibrio sico-somático, fin al cual se ordenan aquellos otros derechos.

B) El derecho a la vida y a la dignidad de la persona humana es un derecho reconocido implícitamente en el art. 33 de la Constitución de la Nación Argentina⁽⁶⁾ y que ha sido reconocido por la Constitución Política del Perú al declarar que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado⁽⁷⁾.

(3) FERNANDEZ SESSAREGO, C., ob. cit., pág. 182, No. 8.

(4) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge "La informática y la responsabilidad civil" L. L. To. 1987-B pág. 892; GUIBOURG, Ricardo A. su ponencia sintetizada en el II Congreso Nacional de Informática-Jurídica (Bs. As. - 1987).

(5) BOSSERT, Gustavo A. - ZANNONI, Eduardo A. "Régimen legal de filiación y patria potestad", Bs. As., Astrea, 1985, pág. 32, No. 6.

(6) SAGUES, Pedro Néstor "Acción de amparo", Bs. As., Astrea, 1988, 2a. ed., pág. 151, No. 65; sobre la tutela de derechos explícitos o implícitos: RIVAS, Adolfo Armando "El amparo", Bs. As., La Rocca, 1987, pág. 67.

(7) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, ob. cit., pág. 199, No. 20.

C) Todo derecho ha de tener una vía eficaz protectora. No es posible que un derecho reconocido quede frustrado por la inexistencia de reglamentación o de vía tutelar expresamente prevista (8); esta segunda hipótesis significa ignorar la función instrumental de las normas procesales, el culto ritual a las formas por encima de la sustancia.

D) El inc. 22 del art. 24 de la Ley 23.506 del Perú admite la utilización de la vía del amparo para todos los derechos fundamentales consagrados por la Constitución. Ninguna duda cabe del carácter meramente enumerativo de los derechos protegidos previstos en esa norma.

E) Tanto en el Derecho Peruano como en el Argentino, el amparo es un remedio que puede ser utilizado tanto frente a actos de órganos públicos o particulares (9).

F) No hay que olvidar el origen pretoriano de la vía del amparo (tal como ha sido en la Argentina). Se trata de un carril procesal para la garantía de los derechos constitucionales no tutelables en forma apta por otra vía; ese carácter es el que lo ha hecho vía hábil para la tutela del equilibrio ecológico (10), ante la inexistencia de otra prevista. Ningún inconveniente tendríamos en su utilización para la prevención del daño a la persona.

IV. ALGUNOS CASOS EN LOS QUE EL "DAÑO A LA PERSONA" HA SIDO PREVENTIVAMENTE EVITADO POR LA CORTE SUPREMA DE LA NACION ARGENTINA.

Una rápida recorrida por los repertorios jurisprudenciales evidencian que la C.S. Nacional de la República Argentina ha tenido oportunidad de evitar el daño a la persona en un caso en que la autoridad se negaba a expedir un certificado de aptitud psicofísica a una persona que aspiraba al título de profesor de matemática y astronomía fundada en la sola razón de que su estatura ascendía a 1,48 m. (11).

En otra causa la Corte ordenó la reincorporación de la actora, quien había sido separada de su cargo docente con base a imprecisas "razones de seguridad", sin andamiaje objetivo que la motive y sin haber garantizado el derecho de defensa de la agente (12).

Por último, recordamos el caso "Ritcher, Norma E.", en el cual el Alto Tribunal valoró decisivamente que el envío a las vías ordinarias a los efectos de su agotamiento, para el cuestionamiento de la resolución que dispuso la separación de la actora del curso de auxiliares de enfermería implicaría la pérdida de varios años lectivos, con

(8) BOREA ODRÍA, Alberto "El amparo y el hábeas corpus en Perú de hoy", Lima, B.P. de Der. Const., 1987, pág. 138/140. Véase la cita que realiza del caso de Rómulo León Ramírez y su crítica.

(9) BOREA ODRÍA, Alberto, ob. cit., pág. 211.

(10) Juzg. 1a. Inst. Fed. Cont. - Adm. No. 2, 22-III-83, "Kattan, A.E. y ot. c/Gob. Nacional", Supl. L. L. 4-XI-83 pág. 1; Juzg. Civ. y Com. 1a. Inst. (firme), 27-X-87, "Raffaele, Dora E. c/Ablin Maderas S.C.A. p/Amparo", J. A. Sem. No. 5592 del 2-XI-88, pág. 18, con nota de MEUNET, Alicia Rosa "Control jurisdiccional del medio ambiente".

(11) C.S.N. Rep. Arg., 11-VII-84, J.A. To. 1984-III pág. 40.

(12) C.S.N. Rep. Arg., 22-III-84, "Fadiala de Ferreyra, Celia R.", J.A. To. 1984-III pág. 70.

la consecuencia muy probable de colocarla en situación de abandonar definitivamente los estudios emprendidos ⁽¹³⁾.

V. CONCLUSION:

Los argumentos y antecedentes brevemente reseñados nos permiten concluir en la aptitud del amparo y el hábeas corpus para la tutela preventiva del "daño a la persona", en tanto el Legislador disponga de las vías específicas adecuadas para su eficaz tutela.

(13) C.S.N. Rep. Arg., 27-XII-77, L.L. To 1978-C pág. 372, fallo No. 76.123.

