

Apuntes sobre el denominado daño a la persona en el Código Civil del Perú de 1984

Por CARLOS CARDENAS QUIROS (*)

Sumario: I. Introducción. II. Daño a la persona y daño moral. Su regulación y ubicación en el Código Civil del Perú de 1984. III. ¿Daño a la persona?. IV. Ambito del concepto daño subjetivo. V. Casos en que procede la reparación del daño subjetivo. VI. Daño subjetivo y personas colectivas. VII. Conclusión.

I. INTRODUCCION

Se sostiene, consideramos que con verdad, que el nuevo Código Civil del Perú de 1984 es un Código humanista, personalista. Y lo es, no porque regula tal o cual institución, sino por la filosofía que lo inspira, que rescata a la persona humana y sus valores del olvido en que sumida por las codificaciones civiles que privilegiaron notoriamente el patrimonio; que coloca a la persona humana, en palabras de Fernández Sessarego (1), "en cuanto sujeto de derecho, en centro y término de las relaciones jurídicas, en eje insustituible del Derecho. Dentro de esta concepción, el patrimonio es sólo un instrumento del que se vale la persona para el desenvolvimiento de su personalidad".

Los Códigos del siglo XIX y de este siglo han centrado su atención, preferentemente, en regular la libre circulación de los bienes. Allí está para corroborarlo el Código Civil francés, modelo de perfección para muchos, del que Perrau(2) ha dicho con justeza: "Resulta severo llamar al Código de Napoleón el Código de los ricos; pero hace falta modificarlo respecto a los derechos de la personalidad para evitarle el reproche de no ser más que el Código de los bienes". Pues bien, ese reproche podía hacerse también al Código derogado de 1936, pero no puede formularse en relación al Código de 1984.

Dentro de esa perspectiva humanista, que reconoce la centralidad de la persona humana, se ubica la incorporación del denominado "daño a la persona"(3), como

(*) *Profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica de Lima.*

(1) *Fernández Sessarego, Carlos, Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano - Derecho de las Personas-. En: Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios, Tomo IV, Lima, 1985, pág. 37.*

(2) *Citado por Gonzáles Pérez, Jesús, La dignidad de la persona, Editorial Civitas S. A., Madrid, 1986, pág. 124.*

(3) *"El daño no patrimonial a la persona es conocido en doctrina bajo diversas denominaciones tales como 'daño a la persona', 'daño no patrimonial', 'daño extrapatrimonial', 'daño extra-económico', 'daño biológico', 'daño a la integridad psicosomática', 'daño a la vida de relación', 'daño inmaterial' y, más restringidamente, 'daño a la salud' ". Fernández Sessarego, Carlos, op. cit., pág. 88.*

concepto más amplio que el tradicional de "daño moral", que implica la afectación de la persona como consecuencia de la violación de alguno de sus derechos: su intimidad, su honor, su prestigio, su proyecto existencial, etc.

Las líneas que siguen no tienen más propósito que perfilar los alcances del llamado "daño a la persona" a fin de poner de relieve la trascendencia de su novedosa incorporación en el Código Civil del Perú de 1984, pues es el primero que se ocupa explícitamente del tema (4).

II. DAÑO A LA PERSONA Y DAÑO MORAL. SU REGULACION Y UBICACION EN EL CODIGO CIVIL DEL PERU DE 1984.

Con propiedad, el daño a la persona debe ser distinguido del daño moral, concebido como dolor de afección, sufrimiento, pena, padecimiento, angustia, como aquel que afecta lo sentimientos. El daño moral tiene entonces alcances muy restringidos frente al daño personal, que aparece como el género frente a la especie daño moral. En efecto, aquél importa una lesión a un derecho de la persona, mientras que éste se reduce al sufrimiento producido como consecuencia del daño. Ambos, sin embargo, tienen en común su naturaleza extrapatrimonial, en tanto afectan un valor de la persona, un bien inmaterial.

Por tal razón, rigurosamente hablando, son susceptibles sólo de reparación, no de resarcimiento, en la medida en que no es factible cuantificar el daño exactamente en su equivalente en dinero y restablecer el nivel patrimonial en que se estaría si el daño no se hubiera dado, esto es, retornar las cosas a la situación anterior a la producción del daño, como en cambio si es posible tratándose del daño patrimonial.

Sin embargo, precisa señalarse que también se reconoce una acepción amplia de la expresión "daño moral", llegando a confundirse con el llamado daño a la persona (5).

A este respecto, debe deplorarse que el Código peruano incurra en un defecto de técnica legislativa pues, por ejemplo, en el caso del artículo 1322 (6), que se ocupa de la responsabilidad por el daño moral causado como consecuencia de la inejecución

(4) Otros Códigos se ocupan sólo del daño moral o del que denominan no patrimonial o no material, como los del Japón (artículos 710 y 711), Etiopía (artículo 2116, 3), Libano —Código de las Obligaciones y de los Contratos— (artículos 134, segundo párrafo, y 136), Portugal (artículos 484 y 496), Grecia (artículo 299), Suiza —Código Civil— (artículos 28, párrafo 2, 29, 93, 99, 134, 151, 153 y 318) —Código de las Obligaciones— (artículos 45, 46, 47 y 49), Italia (artículo 2059), Argentina (artículos 522, 1078 y 1080), Alemania Federal (artículos 253, 847 y 1300), Cuba —de 1988— (artículos 83 y 88), México D.F. (artículo 1916), Filipinas (artículos 2217, 2218, 2219 y 2220), Venezuela (artículo 1196) y Bolivia (artículo 994, II).

(5) Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón señalan por ejemplo lo siguiente: "Bajo la denominación de "daño moral" se comprende la lesión o violación de bienes y derechos de la persona. Son, por así decirlo, daños extrapatrimoniales, y se indemnizan prescindiendo de que un ataque a aquellos bienes y derechos tengan también repercusión en el patrimonio". Sistema de Derecho Civil, volumen II, quinta edición, Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1988, pág. 568. Cfse. sobre la relación y diferencias entre el daño moral y el daño a la persona: Fernández Sessarego, Carlos, El daño a la persona en el Código Civil de 1984. En: Libro homenaje a José León Barandiarán, Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima, 1985, págs. 211-215.

(6) Artículo 1322. — El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento.

de una obligación, se atribuye al daño moral alcances amplios ⁽⁷⁾, confundiendo-se así con el daño personal, mientras que en el artículo 1985⁽⁸⁾ se distingue claramente el daño a la persona del daño moral. Por lo demás, también se refieren al daño moral los artículos 257, 351 y 1984⁽⁹⁾. En el caso del artículo 1984 es claro que se utiliza la expresión "daño moral" en un sentido restringido.

Desgraciadamente, la Comisión Revisora del Código Civil no cuidó que se guardara la indispensable unidad en la terminología empleada en dicho cuerpo legal.

Adicionalmente, debe objetarse la ubicación asistemática del daño a la persona en el Código. Por un lado, aparece consagrado en el artículo 1985, encuadrado en la regulación de la responsabilidad extracontractual; y, por otro lado, en el artículo 1322 —si bien utilizando la denominación daño moral en un sentido amplio—, comprendido en el tratamiento de la inexecución de obligaciones. Además, según se expresó, los artículos 257, 351 (ambos incluidos en el Libro III del Código, dedicado al Derecho de Familia) y 1984 también se refieren al daño moral.

Lo propio, como lo ha destacado Fernández Sessarego ⁽¹⁰⁾, era ubicar el tema en el Libro Primero del Código, que se ocupa del Derecho de las Personas. Por lo de-

(7) En la exposición de motivos y comentarios al artículo 1322 se expresa lo siguiente: "El artículo 1322 contiene una regla novedosa y de importancia relevante en la legislación peruana. Ella se refiere al daño moral por inexecución de las obligaciones. 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. Son, en cuanto a la naturaleza del derecho vulnerado, aquéllos que recaen sobre bienes inmateriales, tales como los que lesionan los derechos de la personalidad; y también los que recaen sobre bienes inmateriales, pero que independientemente del daño moral, originan, además, un daño material. Y, en cuanto a sus efectos, son susceptibles de producir una pérdida pecuniaria, o son morales strictu sensu, cuando el daño se refiere a lo estrictamente espiritual". Osterling Parodi, Felipe, con la colaboración de Cárdenas Quirós, Carlos. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro VI del Código Civil (Las Obligaciones). En: Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios, Tomo V, Lima, 1985, pág. 449.

(8) Artículo 1985.— La indemnización comprende las consecuencias que derivan 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.

(9) Artículo 257.— Si se declara infundada la oposición (al matrimonio), quien la formuló queda sujeto al pago de la indemnización de daños y perjuicios. Los ascendientes y el Ministerio Público están exonerados de esta responsabilidad. Si la denuncia hubiera sido maliciosa, es igualmente responsable quien la formula. En ambos casos, la indemnización la fija prudentemente el juez, teniendo en cuenta el daño moral.

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.

Artículo 1984.— El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia.

(10) Fernández Sessarego, Carlos, El daño a la persona en el Código Civil Peruano de 1984 y el Código Civil Italiano de 1942. En: El Código Civil Peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano, Cultural Cuzco S. A. Editores, Lima, 1986, pág. 253.

más, así fue sugerido por él en su condición de ponente de dicho Libro. Desgraciadamente, la Comisión Revisora desestimó el texto del artículo 17 propuesto por él y cuyo texto era el siguiente:

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

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

El juez, de producirse un daño a la persona, fijará la indemnización que corresponda considerando independientemente las consecuencias patrimoniales de las extrapatrimoniales y del daño moral, si fuera el caso".

Como es de verse, el texto propuesto "planteaba, en sus tres párrafos, una amplia tutela de la persona por los medios más adecuados y oportunos, la posibilidad de utilizar la acción inhibitoria o la de cesación de los hechos dañinos producidos y la indemnización del daño a la persona distinguiendo las consecuencias patrimoniales de las extrapatrimoniales y del daño moral. Del citado proyecto se desprende con claridad la incorporación del daño a la persona como categoría diferente a la del daño patrimonial. Aún más, se precisa que han de repararse de modo independiente las consecuencias que carezcan de significación económica de aquellas que las conllevan"(11).

Atendiendo a lo expresado, es una lástima que el artículo 17 del Código Civil haya quedado reducido a los términos siguientes:

"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"(12).

III. ¿DAÑO A LA PERSONA?

La denominación "daño a la persona" o "daño personal", para referirse al atentado contra los derechos de la persona, es la que ha tenido más amplia divulgación en el Perú a partir de su inclusión en el artículo 1985 del Código Civil por iniciativa del Profesor Carlos Fernández Sessarego (13).

(11) Fernández Sessarego, Carlos, *op. cit.* en nota (10), pág. 253.

(12) Una crítica al texto del artículo 17 puede encontrarse en Fernández Sessarego, Carlos, *op. cit.* en nota (1), págs. 93-96.

(13) La incorporación del concepto "daño a la persona" en el artículo 1985 se produjo en la reunión convocada por el Ministro de Justicia de ese entonces, doctor Max Arias Schreiber Pérez, el 3 de julio de 1984, para efectuar ajustes finales al texto del Código Civil que sería promulgado el 24 de julio de ese año. A la reunión asistieron los miembros de la Comisión Revisora y algunos integrantes de la Comisión Reformadora, doctores Felipe Osterling Parodi, Manuel de la Puente y Lavalle, Carlos Fernández Sessarego y el autor de estas líneas. Cfírase. Fernández Sessarego, Carlos, *op. cit.* en nota (5) págs. 176-177.

Sin embargo, esa expresión no nos parece la más adecuada, si tomamos en consideración que el Código plantea una original diferenciación de los conceptos "sujeto de derecho" (entendido como centro de imputación de derechos y obligaciones) y "persona", ubicándolos en situación de género a especie. Como resultado de ello, si bien toda persona es sujeto de derecho —expresión que alude en todo momento a la vida humana en distintas situaciones: antes de nacer, una vez nacido u organizado colectivamente (cumplido o no el requisito de su inscripción en el registro correspondiente), no todo sujeto de derecho es persona.

Mediante este recurso lingüístico-técnico ha sido posible comprender en la categoría de sujetos de derecho, a las personas individuales, a las personas colectivas, pero también al concebido y a las organizaciones de personas no inscritas, esto es, a las asociaciones, fundaciones y comités no inscritos.

Planteadas las cosas así, la expresión daño a la persona involucra sólo a las personas individuales (a las que el Código llama personas naturales), es decir, al ser humano una vez nacido, y a las personas colectivas (denominadas personas jurídicas por el Código), esto es, a las organizaciones de personas en las que se ha cumplido el requisito formal de la inscripción en el registro respectivo, excluyendo por consiguiente al concebido y a las organizaciones de personas no inscritas, pues éstos, si bien son sujetos de derecho, no son personas.

Resulta evidente que el concebido, que es un ser humano, es pasible de daños de carácter extrapatrimonial. A este respecto, aprecia con exactitud Ordoqui⁽¹⁴⁾, que "el concebido es sujeto de daños y perjuicios en cuanto sujeto de derecho que es y en cuanto titular de derechos elementales inherentes a su carácter de ser humano, como lo son: el derecho a la vida, a la integridad física, a desarrollarse normalmente o ir pasando por todas las etapas propias de un ser humano, el derecho de no ser víctimas de lesiones u homicidios, el derecho de tener padres e integrar una familia".

Y esta posibilidad de que el concebido pueda ver afectados sus derechos, es más ostensible hoy en día con la difusión de las técnicas de fecundación extrauterina. Los embriones obtenidos "in vitro" son seres humanos, no obstante lo cual, en la gran mayoría de casos, muchos de ellos, por no haber sido implantados, son destruidos, pasan a ser objeto de experimentación no directamente terapéutica o son congelados.

También las organizaciones de personas no inscritas pueden sufrir daños de carácter extrapatrimonial.

En este orden de ideas, resulta más propio referirse al "daño subjetivo", esto es, al daño ocasionado al sujeto de derecho, en sustitución de las expresiones "daño a la persona" o "daño personal", que resultan estrechas para incluir todas las situaciones que pueden configurarse. Al daño subjetivo se le opondría el daño no subjetivo. De este modo se colocaría al sujeto de derecho como punto medular de referencia para formular la distinción entre uno y otro daño, alejándonos de la clasificación que distingue el daño en patrimonial y no patrimonial y que tiene como eje al patrimonio.

(14) Ordoqui Castilla, Gustavo, *Daños y perjuicios causados al concebido aún no nacido* (En la jurisprudencia), Acali Editorial, Montevideo, 1984, pág. 33.

IV. AMBITO DEL CONCEPTO DAÑO SUBJETIVO.

Participamos plenamente de la opinión de que el "daño a la persona en su más honda expresión, es aquel que tiene como consecuencia la frustración del proyecto de vida de la persona. Es decir, se trata de un hecho de tal magnitud, que truncará la realización de la persona humana de acuerdo a su más recóndita e intransferible vocación... El daño a la persona puede afectar radicalmente el proyecto de vida de la persona o lesionar alguno o algunos de los derechos de la persona" (15).

En efecto, el daño subjetivo implica la violación de alguno de los derechos de la persona, que puede alcanzar un grado máximo traducido en la frustración del proyecto existencial de una persona, impidiéndole en forma definitiva realizarse de acuerdo con ese proyecto por el que ha optado libremente.

Imaginemos el caso de un tenor, dedicado con amor, entrega y dedicación a lo que constituye para él la vocación de su vida, que lo lleva por los más famosos teatros del mundo y a quien se le causa un daño de tal magnitud que afecta su voz, que le obliga a retirarse de la práctica del bel canto en forma definitiva.

No hay duda de que a esa persona se le ocasionará un daño emergente —gastos de hospital, médicos, medicinas— y un lucro cesante —los ingresos que dejará de percibir—, ambos perfectamente cuantificables en dinero; inclusive un daño moral, entendido como dolor, sufrimiento, angustia; pero, lo que es más importante y más grave, se le causará un daño subjetivo, pues la pérdida de la voz frustrará su vocación, privándole definitivamente de su proyecto existencial en el que se sentía plenamente realizado, cambiándole su destino.

En este caso, el dinero que recibirá la víctima constituirá simplemente un medio de reparación del daño, no de resarcimiento, pues es imposible encontrar proporción

(15) Fernández Sessarego, Carlos, op. cit. en nota (10), pág. 252.

"... El daño a la persona supone un atentado directo contra la persona en sí misma, o sea el que lesione alguno de sus derechos, los mismos que tienen como objeto el mundo interior del sujeto. El daño a la persona es un agravio perpetrado contra bienes o intereses de la persona en cuanto tal que, por su propia naturaleza, no son cuantificables en dinero en tanto lesionan un interés espiritual, psicológico o moral. Según nuestra particular posición el más grave daño que se pueda causar a la persona es aquel que repercute de modo radical en su proyecto de vida, es decir aquel acto dañino que impide que el ser humano se realice existencialmente de conformidad con dicho proyecto libremente escogido, atendiendo a una personal vocación. En general, el daño a la persona es todo aquel que produce efectos desfavorables en el ámbito psicológico o moral de la persona, ya sea perturbando su equilibrio espiritual, generando distorsiones o deterioros mentales de cualquier tipo y por cualquier causa, interfiriendo en su intimidad, lesionando su honor, erosionando su prestigio, imputándole conductas que no le corresponden, atribuyéndose la paternidad de sus acciones o creaciones, entabando su vida de relación, atentando contra su salud. En cualquiera de estas hipótesis, y en otras no específicamente contempladas pero que afectan la esfera personal del sujeto, se produce un daño que, de algún modo, debe indemnizarse pese a no ser cuantificable en dinero. Sería del todo injusto indemnizar sólo el daño cuya consecuencia tiene un equivalente en dinero, una significación puramente económica, y se desatienda aquello que resulta prioritario para el Derecho como es la tutela de los derechos fundamentales de la persona. Carecería de sentido jurídico resarcir sólo el daño material, el que recae sobre las 'cosas' pertenecientes a la persona, y no se reparara el daño causado directamente a la persona considerada en sí misma" (Fernández Sessarego, Carlos, op. cit. en nota (5), págs. 201-202).

entre el daño subjetivo sufrido y la suma de dinero fijada por el juez como indemnización. No pueden, por lo demás tornarse las cosas al estado anterior. El dinero, si bien no hará volver las cosas a ese estado anterior, puede permitir que se atenúe de algún modo el daño, pues la víctima podrá destinarlo a la satisfacción de viejos anhelos postergados, a proporcionarle gozos espirituales o materiales, a la distracción, etc. Hay que admitir, sin embargo, que no necesariamente en todos los casos la indemnización hará olvidar o paliar las consecuencias negativas del daño ocasionado que pueden ser muy profundas.

No se trata entonces de una indemnización de tipo compensatorio, que es propia de los daños de carácter no subjetivo o patrimonial, sino de una indemnización de naturaleza satisfactiva. Como expresa Fueyo Laneri ⁽¹⁶⁾, lo que se intenta es "satisfacer" a la víctima. Tomando este verbo justamente en dos de sus acepciones oficiales según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, resulta lo siguiente:

- a) 'Hacer una obra que merezca perdón de la pena debida', y
- b) 'Aquietar y sosegar las pasiones del ánimo' ".

Sin embargo, la indemnización pecuniaria del daño subjetivo no tiene carácter sólo satisfactivo. También importa una sanción económica al agresor, una pena. Dice Fueyo Laneri a este respecto que no debe olvidarse "que el ser humano, junto con experimentar satisfacción por la reparación en su contenido mismo, también se regocija y reconforta con el hecho de que el agresor haya sido condenado a reparar el daño. Esto sucede con mayor o menor intensidad, se presenta con mayor o menor disimulo; pero, quíerese o no, así ocurre"⁽¹⁷⁾.

Pero igualmente la indemnización cumple una finalidad disuasiva que, como señala Fernández Sessarego, "desalienta la comisión de este tipo de daño en agravio de la persona"⁽¹⁸⁾.

Por ello participamos plenamente de su opinión en el sentido de que en "la reparación del daño no patrimonial ocurre una múltiple función ya que, según sea el caso, actúa a la vez como un modo de satisfacción a la víctima, una sanción económica al agresor y de elemento disuasivo"⁽¹⁹⁾.

En otros casos es posible la reparación no pecuniaria. Así por ejemplo lo consagra el artículo 2, inciso 5, de la Constitución Política del Perú, de acuerdo con el cual "Toda persona tiene derecho: 5. Al honor y la buena reputación, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en su honor por publicaciones en cualquier medio de comunicación

(16) Fueyo Laneri, Fernando, *La resarcibilidad del daño extrapatrimonial o moral como tutela de la persona y los bienes y derechos de la personalidad*. Ponencia presentada en el Congreso Internacional sobre Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el Sistema Jurídico Latinoamericano, organizado por el Colegio de Abogados de Lima y la Associazione di Studi Sociali Latinoamericani (ASSLA), celebrado en Lima los días 5, 6 y 7 de setiembre de 1988, pág. 49.

(17) Fueyo Laneri, Fernando, op. cit., pág. 49.

(18) Fernández Sessarego, Carlos, op. cit. en nota (1), pág. 89.

(19) Fernández Sessarego, Carlos, op. cit. en nota (1), pág. 89-90.

social, tiene derecho de rectificación en forma gratuita, sin perjuicio de la responsabilidad de ley".

V. CASOS EN QUE PROCEDE LA REPARACION DEL DAÑO SUBJETIVO.

El daño subjetivo se da tanto en la responsabilidad extracontractual como en la contractual.

Es indudable que su mayor difusión se presenta en el ámbito extracontractual (cfse. artículos 1984 y 1985 del Código Civil peruano), pero ello no excluye de modo alguno su aplicación en el marco de la responsabilidad contractual.

A este respecto, el Código peruano de 1984 establece en su artículo 1322 lo siguiente: "El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento".

Según se ha expresado, la norma debió estar referida al daño a la persona para armonizar con la redacción del artículo 1985 del Código. Adicionalmente, en lugar de la expresión "resarcimiento", que hace referencia a indemnización compensatoria, debió emplearse el vocablo "reparación".

En la exposición de motivos y comentarios al artículo 1322 ⁽²⁰⁾ se cita la opinión de dos distinguidos tratadistas argentinos, Alfredo Colmo ⁽²¹⁾ y Héctor Lafaille ⁽²²⁾, quienes se pronuncian favorablemente por la admisibilidad de la reparación del daño subjetivo en la inejecución de las obligaciones.

Se sostiene correctamente en la indicada exposición de motivos que: "Las normas de justicia imponen la obligación de indemnizar siempre el detrimento irrogado, sea que se trate de daños exclusivamente patrimoniales o de daños morales que engendren o no perjuicios económicos. Aunque es poco frecuente encontrar en materia contractual intereses lesionados de carácter exclusivamente moral, ello no es objeción para que no se reparen cuando se demuestre su existencia. En el campo contractual, al igual que en el extracontractual, es mejor buscar una reparación imperfecta —la entrega de una suma de dinero por concepto de indemnización— a dejar, simplemente, sin protección alguna un derecho vulnerado. En suma, cuando el daño moral existe, su sanción debe seguirle como consecuencia necesaria, cualquiera que sea su procedencia y naturaleza" ⁽²³⁾.

En el caso del derecho argentino, la reparación del daño subjetivo en materia contractual está aceptada por el artículo 522 del Código Civil, de acuerdo con el texto

(20) Osterling Parodi, Felipe, con la colaboración de Cárdenas Quirós, Carlos, op. cit., págs. 449 y 450.

(21) "Dice Alfredo Colmo al referirse al daño moral, que no puede haber Código con soluciones que pugnan contra el más elemental sentido jurídico. Por encima de textos literales, fuera de preceptos taxativos, está el espíritu de la legislación, está la conciencia jurídica, que valen, cuando son generales y fuertes, como aquí pasa, por todos los artículos imaginables.."

(22) "Héctor Lafaille por su parte, expresa que 'el perjuicio que experimenta el acreedor no es siempre de naturaleza patrimonial. Aunque con menor frecuencia, el retardo o el incumplimiento pueden afectar otro género de facultades, todavía más preciosas, como aquellas que integran la personalidad misma o determinan sentimientos legítimos'".

(23) Osterling Parodi, Felipe, con la colaboración de Cárdenas Quirós, Carlos, op. cit., pág. 450

ordenado por la Ley 17.711 de 1968: "En los casos de indemnización por responsabilidad contractual el juez podrá condenar al responsable a la reparación del daño moral que hubiere causado, de acuerdo a la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias".

Lamentablemente, la redacción del texto transcrito, en especial por el empleo del vocablo "podrá", ha dado lugar a que se interprete por la doctrina y jurisprudencia argentinas, que el juez puede decidir libremente si otorga o no la reparación de acuerdo con las circunstancias no obstante estar probado el daño. Por nuestra parte pensamos que el precepto debe ser entendido en el sentido de que autoriza al juez a condenar al causante del daño a su reparación, sin que pueda sustraerse a ello una vez que el daño haya quedado debidamente acreditado.

A este respecto, es oportuno señalar que en el Proyecto argentino de Ley de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación, que a la fecha ya se encuentra aprobado por la Cámara de Diputados, se contempla la modificación del artículo 522 en los siguientes términos: "La indemnización comprende el daño moral".

Fuego Laneri (24) menciona los siguientes casos en que los jueces argentinos han declarado procedente la reparación del daño moral:

- "a) Por lesión estética sufrida por la pasajera en el transporte oneroso de personas. Naturalmente, es un agravio al derecho a la integridad física y a la dignidad en razón de haber alcanzado el rostro u otra parte de su cuerpo, no cubierta normalmente por ropa, un aspecto anormal y, en casos, horripilante.
- b) Por la aflicción provocada a consecuencia de una deficiente atención médica. Un agravio a mi derecho a la salud y a la normal tranquilidad que de ello se deriva.
- c) Por la gran demora del empresario en entregar la vivienda cuya construcción se le había encomendado, lapso durante el cual el propietario debió habitar en un ambiente lastimoso y en condiciones inhumanas. El derecho a la vivienda, con mayor razón si es propia, ha sufrido agravio y menoscabo, con el agregado de interrumpir la vida normalmente tranquila.
- ch) Por el equivocado rechazo, a causa de la falta de fondos, hecho por el Banco, de los cheques librados, por el cuenta correntista y entregados a terceros. Se afectó el buen crédito comercial y la confianza a que todos tenemos derecho fundamentalmente.
- d) Por la zozobra moral provocada a quien utiliza un automóvil por la falta de entrega de la documentación necesaria para circular. El derecho a la dignidad, no pasando por infractor, descuidado e irresponsable.
- e) Por el incumplimiento doloso de la obligación de pagar una suma de dinero. Agravio a mi derecho a ser dueño de lo mío, pacíficamente y a tiempo, con ma-

(24) Fuego Laneri, Fernando, *op. cit.*, pág. 26.

por razón si ha mediado voluntad infraccional del deudor para obtener provecho propio y a sabiendas que me perjudica y altera mi derecho a la tranquilidad"⁽²⁵⁾.

El daño subjetivo también procede en la responsabilidad precontractual. A este respecto participamos de la opinión de Brebbia⁽²⁶⁾, quien afirma que "deben considerarse como propiciando la responsabilidad moral en materia precontractual, aunque no lo digan expresamente, todos aquellos autores que admiten el resarcimiento de tal agravio en los supuestos de hechos ilícitos civiles, dado que los casos de responsabilidad 'in contrahendo', por definición, se encuentran excluidos del dominio contractual".

(25) En el mismo texto citado en la nota (16), Fueyo Laneri expone cinco casos de jurisprudencia, uno de Rumania, tres de Francia y uno de Chile relativos a la reparación del daño moral en la responsabilidad contractual. Como señala el autor (op. cit., pág. 27), "es importante en ellos destacar que se han producido sin legislación que consagre el daño moral en lo contractual, demostrándose abiertamente, al propio tiempo, que las normas jurídicas no están sólo en los textos explícitos sino que, por sobre todo, en los principios generales que se encuentran establecidos en la ley o en un Código y que el juez sabe encontrar y aplicar".

Los cinco casos mencionados se refieren a la revocación abusiva de un "mandato" judicial, bajo acusación de extralimitación; a la ruptura injustificada de un contrato de servicios profesionales con un arquitecto; al daño moral causado por un abogado que desatiende el litigio, por culpa o negligencia, por lo cual el cliente es declarado padre natural de una criatura; a un empresario que no anuncia a una actriz en la cartelera con los caracteres convenidos; y al incumplimiento de la obligación de otorgar recibo por pago de dinero, o bien de restituir el respectivo título de crédito (op. cit., págs. 127 a 32).

Aida Kemelmajer de Carlucci refiere resumidamente en su obra sobre la cláusula penal un caso analizado por Gino Gorla (El contrato. Problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico. Traducción y notas de comparación y adaptación al Derecho español por José Ferrandis Vilella, Tomo II, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1959, págs. 341-346), que fue resuelto por el Tribunal de Comercio de Lyon en setiembre de 1936: "Dos sociedades israelitas habían pactado con el carnicero Barouk Bittoum que éste sólo vendería en su negocio carne 'Kacher' (es decir, procedente del sacrificio hecho según las formas rituales). Para el supuesto del incumplimiento de esta obligación de no hacer (se obliga a no vender carne de otro origen) se pactó en concepto de daños y perjuicios 500 francos por cada kilogramo de carne vendida que no fuera 'Kacher'. Habiendo violado el comerciante la palabra empeñada y reconociendo haber vendido 12 kilos de carne no 'kacher' a persona no israelita, los acreedores reclamaron el cumplimiento de la cláusula penal. El tribunal francés condenó el pago de la cláusula (aunque la redujo), sosteniendo que la conducta de Bittoum les causó a los miembros de la sociedad un perjuicio moral al sembrar malestar e inquietud entre los miembros de la colectividad, en cuanto no tendrían de allí en más la seguridad de estar comiendo carne de conformidad con los preceptos religiosos" (Kemelmajer de Carlucci, Aida, La cláusula penal, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981, pág. 168).

Finalmente, mencionamos el siguiente caso denunciado en la Sección "Cartas al Director" del diario ABC de Madrid en su edición del 2 de julio de 1987, pág. 18: una actriz, Amaia Lasa, fue contratada para interpretar el personaje de María del Carmen en la serie "Visperas", producida y dirigida por Eugenio Martín para Televisión Española. La interpretación realizada por la actriz fue adulterada por la introducción de una segunda interpretación, puesto que sin su conocimiento ni consentimiento fue doblada. La afectada reclamó ante los Tribunales por los daños ocasionados a su imagen profesional y personal derivados del incumplimiento del contrato celebrado con la productora Vega Films. S.L., de la que era representante el señor Martín.

(26) Citado por Fueyo Laneri, Fernando, op. cit., pág. 33.

En el caso del Código Civil peruano vigente es pertinente citar la regla del artículo 1362, según el cual: "Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes".

La ruptura injustificada de las tratativas, por ejemplo, dará lugar a responsabilidad precontractual, la cual, no teniendo una regulación específica, deberá regirse por las reglas de la responsabilidad extracontractual que incluyen la reparación del daño moral y el daño a la persona (artículo 1984 y 1985).

VI. DAÑO SUBJETIVO Y PERSONAS COLECTIVAS.

Afirmamos que es posible que una persona colectiva sufra daños de orden subjetivo.

En el caso peruano, esta posición se ve confirmada por el hecho de que la Constitución Política de 1979 establece en su artículo 3 lo siguiente: "Los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas peruanas, en cuanto le son aplicables".

Como es evidente, las personas colectivas o jurídicas pueden experimentar la agresión sólo de algunos derechos, tales como el honor, la buena reputación, el crédito comercial, la igualdad ante la ley, la inviolabilidad del domicilio, la libertad de contratación, la propiedad, etc.

Observa acertadamente Fueyo Laneri ⁽²⁷⁾ que no es razón suficiente para sostener que las personas colectivas no pueden sufrir daños subjetivos, el hecho de que dichos entes "sólo puedan experimentar algunas formas especiales de daño extrapatrimonial. Por descontado que a nadie se le ocurriría que estamos frente a una carrera por la extensión o por el número. Basta que sean posibles agresiones a ciertos derechos de la personalidad... El bien jurídico protegido existe y la agresión al mismo además de ser posible es frecuente en la vida real. Eso basta".

Y agrega: "Tampoco es suficiente que estos entes no sean capaces de sufrir dolor, sufrimiento, padecimiento de ánimo, ni sean capaces de derramar lágrimas, etc. que es el miraje del daño moral por el ángulo de las consecuencias sentimentales que suelen producirse; posición feble, acientífica, que muchos rechazamos... Justamente la tesis del 'pretium doloris' se impugna, entre otras razones, porque no es capaz de coadyuvar a la protección de intereses del más alto valor cuando de personas jurídicas se trata".

Es que concebido el daño moral con el alcance restringido señalado antes (vid. supra 2), debe descartarse efectivamente que pueda ser ocasionado a una persona colectiva. No así si se opta por una concepción lata de la expresión "daño moral" o si con mayor propiedad se habla de daño subjetivo.

VII. CONCLUSIONES

Debe procurarse la más amplia protección de la persona, a la que se proclama como fin supremo de la Sociedad y del Estado (artículo 1 de la Constitución Polí-

(27) Fueyo Laneri, *Fernando*, op. cit., pág. 53.

ca del Perú), con derechos anteriores y superiores al Estado y con preeminencia sobre el patrimonio —que tiene carácter puramente instrumental, que es simplemente un medio, pues está ordenado a las personas, a su beneficio—. Por tal razón, es preciso traducir ese propósito en normas positivas concretas contenidas en las leyes y códigos, que establezcan explícitamente la reparación del daño subjetivo en forma ilimitada e incondicionada.

Pero obviamente eso no es suficiente. Es esencial alentar una renovación humanizadora, es preciso **HUMANIZAR A LA HUMANIDAD**, que se reconozca efectivamente al ser humano, a todo ser humano, como centro y raíz de la creación; que cada uno sea tratado por el otro como ser humano.

Hago más para concluir estas palabras del S. S. Pablo VI tomadas de su Encíclica *Populorum Progressio*:

"Es un humanismo pleno el que hay que promover. ¿Qué quiere decir esto sino el desarrollo integral de todo el hombre y de todos los hombres? Un humanismo cerrado, impenetrable a los valores del espíritu y a Dios, que es la fuente de ellos, podría aparentemente triunfar. Ciertamente el hombre puede organizar la tierra sin Dios, pero 'al fin y al cabo, sin Dios no puede menos de organizarla contra el hombre. El humanismo exclusivo es un humanismo inhumano'. No hay, pues, más que un humanismo verdadero que se abre al Absoluto, en el reconocimiento de una vocación, que da la idea verdadera de la vida humana. Lejos de ser la norma última de los valores, el hombre no se realiza a sí mismo, si no es superándose. Según la tan acertada expresión de Pascal: 'el hombre supera infinitamente al hombre' "