

EL DAÑO A LA PERSONA

Dr. Juan Morales Godo *

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Denominación y concepto. 2.1. Daño moral y daño a la persona. 2.2 Daño a la persona o daño subjetivo. 3. El daño personal en el Derecho Romano. 4. Clasificación del daño a la persona. 5. Daño a la persona, contractual y extracontractual. 6. Daño a la persona y las personas jurídicas.

1. Introducción.

El "daño a la persona" constituye la punta que sobresale de un gran iceberg jurídico, por lo que entenderlo, significa necesariamente, analizar la inmensa masa jus filosófica que lo sustenta. No es una Institución jurídica más, sino que representa la plasmación de una corriente que irrumpe rápida y progresivamente en las legislaciones, en base a un desarrollo doctrinario que bebe de las fuentes antiguas y modernas del humanismo de distintos orígenes, cuyo punto de coincidencia es colocar al ser humano como centro de preocupación y debate, revalorizándolo, tratando de perfilar sus derechos fundamentales con la mira de defender lo más apreciado de la especie humana, y que constituye el resumen de todos los derechos y valores: su DIGNIDAD.

El Código Civil Peruano es, quizás, el primero que se ocupa expresamente del daño a la persona, tratando de perfilarlo autónomamente, y aún, cuando no existe

(*) Dr. Juan Morales Godo, Profesor de Derecho Civil de la UNMSM.

un tratamiento coherente, constituye todo un aporte en esta lucha por la defensa de los derechos fundamentales de la persona y por la necesidad de darle una protección prevalente en la legislación civil, redimensionando al ser humano en su vinculación con la sociedad.

Otras legislaciones, en mayor o menor medida, tratan del denominado daño moral, en contraposición con el daño patrimonial; y a través de dicha figura se comprende gran parte del contenido del daño a la persona; pero, no sólo es inadecuada la denominación, sino que su contenido ha adquirido distintas magnitudes, llegando en algunos casos, a su mínima expresión como es el considerarlo como aquel dolor, sufrimiento, aflicción, que se causa a la persona ante un daño, sea patrimonial o no.

Consideramos que, con el desarrollo que adquiera el daño a la persona podrá apreciarse en su real magnitud todos los valores que pueden verse afectados por un ataque a los derechos fundamentales y que no tienen una valoración pecuniaria, en especial, aquel daño grave que lleva como consecuencia el truncamiento de una vocación, de un proyecto de vida, y que necesariamente debe ser compensado.

2. Denominación y concepto de daño a la persona.

El concepto de daño implica toda modificación peyorativa de un bien material o inmaterial de un sujeto de derecho. De esta concepción amplia deriva la clasificación del daño en patrimonial y no patrimonial. Con relación al daño patrimonial, las categorías son claras y no existen discrepancias sustanciales en la Doctrina. El problema se suscita con el daño no patrimonial, llegando algunos a excluirlo del concepto de daño, para otorgarle a este último una dimensión exclusivamente patrimonial. Algunos, como GALLI¹, prefieren denominar "agravio moral" a lo que conocemos como "daño moral".

Ahora bien, cuando se analiza el daño no patrimonial, coinciden algunos autores en que se está referido a la protección de los derechos fundamentales de la persona, y analizando los criterios para determinar el daño no patrimonial o moral, encontramos algunos conceptos que nos permiten definir el daño a la persona como categoría distinta del daño moral.

Es necesario mencionar, sin embargo, la dificultad que existe para precisar el concepto de daño a la persona, pero se reconoce su existencia en la experiencia

¹ GALLI, Enrique, "Agravio Moral", Enciclopedia Jurídica Omeba T.I., Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1968, p. 604.

jurídica y por ende la preocupación por lograr su justa satisfacción.

FERNANDEZ SESSAREGO, en nuestro medio, es quien ha trabajado más el concepto de daño a la persona, siendo el autor de la incorporación legislativa en el nuevo Código Civil Peruano de 1984. El Maestro peruano ⁽²⁾ coincide con la mayoría de los autores que tratan el tema, quienes señalan que el daño a la persona se produce cuando se lesiona la integridad sicosomática, produciéndose daños de consecuencias no patrimoniales que inciden sobre la persona en sí. Y resume su concepción en la siguiente forma: "(...) En general el daño a la persona es todo aquél 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, deteriorando su prestigio, imputándole conductas que no le corresponden, atribuyéndose la paternidad de sus acciones o creaciones, entorpeciendo su vida de relación, atentando contra su salud.(...)" ⁽³⁾

MESSINEO ⁽⁴⁾ se percató de que cuando el daño es a una cosa, no existen mayores discrepancias en cuanto a la repercusión patrimonial, pero no lo aprecia con claridad cuando se trata del daño a la persona. Considera que los daños a la persona tienen un carácter patrimonial en cuanto suprime o reduce la capacidad para el trabajo del sujeto lesionado. Aquí, consideramos está el daño a la persona, independientemente del daño moral, entendido como dolor. Lo que ocurre es que la consecuencia patrimonial del daño a la persona, puede producirse, pero no es valorizable, no es medible pecuniariamente. Por ello es importante la observación que hace BREBBIA cuando distingue VALOR ECONOMICO Y VALOR PECUNIARIO. Relacionando estas ideas con el concepto de MESSINEO, podemos afirmar que los bienes personales afectados por el hecho ilícito poseen un determinado valor económico y como tal influyen en la capacidad productiva del sujeto agraviado, pero carecen de valor pecuniario, es decir, no son medibles en dinero.

Tanto el daño a la persona como el daño moral no tienen un valor pecuniario, no son medibles en dinero, por ello son considerados extrapatrimoniales; pero el daño a la persona tiene un valor económico en cuanto que influye en la capacidad

² FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, " *Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas*", Ed. Universidad de Lima, 1990, Lima, p. 280.

³ *Ibidem*, p. 298.

⁴ MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Ed. EJEA, Buenos Aires, 1979, T. VI, ps. 565-566.

productiva y de rendimiento del sujeto, valor que no se aprecia en el daño moral.

MOSSET ITURRASPE ⁽⁵⁾, al tratar sobre el daño moral, vislumbra que existen determinados bienes o derechos de la personalidad, cuya afectación produce consecuencias de orden patrimonial, y por lo tanto no pueden ser calificados como estrictamente morales, ya que si nos atenemos a las consecuencias deberían ser calificados como patrimoniales, pero resulta que no se trata de daños al patrimonio estrictamente, ya que son ataques a los derechos fundamentales del ser humano. Inclusive, utiliza la expresión daño a la persona para identificar estos bienes afectados. Ante esta incertidumbre el considera que no es necesario un TERTIUS GENUS y se atiene al resultado, a las consecuencias. Creo que llegamos a un punto en que concordando en la existencia de daños a la personalidad de características especiales, en nuestro caso, denominamos a ello daño a la persona, pues no tiene puramente un carácter patrimonial, aunque, como hemos afirmado anteriormente, si tiene una trascendencia económica, la misma que no es medible pecuniariamente. MOSSET opta por calificar estos daños, patrimoniales, si es que tienen consecuencias económicas y, morales, si tienen consecuencias espirituales. En otras palabras persiste en la clasificación tradicional.

FERNANDEZ SESSAREGO ⁽⁶⁾, por su parte, trata de resumir los aspectos que comprende el daño a la persona en los siguientes términos: " En general, las diversas definiciones que se formulan sobre el daño a la persona ponen el acento ya sea en el aspecto relativo a la ausencia de lesión sobre el patrimonio del sujeto o, más frecuentemente, sobre la naturaleza del bien o interés sobre el cual recae la agresión, es decir, un bien y un interés no patrimoniales. En cuanto al primero de tales elementos se advierte por varios autores que el daño causado se constituye como uno que no puede resarcirse mediante una suma de dinero equivalente al daño producido. En lo que respecta al segundo elemento se señala que el bien lesionado es de naturaleza inmaterial, sobre el cual el agente infractor actúa generando una consecuencia negativa, una alteración desventajosa para el equilibrio psicológico o el desenvolvimiento de la personalidad del sujeto."

o La denominación en términos universales la encontramos acertada, por cuanto se trata de contraponer el daño que afecta estrictamente a los derechos fundamentales de la persona, de los daños patrimoniales, aún cuando, en nuestro medio, como apreciaremos en sub capítulo siguiente, la persona es una categoría jurídica de menor alcance que sujeto de derecho, por lo que algunos lo han preferido

⁵ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por daños*, T. IV, Ed. Ediar, Argentina 1986, ps. 239-246.

⁶ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, *ob. cit.*, (Nuevas Tendencias), p. 280.

denominar daño subjetivo (⁷)

2.1 Daño moral y daño a la persona.

Es menester insistir en ambos conceptos a fin de tratar de precisar los campos de cada una de las instituciones, pues, un sector mayoritario de la doctrina trata, el tema en estudio, sólo como daño moral, considerando implícito el concepto de daño a la persona.

Ocurre que, si bien ambas categorías tienen de común que son de orden extrapatrimonial y que los daños no pueden ser mensurados pecuniariamente, resulta que al daño moral se le ha concedido un campo muy limitado al considerarlo sólo como el dolor que sufre la persona ante una trasgresión de algún derecho; otros, consideran que como no es posible reparar el daño moral por no ser mensurable pecuniariamente, éste no debe ser indemnizable.

En nuestro medio a predominado la concepción del daño moral como un dolor, una aflicción, sostenida por León Barandiarán y Fernando de Trazegnies.

El asunto es precisar los alcances conceptuales. Por lo que hemos definido como daño a la persona, esta última concepción sostenida por los juristas peruanos mencionados en el párrafo anterior respecto del daño moral, resultaría limitativa, ya que está comprendiendo todas aquellas trasgresiones a derechos fundamentales de la persona, y que si bien no tienen traducción pecuniaria, si pueden llegar a tener significación económica, con mayor razón si es que implica un trastocamiento de su proyecto de vida. Estos aspectos no pueden quedar subsumidos únicamente en el "dolor" a lo que se redujo el daño moral. El daño a la persona es mucho más profundo, pues es un ataque a un derecho fundamental, es un ataque a la persona en cuanto tal.

Algunos autores, sin embargo, dentro de la concepción del daño moral, influenciados especialmente por el desarrollo de la jurisprudencia francesa, involucran dentro de la concepción de daño moral los aspectos que se perfilan como

⁷ CARDENAS QUIROS, Carlos, "Apuntes sobre el denominado daño a la persona en el Código Civil del Perú de 1984", Aequitas, Revista de Derecho y Ciencia Política, N° 1, Año 1, Publicado por Cidde, p. 77.

propios del daño a la persona. Así lo estima FELIPE OSTERLING⁽⁸⁾, al comentar el art. 1322 del Código Civil Peruano. Por su parte CARLOS CARDENAS⁽⁹⁾, hace el distingo con bastante precisión de ambos conceptos, colocando al daño a la persona como género y al daño moral como especie, conforme lo hace también FERNANDEZ SESSAREGO⁽¹⁰⁾.

Por nuestra parte, consideramos que el daño a la persona tiene connotaciones propias y que trasciende al daño moral, cuya denominación es cuestionada; existe una relación de género a especie, pero no deben subsumirse una a otra, y que si bien, el legislador al incluir el daño a la persona en el art. 1985 del Código Civil Peruano de 1984, no eliminó el daño moral, como parece insinuar Fernández Sessarego que debió hacerlo, consideramos que su presencia es acertada. El daño moral, entendido como dolor, aflicción, angustia, sentimiento, puede coexistir con el daño patrimonial y con el daño a la persona. En el primer caso, pudiera no coexistir en alguna situación, pero en el segundo resulta difícil pensar que no.

En conclusión, somos de la opinión que debemos desarrollar el concepto del daño a la persona, para contraponerlo al daño patrimonial, y que el daño moral continúe bajo los mismos lineamientos con que ha sido tratado, restrictivamente, limitándolo al dolor. Y, como hemos señalado líneas arriba, si bien entre el daño a la persona y el daño moral existe de común la naturaleza extrapatrimonial, el daño a la persona sí puede tener significación económica, aunque no medible pecuniariamente, especialmente cuando se trastoca la capacidad laboral futura de la persona; en cambio, en el daño moral no existe significación económica alguna, ni puede ser medible pecuniariamente.

Sostenemos la conveniencia de mantener la concepción del daño moral, sin subsumirlo al daño a la persona, porque la diferencia estaría en que el daño moral se presenta también cuando no se agrede un derecho fundamental de la persona, es decir, cuando se afecta un bien material, con significación pecuniaria.

Tampoco se trata de un problema de denominación, como señala TRAZEGNIES

⁸ OSTERLING, Felipe, *Código Civil, T. V, Exposición de Motivos y Comentarios. Las Obligaciones*, Compiladora Delia Revoredo, Lima, 1988, p. 449.

⁹ CARDENAS QUIROS, Carlos, *ob. cit.*, ps. 75-76.

¹⁰ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, *ob. cit.*, (Nuevas Tend.) p. 311.

(¹¹) sino de establecer verdaderas categorías jurídicas, válidas por si mismas y que sean operativas. El destacado jurista peruano opta por considerar que no es necesario crear la categoría del daño a la persona, y que es suficiente con la categoría del daño moral que comprendería todos los aspectos que hemos señalado para el daño a la persona.

2.2 Daño a la persona o daño subjetivo.

En un importante trabajo sobre el daño a la persona, al cual nos hemos referido líneas arriba, C. RDENAS QUIROS (¹²) cuestiona tal denominación a la categoría en estudio, en función al tratamiento que brinda nuestro Sistema Jurídico a la persona y a los sujetos de derecho. En efecto, si bien es cierto que, en la mayoría de los sistemas jurídicos nacionales existe una identificación entre persona y sujeto de derecho - no hay mas sujeto de derecho que la persona, que puede ser natural o jurídica- en el caso peruano, el nuevo Código Civil introduce la novedad de considerar al concebido como sujeto de derecho, al igual que los entes no personificados, es decir, el conjunto de personas que actúan como si fuesen persona jurídica, pero que no están inscritas en los Registros Públicos; permaneciendo el concepto de persona, dentro de la concepción tradicional de considerar como tal al ser humano desde el momento del nacimiento hasta su fallecimiento, y a las personas colectivas o morales inscritas en los Registros Públicos.

En consecuencia, para el sistema jurídico peruano existen dos entes considerados como personas, la persona natural y la persona colectiva; pero existen cuatro entes considerados como sujetos de derecho, a saber: el concebido, la persona natural, la persona jurídica debidamente inscrita en los Registros Públicos y los entes no personificados por no estar inscritos. Toda persona es sujeto de derecho, pero no todo sujeto de derecho es persona.

Pero, cuando nos referimos a los sujetos de derecho estamos vislumbrando al ser humano, a la vida humana en sus distintas etapas y funciones. El sujeto de derecho es el ser humano desde el momento de la concepción hasta su fallecimiento, y lo es también en su vida de relación cuando se junta con otras personas para determinados fines, formando lo que se denomina la persona jurídica, y lo es también cuando juntándose con otras personas no cumplen con inscribirse en los

¹¹ TRAZEGNIES, Fernando, *La Responsabilidad Extracontractual*, T.II, Biblioteca para Leer el Código Civil, Vol. IV, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988, ps. 107-108.

¹² CARDENAS QUIROS, *ob. cit.*, ps. 77-78.

Registros Públicos como persona colectiva.

Por ello es que CARDENAS QUIROS, considera que limitar el daño a la persona, estaríamos dejando de lado a dos sujetos de derecho que no son persona, pero que son vida humana y que podrían ser objeto de agresión a sus derechos fundamentales como seres humanos, especialmente el concebido. Propone, en consecuencia, y lo consideramos válido para nuestro medio, que el daño se refiera al sujeto y no a la persona, por ser más amplia su cobertura. Denomina a esta categoría daño subjetivo. CARDENAS (13) dice: "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 pondría 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 que tiene como eje al patrimonio".

Por nuestra parte, a pesar de reconocer que para nuestro medio la cabal expresión jurídica sería daño subjetivo, conforme lo plantea CARDENAS QUIROS, preferimos seguir utilizando la expresión daño a la persona o daño personal, fundamentalmente por su vocación universal y porque, como hemos indicado en puntos anteriores, remarca la distinción con los daños patrimoniales que están referidos a las cosas, mientras que la categoría en estudio está referida a los daños a la persona humana. Después de todo, el Perú es el único país que establece este distinción conceptual.

Las legislaciones consideran al concebido como nacido, acogiendo la teoría de la ficción y por ende con un tratamiento como persona en cuanto le favorece, y en Argentina que, dicho sea de paso es un caso único, considera al concebido como persona.

3. El daño personal en el Derecho Romano.

Se ha considerado que el daño, en el Derecho Romano, tuvo una connotación preponderantemente patrimonial. Basados en el concepto de reparación, consideraron que ello sólo era posible frente al daño material, y se referían a una "satisfacción" cuando se trataba del daño moral. Esta doble consideración frente al daño sea

¹³ *Ibidem*, p. 78.

material o moral, lleva a la conclusión a TRAZEGNIES ⁽¹⁴⁾ el considerar la naturaleza vengativa de la indemnización por daño moral. Sin embargo, otros autores, aceptando que el daño moral o personal no es "reparable" aceptan la "satisfacción" como medio de compensar el daño existente a la persona.

El llamado daño moral no fue ignorado en Roma, los bienes extrapatrimoniales fueron también objeto de tutela. PETIT ⁽¹⁵⁾ refiere que la palabra Injuria, significa todo acto contrario a derecho, pero en una acepción más restringida designa el ataque a la persona.

El mismo PETIT, a continuación señala los caracteres de la injuria, distinguiendo una primera etapa, a través de la ley de las XII tablas, en la que injuria comprendía solo los ataques a la persona física, golpes, heridas; una segunda etapa, el Derecho Clásico, el contenido conceptual de la injuria se amplió, comprendiendo al ataque a la personalidad bajo las formas más diversas, de lo que hoy en día comprenderíamos como daño a la persona: golpes o heridas, difamación escrita o verbal, violación de domicilio, ultrajes al pudor, y en general todo aquello que constituya un ataque al honor y a la reputación.

La actio injuriarum se concedía a la persona injuriada y se ejercitaba contra el culpable y sus cómplices. Era personalísima y por ende intransmisible. Se extinguía con la muerte del ofensor o del ofendido, así como también por el perdón de la injuria. Tenía como misión proteger la personalidad contra ataques antijurídicos. Tenían una concepción amplia en la protección de la personalidad, a tal punto que castigaban algunos actos antijurídicos que hoy podríamos considerarlos como ataques a las cosas, pero ellos lo consideraban como un delito contra la personalidad. El carácter personalísimo que tenía demostraba la naturaleza penal en aquella época.

Esta acción versaba sobre una suma de dinero, que debía precisarse por el accionante, además de indicar la lesión causada por la injuria. Su función primordial era indemnizar el daño no patrimonial, ofreciendo una satisfacción al agraviado.

FISCHER ⁽¹⁶⁾, refiriéndose a la protección de la personalidad a través de la actio Injuriarum, señalaba: "Estos ataques pueden afectar directamente a la persona del lesionado, ofendiendo su honor, menoscabando su libertad o atacando a su

¹⁴ TRAZEGNIES, Fernando, *ob. cit.*, T. II, p.95.

¹⁵ PETIT, Eugene, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Ed. Nacional, México, 1963, p. 464.

¹⁶ FISCHER, Hans, *Los daños Civiles y su reparación*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1928, ps. 232-233.

cuerpo, y pueden realizarse también indirectamente, recayendo de un modo consciente e insidioso sobre ciertos derechos, principalmente de índole patrimonial. Las fuentes citan entre los casos injuriosos de esta segunda clase: impedimentos o perturbaciones en el disfrute de la propiedad inmueble, por parte del vecino, consistentes, por ej., en derivaciones abusivas de aguas o humos; apaleamiento injustificados de esclavos ajenos, etc. (D.47,10,15,34). El ladrón que se oculta para ejecutar el robo y antes de consumarlo es descubierto, queda sujeto a la *actio injuriarum*, por allanamiento de morada (D. 47,2,21,7)."

La ley de las XII tablas aplicaba el talión a las injurias más graves. (ojo por ojo, diente por diente), o una composición pecuniaria entre las partes. PETIT⁽¹⁷⁾, menciona que existía una especie de lesiones tasadas, por tal fractura el ofensor debía abonar tanta cantidad de dinero. Luego desapareció esta forma de reparación o "satisfacción" y era el magistrado quien fijaba la cantidad prudencialmente.

Conforme apreciamos, el Derecho Romano no descuidó la tutela de los bienes extrapatrimoniales y concretamente los referidos a la personalidad. Por ello, encontramos los antecedentes del daño a la persona, tanto por el contenido, referidos a los derechos de la persona, como por la forma de compensación o "satisfacción".

4. Clasificación de los daños personales.

Nuestro pensamiento arriba a la conclusión de considerar a los llamados daños no patrimoniales o morales, como daño a la persona, considerándolo como género, y como especie al daño moral en sentido restringido, considerándolo como el dolor, la aflicción, la pena, etc, que sufre la persona perjudicada con un daño de cualquier naturaleza. Para ello seguiremos la clasificación que hace BREBBIA⁽¹⁸⁾ cuando se refiere al daño moral.

Debemos remarcar la dificultad que hemos encontrado para efectuar una clasificación, por la diversidad de los derechos afectados, por la heterogeneidad de los mismos como lo señala MOSSET ITURRASPE.

Siguiendo a BREBBIA, consideramos que si lo característico del daño a la persona es la protección de los derechos de la personalidad, la clasificación que

¹⁷ PETIT, Eugene, *ob. cit.*, p. 465.

¹⁸ BREBBIA, Roberto, *El Daño Moral*, Ed. Bibliográfica, Argentina, Buenos Aires, 1950, ps. 223 y sgtes.

efectuemos deberá tener relación con los diversos derechos que protegen la personalidad. Nosotros tenemos un punto de vista respecto al tema de la naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad, que está desarrollado en el capítulo primero de esta monografía. Por ello partimos de la concepción que los derechos de la personalidad constituyen verdaderos derechos subjetivos.

Considera el citado autor que los derechos de la personalidad, pueden ser apreciados desde una perspectiva subjetiva y objetiva. El lado subjetivo de la personalidad moral está formado por aquellos bienes personales que posee el sujeto en razón de su individualidad biológica y psíquica, cuya conculcación sólo puede ser apreciada de un modo indirecto por las demás personas.

En cambio el aspecto objetivo de la personalidad moral, admite una comprobación más directa de las demás personas, cuando se produce alguna trasgresión, por cuanto dichos bienes aparecen originados no en la naturaleza biológica del ser humano, sino en la vida de relación.

Los daños a la persona se clasificarían en:

a) Daños originados por la violación de los derechos inherentes a la personalidad que protegen el aspecto objetivo o social de la persona.

Incluimos dentro de este grupo, no con el carácter de taxativos, el derecho al honor, el nombre, la imagen, la voz, la libertad de acción, honestidad u honor sexual, etc.

b) Daños a la persona referidos al aspecto subjetivo de la personalidad.

Incluimos dentro de este grupo, la integridad física, la intimidad, derecho de autor, afecciones legítimas (lazos afectivos de vinculación familiar) y afecciones patrimoniales (significación especial de las cosas).

Sin embargo, como es fácil apreciar, no parece que se distinga el daño moral, en su especificidad, del género daño a la persona. Esta clasificación sería útil si sólo vamos a cambiar de denominación llamando daño a la persona a lo que tradicionalmente se ha considerado como daño moral. Si ésta es la intención entonces la clasificación es válida. Pero, consideramos que no es cuestión de cambio de denominación, sino que manteniendo la categoría del llamado daño moral, entendiéndolo como especie, frente al género que sería el daño a la persona, debe encontrarse una clasificación que lo comprenda en su especificidad.

5. Daño a la persona, contractual y extracontractual.

Una de las clasificaciones del daño, tradicionales, es considerar que el mismo puede provenir del incumplimiento de un contrato (inejecución de obligaciones) o de un acto ilícito y por ende, extracontractual. Con relación a los daños patrimoniales no existe mayor dificultad en precisarlos dentro de estas dos categorías, pero en relación al daño a la persona, la dificultad radica en determinar si se produce en una relación contractual, ya que no existe la menor duda que la mayor producción de daños son de orden extracontractual.

Ya el daño moral, ha tenido dificultades en algunas legislaciones para ser considerado como indemnizable, con mayor razón ha sido excluido totalmente de las relaciones contractuales, y donde ha sido admitido, se le ha restringido única y exclusivamente a las relaciones extracontractuales, no sin establecer algunas restricciones legislativas. Como el caso de la legislación alemana, Suiza e italiana. Esta última sólo concede indemnización por daño moral cuando el acto lesivo constituye delito, considerándolo por ello sólo aplicable extracontractualmente.

MOSSET ITURRASPE ⁽¹⁹⁾, acepta la existencia del daño moral como consecuencia del incumplimiento de un contrato, todas vez que el mismo presupone la frustración de la expectativa del contratante respecto del objeto del negocio. Considera que en estos casos se parte de un perjuicio patrimonial, por lo que debe determinarse en primer lugar la entidad del daño patrimonial emergente del incumplimiento, para luego establecer el daño moral. Si bien, el incumplimiento está generando una conmoción de orden psíquico, un quebrantamiento de la paz espiritual, este hecho no puede ser la base para la indemnización, ya que primero debe determinarse el daño patrimonial y consecuentemente el daño moral. Lo que significa para el jurista argentino que si no existe un daño patrimonial determinado, no podrá establecerse el daño moral en los incumplimiento de obligaciones .

BREBBIA ⁽²⁰⁾, considera que no existe argumento racional válido para excluir de las relaciones contractuales el daño moral, reconociendo que esta teoría que acepta parcialmente el daño moral, excluyendo de las relaciones contractuales y aceptándolo solo como consecuencia de los actos ilícitos, es la que ha tenido mayor acogida legislativa. El mismo BREBBIA ⁽²¹⁾ señala : " (...) No existe razón alguna para que se admitan en algunos casos y se excluyan en otros del derecho a

¹⁹ MOSSET ITURRASPE, Jorge, ob. cit. T. IV. p. 75.

²⁰ BREBBIA, Roberto, ob. cit., p. 114.

²¹ *Ibidem*, p. 117.

obtener una reparación a daños morales de naturaleza idéntica y solo diferenciados por su origen, o bien, por consecuencias incidentales del hecho generador de responsabilidad. No puede menos de considerarse carente de todo fundamento lógico y racional que, por ejemplo, se considere que debe repararse el agravio sufrido por una persona en su reputación cuando el hecho vulnerado ha producido también perjuicios patrimoniales y no cuando no se ha ocasionado tal clase de perjuicios; o bien, que se indemnice el daño moral resultante a los deudos por la muerte de un pariente cuando el fallecimiento ha sido producido por un hecho ilícito y no cuando el mismo ha sido ocasionado en violación de una norma contractual pre-establecida."

FISCHER (²²), señala que el daño no se limita al de naturaleza patrimonial, sino que también existe el daño moral, el que también debe ser indemnizado, hallándose bajo los mismos requisitos que el patrimonial. Las causas determinantes en ambos casos son las mismas: violación de contratos y comisión de actos ilícitos. Reconoce, de esta forma, la existencia de daño morales como consecuencia de la trasgresión de obligaciones convencionales (contratos).

En nuestro país, LEON BARANDIARAN (²³), comentando el art. 1148 del Código Civil Peruano de 1936, precisa que el daño moral sólo está limitado a los actos ilícitos, no generando el incumplimiento de las obligaciones contractuales tal daño. Esta restricción la explica diciendo que ha existido en general rechazo para admitir la resarcibilidad del daño moral cuando proviene del incumplimiento de obligaciones convencionales, por la naturaleza evidentemente patrimonial de las obligaciones contractuales. Señala que el daño moral proveniente de obligaciones convencionales sólo es factible en los casos expresamente señalados por la ley.

Por su parte REY DE CASTRO (²⁴), admitiendo que en el Derecho Romano también existían las acciones penales y entre ellas, como hemos visto, la *actio injuriarum*, que permitían la indemnización de los daños extrapatrimoniales referidos a los derechos de la personalidad, señala que ello no fue debidamente interpretado por los legisladores del Código Civil Francés de 1804, quienes no se percataron de la dimensión que tuvo en Roma el daño moral, circunscribiéndolo únicamente a los actos ilícitos y bajo esta concepción limitativa se expandió por

²² FISCHER. Hans. *ob. cit.*, p. 221.

²³ LEON BARANDIARAN, José, *Comentarios al Código Civil Peruano, (Derecho de las Obligaciones)*. T.I. Acto Jurídico. Ed. EDIAR, Buenos Aires, p. 477.

²⁴ REY DE CASTRO. Alberto, *La Responsabilidad Civil Extracontractual*, Ed. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1972, ps. 344-345.

todo el mundo, especialmente a América Latina. Sin embargo, señala el mismo autor, en las legislaciones modernas existe una unificación de reglas respecto a la responsabilidad civil sea que provengan de acto ilícito o del incumplimiento de una obligación convencional. Concuere con León Barandiarán en la interpretación que se hace del art. 1148 del Código Civil Peruano de 1936, en cuanto que limita el daño moral a los actos ilícitos.

A la actualidad existe una tendencia mayoritaria de considerar el daño, tradicionalmente considerado moral, y que para nosotros cobra una perspectiva mayor bajo el contenido amplio de daño a la persona, dentro de la responsabilidad contractual. Es evidente que los casos más comunes se presentan en las relaciones extracontractuales.

CARDENAS QUIROS ⁽²⁵⁾, al comentar el Código Civil Peruano de 1984, considera que el "daño subjetivo" se puede presentar tanto en la responsabilidad extracontractual como en la contractual. Considera que el art. 1322 cuando se refiere al daño moral, debió decir daño a la persona, para que de esta forma concuerde con el art. 1985 del mismo Código, no debiendo decir "reparación" sino "reparación".

FERNANDEZ SESSAREGO ⁽²⁶⁾, por su parte, señala que para el Código Civil Peruano, el daño moral también es susceptible de reparación en los casos de inexecución de obligaciones contractuales, conforme a la taxativa regla establecida en el art. 1322. Se muestra decidido partidario de esta norma y a diferencia de MOSSET ITURRASPE, cuya opinión hemos expresado anteriormente, precisa que el daño moral debe ser reparado sin restricciones, autonomamente, sin que sea condición que se haya producido un daño patrimonial.

Por nuestro lado, consideramos que el daño a la persona debe ser reparado, sea que provenga el acto dañoso de un acto ilícito o provenga del incumplimiento de una obligación convencional.

Debemos mencionar finalmente que, CARDENAS QUIROS ⁽²⁷⁾ considera que el daño a la persona también se presenta en la responsabilidad precontractual. Así

²⁵ CARDENAS QUIROS, Carlos, *ob. cit.*, p. 80.

²⁶ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, *ob. cit.*, (Nuevas Tend.), ps. 312-313.

²⁷ CARDENAS QUIROS, Carlos, *ob. cit.*, p. 80.

también lo considera BUSTAMANTE ⁽²⁸⁾, quien señala que en la doctrina se han desarrollado tres teorías para explicar la culpa "in contrahendo". Por un lado, la doctrina contractualista, defendida por Ihering, Saleilles, Demolombe y Planiol, quienes sostienen que el período de formación del contrato forma parte de él; otra teoría, llamada de la responsabilidad precontractual, defendida por Fagella, definiendo con precisión las etapas del contrato y de su formación, y una tercera, doctrina extracontractualista, defendida por Busso, Colmo y Lafaille, quienes consideran que este período debe corresponder a la responsabilidad extracontractual, por ser anterior al contrato. CARDENAS, se muestra partidario de esta última teoría.

Para DE CUPIS ⁽²⁹⁾, sin embargo, en daño in contrahendo, no tiene una configuración única, pudiendo ser considerado en algunas ocasiones como daño contractual y en otras como daño extracontractual, dependiendo del hecho que lo produzca.

Sin embargo, un análisis del art. 1362 del Código Civil de 1984 nos llevaría a la conclusión que, para nuestro sistema, el daño in contrahendo estaría enmarcado dentro del daño contractual. El dispositivo en referencia señala textualmente lo siguiente:

"Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fé y común intención de las partes".

Significa que el contrato es un proceso, y por ende en las fases que median entre el inicio de las tratativas y la conclusión del contrato, las partes están recíprocamente obligadas a mantener un comportamiento que responda a la buena fé. En consecuencia, estamos frente a una relación obligacional, que si bien es precedente a la que se establecerá en el contrato, es un vínculo jurídico que liga a una parte con la otra. Habíamos manifestado al inicio de este capítulo que la denominación daño contractual no era la más apropiada, por cuanto el contrato es sólo una de las fuentes de las obligaciones, resultando que el daño puede producirse, como estamos observando en el punto que analizamos, por el incumplimiento de una obligación que no constituya un contrato. Si a la denominación daño contractual, le damos un carácter extensivo, comprendiendo como lo hace la Doctrina, todo daño producido por el incumplimiento de una obligación, entonces debemos concluir que el daño in contrahendo tiene esa naturaleza.

²⁸ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983, ps. 79-80.

²⁹ DE CUPIS, Adriano, *El Daño*, Ed. Bosch, Barcelona, p. 165.

6. El daño a la persona y las personas jurídicas.

Debemos confesar que en este tema tenemos serias dudas, que esperamos despejar en el futuro con mayor reflexión. En principio, nos inclinamos a pensar que las personas jurídicas no son susceptibles de sufrir daños a la persona, y si hemos convenido en que podríamos denominar daño subjetivo, es fundamentalmente pensando en el concebido, antes que en los otros sujetos de derecho que prevee nuestro ordenamiento jurídico. Y es que preferimos remarcar, cuando optamos por la denominación de daño a la persona, los derechos fundamentales de la personalidad, referidas esencialmente al ser humano.

Y es que entendemos a las personas jurídicas como centros de imputación de referencia normativa, y que si bien están conformados por seres humanos, no dejan de ser centros ideales, es la pluralidad reducida a la unidad normativa. Como ente colectivo no consideramos que debamos atribuirle derechos propios y exclusivos de los seres humanos individuales, pues éstos están destinados a proteger la dignidad del hombre. Con esto no queremos afirmar que las personas jurídicas no merezcan protección. Es indudable que existen ciertos bienes que deben ser protegidos, y por muy semejantes que sean a los derechos de la personalidad, obedecen a otros criterios, muy respetables, pero de ninguna manera podemos considerarlos una extensión de los derechos de la personalidad, los mismos que limitamos al ser humano.

Nosotros consideramos, con FUEYO LANERI⁽³⁰⁾, que existen ciertos bienes jurídicos que deben ser protegidos en el caso de las personas jurídicas, como el honor, la reputación, el crédito, la confianza comercial, etc, lo que no estamos de acuerdo es en considerarlos como derechos de la personalidad. Concordamos en que la trasgresión se presente en la realidad con frecuencia, pero eso no basta para asimilarlos a los derechos fundamentales de la persona. En todo caso, es preferible pensar en una categoría jurídica especial.

Por ello es que discrepamos del art. 3 de la Constitución Política del Estado Peruano, cuando hace extensivo los derechos humanos a las personas jurídicas, en cuanto le sean pertinentes.

³⁰ FUEYO LANERI, Fernando, *La Resarcibilidad del daño Extrapatrimonial o moral como tutela de la persona y los bienes y derechos de la personalidad*, publicado en *Tendencias Actuales y Perspectivas del Derecho Privado y el Sistema Jurídico Latinoamericano*, Ed. Cultural Cuzco SA, Lima, 1990, ps. 156-157.

MOSSET ITURRASPE ⁽³¹⁾, considera que las personas jurídicas carecen de sentimientos, afectos y de integridad física por lo que resultaría un absurdo reconocerlas como sujetos pasivos o agraviados de un daño moral; aún cuando considera que ello sólo es posible cuando existe un agravio patrimonial. Discrepamos con la última parte, por cuanto no alcanzamos a comprender cómo a través del daño patrimonial que se infiere a una persona jurídica puede revelarse el daño moral, si es que estamos reconociendo que es un ente normativo, carente de sentimientos y de integridad física.

El sector de la Doctrina que considera que el daño moral puede ser sufrido por una persona jurídica, consideran que estos entes tienen derechos extrapatrimoniales, aún cuando reconocen que la esfera de la personalidad moral no es tan amplia como la persona individual, pero no es óbice para que se les reconozca como sujetos activos de resarcimiento. FUEYO LANERI ⁽³²⁾ y CARDENAS ⁽³³⁾ se muestran decididos partidarios de esta posición.

Hemos querido resaltar algunos aspectos doctrinarios que presenta el tema del daño a la persona, reservándonos para una próxima oportunidad hacer un comentario del tratamiento que le brinda nuestro Código Civil de 1984.

³¹ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *ob. cit.*, T. IV, p. 225.

³² FUEYO LANERI, Fernando, *ob. cit.*, ps. 156-157.

³³ CARDENAS QUIROS, Carlos, *ob. cit.*, ps. 82-83.

