Pontificia Universidad Catolica del Peru

From the SelectedWorks of Jose L. Gabriel Rivera

Summer February 1, 2016

Daño moral: su tipología y cuantificación

Jose L. Gabriel Rivera

Available at: https://works.bepress.com/jose_gabrielrivera/17/

El daño moral: su tipología y cuantificación

Una breve radiografía del Derecho peruano y del Derecho francés

José Luis GABRIEL RIVERA*

El autor afirma que el problema de la responsabilidad civil de nuestros días es la cuantificación de los daños. Pero, respecto de los daños morales, se pregunta cómo cuantificar lo incuantificable. Por ello, en este artículo describe los criterios o estándares expuestos por la doctrina y el Derecho Comparado que permitan una mayor predictibilidad en cuanto a la reparación de daños relacionados con la lesión a la integridad corporal.

MARCO NORMATIVO

- **Código Civil:** arts. 1984 y 1985.

Introducción

Antes de dar inicio al presente trabajo, no quisiera perder la oportunidad de evocar las palabras de un especialista en responsabilidad civil, el profesor Giulio Ponzanelli, quien –a raíz de su intervención en el *Ciclo de Lecciones Magistrales de Responsabilidad* en la Universitá degli studi de Trento (**octubre**, 2015)– comenzaba su exposición señalando lo siguiente: "Quisiera llamar la atención sobre aquello que actualmente en la Italia del siglo XXI es el **verdadero problema** de la responsabilidad civil […] **la cuantificación del daño**"[1] (las negritas son nuestras).

No le falta **razón** y **actualidad** a tan autorizada opinión, pues si dirigimos nuestra atención a ordenamientos jurídicos europeos tales como el italiano o el francés –por citar algunos ejemplos– podremos advertir **las distintas soluciones** que se han ido gestando en dichos ordenamientos a efectos de ofrecer una respuesta o una estimación aproximada del *quantum damnun*[2].

* Profesor de la Maestría en Derecho Civil y del Centro de Educación Continua de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor de la Maestría en Derecho Civil de la Universidad Nacional de Piura (UNP). Magíster en Derecho por la Universidad de Lorraine (Francia) y Derecho Comparado por la Universidad de Strasbourg (Francia). Miembro de la Asociación *Henri Capitant des amis de la culture juridique française* (sede París).

1 PONZANELLI, Giulio, "Il giudice e la legge nel diritto della responsabilitá civile". En: <http://webmagazine.unitn.it>.

2 Adviértase que las soluciones en dichos ordenamientos jurídicos han venido de diversos flancos: profesores ("teóricos del derecho"), abogados ("prácticos del derecho") y jueces ("quienes deciden el derecho") lo cual evidencia no solo el compromiso de tales actores del derecho para con el tema del *quantum*, sino, además, la relevancia práctica del tema.

Dentro de dicho contexto, los debates más encandilados han tenido lugar a) cuando el daño ha recaído sobre el cuerpo (o integridad) de una persona, o b) cuando se vulneraron sus derechos de la personalidad, o c) cuando se generaron sufrimientos o angustias en ella. Precisamente, esta "dificultad" ha tenido lugar, pues otorgar un equivalente económico que compense **entes y/o consecuencias no-económicas** representaría una contradicción en sí misma.

Por ello, no le falta razón a la profesora Yvonne Lambert-Faivre que ha señalado: "[E]l cautivante [*incantatoire*] **principio** *de* **la reparación integral** suscita hesitaciones y, en ocasiones, **cierto sarcasmo cuando nos referimos a los perjuicios no-económicos**"[3] (las negritas son nuestras).

Y es que a efectos de otorgar una "reparación" para este tipo de daños en materia de responsabilidad civil ¿**cómo cuantificamos lo incuantificable**? No se debe dejar de lado el hecho de que la falta de una respuesta adecuada por parte del ordenamiento jurídico hará que la única perjudicada –y por partida doble– **sea la propia víctima**: primero por un hecho del dañante, luego por la ineficiencia del Sistema.

Por ello, permítasenos realizar unas breves consideraciones sobre lo que a nuestro entender constituye uno de los temas más importantes de la actualidad jurídica de la responsabilidad civil: **la cuantificación de los daños.**

I. Daño moral amplio sensu y/o daño moral *strictu sensu*: la herencia de Carlo Gabba

En materia jurídica es habitual observar el uso del *nomen* "daño moral" cuando se hace referencia a los distintos casos de responsabilidad civil. El radio de acción de referido *nomen* ha llegado incluso a otras ramas del Derecho. Así, por ejemplo, se le trae a colación en los casos de despido arbitrario en **materia laboral** (ha sido objeto de controversia si se puede amparar el daño moral dentro de la vía laboral[4] y, últimamente, se ha llegado a señalar que el daño moral no se presume debiendo ser probado[5]). Se le evoca también en materia de **derechos fundamentales de las personas** (se le imposibilitó practicar un aborto terapéutico a una adolescente de iniciales "LC" lo que motivó que se le otorgue una reparación[6]).

Ciertamente, se trata de una figura cuya definición, límites, funciones, entre otros, se encuentran dentro de las más controvertidas de la responsabilidad civil, llegando a ser mal empleada por los abogados (termina siendo reducida a una caja de pandora que permite dar fundamento a la solicitud de reparaciones astronómicas) e incomprendida por la jurisprudencia (que, por ejemplo, ha

3 LAMBERT-FAIVRE, Yvonne, "L'indemnisation des victimes de préjudices non économiques". En: *Les Cahiers de Droit*. Vol. 39, N°s 2-3, juin-septembre, 1998, p. 540. En similar sentido, MOLFESSIS, Nicolas "La réparation du préjudice extrapatrimonial". En: AA. VV. *Les limites de la réparation du préjudice*. Dalloz, París, 2009, p. 396 y ss., quien al referirse a los daños extrapatrimoniales ha señalado que nos encontramos frente a unos de: "los misterios del derecho de la responsabilidad civil". Líneas más adelante agrega: "este tipo de perjuicio parece ser rebelde a la sistematización. Insaciable perjuicio extrapatrimonial"

4 Casación N° 2677-2012-Lima,

5 Casación N° 139-2014-La Libertad.

6 Comunicado Nº 22/2009 del Comitee on the Elimination of Discrimination against Women, donde se sentencia al Estado peruano: "9.1. El Estado parte debería proveer una reparación que incluya una adecuada compensación por los daños materiales y morales [*for material and moral damages*]".

confundido el uso del daño moral empleándolo como categoría fuente de algunos tipos de daños extrapatrimoniales de los más particulares[7]).

En el Perú, se suele evocar una subdivisión del daño moral que –en sus dos acepciones– bien podría explicar el daño moral en sí mismo. Se habla así de un daño moral *stricto sensu* y un daño moral *amplio sensu*. Cabe precisar que aquella división constituye la propuesta realizada por Carlo Francesco Gabba, quien a inicios de siglo buscando otorgar un real sentido de la voz daño moral se valió tanto de la jurisprudencia italiana como francesa de la época en busca de respuestas:

> "La expresión daño moral puede entenderse de dos modos: estricto y propio el uno, y el otro lato e impropio. En **sentido estricto y propio**, daño moral es un daño que no recae sobre ninguna cosa material perteneciente al perjudicado, que no se advierte con los sentidos externos, **sino que se siente interiormente** (…) v. gr., daño moral el rebajar la reputación personal; la falta de educación paternal a los hijos cuyos padres faltan; un padecimiento o aflicción (…). En **sentido lato e impropio**, es daño moral todo daño injustamente causado a otro, que no toque su patrimonio ni lo disminuya. Y así es **daño moral**, no solo el que se ha indicado en el estricto, sino el que recae en cosas materiales pertenecientes al individuo, fuera de los bienes patrimoniales, como son la **integridad corporal** y la **salud física**. Las **lesiones**, **heridas**, **contusiones** son daños morales (…)"[8] (las negritas son nuestras).

Comentario relevante del autor

A efectos de otorgar una "reparación" para este tipo de daños en materia de responsabilidad civil ¿cómo cuantificamos lo incuantificable? No se debe dejar de lado el hecho de que la falta de una respuesta adecuada por parte del ordenamiento jurídico hará que la única perjudicada –y por partida doble– sea la propia víctima: primero por un hecho del dañante, luego por la ineficiencia del Sistema.

Esta propuesta de clasificación ha cobrado –qué duda cabe– un fuerte arraigo dentro de nuestro sistema, de allí que en algunos casos se emplee la voz daño moral en su acepción *amplio sensu*, por ejemplo, la Casación N° 2709-2011-Lambayeque donde se señala: "si bien no existe un concepto unívoco de daño moral, resulta necesario considerar que este es el daño no patrimonial a raíz de la violación de alguno de los derechos inherentes a la personalidad. El daño moral no afecta el patrimonio económico de una persona, sino que afecta la integridad física o moral, o ambas a la vez"[9].

O, que se tengan casos en los cuales se emplea la voz daño moral en su acepción *estricto sensu*, por ejemplo, la Casación N° 4393-2013-La Libertad cuando se le define como: "esta aflicción o sufrimiento es de orden transitorio y no surge de afección patológica, sino de un acto sufrido en la vida

7 GABRIEL RIVERA, José Luis. "Daño por estrés postraumático: ¿una nueva voz de daño?". En: *Diálogo con la jurisprudencia*. N° 202, Gaceta Jurídica, Lima, 2015, pp. 125-136.

8 GABBA, Carlos Francesco. *Cuestiones prácticas del Derecho Civil moderno*. Traducción de Adolfo Posada, La España Moderna, Madrid, s/f, Vol. II, pp. 241 y 242.

9 Casación N° 2709-2011-Lambayeque, publicada en *El Peruano* el 2 de enero de 2014.

en relación. Es, además, un daño totalmente subjetivo, impreciso, inasible, no posible de medir (…)"[10].

Ciertamente, no se puede negar el valor de la propuesta de Gabba por mejor presentar y explicar el daño moral a inicios del siglo XIX. Sin embargo, si observamos bien el asunto y brevemente "dejamos de lado" esta división en (dos) acepciones (que por momentos parecieren irreconciliables), podremos advertir **el ontos del daño moral en sí**: que puede ser entendido como los daños que se vinculan a la lesión de la reputación, de la integridad humana, al *pretium doloris*, a los derechos de autor[11], entre otros.

Observando este panorama de inicios de siglo, cobra sentido que, frente a este grupo de perjuicios que recogía a aquellos daños que recaían sobre intereses ideales, tomase posición otro grupo de perjuicios que recogiese dentro de sí daños que recayesen sobre entidades materiales. Dicha opción fue seguida por la cultura jurídica francesa de la época, la cual erigió la categoría del ***dommage moral*** (**daño moral**, en castellano) ***como antónimo*** de un ***dommage matériel*** (**daño material**, en castellano).

II. El binomio "daño moral-daño material"

Téngase en cuenta que esta toma de posición de la cultura jurídica francesa es importante si analizamos el asunto desde una perspectiva peruana, pues: a) hemos consagrado legislativamente la categoría daño moral (la cual encuentra en Francia el mejor desarrollo doctrinal y jurisprudencial) y b) nosotros hemos recogido –queriendo o sin querer– una lógica del sistema de responsabilidad civil francés a través de la consagración de cláusulas normativas generales como son los artículos 1969 y 1970 del Código Civil en las cuales el daño tiene un gran campo de acción. Dicha lógica se hace presente si evocamos, a título de ejemplo, los artículos 1979 y 1980 que fueron importadas del propio *Code Civil* y que perviven en nuestro Código Civil.

Así pues, ha advertido acertadamente el profesor León Hilario que el binomio daño material-daño moral es de origen francés[12] y

Comentario relevante del autor

¿Qué pretende este nuevo "daño corporal"? En esencia, podemos señalar que esta nueva propuesta lo que busca es lograr identificar, ordenar y diferenciar los diversos tipos de perjuicios (sean estos patrimoniales o extrapatrimoniales) que se generan a raíz de un daño que recae sobre la integridad corporal de un sujeto.

10 Casación N° 4393-2013-La Libertad, publicada en *El Peruano* el 30 de enero de 2015. Podemos señalar que esta forma de entender el daño moral fue seguida por el Tercer Pleno Casatorio Civil (que versó sobre la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho), pues se le consideró como una lesión que versó sobre las tribulaciones, angustias, aflicciones, sufrimientos psicológicos, estados depresivos de una persona.

11 SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*. Tomo II, 2ª edición, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, París, 1951, p. 92 y ss.

12 JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. Revisado y completado por André Brun, traducción de Santiago Cunchillos y Manterola, Tomo II, Vol. I, EJEA-Bosch, Buenos Aires, 1951, p. 330, quien señala: "el daño causado a la víctima puede ser de naturaleza variable: se distingue el daño material y el daño moral (…) el daño material puede alcanzar a la víctima a) en su patrimonio […] b) en su persona física. El daño moral puede revestir también dos aspectos diferentes: una persona puede ser afectada, bien en su honor, en su reputación (…) bien en sus afectos". En igual sentido, Colin y Capitant cuando clasifican los daños en "daño material o patrimonial y daño moral, v. COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri, *Curso elemental de Derecho Civil*. Traducción de Manuel Batlle, T. III, Instituto Editorial REUS, Madrid, pp. 817 y 818.

ha sido asimilado por el ordenamiento jurídico peruano[13]. Es más, uno de los máximos exponentes del Derecho de la Responsabilidad francés, el profesor François Chabas, ha sido contundente al expresar sus impresiones sobre el devenir que el daño moral había seguido en el ordenamiento jurídico peruano. Ello se puede testimoniar en el Libro de Actas por los 10 años del Código Civil en donde señala: "la reglamentación del daño moral es mucho mejor que la de diversos países extranjeros. Primero ¡porque existe!, y segundo, porque la formulación es general. A diferencia de muchas legislaciones extranjeras, el Código peruano logró destacar completamente el **daño moral del perjuicio material** e imponer su resarcimiento sin condiciones y de manera autónoma"[14] (las negritas son nuestras).

Ahora bien, este binomio "daño moral-daño material"[15], que a todas luces podría parecernos susceptible de reparación constituyó la materialización de un gran avance para su época, toda vez que –producto de la herencia romana– **solo las pérdidas económicas podían calificar como daños** (*damnum*)[16]. Un testimonio elocuente de dicho contexto nos lo brinda René Demogue quien con relación a lo que debería considerarse daño resarcible para el ordenamiento jurídico rendía cuenta: "desde hace algún tiempo, hemos comenzado a prestar atención –más allá de los intereses patrimoniales– a dos tipos diversos de intereses: los intereses morales y los intereses vinculados a los sentimientos"[17].

Sin embargo, esta clasificación primigenia no estuvo exenta de crítica, pues se podían dar casos en los cuales se lesionaba la integridad de una persona mediante heridas o golpes (que era un daño moral en tanto se lesionaba el cuerpo humano –objeto invalorable–) y las consecuencias de esta lesión no necesariamente se limitarían al mero aspecto moral, pues también se generarían consecuencias de índole patrimonial como podrían ser el pago del tratamiento médico, la incapacidad de laborar por determinado tiempo a raíz de las lesiones, entre otros.

III. El binomio "daño patrimonial y el daño extrapatrimonial"

Diversos autores comenzaron a cuestionar la perspectiva tradicional y si bien no cambiaron –en un primer momento– el *nomem* de referido binomio, se le comenzó a otorgar un **nuevo contenido** que ya no se centró en el daño en tanto evento fáctico y causal, sino en las consecuencias del mismo[18], las cuales

13 LEON HILARIO, Leysser. *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. 2ª edición, corregida y aumentada, Jurista Editores, Lima, 2007, p. 326.

14 CHABAS, François. "Comentario de las disposiciones del Código Civil peruano relativas a la responsabilidad civil. Comparación con el Derecho francés". En: AA. VV., *Diez años. Código Civil peruano: balance y perspectivas*. Tomo II, Universidad de Lima, Lima, 1995, p. 326.

15 CABRILLAC, Rémy. *Droit des obligations*. 11ª edición, Dalloz, París, 2014, pp. 254-255.

16 BOVE, Lucio. "Danno (diritto romano)". En: AZARA, Antonio y EULA, Ernesto (drs.) *Novissimo Digesto Italiano*. Tomo V, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Turín, 1960, p. 144, quien señala: "en general puede decirse que según los romanos una persona sufre un daño cuando tiene una pérdida patrimonial que, según el curso ordinario de las cosas, no debería haber sucedido" para luego agregar que "este es el daño resarcible en el cual no se cuentan los denominados daños morales los cuales no constituyen una disminución patrimonial". En sentido contrario se muestran los Mazeaud-Chabas quienes consideran que en el Derecho romano sí se admitía la reparación del perjuicio moral para una serie diversa de casos, v. MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León; MAZEAUD, Jean y CHABAS, François, *Leçons de droit civil*. 9ª edición, al cuidado de F. Chabas, Montchrestien, París, 1998, p. 423.

17 DEMOGUE, René. *De la réparation civil des délits (études de droit et de législation)*. Librairie Nouvelle de Droit et Jurisprudence, París, 1898, p. 38.

18 FABRE-MAGNAN, Muriel. *Droit des obligations*. Vol. 2, Presses Universitaire de France, París, 2007, p. 81, quien considera que es a partir de las ideas de Boris Starck que comienza dicho cambio de perspectiva.

podían ser **pecuniarias o no pecuniarias**. De esta forma, al **daño moral** se le comienza a otorgar el contenido (y sentido) de **daño extrapatrimonial**, en tanto que al **daño material** se le comienza a otorgar el contenido (y sentido) de **daño patrimonial**[19].

Ahora, es a Boris Starck a quien se debieron las críticas más ácidas contra el binomio tradicional "daño material-daño moral". Por ejemplo, se señala con relación al daño material: "la expresión daño 'material' no es feliz. Hubiere sido preferible el designar este tipo de daños con el término: **daño patrimonial**. En efecto, por daño 'material', se designa toda lesión de un derecho que tenga un valor pecuniario, en consecuencia patrimonial, más allá de una lesión patrimonial a un objeto corpóreo"[20].

En el mismo sentido se ha expresado el profesor Philippe BRUN, quien califica esta clasificación como "doctrinal tradicional" y señala: "ha habido una costumbre por presentar los diferentes tipos de perjuicios reparables a partir de una *summa divisio*: **perjuicio (o daño) material**, de un lado, y **perjuicio (o daño) moral**, del otro. Sin embargo, debemos reconocer que actualmente dicha clasificación es poco precisa y no exenta de inconvenientes"[21].

Con el devenir del tiempo se hizo habitual el recurso a tomar como punto de partida en la clasificación de los daños el binomio del "daño patrimonial y daño extrapatrimonial". Así, por ejemplo, la profesora Fabre-Magnan[22] parte del binomio "daños patrimoniales-daños extrapatrimoinales o morales" antes de encuadrar los distintos tipos de daños resarcibles. En sentido similar, procede la profesora Genèvieve Viney[23] quien parte del binomio "perjuicios económicos puros" y "las lesiones a los intereses que no son exclusivamente económicos" al momento de elaborar su propuesta de clasificación de daños[24].

El empleo de la terminología "daño patrimonial y daño extrapatrimonial"se puede

19 MAZEAUD, MAZEAUD, MAZEAUD y CHABAS. *Leçons de Droit Civil*. Ob. cit., p. 422, quienes señalan: "entendemos por perjuicio material aquel que se traduce en una pérdida valorable pecuniariamente, el perjuicio patrimonial (si admitimos que el patrimonio no contiene elementos pecuniarios) y entendemos por perjuicio moral aquel que no se traduce en una pérdida de dinero porque él no causa daño a un derecho extrapatrimonial". Igualmente, FLOUR, Jacques; AUBERT, Jean-Luc; SAVAUX, Éric. *Les obligations: le fait juridique*. Vol. 2, 14ª edición, Sirey-Dalloz, París, 2011, p. 159 y ss., quienes señalan: "el daño puede consistir en una lesión al patrimonio –hablamos entonces de un daño *material* o patrimonial– o en una lesión a intereses extrapatrimoniales –entonces el daño es denominado daño *moral* o extrapatrimonial".

20 STARCK, Boris. *Responsabilité delictuelle*. En: STARCK, Boris (dir.), *Droit Civil*. 2ª edición al cuidado de Henri Roland y Laurent Boyer, Litec, París, 1985, Vol. 1, p. 53 y ss.

21 BRUN, Philippe. *Responsabilité Civile Extracontractuelle*. 3ª edición, LexisNexis, París, 2014, pp. 139 y 140.

22 FABRE-MAGNAN. *Droit des obligations*. Ob. cit., pp. 81-93.

23 VINEY, Geneviève. *Les conditions de la responsabilité*. En: GHESTIN, Jacques (dir.), *Traité de droit civil*. 3ª edición, Librairie Général de Droit et Jurisprudence, París, 2006, p. 30 y ss.

24 Dirigiendo nuestra atención al ordenamiento jurídico peruano cabe precisar que una referencia a los "daños extrapatrimoniales" ha sido realizada en vía legislativa. Ello ha tenido lugar dentro de una ley marco de adquisición expropiación de inmuebles, entre otras funciones, que si bien es cierto **técnicamente nada tiene que ver con el asunto de la responsabilidad civil**, podríamos resaltar el buscar referir a una diferenciación de daños patrimoniales y daños extrapatrimoniales.

Repetimos, no estamos afirmando que el campo de las expropiaciones sea parte de la responsabilidad civil (pues no lo es), solo estamos señalando que no ha sido feliz el lugar en el que se ha realizado esta diferenciación (esto es, Decreto Legislativo N° 1192, publicado en *El Peruano* el 23 de agosto de 2015), empero, de todas formas se hace presente la intención del legislador.

Así pues, a través de este Decreto Legislativo se establece en el artículo 13.2. que dentro del **valor de la tasación** se incluye el valor del perjuicio económico, el cual comprende el **daño emergente** y el **lucro cesante**, para señalar líneas después que "no procede la indemnización de carácter extrapatrimonial". Esta clara diferenciación nos lleva a pensar que el binomio que tuvo en mente el legislador al momento de elaborar dicha norma fue, precisamente, "daños patrimoniales y daños extrapatrimoniales".

graficar, por ejemplo, en una de las decisiones de la Corte de Casación que versa sobre el caso de un joven de 17 años de edad quien, a raíz de un accidente, pierde el ojo izquierdo demandando la pérdida de la chance de lo que sería su futura actividad profesional. Al respecto la Corte señala: "considerando que, para establecer una determinada indemnización a ser entregada al señor "X" a título de **perjuicio extrapatrimonial**, el *arrêt* enuncia claramente que el denominado perjuicio permanente excepcional será reparado mediante la entrega de una indemnización, siendo que el peritaje judicial deberá evidenciar el impacto psicológico de las secuelas visibles sobre la vida afectiva y familiar de la víctima"[25] (las negritas son nuestras).

Sin embargo, más allá de esta aparente tranquilidad sobre la clasificación de los daños, cada vez tomará mayor fuerza una "voz de daño" que irá buscando su propia autonomía y delimitación. Tanto así que del binomio de daños pasamos a hablar de una "trilogía de daños" que ha ganado la atención no solo de los profesores, sino también de aquellos que dirigen y participan en las reformas legislativas que vienen siendo lanzadas en Francia.

IV. La trilogía "daño patrimonial-daño extrapatrimonial-daño corporal"

El denominado ***dommage corporel*** (daño corporal, en castellano) que pasa a tener un lugar expectante dentro de esta trilogía, es, sin lugar a dudas, una de las más recientes contribuciones de la cultura jurídica francesa que poco a poco ha ido ganando una mayor aceptación de parte de la comunidad jurídica gala[26]. Ya en este punto debe aplaudirse el ojo clínico del profesor Philippe Le Tourneau, quien apostaba desde hace más de 40 años por una reforma radical y revolucionaria a propósito de los daños que causan lesión en la integridad corporal (ahora a través del artículo 16-3 del Código Civil, modificado en 2004)[27].

Ahora bien, han sido diversos los hechos que han dado lugar a este desarrollo dentro de la cultura jurídica francesa. Nos gustaría

Comentario relevante del autor

El daño patrimonial (el antiguo daño material) se abocaría a agrupar los daños que han producido una lesión (o degradación) en los bienes y/o en los derechos de índole patrimonial. Y, a su vez, el daño extrapatrimonial (o también daño moral) se abocaría a agrupar a aquel tipo de daños que tutelan los valores no pecuniarios, los derechos de la personalidad (como el honor, la reputación la imagen, entre otros) y, asimismo, abarcaría el clásico *pretium doloris*.

25 Arrêt N° 58 de 16 de enero de 2014 de la Segunda Sala Civil de la Corte de Casación.

26 Particularmente, y si se quiere operar con ojos de Derecho Comparado viene a mi memoria el largo desarrollo que tuvo en Italia la figura del denominado **daño a la salud** que, en nuestra opinión, puede ser considerado como el paralelo de este daño corporal francés. Claro que cada uno de ellos presenta un propio contexto y sus propios caracteres. Sobre el denominado daño a la salud, es menester consultar la tesis doctoral del profesor colombiano Cortés que ha sido publicada en nuestro continente y donde se puede apreciar el excurso histórico de esta figura (y de los daños extrapatrimoniales en general), v. CORTÉS MONCAYO, Édgar Alberto. *Responsabilidad civil y daños a la persona. El daño a la salud en la experiencia italiana ¿un modelo para América Latina?*. Externado de Colombia, Bogotá, 2009.

27 LE TOURNEAU, Philippe. "Droit de la responsabilité et des contras. Régimes d'indemisation 2012-2013". En: *Colección "Dalloz Action"*. Dalloz, París, 2012, p. 57, 593 y ss.

mencionar algunos a efectos de mejor comprender la figura:

- Un fenómeno importante –el cual debemos tener presente en el Perú– es que poseen una cláusula normativa general (art. 1382 del *Code Civil*) con un **potencial y campo de acción único** que *a priori* no ofrece mayores trabas en cuanto a la determinación de los daños resarcibles, permitiendo ello la consagración de nuevas subespecies de daños y, por ende, nuevas categorías ordenantes de la tipología de daños (sean estos patrimoniales o extrapatrimoniales). El dato a tener en cuenta es que nosotros hemos recogido dicha cláusula en el 1969 del Código Civil peruano.

- El interés por los derechos fundamentales de la persona (sobre todo luego de la II Guerra Mundial) que nos refiere al carácter de la **inviolabilidad del cuerpo humano**[28]. Dicho sea de paso, resulta interesante precisar que en Perú poseamos en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución Política de 1993 un **derecho a la integridad psíquica y física**, lo que podría haber dado pie al debate por un mayor desarrollo de nuevas voces de daños en materia de responsabilidad civil, empero, el tópico no ha sido explotado.

Dentro de ese contexto evolutivo, la **trilogía** "daño patrimonial-daño extrapatrimonial-daño corporal" ha ido ganando mayor aceptación entre los autores galos, quienes no han dudado en acoger explícitamente la clasificación[29]. Asimismo, no se puede dejar de señalar que la presencia del **daño corporal** ha estado presente en la actividad académica del grupo encabezado por la profesora emérita de la Université de Lyon Yvonne Lambert-Faivre (2003), quien entregó un informe sobre una nueva tipología de daños[30]. También se pudo apreciar la influencia del daño corporal en el grupo encabezado por el entonces presidente de la Segunda Sala Civil de la *Cour de Cassation* Jean-Pierre Dintilhac (2005), quien propuso una tipología de daños a efectos pudiere ser empleada por la comunidad jurídica[31].

Comentario relevante del autor

Puede apreciarse –si hacemos una comparación con el Derecho francés– la limitada visión que el "daño moral" adquiere en el Perú entendiéndolo solo como un sufrimiento o angustia. Nosotros pensamos que el daño moral dentro de nuestro sistema no puede ser reducido solo a ello, pues producto de la marcada herencia francesa podríamos re-interpretar nuestras normas y ofrecerle un mayor bagaje.

28 LAMBERT-FAIVRE. "L'indemnisation des victimes de préjudices non économiques". Ob. cit., p. 540.

29 CARBBONIER, Jean. *Droit Civil: Les biens, Les obligations*. Vol. II, Presses Universitaire de France, París, 2004, p. 2272 y ss.; TERRÉ, Francois; SIMLER, Philippe; LEQUETTE, Yves. *Droit Civil: Les obligations*. 9ª edición, Dalloz, París, 2005, pp. 697 a 702; BÉNABENT, Alain. *Droit Civil: Les obligations*. 11ª edición, Montchrestien, París, 2007, pp. 479-481.

30 El cual fue remitido al ministro de Justicia Dominique Perben el 22 de julio de 2003.

31 El cual fue remitido al ministro de Justicia Pascal Clément el 28 de octubre de 2005. Ahora, es menester señalar que mediante la gestión de la ministro de Justicia Christiane Taubira, se emitió el 20 de noviembre de 2014 el "Proyecto de Decreto" que oficializaría la nomenclatura Dintilhac; sin embargo, la amplitud de nuevas voces y su resarcimiento ha llevado a que las aseguradores no vean con buenos ojos esta decisión política del gobierno.

Pero ¿qué pretende este nuevo "daño corporal"?[32] En esencia, podemos señalar que esta nueva propuesta lo que busca es lograr **identificar**, **ordenar** y **diferenciar** los diversos tipos de perjuicios (sean estos patrimoniales o extrapatrimoniales) que se generan a raíz de un **daño que recae sobre la integridad corporal** de un sujeto.

De igual forma podríamos preguntarnos ¿cómo entender este "daño corporal"? Podríamos señalar que con esta denominación se agruparán todas aquellas consecuencias de las lesiones que recaen sobre la integridad física de una persona. A decir de Buffelan-Lanore y Larribau-Terneyre, el daño corporal se entiende como "una lesión a la integridad física que genera un sinnúmero de consecuencias [**patrimoniales o extraptrimoniales**] más allá de las meras heridas, pues habrán gastos en médico y/o cirujano, cicatrices, enfermedades, incapacidad laboral, etc., toda una serie de perjuicios diversos que van a ser objeto de una evaluación y de una reparación específica"[33].

Entonces, ¿cómo comprender esta nueva trilogía de clasificación?: al respecto podemos señalar que el **daño patrimonial** (el antiguo daño material) se abocaría a agrupar los daños que han producido una lesión (o degradación) en los bienes y/o en los derechos de índole patrimonial. Y, a su vez, el **daño extrapatrimonial** (o también daño moral) se abocaría a agrupar a aquel tipo de daños que tutelan los valores no pecuniarios, los derechos de la personalidad (como el honor, la reputación la imagen, entre otros) y, asimismo, abarcaría el clásico *pretium doloris*.

Ahora bien, nos hemos esforzado en realizar este breve *excursus* evolutivo del daño (o perjuicio) extrapatrimonial tomando como punto de partida el país de donde hemos importado la lógica de la responsabilidad civil, pues en dicho sistema existe un marcado interés por el tema y, asimismo, se evidencia el concurso de profesores, abogados y jueces. En dicho sentido, para la cuantificación del daño deberían tenerse presentes como punto de partida los siguientes géneros del daño[34], nos explicamos:

- Tratándose de un **daño patrimonial** la cuantificación será relativamente sencilla, pues la labor del juez o árbitro se limitará a tener en cuenta del valor de la cosa o del derecho lesionado o degradado.

- Tratándose del **daño moral** (o extrapatrimonial) la cuantificación es un punto que debe realizarse atendiendo una variedad de criterios, empero, podríamos señalar que pueden tenerse presente otras maneras alternativas de compensación como, por ejemplo, el de la sentencia que concede la suma de 1 euro a la persona lesionada en el honor o la rectificación por una lesión realizada vía prensa.

- Tratándose del **daño corporal** (lesión a la integridad de la persona) la cuantificación dependerá de si las consecuencias son patrimoniales o si son extrapatrimoniales. Así, pues, si las **consecuencias son patrimoniales**, tendremos, por ejemplo, a) gastos de salud, b) gastos de adaptación de casa del agraviado, c) la necesidad de que un tercero asista al

32 PORCHY-SIMON, Stéphanie. "Brève histoire du droit de la réparation du dommage corporel". En: *Gazette du Palais*. N° 99, Lima, 2011, p. 9 y ss., quien claramente señala que debe tenerse presente que el derecho del daño corporal pese a la importancia no debe ser entendido como una rama del derecho con autonomía (o en busca de autonomía), sino dirigirse a trabajar de manera conjunta con la responsabilidad civil (a donde pertenece).

33 BUFFELAN-LANORE, Yvaine y LARRIBAU-TERNEYRE, Virginie. *Droit Civil: Les obligations*. 12ª edición, Sirey, París, 2010, p. 546 y ss.

34 CABRILLAC, Rémy (dir.). *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2015*. Lexis Nexis, París, 2014, donde se grafica un resumen de las nociones de los diversos tipos de daños evocados.

perjudicado, por lo que se podría proceder de manera relativamente sencilla, pues se deben sumar los gastos realizados. Si las **consecuencias son no-patrimoniales**, tendremos, por ejemplo, a) incapacidad para una persona para desarrollarse normalmente, b) el perjuicio estético, c) la imposibilidad de procreación serán tenidos en cuenta, donde el tema se muestra de manera similar al daño moral, empero donde se ofrecen baremos para ayudar en la cuantificación.

Entonces, **volvemos a remarcar**, nuestro interés se ha dirigido a presentar la cuantificación respecto de los daños no-patrimoniales, los cuales según la presente lógica estudiada son: a) el daño moral y b) el daño corporal sin perjuicios patrimoniales. Ciertamente, desde ya puede apreciarse –si hacemos una comparación con el Derecho francés– la limitada visión que el "daño moral" adquiere en el Perú entendiéndolo solo como un sufrimiento o angustia. Nosotros pensamos que el daño moral dentro de nuestro sistema no puede ser reducido solo a ello, pues producto de la marcada herencia francesa podríamos reintepretar nuestras normas y ofrecerle un mayor bagaje. Por ello, no es nuestra intención imponer un sistema, sino proponer una visión diversa de ver el asunto.

V. La cuantificación de los daño extrapatrimoniales

1. Daño moral: cuantificación producto de la lesión de los derechos de la personalidad y *pretium doloris*

En primer lugar, es menester señalar que ha existido un largo debate por saber si es que procedería o no la entrega de una determinada cantidad de dinero a la persona perjudicada a efectos de "indemnizar" de alguna manera el daño moral (dolor) que le fue causado por la muerte de un ser querido. Un autor de la talla de Georges Ripert se opuso a ello y consideró que el *pretium doloris* consistía en una reminiscencia de la venganza privada heredada del Derecho romano. Así pues, el autor citado señalaba respecto del daño moral: "la pena privada se esconde bajo la forma de una indemnización cuando el juez toma en consideración –para determinar el monto– la gravedad del hecho doloso o culposo"[35].

En segundo, en el Perú nosotros no tenemos la necesidad de debatir sobre la pertinencia o no de la indemnización del daño moral versión *pretium doloris*, pues nuestra ley lo autoriza. Tampoco pienso que tengamos problemas en reparar la lesión a los derechos de la personalidad. Por ejemplo, si revisamos algunas sentencias penales, se puede apreciar, por ejemplo, que nuestros jueces penales han concedido "reparaciones civiles" por daño moral mucho más amplias (o generosas) que los propios jueves civiles. Lo anecdótico de este hecho es que tanto los jueces penales como los jueces civiles para este tipo de daños nunca fundamentan la manera como se llega a determinar la suma concedida.

Frente a dicho problema no le falta la razón a Linares[36] cuando pone de manifiesto que en nuestro medio existe una falta de criterios objetivos que permitan realizar la liquidación del daño moral. Todo ello lleva a que la cuantificación en caso de *pretium doloris* e incluso derechos de la personalidad sea todo un misterio.

35 RIPERT, Georges. "Le prix de la douleur". En: *Recueil Dalloz*. París, 1948, p. 1.

36 LINARES AVILEZ, Daniel. "Buscándole cinco patas al gato: el laberinto de la cuantificación del daño moral con una mirada desde la óptica procesal". En: *Derecho & Sociedad*. N° 38, Lima, pp. 76-87.

Ello se evidencia –señalábamos líneas arriba– cuando en materia penal se conceden indemnizaciones por daños morales. Así, por ejemplo, en el caso Ilave se condenó a los acusados a una reparación de S/. 80 000 por haber lesionado el bien jurídico vida del alcalde y la integridad corporal de los regidores[37]. En el caso Paolo Guerrero se le concedió a título de daño moral y vulneración de su derecho a la imagen una suma de S/. 200 000[38]. En el caso Wilhem Calero se condenó a los acusados al pago de una reparación civil de S/. 100 000[39]. Y, entonces, frente a esta manera de conceder distintos tipos de daño que más allá del verdadero empleo de criterios subjetivos de cuantificación, lo que pensamos es que la mayor o menor presión de los medios de prensa define la cuantía de reparación de una causa.

Por ello, para estos casos de *pretium doloris* o derecho de la personalidad sería bueno establecer un tope de resarcimientos. Por ejemplo, gracias a una información brindada por el profesor David Gardner tenemos entendido que en Canadá existe una tendencia a que exista **un tope** para reparaciones de *pretium doloris* (que bien podríamos extender a la lesión de los daños a los derechos de la personalidad). En dicho sentido, tenemos entendido que el máximo de reparación por un *pretium doloris* en Canadá ha sido de 150 000 dólares canadienses (esto es, un aproximado de S/. 378 000).

Y es que –viendo bien el asunto– no le falta lógica a esta propuesta de tener un tope máximo para daños morales en Perú tomando en cuenta que la suma puede aumentar o disminuir de conformidad con criterios subjetivos que el juez emplease, nos parece que si bien no resuelve el problema, permite que las sumas no sean astronómicas, pues el ir más allá de un determinada cantidad de dinero lo que hace es simplemente distorsionar el sistema de responsabilidad[40].

Comentario relevante del autor

En el artículo 1984 del Código Civil se mencionan los criterios que debe emplear el juzgador peruano (que no exceda un posible tope a la manera canadiense) que pasan a analizar las dos caras de la moneda de esta relación entre dañante (se deberá apreciar la culpa del agresor) y el dañado (se deberá apreciar el menoscabo producido en la víctima).

No se olvide también de que una opción más "ética" pero –tal vez– menos "lógica" puede ser aquella de ser "reparados" con la **suma de 1 euro simbólico, tal** y como ha sucedido con el caso de Dominique Strauss-Kahn en cuyo caso se condenó a la revista VSD por haber publicado una foto que lesionaba la vida privada y el derecho a la imagen (2013), no está de más decir que la mencionada revista debió cancelar la suma de 2000 euros a título de costas. Otro caso paradigmático es el de Nicolas Sarkozy y su –en aquel entonces– amiga Carla Bruni (2008), quienes recibieron la suma de 1 euro simbólico a título de daño moral. No se debe dejar

37 Sentencia N° 37-2012 de 16 de agosto de 2012, de la Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia d Puno.

38 Recurso de Nulidad N° 449-2009, de 9 de julio de 2009 de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte de Justicia.

39 Recurso de Nulidad N° 3873-2013, de 25 de julio de 2014 de la Primera Sala Permanente de la Corte de Justicia.

40 Y téngase presente que no estamos dejando de considerar que en estos casos la cantidad de dinero entregada se deba a una **pena privada**, pues la función reparadora que guía a la responsabilidad civil en materia de daños patrimoniales no puede ser desplegada con éxito en estos supuestos.

de remarcar que Carla Bruni recibió, adicionalmente, 60 000 euros a título de daño patrimonial por la explotación económica no consentida de su imagen.

Ciertamente, esta solución podría ser más "ideal" (algunos dirían "inocente"), empero es lo que la actualidad comparada ofrece como un medio de solución a la cuantificación, pues cómo otorgar más a un político o una cantante y menos a un ciudadano de a pie, podría implicar una diferenciación que agudiza la injusticia. Así pues, ello podría llevar a señalar que el derecho a la vida privada o el honor de un expresidente vale más que la vida privada o el honor de un particular.

Finalmente, en el artículo 1984 del Código Civil se mencionan los criterios que debe emplear el juzgador peruano (que no exceda un posible tope a la manera canadiense) que pasan a analizar las dos caras de la moneda de esta relación entre dañante (se deberá apreciar la culpa del agresor) y el dañado (se deberá apreciar el menoscabo producido en la víctima). Con relación a la culpa del agresor, se deberá apreciar, por ejemplo, si hubo dolo o culpa. Asimismo, se debería tener en cuenta si no ha habido reincidencia (o habitualidad) de parte del dañante. Con relación al dañado, se deberá apreciar el impacto que se producirá en su desarrollo, es decir, si se podrá desplegar como antes hacía.

2. Daño corporal con perjuicios no económicos

Con relación a este punto es menester resaltar que en nuestro medio no han existido esfuerzos por proponer criterios o estándares que sirvan de referencia a los jueces en su labor de administración de justicia. En este punto, se puede evocar una voz autorizada que ha realizado esfuerzos por ofrecer mayor predictibilidad en cuanto a la reparación de daños relacionados con la lesión a la integridad corporal[41].

Nosotros solo a manera de ejemplo nos permitiremos mencionar los siguientes baremos que en la actualidad francesa tienen acogida por parte de los que administran justicia.

- Un criterio importante es el **Baremo de Capitalización de la *Gazzette du Palais***[42], el cual viene siendo utilizado por las Cortes de Apelación muy a pesar de que las aseguradoras no son favorables a este mecanismo. Cabe señalar que su utilización no es obligatoria, pero ofrece desde ya un estándar a ser tomado en cuenta. El baremo se aboca a evaluar una suma que se otorgará a título de renta única y que se basa en un índice de mortalidad y una tasa de interés. Es menester precisar que la suma entregada se podría entender como una renta que comprende los perjuicios que se generaron (incapacidad) y los que se van generar (la ayuda de un tercero que apoye a la víctima).

  Este baremo es distinto a otros, pues hace la diferencia tanto de hombres como mujeres en este tipo de daños y les otorga una mayor compensación, ya que se estima que la esperanza de vida de la mujer es mayor que la del hombre.

  Por ejemplo, si consideramos el caso de una renta temporal de un varón de en promedio 25 años (que es la edad en la cual se le concedería esta renta) hasta los 29 años (que es la edad en la que cesaría las incapacidad) la renta sería de 3 874 euros, la cual, tendrá una capitalización

41 ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la responsabilidad civil*. 7ª edición, Rodhas, Lima, 2013.

42 Publicado en *La Gazette du Palais (Édition Géneraliste)*. N°s 86 a 87 de miércoles 27 y jueves 28 de marzo de 2013, pp. 24-39.

anual de 1.2%, si la duración de la incapacidad fuese hasta los 50 años, la renta sería de 21 141 euros, la cual tendrá una capitalización anual de 1.2%.

Si considerásemos este mismo ejemplo, tomando como punto de partida la renta temporal que una mujer de en promedio 25 años percibiría, tendríamos las siguientes diferencias. Si la incapacidad tendrá como duración hasta los 29 años, la renta sería de 3 880 euros, la cual tendrá una capitalización anual de 1.2%; si la duración de la incapacidad fuese hasta los 50 años, la renta sería de 21 338 euros, la cual tendrá una capitalización anual de 1.2%.

Finalmente, cabe señalar que si lo que se va conceder es una renta vitalicia, hay que ver el cuadro y allí se estipula específicamente (dependiendo si es varón o mujer) una renta para determinada edad. Por ejemplo, para un varón de 25 años la renta vitalicia anual es de 38 237 euros. Para una mujer de 25 años la renta vitalicia es de 41 797 euros.

- Otro criterio importante es el **baremo de las Cortes de Apelación de Agen, Angers, Burdeos, Limoges, Pau, Poitiers y Toulouse**[43], el cual hace un cálculo del valor del punto de Déficit Funcional Permanente (DPP) o por Incapacidad Permanente Parcial (IPP). Lo que cabe destacar en este punto es que son los propios magistrados quienes se hayan puesto manos a la obra a efectos de ofrecer una mayor certeza en cuanto a la cuantificación.

  Un punto a mencionar es que no se hace una diferenciación entre varones y mujeres a diferencia del anterior criterio. Se debe remarcar que los diversos cambios en la economía francesa han ido mellando el uso de este baremo, pues el sueldo ha ido cambiando.

  Así, por ejemplo, imaginemos que tenemos un joven de 25 años que presenta una DPF de 12 %, lo que le corresponderá será 16 320 euros.

Tasa IPP	21-30 años	31-40 años
11 a 15 %	1 360 euros	1 290 euros
16 a 20 %	1 540 euros	1 460 euros

Como habrá podido advertir el lector, en nuestro país no se suelen emplear criterios dirigidos a mejor ofrecer una base para una "reparación" de la víctima. Lo que sí es interesante constatar es que, a diferencia de nuestro pares franceses, contamos con unas tablas (que están dentro de una ley y están vigentes) recogidas en el anexo del Decreto Supremo Nº 024-2002-MTC donde se toma como criterio la invalidez permanente.

Conclusiones

- El problema de la responsabilidad civil de nuestros días es la cuantificación de los daños.
- El daño moral entendido en sus dos acepciones (*amplio sensu* y *stricto sensu*) obedece a una clasificación de Carlo Gabba que la jurisprudencia peruana ha heredado y sigue empleando.
- Una primera manera de clasificar los daños los subdivide en daños materiales y daños morales.

43 Puede verse el cuadro completo en KOTEICH KHATIB, Milagros. "La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del "daño corporal") en el ordenamiento francés. En: *Revista de Derecho Privado*. N° 18, Bogotá, 2010, pp. 202-204.

- Una segunda manera de clasificar los daños los subdivide en daños patrimoniales y daños extrapatrimoniales (o morales).
- El desarrollo del daño corporal en Francia entendido como toda lesión a la integridad corporal del sujeto es un concepto nuevo en continuo desarrollo.
- Los daños corporales se caracterizan toda vez que pueden producir a la vez consecuencias patrimoniales y consecuencias extrapatrimoniales.
- En Perú el artículo 1969 del Código Civil peruano ha recogido la cláusula normativa general del artículo 1382 del *Code Civil* francés, permitiendo la atipicidad de nuevos tipos de daños. Asimismo, el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución Política de 1993 afirma (queriendo o sin querer) un derecho a la integridad psíquica y física.
- Pueden postularse topes a las indemnizaciones por *pretium doloris* tal y como realizó la cultura jurídica en Canadá (nosotros podríamos extender los topes a la lesión de derechos de la personalidad).
- No son escasas las sentencias que en Francia conceden la cantidad simbólica de 1 euro por daño moral (extrapatrimonial). Claro, ello es completamente diferente de los perjuicios patrimoniales que puedan ser indemnizados.
- Hemos decidido evocar el uso de dos baremos que sirven de guía a los jueces al momento de resolver las casos concretos: a) El baremo de la Gazzette du Palais de 2013 y b) el baremo de las Cortes de Apelación de Agen, Angers, Burdeos, Limoges, Pau, Poitiers y Toulouse.