TITULO VII

LA INDEMNIZACION

CAPITULO I

CONDICIONES GENERALES PARA EL DAÑO REPARABLE

Artículo 1985.- La indemnización comprende...

340. *Orientación legislativa.* El Código de 1936 no contenía ningún artículo de carácter general que determinara los criterios para fijar el *quantum respondeatur.* La única referencia de ese cuerpo legal al monto de la indemnización tenía más bien un carácter negativo o limitativo: el artículo 1138 establecía que "cesa la obligación de reparar el daño en cuanto la reparación privase al deudor de los recursos necesarios para su subsistencia y para el cumplimiento de su obligación legal de suministrar alimentos".

El Proyecto de la Comisión Reformadora consideró conveniente orientar a los jueces sobre este aspecto, particularmente a fin de alentarlos a otorgar indemnizaciones adecuadas en una época en que la inflación podía reducir la responsabilidad extracontractual a un vano juego judicial sin resultado positivo. Este propósito orientador ha permanecido en el Código promulgado, a través del artículo 1985. Sin embargo, los criterios del Proyecto de la Comisión Reformadora eran diferentes de los que finalmente han prevalecido en la versión final del articulado, como se explicará a continuación.

341. *Función reparativa de la responsabilidad extracontractual.* Hemos indicado anteriormente que la responsabilidad extracontractual, que es una institución eminentemente civil, a diferencia de lo que sucede con la perspectiva del Derecho Público (fundamentalmente, del Derecho Penal y del Derecho Administrativo), no persigue la sanción del causante del daño sino la reparación de las víctimas [469].

469. *Supra*, No 9.

Sin embargo, cabe señalar que esto no ha sido siempre así: la reparación económica del daño no ha sido históricamente la función primordial de la responsabilidad extracontractual. Originariamente, las respuestas al daño —la indemnización, entre ellas— estaban orientadas más bien a sancionar la ruptura de un orden social, de un orden natural y cósmico o incluso de un orden divino, y también quizá a dar satisfacción al espíritu de venganza del damnificado. En cambio, en la actualidad, prácticamente todos los sistemas de responsabilidad extracontractual otorgan una importancia prioritaria al objetivo de colocar materialmente a la víctima, en la medida de lo posible, en el estado en que se encontraba antes del daño: la responsabilidad extracontractual tiene una función reparativa antes que punitiva o vindicativa. El castigo de las conductas socialmente indeseables —que es un fin público— se aplica a través de sanciones penales o administrativas (multas, inhabilitaciones, retiro de la licencia de conducir, etc). El Derecho Civil, en tanto que Derecho Privado, cautela más bien los intereses de las personas, por lo que, en materia de responsabilidad extracontractual, busca que la víctima no se encuentre desamparada: su preocupación central no está en el culpable ni en la falta sino en la víctima y en el daño.

342. *La restitutio in integrum.* El principio general que rige casi unánimemente en esta materia consiste en que la víctima debe ser resarcida por todo el daño que se le ha causado. Este principio es el que se conoce como *reparación plena* o *integral* [470].

Como señala TUNC, la Corte de Casación francesa lo ha declarado mil veces. Y en Inglaterra se cita la afirmación del Earl JOWITT en un célebre caso de daños corporales: "El gran principio general que debe regir la determinación de la indemnización... es que el juez debe otorgar a la víctima la suma necesaria para colocarla en la misma situación en que se habría encontrado si no hubiera sido herida" [471].

343. *Persistencia de las huellas del daño.* Evidentemente, este principio es más un anhelo que una realidad: resulta imposible borrar totalmente las huellas del daño.

---

470 Alfredo ORGAZ: *El Daño Resarcible, Actos Ilícitos*. 3a. ed. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1967. p. 120.

471. André TUNC: *La Responsabilité Civile*. Económica. París, 1981. p. 143.

TUNC mismo nos dice que el sufrimiento, las molestias e incluso los problemas materiales causados por el daño, no desaparecen con el pago de una indemnización; por eso, más que una reparación, el pago ordenado por el juez es muchas veces sólo una compensación[472]. Pero ello no significa que, ante tal comprobación, debemos abandonar la idea de reparación. Por el contrario, las dificultades prácticas de realizarla no la hacen inválida como principio: la responsabilidad extracontractual moderna debe *tender* a la reparación del daño como función primordial de la existencia de la institución.

Sección I: El daño cierto

344. *El daño efectivo.* Existen diferentes tipos de daños reparables. Pero, ante todo, es importante destacar una característica general de todo daño susceptible de reparación: el daño, cualquiera que sea su naturaleza, debe ser cierto si quiere aspirar a una reparación; presente o futuro, pero cierto. No puede ser eventual o hipotético: el simple peligro no da lugar a indemnización, tiene que materializarse en daño [473].

Notemos que, en algunas ocasiones, el mal implícito en el peligro puede no realizarse y sin embargo, el mismo hecho de haber existido peligro crea un daño de otro orden. Por ejemplo, un propietario descuidado deja abierta la reja de su casa por la que se escapa un feroz perro doberman que se arroja sobre una anciana con el propósito de morderla. El propietario del animal lo detiene antes de que logre hincar los dientes, pero la anciana cae al suelo a causa del impacto y se rompe un brazo. No cabe duda de que, aunque el peligro de una mordedura no se ha materializado, se ha producido otro daño reparable, constituido por la rotura del brazo. Aún más; puede no existir materialidad en el nexo causal; supongamos que el propietario detiene con un grito al animal antes de que se abalance sobre la señora, a la que no llega a tocar. Sin embargo, la señora retrocede por el susto de ver al animal corriendo hacia ella, y esto la hace tropezar y caer, con el mismo resultado de la fractura del brazo. No cabe duda de que estamos aquí también ante un daño cierto producido por el ataque del perro y no simplemente ante un mero peligro.

---

472. *Loc. cit.*

473. Alfredo ORGAZ: *Op. cit.* No 23, p. 67.

El caso nítido de daño no cierto —luego, no reparable— sería el del pasajero que decide por razones personales no tomar avión que luego se estrella; evidentemente, no puede reclamar daños y perjuicios alegando que pudo haber sido parte del desastre. Aun cuando este caso resulte *ex professo* caricaturesco con fines de exposición, la realidad proporciona muchas situaciones intermedias en las que la distinción entre el daño y su mera eventualidad o expectativa no es tan clara.

345. *El daño indirecto.* Hay una noción cuyo carácter equívoco tiende a obscurecer innecesariamente la teoría del daño: la idea de un daño indirecto.

Esta expresión es usada por los autores y por la jurisprudencia con múltiples sentidos.

Unas veces, el daño indirecto resulta un equivalente del daño extrapatrimonial: frente a la directa materialidad de un perjuicio, se señala la existencia de otros daños indirectos que no vulneran intereses económicos sino morales. Sin embargo, con el propósito de identificar claramente el objeto de que se habla, preferimos utilizar en este caso la denominación de daño extrapatrimonial o aun la de daño moral (a pesar de las dificultades que este adjetivo encierra) ya que estos daños también son directos, aunque de naturaleza distinta a la de los daños económicos.

Otras veces la expresión daño indirecto se usa para señalar la falta de ganancia originada por el perjuicio, como un elemento distinto y complementario del daño en la integridad corporal o en el patrimonio de la víctima: no sólo perdió un brazo y tuvo que hacer frente a los gastos de hospitalización, sino que además no pudo trabajar durante seis meses lo que le impidió percibir su ingreso habitual. Pero aquí las expresiones de daño directo y daño indirecto están siendo usadas como sinónimos de daño emergente y de lucro cesante. En consecuencia, para evitar confusiones, preferimos no recurrir a esta sinonimia debido a que la fuerza significativa de los adjetivos "directo-indirecto" no se agota en la situación descrita sino que inevitablemente evoca otros conceptos ajenos a las ideas de daño emergente y de lucro cesante los que pueden desvirtuarlas.

También se ha empleado esta expresión para distinguir los daños inmediatos del accidente (directos) y sus consecuencias dañinas futuras (daños indirectos). Desde esta perspectiva, preferimos hablar de daños futuros, lo que refleja mejor lo que se quiere decir.

Finalmente, se ha utilizado también la denominación de daños indirectos para referirse a aquellos perjuicios que no son sufridos por la primera víctima (víctima directa) del accidente sino por otras personas a través de una cascada causal de daños: el caso de *Ulpiani* que choca con el automóvil de *Papiniani,* el cual, al desviarse de su curso, atropella y mata a *Traso,* éste último habría sufrido un daño indirecto. Este parecería ser la acepción más propia del daño indirecto. Sin embargo, pensamos que debe ser utilizada con cuidado dado que se presta a confusión con todos los otros sentidos antes expuestos [473bis].

346. *El daño futuro.* Pero, independientemente de la denominación que le demos, ¿es indemnizable el daño futuro?

Con ello no nos referimos al lucro cesante —que, en realidad, puede ser a su vez presente o futuro— sino al daño que todavía no se ha producido al momento de sentenciar pero que puede preverse con toda seguridad que ocurrirá más tarde como consecuencia retardada del mismo acto dañino. Por consiguiente, el daño futuro no lo es propiamente tal sino que está ya implícito en al acto dañino. El ejemplo clásico es el del accidentado que deberá seguir realizando gastos para su rehabilitación, aun después de expedido el fallo indemnizatorio.

Ese daño futuro, así entendido, es considerado como resarcible por la doctrina. Como dicen los hermanos MAZEAUD y André TUNC, desde el punto de vista de la posibilidad de reparación "no debe distinguirse entre el perjuicio actual y el perjuicio futuro, sino entre el perjuicio cierto y el perjuicio hipotético, eventual" [474]: sólo este último no es reparable.

No cabe duda de que este daño futuro no es todavía un daño efectivo en el momento en que se pronuncia la sentencia. Pero el juez puede tomarlo en cuenta si existe la *posibilidad efectiva* de que se produzca. En términos aristotélicos, podríamos decir que el daño futuro es un daño ya existente en potencia, que se convertirá en acto con el transcurso del tiempo. Por consiguiente, la posibilidad de lograr una indemnización por este daño potencial

---

473. *bis.* Con relación a esta última acepción, *vide supra,* Nos. 207 y ss.

474. Henri y León MAZEAUD y André TUNC: *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle.* T. I. 6ta. ed. Éditions Montchrestein. París, 1965. No 216, p. 268.

y no actual radica en la capacidad de crear una convicción en el juez de que el daño se producirá, es decir, en facilitarle al juez un conocimiento de lo que ya está potencialmente implícito en la conducta dañina del causante. Adriano de CUPIS se refiere a ello como a una "función profética" que corresponde al juez, porque tiene que leer el futuro en el presente: otorgará indemnización en la medida que vea el daño futuro como relativamente cierto [475].

En este sentido se ha pronunciado también la jurisprudencia peruana al reconocer indemnizaciones para las víctimas, que toman en cuenta el daño futuro.

En el juicio seguido por el Guardia Civil Fabio Francisco Ticona Valdivia contra el Capitán de Sanidad de Policía doctor Gilberto Robles Rázuri por el hecho de que éste último lo atropelló [476], el Fiscal GARCIA ARRESE opinó (habiendo sido acogida su opinión por la Corte Suprema) que el monto fijado por el Juez de Primera Instancia para la indemnización era procedente atendiendo a que el daño condenaba a la víctima a "un programa de invalidez de por vida". Por consiguiente, en la mente del Fiscal estaban presentes no sólo los daños ya sufridos por Ticona sino los que sufriría por el resto de sus días.

La señora Elena Guibert Alva de Carbajal inició un juicio de indemnización contra don Leoncio Guerrero Loayza y don Angel Losno Pérez por el accidente sufrido por su hijo, el menor Guillermo Guibert Alva, como consecuencia del mismo, dicho menor "sufrió gravísimas lesiones que originaron la pérdida de una pierna, que lo obliga a usar costosos aparatos de prótesis". Pero sucede que esos aparatos deben renovarse periódicamente, probablemente debido al crecimiento del niño. En consecuencia, la Corte Suprema por resolución de 14 de setiembre de 1971, aumentó el monto de la indemnización fijado por la instancia inferior, en previsión de los gastos futuros que originaría el cambio de los aparatos de prótesis [477].

---

475. Adriano de CUPIS: *El daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil.* Trad. de la 2a. ed. italiana. Bosch. Barcelona, 1975. No 39, pp. 322-323.

476. Esta Ejecutoria ha sido antes mencionada, *supra*, No 81.

477. *Revista de jurisprudencia Peruana*, Febrero de 1972. No. 337, pp. 202-203.

Sección II: El daño probado

347. *La probanza del daño.* Una condición *que aparentemente se deriva* de la anterior —pero que puede presentar algunas peculiaridades— es que el daño se encuentre probado.

De primera intención, podríamos pensar que esta referencia es innecesaria pues si se establece que un daño es cierto, ello significa que está probado. Sin embargo, aun cuando ésto es exacto en términos generales, existen diferentes grados de convicción que permiten tener por probado un daño; y, a su vez, la producción de esos diferentes grados de convicción en el juez impone diferentes exigencias de probanza en el demandante (víctima).

Al igual que en cualquier otro campo, salvo que intervenga una presunción (como en el caso de la culpa), rige respecto del daño el principio enunciado por *Paulo* que prescribe que *ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat* [478]. Por consiguiente, el actor debe probar que el daño se produjo. En este sentido, los Tribunales han negado indemnización cuando el daño no ha sido acreditado. Así, en el juicio seguido por doña Gloria Mujica Cabezas contra doña María Dancuart Accinelli y otra, la Corte Suprema por Ejecutoria de 27 de marzo de 1974 negó indemnización por lucro cesante a la demandante por no haber acreditado este tipo de datos [479].

Es importante destacar que la presunción de culpa establecida por el artículo 1969 del Código Civil, no es presunción de daño. Por consiguiente, si bien el demandante (víctima) no requiere probar la culpa del demandado (agente), tiene en cambio que probar necesariamente su propio daño. De esta manera, la probanza del daño por el actor es una regla general, que se aplica aunque funcione la presunción de culpa. Evidentemente, por las mismas razones, esta regla se aplica a los casos de responsabilidad objetiva.

345. *La apreciación "prudencial" del daño.* Sin embargo, dadas las dificultades que implica usualmente la pobranza precisa de los daños, los Tribunales han aliviado esta carga del demandante exigiendo sólo que se acredite de una manera genérica la existencia del daño; acreditado este hecho, el monto indemnizatorio es apreciado prudencialmente por el juez.

---

478. *Digesto*, 23, 3, 2.

479. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Abril de 1974. No. 363, pp. 397-398.

Los señores Ricardo Carty y Manuel Cornejo eran arrendatarios del señor Marcos Uskokovi con relación a unos locales comerciales de propiedad de éste último. Sucedió que el propietario Uskokovi decidió reconstruir la fachada del edificio y para ello cerró por fuera las puertas de los locales arrendados. Los inquilinos demandaron por daños y perjuicios producidos por el hecho de no poder funcionar comercialmente debido a "la clausura abusiva" de sus tiendas, realizada por el demandado. Los demandantes acreditaron exhaustivamente el hecho de la clausura arbitraria. En el juicio se demostró que "la fachada de los inmuebles donde los demandantes tenían sus establecimientos comerciales ha sido construida últimamente con ladrillo y cemento; que las puertas de calle están aseguradas con trozos de madera que imposibilitan su apertura y dificultan su comunicación con el exterior; y que otros hechos, como la falta de instalación eléctrica, que ha sido cortada por la realización de las obras y la colocación de vigas para sostener el techo, indudablemente han ocasionado una serie de obstáculos para el normal funcionamiento de las actividades comerciales a que se dedicaban los actores".

Sin embargo, los demandantes no probaron en forma alguna que todo ello les hubiera causado daño efectivo. El Fiscal SOTELO reconoce que los autores no han probado el monto de los perjuicios causados. Por ello, su afirmación que de esos hechos "indudablemente" han causado daño, es una presunción. Esta presunción se encuentra reafirmada en otras expresiones similares del dictamen: "Es evidente que tales obras, tan imperfecta y lentamente ejecutadas, han causado perjuicio a los demandantes, quienes además han tenido que trabajar en condiciones deplorables durante tiempo apreciable y hasta verse obligados a pedir autorización para arreglar y asegurar por su cuenta las puertas de calle, para evitar los inconvenientes que la situación descrita les producía". Aquí también ese "es evidente" resulta más bien una deducción de los hechos o quizá simplemente una mera convicción porque no es el resultado de una verificación factual. De ahí que el Fiscal fundamente su opinión por el pago de una indemnización en razones de equidad, lo que es aceptado por la Corte Suprema en resolución de 4 de agosto de 1951[480].

Un razonamiento similar sigue la Corte Suprema en la resolución de 14 de abril de 1953 [481]. En este caso, don Liborio Bazalar demanda daños y perjuicios a la Empresa de Transportes Nor-Pacífico por la muerte de su

480. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Noviembre de 1951. No 94, pp. 1317-1319.

481. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año de 1953. No 112, pp. 606-608. Esta Ejecutoria ha sido antes mencionada al tratar del caso fortuito. *Vide supra*, No 174, p. 285.

hijo ocurrida con motivo de un accidente de carretera, viajando en un ómnibus de propiedad de la demandada. El demandante sostiene que su hijo contribuía a su sostenimiento; sin embargo, no logra acreditar este hecho. La Corte, haciendo notar que este aspecto (que otorgaba la materialidad económica al daño) no ha sido probado, considera que debe estimarse "prudencialmente" el monto del daño material y del daño moral. Notemos como no sólo el daño moral es apreciado de esta manera genérica sino que incluso el daño material —que, por su propia naturaleza, podía y debía haber sido acreditado—resulta exonerado de prueba.

Esta atribución del juez de fijar la indemnización sin referencia expresa a una prueba específica del monto de los daños, es ejercida aun cuando ha habido pruebas periciales con este objeto.

La Resolución Suprema de 21 de octubre de 1949 ordena el Monasterio de Santa Catalina de Arequipa que pague la suma de S/. 15,000 por daños y perjuicios al señor Víctor M. Rodríguez. Lamentablemente, la redacción del dictamen fiscal es deficiente y no nos permite conocer la naturaleza de los hechos que dan lugar a tal indemnización. Sin embargo, puede apreciarse que el juez de la causa había ordenado un peritaje de los daños, que fue realizado por los Ingenieros Agrónomos César Alberto Muñoz y Alfredo Belaunde, que estableció un monto superior al ordenado pagar por la sentencia. El Fiscal SOTELO, en opinión que fue acogida por la Corte, expresó que ello es irrelevante porque "el dictamen pericial para la fijación de daños y perjuicios no constituye sino un antecedente o elemento de orientación para la apreciación del Juez" y que la indemnización que se señale debe ser el resultado de "una justa, equitativa y prudencial compulsa de la real y verdadera cuantía de los daños que deben ser indemnizados". Como puede verse esto implica una distinción entre "la real y verdadera cuantía de los daños" (que es el resultado del dictamen pericial) y "la real y verdadera cuantía de los daños que *deben ser indemnizados*" (que incorpora otros elementos de juicio, tales como pruebas adicionales, los antecedentes del caso, etc).

De la misma manera como en la Ejecutoria anterior veíamos que la Corte puede ordenar una indemnización menor que la suma establecida por los peritos como monto de los daños, también sucede que la Corte señale indemnizaciones mayores.

Don Rodolfo Gil había seguido con la Empresa Agrícola Chicama un interdicto de recobrar, en el que, en ejecución de sentencia, se le otorga una indemnización por daños y perjuicios de S/. 1,500. Para fijar esta suma, el

juez se basa en un peritaje que señala que los daños reales ascienden a S/. 866. El señor Gil apela y la Corte Superior aumenta la indemnización S/. 7,463.50, teniendo en cuenta que los peritos de parte presentados por el demandante consideran que los daños ascienden a S/. 20,481.75.

El Fiscal GARCIA ARRESE opina que "los peritos oficiales, a quienes impugna el actor de ser empleados de la demandada, no se han ceñido a la realidad de los daños y perjuicios, fijando una cantidad irrisoria". Ahora bien, continúa, "el informe de los peritos, como es bien sabido, sólo tiene por objeto ilustrar el criterio del juzgador, pero de ninguna manera lo obliga". Por ello sostiene que los fundamentos de la Corte Superior para elevar el monto indemnizatorio "responden a la magnitud de los hechos y a los principios de equidad". La Corte Suprema hace suyos estos planteamientos en resolución de 3 de agosto de 1950[482].

Como puede apreciarse en todos estos casos, la jurisprudencia está realizando una inversión relativa de la carga de la prueba del daño: acreditado éste en términos generales, la Corte fija el monto del mismo en atención a las circunstancias y a la equidad; sin perjuicio de que el demandado intente reducir el monto probando que el daño no fue de la magnitud sostenida por el demandante manda o establecida en la sentencia inferior.

Sección III: La condición personal de la víctima

349. *Variaciones en el valor de las consecuencias dañinas.* Los mismos actos dañinos pueden producir daños muy diferentes según el tipo de víctima.

Hay casos en los que esta variabilidad no plantea ningún problema teórico porque su tratamiento se ajusta sin dificultades a los principios generales de la indemnización. Por ejemplo, un mismo incendio puede ocasionar daños muchos más graves al propietario del inmueble de la derecha (quien tenía ahí una tienda de antigüedades) que al propietario del inmueble de la izquierda (que simplemente lo ocupaba como casa-habitación). No cabe duda de que la indemnización que se obligue a pagar al responsable del incendio tendrá que ser mayor en favor del primero que del segundo. Pero en este tipo de casos, en realidad no podemos hablar de un mismo daño sino de daños diferentes, cada uno de los cuales tiene un valor distinto.

---

482. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Agosto de 1950. No 80, p. 1107.

La situación es algo distinta cuando encontramos que un mismo daño puede causar consecuencias más graves o menos graves en función de la condición personal de aquel que sufre el daño. El hundimiento de un barco como consecuencia de un accidente de mar es algo que puede ser valorizado atendiendo al costo de la embarcación y de lo que ésta contenía. Pero si ese barco es el único de que disponía una determinada empresa para cumplir con un contrato muy favorable, no cabe duda de que no solamente existe un perjuicio representado por el valor de la pérdida sino también otro representado por la frustración de la ganancia esperada. Sin embargo, tampoco este caso presenta dificultades serias porque la falta de ganancias es un daño adicional que, como tal, debe ser tenido en cuenta para el cálculo de la indemnización: se trata de un lucro cesante, que integra el *quantum* indemnizatorio.

350. *El valor de la vida humana.* El problema es más complejo cuando se trata de valorizar la vida humana o la integridad corporal. ¿Debe, en este caso, tomarse en cuenta las diferencias basadas en la condición personal de la víctima? En otras palabras, ¿la vida de un hombre rico, por ejemplo, vale más que la vida de un hombre pobre?

Esto nos lleva a analizar si la apreciación del valor del daño debe realizarse *in concreto o in abstracto*. Esta segunda hipótesis consistiría en establecer tarifas para determinar lo que vale en las circunstancias actuales la vida de un hombre, independientemente de su situación de fortuna y de cualquier otra circunstancia personal.

Los hermanos MAZEAUD y François CHABAS opinan que el juez debe tomar en cuenta la situación de fortuna y de familia cuando éstas influyen sobre la importancia del daño. El juez no puede, dicen, reducir el monto indemnizatorio aduciendo que la víctima tiene suficientes medios personales para afrontar el daño, porque esto sería hacer una falsa caridad en favor del responsable y alterar gravemente el principio de la *restitutionis in integrum*. Pero, de otro lado, la inhabilitación de una persona con grandes posibilidades económicas causa un daño mayor que la misma situación en una persona con menores posibilidades sociales y económicas. En realidad, dicen los MAZEAUD y CHABAS, se trata de un mayor lucro cesante (*gain manqué*) a considerar [483].

---

483. Henri y León MAZEAUD y François CHABAS: *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Delictuelle et Contractuelle*. T. III, vol. I, 6ta. ed. Editions Montchrestein, París, 1978. No 2396, p. 753.

351. *La jurisprudencia peruana.* Hasta ahora, nuestros Tribunales han rechazado toda idea tarifaria y han otorgado indemnización teniendo en cuenta la situación de las víctimas.

Así, en el juicio seguido por doña Sara Neyra Concha viuda de Navarro, contra don Carlos Mendoza Bohórquez por la muerte de su hijo, el Fiscal GARCIA ARRESE indica que el monto indemnizatorio debe conformarse con la "situación personal de la víctima" [484].

También, don Rodolfo Gómez Silva demandó a don Hans Richard Frank Seldis exigiendo una indemnización por la muerte de su hijo; y, para determinar el monto de la demanda por nada menos que un hijo, tomó en consideración el alto valor de bienes con evidentemente menos valor intrínseco, como los caballos de carrera. La sentencia de Primera Instancia ordenó que Frank Seldis pagara a don Rodolfo Gómez la suma de S/. 10,000. Sin embargo, apelado el fallo, la corte Superior rebajó la indemnización a la mitad. El Fiscal CALLE, en opinión que acoge la Corte Suprema por resolución de 8 de abril de 1946, considera que la decisión de la Corte Superior de rebajar la indemnización es adecuada porque "se trata de un menor de cinco años, cuyas expectativas para el futuro no habrían sido grandes, en materia económica; hijo de un hogar modesto (el padre es tipógrafo) no habría podido llevar a su familia a una situación expectable. El hecho es de suyo lamentable; la pérdida de toda vida es de sentirse. Pero al fijar el quantum de la indemnización debe tenerse en cuenta todas las circunstancias; sin que el Fiscal acepte la comparación que se hace en la demanda del valor de un caballo de carrera con el de una persona humana" [485].

Un criterio casi pintoresco por su falta de rigor sociológico —pero extraordinariamente gráfico y revelador de la atmósfera de la época— aparece en una Ejecutoria de 1947. La señora Almira Rondón de Ruiz Eldredge había demandado a la Agencia de Transporte Roggero por la muerte de su marido ocurrida en un accidente de tránsito. Don Leonardo Ruiz Eldredge se bajó del ómnibus de la línea Luna Pizarro-La Palma y no se movió del sitio, esperando que el ómnibus en el que había venido continuara su camino, para después pasar a la vereda. Dice el Fiscal CALLE que "la presencia no sólo intempestiva sino violentísima del ómnibus interprovincial ocasionó el

---

484. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año de 1954, No 127, pp. 973-974. Este juicio ha sido ya comentado *supra*, No 36.

485. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Julio-Agosto de 1946, Nos. 30-31, pp. 330-331.

accidente", siendo atropellado el señor Ruiz Eldredge. En consecuencia, "tratándose de un hombre que tenía a su cargo el sostenimiento de *una familia bien, (sic)* a la que atendía con el producto de sus actividades como comerciante, con un ingreso que pasaba de cinco mil soles al año, y que no ha dejado a los suyos ningún otro medio de vida", era necesario que la indemnización fuera proporcionada a tal situación. Ahora bien, el Fiscal formulaba estas consideraciones porque la Corte Superior había reducido a S/. 16,000 la indemnización fijada originalmente por el juez en S/. 20,000, que él consideraba que debía ser mantenida. La Corte Suprema, en resolución de 17 de mayo de 1947, no acogió esta sugerencia del Fiscal; por el contrario, redujo tal indemnización a la mitad de lo fijado por la Corte Superior, estableciéndola en S/. 8,000 [486]. Sin embargo, ello no significa necesariamente que no aceptara los *criterios* del Fiscal pues, en todo caso, concede a los herederos de la víctima una indemnización equivalente a casi el doble de su ingreso anual bruto.

Puede decirse, *grosso modo*, que el monto indemnizatorio fijado por las Ejecutorias peruanas ha sido muy arbitrario. Sin perjuicio de ello, debe señalarse que este dato se hace muy difícil de analizar retrospectivamente con mucho detalle a causa de la inflación, que distorsiona toda comparación.

En la apreciación del *quanti respondeatur*, parecen haber influido en la mente de los jueces muchas consideraciones que no son postuladas explícitamente como criterios, pero que es fácil percibir a través de los textos y que han tenido una función determinante: factores emotivos (que la víctima fuera una persona incapaz o que, en general, quede en una situación que inspire lástima), factores culturales (creencia —cierta o no— de que los choferes de taxi y de ómnibus manejan siempre mal y, por tanto, deben tener la culpa y hay que castigarlos para que esto no siga sucediendo), factores —posiblemente inconscientes— de distribución del riesgo (las empresas tiene siempre la "culpa" frente a los ciudadanos porque pueden trasladar el costo del daño a los precios) o quizá simplemente un criterio crudo de *deep pocket* (las empresas son siempre responsables ante el hombre común porque tiene más dinero para hacer frente al daño), factores políticos (ante el accidente de un Senador no cabe ni preguntarse si efectivamente la Empresa del Ferrocarril tuvo la culpa porque "debe" haber sido así.!), etc.

No hay duda de que sería muy importante que los Tribunales hicieran

---

486. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año de 1947, pp. 440-442.

un esfuerzo por explicitar los criterios utilizados (cuando no son inconfesables, obviamente) y trataran de fundamentarlos racionalmente en función de hechos claramente resumidos en la misma Ejecutoria. Ello haría ganar mucho al Derecho en profundidad y en uniformidad.

Sección IV: La condición personal del deudor

352. *Las posibilidades económicas del responsable.* ¿Deben las posibilidades económicas del responsable influir en el ánimo del juez para fijar la indemnización?

Este tema ha sido ya en cierta forma tratado en una parte anterior de este libro, donde hemos hecho también presente la contradicción teórica que implica la consideración de la riqueza del responsable para fijar la indemnización dentro del marco de la culpa [487].

353. *La indemnización es una reparación y no una sanción.* En realidad, la norma del Código anterior no era inconsistente con la responsabilidad extracontractual en la medida en que, entendida como referida estrictamente a una situación-límite, no hacía nada más que introducir un elemento humanitario muy básico dentro de tal contexto. En ese sentido, hubiera podido conservarse en el actual Código.

Sin embargo, lo que resulta inadmisible es la atención a la fortuna del responsable para fijar una indemnización acorde con ella. Dado que la indemnización es una reparación, su monto tiene que estar de acuerdo con el daño y no con las posibilidades económicas del causante. Cualquier otra intromisión de la riqueza del responsable en la fijación del monto indemnizatorio, basada en criterios redistributivos de corte político-social, sería absolutamente ajena al campo del Derecho Civil y a la racionalidad de la institución que nos ocupa.

Con esa claridad de percepción que le es propia, son los hermanos MAZEUD quienes mejor resumen el argumento: "Si bien se debe examinar, dentro de los límites antes indicados, la situación de la víctima, el Juez debe por el contrario, para evaluar el perjuicio, cerrar los ojos sobre la situación personal del responsable y, especialmente, sobre su situación de fortuna y su situación de familia. Pobre o rico, poco importa; el responsable debe reparar

---

487. *Supra*, Nos. 24-26.

todo el daño causado por su culpa. Sin duda, la misma sentencia que ordena el pago de una indemnización puede arruinar a un individuo, mientras que supone solamente una ínfima reducción del patrimonio de otra. Esto no es una razón para disminuir el monto indemnizatorio en el primer caso y para aumentarlo en el segundo, porque la indemnización no es una pena. Tiende únicamente a reparar. Debe ser proporcional exclusivamente al perjuicio"[488].

354. *Atenuación humanitaria de la responsabilidad.* El actual Código no contiene más la norma del artículo 1138 del Código Civil de 1936 que, inspirada en el B. G. B., exoneraba al responsable de su obligación de indemnizar cuando ello le privara de los recursos necesarios para su subsistencia y la de su familia.

Notemos que la norma del Código anterior no permitía reducir la indemnización atendiendo a la situación económica del responsable —como en la práctica se hizo muchas veces— sino únicamente exonerar totalmente de la obligación de pago. Esta medida-límite testimonia que el artículo estaba pensado sólo para situaciones límite: beneficiaba únicamente a aquél que se encontraba en circunstancias tan excepcionales que cualquier pago le habría sido catastrófico.

In Re Ernestina Larrea viuda de Prieto con don Roberto Brandt y Raygie, la demandante reclamaba indemnización por la muerte de su esposo, don Miguel Prieto Arenas, como consecuencia de una trompada del demandado motivada por el hecho de que aquél había ofendido de obra, "en acto reñido con la decencia", a la esposa de éste. El Fiscal PALACIOS además de pronunciarse sobre los aspectos sustantivos y procesales del caso, manifiesta que es de aplicación el artículo 1138 (del Código Civil de 1936) porque el demandado Brandt "está obligado no sólo a cooperar a su alimentación sino a la de su esposa e hijos" y que sus declaraciones, "no contradichas", aparece que carece de los medios necesarios aun para su subsistencia y que el demandante, "a pesar de los esfuerzos que ha hecho", no ha logrado probar que Brandt o su esposa tengan propiedades [489].

Como puede advertirse, las condiciones para la aplicación del artículo 1138 son muy benignas en este caso e incluso trastocan los principios de la

---

488. Henri y León MAZEAUD y François CHABAS: Op. cit., No. 2399, pp. 762-763.

489. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año de 1947. Nos 38-39, pp. 211-212. Esta Ejecutoria ha sido comentada antes, desde otro punto de vista, *supra*, No 99.

prueba. El argumento fundamental del Fiscal se basa en las declaraciones del propio obligado sobre su pobreza, que asumen como verdad en tanto que no sean contradichas; y continúa diciendo que, a pesar de todos sus esfuerzos, la demandante no ha podido contradecirlas. Sin embargo, si aplicamos el principio de quien afirma algo debe probarlo, no había razón alguna para creer al señor Brandt: es a él a quien le correspondía probar que era pobre y no a la otra parte que tenía propiedades. El Fiscal ha razonado en función de una inversión de la carga de la prueba que no está legalmente establecida.

Aun cuando la norma del Código de 1936 no ha sido conservada en el Código de 1984, pensamos que los jueces pueden (con prudencia) tener implícitamente esta situación en mente para —sin necesidad de declarar las razones— atenuar la responsabilidad de quien no ha tenido dolo ni culpa inexcusable. Como antes se ha visto [490], la determinación del *quanti respondeatur* permite siempre algo de discrecionalidad en el juez: no hay una probanza precisa en el monto de los daños. Es por este camino que el juez puede reducir —nunca aumentar— la indemnización cuando se reúnan dos condiciones: (a) el impacto económico de la indemnización en el obligado a pagarla puede ocasionar un transtorno muy grave en su vida personal y familiar, y (b) la desigualdad de fortunas entre el responsable y la víctima es de tal naturaleza que ese grave efecto en el responsable no está en proporción con el grado de necesidad de la víctima de ser reparada por un tercero.

Nuevamente son los hermanos MAZEAUD quienes nos sugieren la pauta: "Debido a que constituye un conjunto de reglas objetivas y precisas, el Derecho no puede siempre tener en cuenta las exigencias de la ley moral que se subleva contra el hecho de que una falta quizá mínima obligue a una persona a privarse de lo necesario para ella y para su familia con el objeto otro pueda conservar todo aquello de superfluo que envenena su alma. Felizmente, la evaluación del daño comporta siempre una parte de arbitrariedad que el juez podrá usar, si es discreto, para moderar la indemnización"[491].

355. *La difusión social del daño.* Un razonamiento completamente distinto sería posible efectuar si se aceptara el principio de la difusión social del daño para los accidentes rutinarios (categoría que de ninguna manera puede comprender los daños producidos por dolo o culpa inexcusable).

---

490. *Supra*, No 348.

491. Henri y León MAZEAUD y François CHABAS: *Loc. cit.* No. 2399, p. 763.

En tal caso, recaería en el causante una mayor o menor carga económica en la medida en que sea capaz en mayor o menor grado que la víctima para difundir socialmente el daño a través de la contratación de un seguro o a través del sistema de precios. Sin embargo, dos observaciones son importantes para aclarar esta idea: en primer lugar, la asignación de la carga económica no se encuentra determinada por la mayor o menor fortuna de las partes, no se toma en cuenta la profundidad o el tamaño de su bolsillo, sino su capacidad de difundir esa carga. Y, aunque a veces esa mayor capacidad pueda coincidir con una mayor fortuna, ésta no es una identidad necesaria y puede muy frecuentemente no presentarse. En segundo lugar, este criterio de repartición social del daño no puede dar lugar de ninguna manera a atribuir a una de las partes una obligación de pagar una suma mayor al valor del daño aunque ésta sea muy rica, porque ello implicaría utilizar la indemnización como medio de sanción antes que como medio de reparación; actitud que sería incompatible con la idea de la difusión social del riesgo [492].

356. *La jurisprudencia peruana.* Los Tribunales peruanos no han sido muy consistentes sobre este punto.

En muchos de los dictámenes fiscales se hace mención de la situación económica del deudor. Este es el caso, por ejemplo, del juicio seguido por don Modesto Barrios Sulca contra la Empresa de omnibus San Miguel S.A. para que le abone una indemnización por la muerte de su madre, la señora Santona Sulca; el Fiscal GARCIA ARRESE señala que es necesario tomar en cuenta "la capacidad económica de la demandada" [493]. Igualmente, *in Re* Sara Neyra Concha viuda de Navarro con Carlos Mendoza Bohórquez, el mismo Fiscal GARCIA ARRESE indica "las posibilidades del obligado" como criterio para opinar sobre el monto de la indemnización [494]. En cambio *in Re* Valentín Froilán Zapata Valverde con Adolfo Morán Zúñiga, la propia Corte Suprema, en los considerandos de la resolución de 7 de diciembre de 1972, deja sentado que "para fijar el monto de los daños debe estarse a la prueba actuada, apreciada por el Juez, y no a la presunta posibilidad económica del deudor" [495].

---

492. Sobre la indemnización punitiva, *vid. infra*, Nos. 364-373.

493. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Setiembre de 1952. No 104, pp. 2705-2702.

494. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año de 1954, No 127, pp. 973-974.

495. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Enero de 1973. No 348, pp. 79-80.

CAPITULO II

DAÑOS PATRIMONIALES

Artículo 1985.-... las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante...

Sección I: Daño emergente y lucro cesante

357. *Los aspectos del daño.* El daño no golpea en una sola dirección, causando un solo tipo de consecuencias económicas, sino que, por regla general, hace estallar la situación en diversos fragmentos económicamente dañinos: aquél que es atropellado por un vehículo puede necesitar pagar sus gastos de hospitalización, pero además tiene que comprar remedios, requiere pagar la ambulancia que lo llevó hasta el hospital desde el lugar del accidente, puede necesitar tratamiento psiquiátrico, quizá va a tener que someterse a una costosa rehabilitación por varios meses, paralelamente pierde un negocio importante debido a su hospitalización y además no se encuentra en aptitud de trabajar para mantener a su familia durante un largo tiempo, etc.

Es, entonces, importante intentar una categorización de los diferentes tipos de daños en razón de las correspondientes formas de indemnización, a fin de poner un poco de orden en este caleidoscopio trágico.

De primera intención, encontramos fundamentalmente dos grandes categorías de daños económicos, que parecen estar en condiciones de comprender la multiplicidad de situaciones que se presentan en la práctica: el daño emergente y el lucro cesante.

358. *Damnum emergens.* La indemnización del daño emergente es la que pretende restituir la pérdida sufrida.

PAULUS define el daño emergente como *quantum mihi abest* [496], es decir, el monto que para mí ya no es, lo que para mí deja de tener existencia. El daño emergente es siempre un empobrecimiento.

Esta pérdida puede presentarse como consecuencia directa y súbita del daño: el costo de la intervención quirúrgica, hospitalización y medicamentos para curar la pierna rota; la factura por la reparación del automóvil abollado, etc. Pero a continuación de tales pérdidas inmediatas, encontramos otras que sólo se manifestarán posteriormente; algunas de ellas las podemos prever desde ahora (el costo de los ejercicios de rehabilitación de la pierna lesionada, aun varios meses después de que el caso se encuentre judicialmente resuelto) y otras quizá ni siquiera la sospechamos al momento del accidente, tampoco al tiempo de demandar y quizá ni aun al momento en que el juez expida sentencia (caso de la aparición posterior de una complicación médica inesperada, pero cuya vinculación con el accidente puede ser demostrada). Sin embargo, todos estos daños entran dentro de la categoría del daño emergente: su emergencia se produce en distintas épocas, pero siempre como consecuencia del acto dañino primitivo y siempre se expresan en una pérdida de lo que la víctima ya tenía. Por consiguiente, el daño emergente comprende tantos daños inmediatos como daños futuros.

La jurisprudencia peruana no ha tenido usualmente dudas en cuanto a la reparación del daño emergente. En los casos de daños corporales, ha considerado como daño emergente a los gastos de curación y tratamiento, incluyendo los que se requieran en el futuro, como es el caso de la renovación de aparatos de prótesis a que antes hemos hecho referencia [497]. En los casos de daños a propiedades, ha considerado como daño emergente la reparación de los desperfectos; por ejemplo, el levantamiento de una pared medianera que se derrumbó debido a que el vecino procedió a demoler su propiedad en épocas de lluvias y sin tomar las debidas precauciones [498] o los gastos de reparación del vehículo chocado. Es interesante señalar que *in Re* don Eduardo Fuller con don Carlos Cornejo, la Corte Suprema en los Considerandos de su resolución de 18 de agosto de 1975 manifestó que la depreciación o menor valor del vehículo resultante del choque aunque éste fuera reparado

---

496. *Digesto*, 46.8.13.

497. *Supra*, N°. 346, n 477.

498. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año de 1961. N° 209, pp. 895-898.

(y la sentencia establecía precisamente la reparación como elemento independiente a considerar), constituye también un daño emergente resarcible [499].

359. *Lucrum cessans.* La segunda gran categoría de indemnizaciones está constituida por el lucro cesante, que ha sido expresamente mencionado en el artículo 1985, respetándose en este punto la innovación de redacción introducida por el Proyecto de la Comisión Reformadora.

El concepto de lucro cesante comprende aquello que ha sido o será dejado ganar a causa del acto dañino. La frase antes citada de *PAULI* se completa con la idea del lucro cesante: *quantum mihi abest quantumque lucrari potui.* Esta última parte nos dice que es también daño aquello que hubiera podido ganar (y que no lo gané debido al daño). Por consiguiente, mientras en el daño emergente hay empobrecimiento en el lucro cesante hay un impedimento a que me enriquezca legítimamente. Por otra parte, como dice Adriano de CUPIS, el daño emergente afecta un bien o un interés actual, que ya corresponde a la persona en el instante del daño; en cambio, el lucro cesante afecta un bien o un interés que todavía no es de la persona al momento del daño.

Sin embargo, debemos reiterar que ésto no significa que el daño emergente sea presente, mientras que el lucro cesante es futuro. La fecha para considerar el pasado, presente y futuro en este caso es la de la sentencia. Desde esta perspectiva tanto el daño emergente como el lucro cesante pueden ser pasados, presentes o futuros. El lucro cesante es siempre futuro con respecto al momento del daño. Pero entre esa fecha y la sentencia puede haberse producido un lucro cesante que ya será considerado como pasado y además cabe la posibilidad de que las consecuencias del daño sigan afectando en adelante la posibilidad de ganancias futuras.

A este respecto, es preciso insistir en la condición esencial —también para el lucro cesante— de que el daño debe ser cierto: no son reparables las ganancias hipotéticas sino aquéllas que se producirán con toda certidumbre, que inevitablemente se dejarán de percibir como consecuencia del acto dañino.

---

499. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Octubre de 1975. N° 381, p. 1109.

Sin embargo, en materia de lucro cesante puede ser muy difícil distinguir a veces entre una mera esperanza de ganancia y un daño cierto por dejar de percibir una ganancia futura. Imaginemos el daño causado a unos cultivos. No cabe duda de que no solamente debe indemnizarse el valor presente de los cultivos (daño emergente) sino también la expectativa habitual de margen de ganancia (no el ingreso bruto) que esa cosecha habría producido (lucro cesante). Pero. ¿debe considerarse también como lucro cesante el hecho de con posteridad al daño, el precio de los frutos a cosecharse tuvo una alza extraordinaria en el mercado? Esa alza no era previsible, pero no cabe duda que la falta de ganancia de esa diferencia extraordinaria es también consecuencia del daño.

Estos casos difíciles son muy numerosos y admiten soluciones diversas. Por ejemplo, la jurisprudencia argentina ha decidido que, cuando la circunstancia de un accidente automovilístico impide a un vendedor de terrenos entrevistarse con posibles compradores de los lotes, podemos considerar que aún no hay una ganancia cierta en perspectiva; porque tales personas no eran todavía compradores sino interesados. Pero si, precisamente antes de la temporada, se produce un daño a un inmueble de verano que frustra el alquiler de esa casa, los jueces argentinos han considerado que procede una indemnización equivalente a cuatro meses de alquiler aun cuando todavía no había inquilino en perspectiva, porque era normal que la casa se hubiera alquilado dentro del curso ordinario de la vida y de las cosas" [500].

Por otra parte, la indemnización del lucro cesante presume que el curso de la vida y de las cosas del demandante habría sido normal, de no mediar el hecho dañino; pero ello no es tan obvio. Por ejemplo, cuando se indemniza al hijo menor cuyo padre fue muerto al ser mordido fatalmente por el perro del vecino, se toma en cuenta que ese padre era la fuente de sustento de tal hijo hasta su mayoría de edad. Sin embargo, bien podría haber sucedido que, por razones absolutamente naturales, el padre no hubiera vivido todo ese lapso. Quizá, si no hubiera sido mordido por el perro, habría muerto esa misma tarde de un infarto impredictible; por lo que el hijo no habría conservado su fuente de sustento hasta los 18 años sino sólo por algunas horas más. Evidentemente, las distinciones en esta materia se hacen extremadamente sutiles y el terreno está sembrado de conjeturas, por lo que el juez

---

500 Pedro Néstor CAZEAUX: *Daño actual. Daño futuro. Daño eventual o hipotético. Pérdida de chance*. En *Temas de Responsabilidad Civil, en honor al Dr. Augusto M. Morello*. Librería Editora Platense, La Plata, 1981, p. 21.

debe ser particularmente prudente al considerar el lucro cesante y atenerse a las circunstancias normales y previsibles, para bien o para mal.

Debe destacarse también que el lucro cesante se convierte en daño emergente cuando hay remedio a la situación de manera que la ganancia no se pierda, aunque ese remedio sea costoso. Por ejemplo, si una persona que dedica su automóvil al servicio público independiente es chocado y tiene que paralizar el vehículo durante los días que demore la compostura, estamos aparentemente ante un lucro cesante: ese taxista dejará de percibir sus ingresos habituales en esos días. Sin embargo, si le es posible alquilar un automóvil mientras tanto y seguir realizando sus actividades, el lucro cesante no es procedente: todo lo que le corresponde como indemnización por los días de paro del automóvil es el importe del alquiler del otro auto, lo que constituye un daño emergente [501]. Notemos que este razonamiento es válido aun cuando no alquile otro auto, pudiendo hacerlo: el lucro cesante ha desaparecido con la mera posibilidad (efectiva) de realizar la ganancia de otra manera. En realidad, si la víctima no adopta las medidas necesarias para reducir el daño (sea daño emergente o lucro cesante), pudiendo hacerlo, está introduciendo una nueva causa del resultado dañino: el daño se habrá producido porque al acto del causante concurrió la omisión de la víctima, lo que también es una forma de actuar.

Adriano de CUPIS indica además que la ganancia esperada tiene que ser legítima: no se puede pretender lucro cesante por actividades ilegales.

El principio es perfectamente sólido. Sin embargo, no debe confundirse moralidad con legalidad. El ejemplo que señala el propio de CUPIS para explicar este tema ha sido recientemente tratado de una manera diferente por los Tribunales suizos. Dice de CUPIS que "la meretriz que ha sufrido una lesión física no puede pretender que sea resarcida por la falta de ganancias en su profesión ya que estas ganancias jurídicamente no le pertenecerían, dado que la relación de prostitución va en contra de las buenas costumbres" [502]. Sin embargo, hace algunos meses los diarios nos traían la noticia de una prostituta en Suiza que había sufrido un daño de esa naturaleza y que ganó una indemnización por lucro cesante aduciendo que su trabajo no podía considerarse ilícito ni su ganancia antijurídica desde el momento en que

---

501. Adriano de CUPIS: *El daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil*, 2a. ed. italiana. Bosch. Barcelona, 1975. N°. 38, p. 314.

502. Adriano de CUPIS: *Op. cit.*, N°. 38, p. 316.

la prostitución era legal: la meretriz-víctima tenía autorización oficial de la sanidad pública y de las autoridades policiales y, por último pagaba impuestos sobre sus ganancias, conforme demostró con su declaración jurada.

En realidad, si la prostitución se encuentra proscrita en un determinado país y, consecuentemente, es ilegal, no cabe duda que la damnificada en estas actividades, ejercidas clandestinamente, no puede aspirar a una indemnización. Pero si la actividad considerada como inmoral no se encuentra prohibida sino que, por el contrario, está sujeta a autorizaciones y se ejerce libremente dentro de ciertas condiciones, no parece haber razón válida para que la indemnización no sea procedente: moral y derecho son disciplinas profundamente relacionadas pero no idénticas [502bis].

En Francia se presentó una discusión sobre este tema con motivo de una decisión de la Corte de París de 20 de junio de 1960 que concedió indemnización a una "strip-teasera" porque el cirujano que le había practicado una operación estética, le dejó una cicatriz —no precisamente en el rostro— que le impedía seguir desempeñando su actividad. Es verdad que este caso podría ser considerado como una responsabilidad contractual —el punto es discutible conforme veremos después [503]— pero lo que interesa es saber es si una indemnización (contractual o extracontractual) era procedente, atendiendo a la actividad a la que se dedicaba la señorita. Algunos autores, como el propio André TUNC, comentaron desfavorablemente esta sentencia [503bis]. Y Boris STARCK acota que aparentemente la Corte concibió la indemnización más bien como una sanción al médico negligente antes que como una reparación a la "strip-teasera" [504]. Sin embargo, dado que el "strip-tease" es una actividad legal, no vemos las razones que hubiera podido aducir la Corte para denegar la indemnización.

---

502 *bis.* V. *infra*, N°. 683.

503. *Infra* N° 657.

503*bis.* En la 6ta edición del *Traité* de MAZEAUD y TUNC, éste último discrepa en una nota de pie de página respecto de la opinión de Henri y León MAZEAUD, quienes sostienen que la concubina no tiene derecho a indemnización por los daños sufridos por el concubino debido a que su situación es inmoral. André TUNC objeta esta calificación y sostiene que el verdadero concubinato es casi un matrimonio. Pero a continuación declara que no vacilaría en aplicar la regla *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* contra una prostituta o contra una actriz de striptease a las que un accidente hubiera impedido de continuar con su industria. Vid. Henri y León MAZEAUD y André TUNC: *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*. 6ta. ed. T. I. Editions Montchrestein. París, 1965, N° 279, nota 1 *in fine*, p. 379.

504. Boris STARCK, Henri ROLAND y Laurent BOYER: *Droit Civil, Obligations. 1. Responsabilité délictuelle*, 2a. ed. Librairies Techniques. París, 1985, N°. 109, pp. 61-62.

En el Perú hay quien podría sostener que una sentencia de ese tipo no sería jurídicamente procedente porque, de conformidad con el Artículo V del Título Preliminar del Código Civil, son nulos actos contrarios a las buenas costumbres: y la prostitución o el "strip-tease" no son precisamente buenas costumbres y consiguientemente no pueden ser amparados judicialmente. Sin embargo, la artificiosidad de este razonamiento es evidente. No sólo presenta problemas lógicos sino que además implica una utilización extensiva del concepto de "malas costumbres". Parece claro que esta distinción entre buenas y malas costumbres —que difícilmente puede ser precisa, porque la moral no presenta juicios tajantes— sólo es aplicable a aquellas costumbre que no han sido tratadas por la ley. Si una norma legal ha proscrito una determinada costumbre, no cabe duda de que es mala y esto no admite más discusión. Aun más, como señala Marcial RUBIO[505], en esta hipótesis, si se produjera un acto jurídico violatorio de tal norma, ya no sería propiamente un acto contra las buenas costumbres sino contra el orden público. Ahora bien, si contrariamente una norma jurídica reconoce la legalidad de una conducta —lo que no supone necesariamente que se le otorgue incentivos tributarios o de otro tipo sino simplemente que la someta a cierta reglamentación o que la subordine a un permiso—ya no podemos decir que esa conducta atenta contra las buenas costumbres. Agrega RUBIO: "Es obvio que esto no resulta necesariamente así desde una perspectiva social o filosófica, puesto que existen muchas normas legislativas injustas y criticables.."; pero "si una norma legislativa recoge una costumbre, ésta será por definición buena para el Derecho. No cabe pues suponer que existen leyes que recogen costumbres 'malas' o 'neutras'"[506].

360. *Apreciación del lucri cessantis*. No cabe duda de que la apreciación del *quanti* del lucro cesante es muy subjetiva y existe gran prudencia y criterios claros y coherentes por parte de los jueces.

La situación más simple se presenta cuando el daño origina la pérdida de una renta efectiva. En tal caso, el monto de la indemnización por lucro resulta sencillamente de multiplicar el importe de tal renta por el número de períodos (días, semanas, meses, etc) en que la renta no será percibida.

Don Edgard Vizcarra Rosas y doña Livia Pacheco de Vizcarra deman-

---

505. Marcial RUBIO CORREA: *Título Preliminar*, Biblioteca «Para leer el Código Civil». Vol III. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1986, p. 102.

506. *Loc. cit.*

daron la firma A. y F. Wiese S. A. por los daños causados en su propiedad ubicada en la ciudad del Cuzco, con motivo de la demolición del inmueble de propiedad de la demandada, colindante con el de ellos, lo que produjo la caída de la pared medianera. Los demandantes acreditaron que obtenían renta de alquiler de parte del inmueble, pero que habían tenido que desocupar a los inquilinos debido a los derrumbes. En consecuencia, solicitaron, entre otras cosas, una reparación del lucro cesante por la merced conductiva que dejarían de percibir. El juez de Primera Instancia valorizó esta renta frustrada en S/. 1,800 y ordenó en la sentencia que la demandada pagara esa cantidad por mes transcurrido desde que se ocasionó el daño hasta que éste fuera reparado. Sin embargo, es de señalar que la Corte Superior del Cuzco resumió ese lucro cesante de manera arbitraria —es decir, sin fundamentar su decisión ni explicar su razonamiento—en la suma global de S/. 10,000. El Fiscal FEBRES denuncia esta globalización por considerar que " debe existir proporcionalidad entre el monto de la indemnización y el tiempo de duración del perjuicio". Pero la Corte Suprema respaldó el criterio de la Corte Superior por resolución de 14 de setiembre de 1960 [507].

Aparentemente, a pesar de las resoluciones inexplicables de ambas Cortes, se trataba de un caso en el que la indemnización por lucro cesante puede ser establecido con referentes más objetivos, puesto que existía un contrato de alquiler con un monto preciso de merced conductiva. Sin embargo, debe advertirse que el lucro cesante no es el ingreso bruto dejado de percibir sino la ganancia frustrada; y si bien el daño impide que se produzca el ingreso, también es verdad que en muchos casos —no siempre, por lo que cada caso debe ser estudiado en particular— esto conlleva igualmente que ciertos gastos no se tengan que realizar. Por tanto, el lucro cesante será el ingreso bruto frustrado menos los gastos que no ha sido necesario realizar.

Don José Calero Paz demanda al Estado porque la policía no ha sido capaz de controlar al pueblo de Iquitos en los actos vandálicos que finalizan con el incendio de tres cinemas de su propiedad en la ciudad de Iquitos [508]. Todas las instancias le acuerdan tanto indemnización por daño emergente como también indemnización por lucro cesante por haber tenido que cerrar los cinemas durante seis meses. Sin embargo, la Corte Suprema, en resolución de 4 de enero de 1960, aclara con buen criterio que no puede tomarse

---

507. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año de 1961. N° 209, pp. 895-898.

508. Esta Ejecutoria ha sido examinada más adelante desde el punto de vista de la responsabilidad del Estado, *infra*, N° 507.

como lucro cesante "el ingreso bruto mensual de los tres locales durante...el tiempo de seis meses en que dejaron de funcionar los cinemas", sino que es preciso "deducir los gastos de explotación del negocio".

En otros casos, el bien dañado no producía una renta para el propietario. Pero la imposibilidad de usarlo obliga a un egreso de ese propietario para reemplazarlo. La situación es limítrofe entre el daño emergente y el lucro cesante. Puede entenderse que la suma que necesita gastar para suplir el bien que le falta a causa del daño es una pérdida o daño emergente. Pero también puede considerarse que la renta o lucro cesante de ese bien está determinado por la ventaja económica que le significa la posesión y utilización del mismo, que se cuantifica por la suma que debe abonar cuando el bien le falta; por tanto, al dejar de ganar esa ventaja económica que le significaba la posesión del bien, ésta se convierte en un lucro cesante. La discusión sobre la naturaleza de este daño es puramente teórica, porque en ambos casos ese importe es resarcible.

El automóvil del Oficial de Aviación Rolando Gilardi fue destrozado por el ómnibus de propiedad de la Empresa Perú S. A. El demandante acreditó en autos que, en razón de su trabajo, la inutilización de su automóvil lo había obligado a utilizar carros de alquiler. El Fiscal CALLE estuvo de acuerdo en que esto le sea reembolsado y la Corte suprema, por resolución de 9 de mayo de 1947, ordenó que la indemnización, que se valorizaría por peritos, tome en cuenta los perjuicios provenientes de la inutilización temporal del automóvil [509].

Una situación similar se presenta en el juicio antes citado en este acápite, que siguieron don Edgar Vizcarra y doña Livia Pacheco de Vizcarra contra A. y F. Wiese S. A. Los demandantes no sólo acreditaron que la parte de su casa que se derrumbó estaba alquilada a terceros sino que además en otra parte de ella vivía la pareja y otra parte más constituía el Estudio de Abogados del demandante quien, según declara el Fiscal FEBRES, había tenido que arrendar tanto una casa como una oficina para reemplazar las habitaciones que tuvo que abandonar hasta que la pared fuera reparada. Sin embargo, la Corte Suprema en su resolución de 14 de setiembre de 1960 no hace ningún análisis sobre estas pretensiones; aun cuando, al fijar una indemnización global, parece acogerlas [510].

---

509. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Mayo-Junio de 1947, Nos. 40-41, pp. 380-381.

510. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año de 1961. N° 209, pp. 895-898.

Más difíciles son los casos en los que no hay una renta manifiesta ni una necesidad manifiesta de un gasto para reemplazar lo perdido con el daño. En esta hipótesis, la discrecionalidad del juez para apreciar el monto del lucro cesante es mucho mayor. Veremos algunos de los casos en que se presenta esta situación.

Doña Rosa Zapata Guzmán demanda a don José F. Botto para que le pague una indemnización, que incluya el lucro cesante, por los daños sufridos a causa de la negligencia del demandado. El señor Botto es propietario de la Empresa Lima Park que instala parque de diversiones. La señorita Zapata ingresó al espectáculo denominado "La Casa de los Locos". Al finalizar el paseo en el pequeño tren por el trayecto establecido para esta atracción, la demandante se levantó de su asiento y salió del coche. Para ello se apoyó en una baranda que existía en el lugar con ese objeto. Sin embargo, debido a una impericia del operador, el pequeño tren se puso en marcha de improviso y la demandante sufrió una fractura del antebrazo derecho. De acuerdo a lo expresado por el Fiscal GARCIA ARRESE, uno de los elementos que se tomó en cuenta para establecer la indemnización fue el hecho de que la señorita Zapata era taquígrafa-mecanógrafa; y que la herida sufrida en el brazo derecho le imposibilitaría ejercer su profesión por algún tiempo [511].

Un caso del mismo orden es el protagonizado por don Sidney Summers, quien demandó a la Compañía de Omnibus Olaya S. A. por el hecho de que un vehículo de esa empresa chocó su automóvil en el jirón Arias Aragüez. El accidente fue muy grave porque el impacto lanzó al automóvil del señor Summers contra un poste de alumbrado público, en el que se incrustó. El señor Summers fue arrojado de su automóvil, sufriendo la fractura del fémur izquierdo a la altura de la cadera, así como de dos huesos del antebrazo. Esto lo obligó a permanecer inmovilizado y enyesado por un lapso de dos meses, desatendiendo su Estudio de Abogado durante tres meses. El Fiscal GARCIA ARRESE consideró que era procedente indemnizar "el tiempo de inhabilitación sufrido por el profesional para atender a su actividad habitual por espacio de meses"; opinión que acogió la Corte Suprema por resolución de 15 de mayo de 1957 [512].

En los casos mencionados, el Juez ha establecido prudencialmente una indemnización general por lucro cesante. Otras veces, el Juez ha recurrido a

---

511. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año de 1954. N° 131, pp. 1487-1489.

512. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año de 1957. N°. 164, pp. 1030-1032.

la fijación de una suma mensual relativamente arbitraria, aunque cuando menos referida a un lapso determinado. En el juicio seguido por don Javier Mariátegui Campos contra don Julio Poppe Yesup por haber sido atropellado por éste último en la Avenida Sáenz Peña del Callao, la sentencia de Primera Instancia — que hace suya en este punto la Corte Suprema por resolución de 27 de junio de 1955[513]— otorga una indemnización de S/. 32,000 "a razón de S/. 1,000 al mes en que el actor ha estado inhabilitado para dedicarse a sus labores habituales".

361. *La globalización de la indemnización.* Es importante hacer presente que los tribunales han utilizado con frecuencia el recurso de no distinguir incluso entre el daño emergente y el lucro cesante, aunque tal práctica sea muy discutible desde el punto de vista teórico.

Un gran número de las Ejecutorias que hemos citado, si bien hacen referencia al lucro cesante en la sentencia de Primera Instancia o en el dictamen fiscal, no discriminan la indemnización en el fallo definitivo: se limitan a establecer una cifra global que comprende todos los conceptos materia de la indemnización.

Además de los casos reseñados, baste señalar el de doña Dora Mercedes Rodríguez que demanda a don Alberto Revilla por un accidente de tránsito y le exige lucro cesante. El Fiscal SOTELO opina que hay que tener en cuenta "la grave invalidez permanente de ésta (la demandante) y como consecuencia la merma de sus actividades y consiguiente reducción de los ingresos económicos que ellas le procuraban para hacer frente a su vida". La Corte Suprema, en su resolución de 28 de octubre de 1949, rebaja ligeramente la indemnización establecida en la sentencia, pero no proporciona ningún fundamento ni opinión sobre la forma como se distribuye la indemnización entre los diferentes tipos de daños demandados[514].

Sección II: Las indemnizaciones especiales

362. *Otros tipos de indemnizaciones.* El artículo 1985 se refiere, además del daño emergente y del lucro cesante, al daño a la persona y al daño moral (repitiendo, en este último caso, un tipo de daño ya contemplado en el artículo precedente).

---

513. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año de 1956. N° 149, pp. 672-673.

514. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año de 1949. Nos 70-71, pp. 908-910.

Aun cuando en nuestra opinión las indemnizaciones por daño moral son usualmente en la práctica indemnizaciones por daños patrimoniales imprecisables, como lo veremos más adelante[515], hemos preferido tratarlas en el capítulo correspondiente al daño extrapatrimonial en razón de la teoría que informa esa institución. Por el mismo motivo, hemos dejado para entonces la discusión sobre el daño a la persona, a pesar de que pensamos que con esta nueva denominación (creemos que esta institución no se distingue conceptualmente del daño moral), sucederá en la práctica lo mismo que lo que ha sucedido con el daño moral: terminará cubriendo daños patrimoniales vagos y no cuantificables, salvo que se transforme en una mera expresión de la venganza privada a través de una forma de indemnización punitiva.

Pero, además de esos dos casos que cita expresamente el texto legal comentado, la doctrina menciona otros tipos de indemnizaciones algunos de las cuales conviene señalar porque han jugado o jugarán un papel en las decisiones judiciales, encubiertos bajo alguna de las formas ya mencionadas. Este es el caso de la pérdida de chance u oportunidad, la indemnización punitiva y la indemnización por los daños que son consecuencia de una provocación de la víctima.

363. *La indemnización por pérdida de chance.* Esta indemnización intenta reparar el daño que se produce cuando el acto dañino ha frustrado la posibilidad —todavía no era un certidumbre— de obtener una cierta ventaja patrimonial.

A primera vista, la indemnización por pérdida de chance u oportunidad para ser una variante del lucro cesante. Sin embargo, no puede dejar de señalarse las diferencias entre esta situación y la normal en el caso del lucro cesante. Quizá la distinción fundamental consiste en que la pérdida de chance u oportunidad se hace necesaria la intervención de otros elementos que son inciertos, para que la ventaja o ganancia frustrada hubiera sido efectivamente posible.

Un par de ejemplos pueden ilustrar mejor el caso. *Trasus* es propietario de un automóvil que hace trabajar como coche de alquiler, y este automóvil resulta dañado por un choque. Como consecuencia de ello, no sólo pierde el importe de la reparación (*damnum emergens*) sino también la ganancia que debía reportarle el servicio del vehículo durante los días en que estuvo paralizado para que fuera compuesto (*lucrum cessans*). Aquí la ga-

515. *Infra*, N° 402.

nancia frustrada era absolutamente cierta y puede cuantificarse sin problemas porque corresponde a una relación productiva perfectamente verificable.

Imaginemos ahora que *Trasus* no sea propietario de un taxi sino de un caballo de carrera, favorito en un clásico, que no llega al hipódromo porque resulta lesionado al sufrir un accidente el vehículo que lo conducía. *Trasus* pierde no sólo el importe de las curaciones de su caballo sino también la posibilidad de ganar el clásico. Este es un ejemplo frecuentemente citado por la doctrina para ilustrar la pérdida de chance u oportunidad. Aquí no era seguro que ese caballo ganaría el premio; una carrera siempre es un concurso que, por definición, implica resultados inciertos. El propietario del caballo no ha perdido directamente el premio; ha perdido el chance o la oportunidad de participar en la carrera y ganarla.

Notemos que no hay aquí una ganancia cierta que se frustra, como en el caso típico del lucro cesante: lo único que era *cierto e indubitable* era la posibilidad de participar en un evento que quizá podría aportar una ganancia. Estamos, pues, ante una combinación de certidumbre y de incertidumbre en una proporción determinada.

Adriano de CUPIS presenta convincentemente la tesis de que no se trata de un lucro cesante sino de un daño emergente. Citando a PACCHIONI, menciona diversos ejemplos de pérdida de chance u oportunidad: si un jockey al que se la confiado un caballo de carrera para montarlo, no llega a tiempo para tomar parte en la carrera; si un pintor envía un cuadro suyo a un concurso y su obra es dañada o destruida o no es entregada a tiempo por el transportista; si un abogado negligente deja transcurrir el plazo para la apelación de una sentencia y de esta manera el cliente pierde la posibilidad de ganar el juicio en la instancia superior. En todos estos casos, dice, había una posibilidad de victoria y su frustración engendra un daño jurídico. Si bien la victoria es incierta, la posibilidad de alcanzarla era cierta y actual: por consiguiente, el impedimento para hacer uso de esta posibilidad es indemnizable y debe ser considerado como pérdida presente (*damnum emergens*) y no frustración de ganancia (*lucrum cessans*). No cabe duda de que una chance tiene mucho menos valor que una victoria consumada; pero no deja de tener valor y constituye en sí misma un interés jurídicamente protegido [516].

---

516. Adriano de CUPIS: *El Daño, Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Trad. de la 2a. ed. italiana. Bosch. Barcelona, 1975. N° 38, pp. 318-319.

Loa autores argentinos y la jurisprudencia de ese país han precisado también con mucha claridad ese carácter presente de la pérdida de chance. Alfredo ORGAZ, con singular perspicacia, señala que "esta indemnización es de la chance misma, que el juez apreciará en concreto, y no de la ganancia o pérdida que era objeto de aquélla" [517]. En otras palabras, el daño se refiere a la chance actual (*damnum emergens*) y no a una ganancia futura (*lucrum cessans*) que en este caso resulta todavía hipotética.

Dentro de esta misma línea, el jurista uruguayo Jorge PEIRANO FACIO se pregunta y contesta: "El nudo de la cuestión radica en la consideración de la *chance* en sí misma: ¿posee ésta, o no, independientemente de todo hecho futuro, un valor en sí misma? La respuesta afirmativa se impone: basta considerar algunas situaciones, como la especulación sobre billetes de lotería o sobre cualesquiera derechos aleatorios, para comprender que la *chance* posee un valor en sí misma. Planteada así la cuestión, no existe razón alguna para negar el carácter de daño indemnizable a la pérdida de una *chance*" [518].

Como señala el mismo PEIRANO FACIO en una nota al texto citado [519], este enfoque de la pérdida de chance como daño emergente y actual permite solucionar los difíciles problemas de causalidad que plantearía el hecho de considerarla como un lucro cesante. Si la entendemos como *damno emergente*, la causalidad se encuentra perfectamente establecida: los perjuicios se derivan causalmente del acto dañino, sin necesidad de que intervenga ninguna otra causa extraña para que se produzcan. En cambio, en la pérdida de chance considerada como *lucro cessante*, intervienen otras causas ajenas dado que la ganancia no se encontraba asegurada aun si no hubiera habido el accidente. Por consiguiente, la relación causal entre el acto dañino y el perjuicio aparente afectada y quizá fracturada. Esto no sucede si consideramos que la chance tiene un valor en sí misma y que es ese valor perdido y no la hipotética ganancia no realizada lo que se repara, la relación de causalidad se mantiene dentro de los cauces normales.

Los franceses también consideran que la pérdida de chance es reparable. Los hermanos MAZEAUD y André TUNC convienen en que, al pro-

---

517. Alfredo ORGAZ: *El Daño Resarcible. (Actos Ilícitos)*. 3a ed. Depalma. Buenos Aires, 1967. N° 24, p. 71.

518. Jorge PEIRANO FACIO: *Responsabilidad Extracontractual*. 3a ed. Editorial Temis. Bogotá, 1981. N° 204, pp. 364-365.

519. *Loc. cit.*

pietario de un caballo que no pudo participar en una carrera debido al acto dañino, no se le puede fijar el monto del premio como indemnización, porque nadie puede asegurar que habría ganado. Pero también sería injusto negarle toda indemnización por este concepto porque "El perjuicio (que efectivamente ha sufrido) no es menos incontestable" [520].

Todas estas razones nos llevan a la convicción de que existe fundamento suficiente para que la pérdida de chance sea indemnizada. Pero, tratándose de un hecho presente y no de un lucro cesante referido a una ganancia eventual, el resarcimiento no puede comprender el íntegro de la ganancia a la que aspiraba puesto que ella dependía de otros factores ajenos al daño; en consecuencia, los Tribunales deben otorgar una indemnización razonable, siguiendo su buen criterio y considerando las otras concausas necesarias para producir la ventaja o ganancia [521].

En realidad, un análisis matemático de cálculo de probabilidades podría en muchos casos ayudar a establecer objetivamente el coeficiente que debe aplicarse a la eventual ganancia a fin de establecer la indemnización:el valor de la chance perdida podría estar dado por el monto de la ganancia eventual multiplicado por el porcentaje de probabilidad que tenía la víctima de hacer esa ganancia. Dicho de otra manera, si el premio de una carrera de caballos es de I/. 100,000 y a un determinado caballo se le reconoce un 50 % de probabilidades de ganar, el valor de esa chance es de I/. 50,000. Evidentemente, un cálculo real sólo es posible cuando las posibilidades de ganar son matemáticamente calculables: en una lotería cuyo premio mayor es de I/. 3,000.000 y en la que se han puesto en juego tres millones de boletos, el valor de la chance de un boleto —y la correspondiente indemnización en el caso de que tal boleto fuera destruido— sería de un inti, ya que cada boleto tiene una chance entre tres millones de ganar tres millones. En cambio, si el premio mayor es de sólo I/. 100,000 pero la rifa se realiza exclusivamente entre dos personas, la chance de cada una de ellas valdrá I/. 50,000. Pero cuando la apreciación de la chance no se basa únicamente en el cálculo matemático de las probabilidades sino en elementos de tipo cualitativo (agi-

---

520. Henri y León MAZEAUD y André TUNC: *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle.* T .I 6ta. ed. Editions Montchrestein. París, 1965. N° 219, p. 278.

521. Pedro Néstor CAZEAUX: *Daño actual, Daño futuro. Daño eventual o hipotético. Pérdida de chance,* en *Temas de Responsabilidad Civil en honor al Dr. Augusto M. Morello.* Librería Editora Platense, La Plata, 1981, pp. 23-29.

lidad de un caballo y su estado físico el día de la carrera o posibilidad de conseguir revocar el fallo en la Corte Suprema si el abogado hubiera interpuesto el recurso de nulidad a tiempo o intervenciones quirúrgicas que se hubieran podido evitar si no se hubiera producido una atención médica negligente o tardía, etc), las matemáticas pueden siempre ayudar a ordenar los elementos a tomar en consideración pero no bastan por sí solas.

364. *La indemnización punitiva.* Esta indemnización es conocida en el derecho anglosajón con el nombre de *exemplar y damages* y aunque no se encuentra contemplada expresamente en nuestro Código, juega en la práctica un papel importante en las decisiones judiciales. Además, el nuevo Código de 1984 sugiere de alguna manera su existencia a través de otra norma.

En principio, la indemnización punitiva consiste en la suma que se ordena pagar al demandado en favor de la víctima, que no se funda en la idea de repara un daño sino en la de castigar a un causante o agente, independientemente del daño producido.

Esta indemnización punitiva o vindicativa o retributiva se presenta cuando, para calcular el monto que debe pagar el demandado al demandante, se atiende antes a la gravedad de la falta que a la naturaleza del daño: si frente a dos daños semejantes, se obliga a uno de los causantes a pagar una indemnización mayor porque tuvo *más culpa*, estamos ante un caso de indemnización punitiva; cuando ante un daño perfectamente valorizado el juez fija una indemnización mayor que el monto del daño porque "la falta era particularmente grave", se trata de una indemnización punitiva. En otras palabras, la indemnización punitiva tiene el carácter de una suerte de pena privada.

Este tipo de indemnización es manifiestamente contrario al espíritu de la teoría moderna de la responsabilidad extracontractual que se basa en la idea de reparación antes que de castigo [522]. Desde este última perspectiva, el daño es un hecho objetivo, que no puede aumentarse ni reducirse en función de un elemento subjetivo, como es la culpa. El dolo más maquiavélico no añade un ápice de perjuicio al daño, de modo que si a pesar de tanto refinamiento doloso el daño es leve, no puede decirse que es grave porque hubo "mucho dolo". De la misma forma, si el daño resulta grave, no puede decirse que es leve porque no hubo mucha culpa del causante: la víctima percibe

522. *Vid. supra*, Nº 9.

su daño de la misma manera, sea que el causante haya obrado con dolo o con culpa y sea que la culpa sea grave o leve [523].

365. *La indemnización punitiva en el Derecho comparado.* En el Derecho comparado, encontramos que los daños punitivos son objetados por juristas de todos los sistemas: aun cuando es verdad que conservan todavía numerosos partidarios.

366. *La indemnización punitiva en Suiza.* El Código suizo de las Obligaciones mantiene el principio de que la indemnización debe ser proporcionada a la culpa, lo que equivale a medir la indemnización en función del castigo al causante antes que en función de la reparación de la víctima.

El artículo 43 de este cuerpo legal prescribe que "El modo y la medida del resarcimiento por el daño causado son determinados por el juez en virtud de una evaluación equitativa de las circunstancias *y de la gravedad de la culpa*".

Esta norma no es consistente con la idea de que la indemnización por daños y perjuicios es fundamentalmente una reparación y no una pena civil. Sin embargo, como veremos más adelante, tal inconsistencia con la moderna concepción de la responsabilidad extracontractual es más coherente con la teoría subjetiva de la culpa como elemento determinante de la responsabilidad.

367. *La indemnización punitiva en Francia.* La posición de los juristas franceses es radicalmente opuesta a la indemnización punitiva.

Los hermanos MAZEAUD y François CHABAS sostienen que las llamadas penas privadas (que benefician a la víctima por encima del monto de sus daños, a costa del causante) son rezagos del "antiguo deseo de venganza que dormita en el fondo del corazón de cada víctima" [524]. Y nos dicen que estas penas privadas son indefendibles [525]. Además, advierten contra la pre-

---

523. Este párrafo está inspirado en un texto de Adriano de CUPIS en el que éste resume la posición que objeta, en *Dei fatti illeciti.* 2a. ed. Nicola Zanichelli, Bologna. Soc. ed. del Foro Italiano, Roma. 1971. N°. p. 119; *vide etiam ipsum auctorem: El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil.* Trad. de la 2a. ed. italiana. Bosch, Barcelona, 1975. N° 37, pp. 302-303.

524. Henri y León MAZEAUD y François CHABAS: *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et contractuelle.* T. III, vol. I. 6ta. ed. Editions Montchrestien. París, 1978. N° 2352, p. 702.

525. *Ibidem,* N° 2357, p. 707 V. *etiam supra,* N° 353.

sencia de una pena privada encubierta bajo la idea de que la gravedad de la falta puede aumentar el monto de la reparación: "Dado que la reparación se mide por el daño, el juez no debe tener en cuenta la culpa del responsable, para evaluar los daños y perjuicios. Esa culpa sólo debe ser tomada en consideración cuando se plantea la cuestión de la responsabilidad. La gravedad o la levedad de su culpa (del causante) no sabrían obligarlo a más ni menos" [526].

Es verdad que estos autores reconocen también que, en la práctica, los jueces afirman este principio sólo para violarlo mejor: dado que son soberanos para evaluar el daño, "bajo el color de evaluar el perjuicio, tiene la tendencia a inflarlo o a restringirlo según la gravedad de la culpa. La víctima de un accidente de automóvil obtendrá, por un daño idéntico, una indemnización más considerable si el chofer no estaba provisto de una licencia de conducir y manejaba rápida y desordenadamente, que si el accidente sucedió a una velocidad normal y el causante fue un chofer que conducía desde hace muchos años sin haber tenido jamás accidentes" [527].

368. *La indemnización punitiva en Italia.* Juristas como Adriano de CUPIS sostienen todavía el carácter punitivo de la indemnización y postulan, aun contra el texto de la ley, que el juez debe tomar en cuenta la gravedad de la falta al momento de fijar la indemnización.

En efecto, de CUPIS afirma que toda indemnización de responsabilidad civil es al mismo tiempo una reparación y una sanción [528]. Ahora bien, reconoce que este carácter sancionatorio, si bien subyace a la idea de indemnización —lo que en nuestra opinión es absolutamente discutible—, no influye en la determinación del *quanti respondeatur* en la responsabilidad extracontractual: no es posible fijar la indemnización atendiendo a la gravedad de la culpa [529].

Sin embargo, es claro que de CUPIS acepta este planteamiento *a fortiore*, únicamente en razón de que el Código italiano no hace distinción

---

526. *Ibidem*, N° 2363, p. 715.

527. *Ibidem*, N° 2365, p. 717.

528. Adriano de CUPIS: *El Daño, Teoría General de la Responsabilidad Civil.* Trad. de la 2a. ed. italiana. Bosch. Barcelona, 1975. N° 144, pp. 751-752; *vide etiam ipsum auctorem: Dei fatti illeciti.* 2a. ed. Nicola Zanichelli, Bologna. Soc. ed. del Foro Italiano, Roma. 1971. N° 16, p. 17.

529. Adriano de CUPIS: *El daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil,* Trad. de la 2a. ed. italiana. Bosch. 1975. N° 144, p. 752.

alguna sobre la indemnización por daño extracontractual en razón de la culpa. Pero esto lo considera una aberración. Para él, si la culpa interviene en el *an respondeatur* (determinación de la responsabilidad), no puede dejar de intervenir en el *quanto respondeatur* (fijación de la correspondiente indemnización). Es por ello que señala que, en todo caso, el legislador ha tomado en cuenta el grado de culpa para fijar la indemnización cuando se trata de responsabilidad contractual al establecer que el que causó el daño con dolo responde por todos los perjuicios que se deriven del incumplimiento, mientras que el que causó el daño contractual por simple culpa sólo responde por los perjuicios previsibles (art. 1225 de Código Civil italiano y art. 1323 del Código Civil peruano de 1936). Al igual que los juristas franceses antes citados, comprueba que, de hecho, los jueces atienden muchas veces a la gravedad de la culpa para fijar el monto de la indemnización. Pero a diferencia de los franceses, de CUPIS considera que esta práctica no es condenable sino loable: "Es incontestable que la equidad tiende a establecer una correlación entre la entidad del daño resarcible y la entidad de la culpa (...) considerándola como una exigencia del sentimiento o, si se quiere, de un postulado de justicia, a lo que hay que añadir que los jueces, de manera espontánea, han tomado en cuenta, y es de esperar que sigan haciéndolo, la entidad de la culpa del autor del daño a los fines del *quantum respondeatur*, obedeciendo a una especie de estímulo anímico..." [530]. Y concluye afirmando que "la influencia de la culpa sobre el contenido del daño está sólidamente fundada en la equidad", por lo que no se puede "por menos convenir, *iure condendo*, en una extensión de tal influencia a la esfera extracontractual" [531]. Pero, como antes se ha dicho, reconoce que "Ello, por descontado, no cambia la situación de *iure condito*": el Código (italiano) no admite una influencia de la culpa del autor en el contenido mismo del daño" [532].

Como comentario a las tesis de este jurista, cabe destacar que, efectivamente, existe una contradicción —frecuente en los Códigos subjetivistas— entre la falta de consideración de la gravedad de la culpa al fijar el monto de la reparación y la teoría subjetiva de la culpa que considera a la responsabilidad extracontractual como una suerte de sanción: si se trata de un castigo, éste debe ser mayor cuando la falta es mayor y menor si ésta es menor. Pero, visto desde la perspectiva de la víctima —que tiene que hacer

530. Adriano de CUPIS: *Op. cit.*, N° 37, p. 303.

531. Adriano de CUPIS: *Op. cit.*, n° 37, p. 311.

532. *loc. cit.*

frente a un daño real, que no puede ser reducido en forma alguna porque ya sucedió y está ahí— resulta muchas veces injusto que se le repare diferentemente según el estado de ánimo del causante en el momento del daño. Por eso, aun la teoría subjetiva de la responsabilidad se ha visto obligada a eliminar esta referencia a la gravedad de la culpa en la fijación del monto de la reparación. Pero con ello resulta inconsecuente con sus propios principios. En cambio, desde la perspectiva que hemos propugnado en este libro, entendiendo la responsabilidad como una forma de reparación (y no de sanción) y la culpa como simplemente uno de los factores de determinación de aquél a quien corresponde reparar, el daño no puede ser evaluado sino por sí mismo, sin tener en cuenta la mayor o menor culpa con que fue cometido.

Por otra parte, también es interesante destacar que, si bien el Código peruano de 1984 todavía reconoce una cierta influencia de la culpa para apreciar el monto del daño en la responsabilidad contractual, esta influencia a su vez ha sido reducida con relación a su antecedente del Código de 1936. En efecto, el Código anterior, al igual que el Código italiano, limitaba la indemnización a sólo los daños previsibles siempre que el incumplimiento se hubiera producido con un grado de culpa inferior al dolo (art. 1323). Esto significa que, aun tratándose de culpa grave, el deudor respondía sólo por los daños previstos o previsibles y no por todos los que se derivasen de su falta de cumplimiento. En cambio, el artículo 1321 del Código actual ha hecho retroceder el umbral de la limitación señalada al incumplimiento por culpa leve; por consiguiente, ahora prácticamente en todos los casos el deudor debe indemnizar todas las consecuencias que se deriven de su incumplimiento, salvo únicamente los casos de falta leve.

369. *La indemnización punitiva en el Derecho anglosajón.* De su lado, el mundo del Derecho anglosajón se encuentra dividido entre quienes consideran todavía necesaria la indemnización punitiva en casos especialísimos y quienes la consideran un anacronismo [533].

El principio general en Inglaterra consiste en que la indemnización es una reparación y no una sanción. Como lo dice el Lord Justice DIPLOCK: "Se reconoce actualmente que la regla básica del *common law* es que la indemnización es otorgada en la vía *civil* como *compensación* por un daño, *no* como un *castigo* por una falta. Castigar al que actúa mal es la función de las

533. Philip S. JAMES y D. J. L. BROWN: *General Principles of the law of Torts*, 4ta. ed. Butterworths. Londres, 1978, p. 422.

Cortes *criminales...*"[534]. Sin embargo, se contempla la posibilidad de una indemnización punitiva en ciertos casos especiales, señalados por Lord DEVLIN en una famosa Ejecutoria: (i) cuando se trata de un daño cometido por funcionarios del Gobierno, actuando opresivamente, arbitrariamente o inconstitucionalmente; (ii) cuando el autor del daño ha obrado calculando que obtendría un provecho mayor que la reparación que tendría que pagar a la víctima y (iii) cuando lo permita una ley expresa.

En Estados Unidos existe una práctica muy variada con relación a este tipo de indemnización. Algunos Estados no la consideran dentro del *commom law* y sólo la aplican si una ley lo ordena. Otros establecen indemnizaciones punitivas de manera muy limitada.

Sin embargo, en un buen número de Estados existe la idea de que esta indemnización puede ser aplicada en ciertos casos especiales en que es preciso hacer sentir la mano de la justicia sobre el causante del daño. Por eso, suelen llamar también a esta indemnización como "el dinero que duele" (*smart money*). Y últimamente los jueces han sido más proclives a conceder este tipo de indemnización en estos casos especiales.

Las situaciones en que la indemnización punitiva es otorgada por un buen número de Cortes norteamericanas son las siguientes: (i) cuando el acto dañino ha sido grave, pero los daños efectivos no alcanzaron una suma importante, por lo que la víctima no habría intentado la acción debido a que hubiera obtenido menos que los costos del juicio; (ii) cuando se trata de sancionar conductas casi criminales, pero que técnicamente escapan del alcance de la ley penal; (iii) cuando se trata de compensar daños que normalmente no son compensables, como los sentimientos heridos o los gastos de abogados que exceden las costas; y (iv) cuando se trata de la única forma de que ciertos grupos de agentes de daño sean intimidados para que suspendan ciertas actividades nocivas, porque más beneficioso le resulta pagar la reparación extracontractual y seguir realizando tales actividades[535].

370. *La indemnización punitiva en el Código Civil peruano.* Nuestro Código no parece aceptar la indemnización punitiva en términos generales por-

534. *Loc. cit.*

535. Edward J. KIONKA: *Torts in a nutshell. Injuries to persons and property.* West Publishing Co. St. Paul, Minn, 1977, p. 371.

que el artículo 1985 señala expresamente el tipo de daños que puede ser considerado para el efecto de establecer el *quantum* de la indemnización, y no incluye la indemnización punitiva entre ellos.

Sin embargo, el Código contiene una regla que en alguna forma implica una consecuencia punitiva: el artículo 1983. En realidad, se trata de una situación peculiar porque no es propiamente una indemnización punitiva desde el punto de vista de quien la recibe (víctima), pero si lo es desde el punto de vista de quien la paga (responsables). En otras palabras, el *quantum respondeatur* no es calculado sobre la base de la idea de un castigo al culpable: la víctima no recibe más que la reparación de todos los conceptos previstos en el artículo 1985. Pero el artículo 1983 reglamenta el caso de la existencia de varios culpables; y para los efectos de la acción recursoria, la regla establece que estos culpables se reparten dicho *quantum* de acuerdo a la gravedad de la falta cometida por cada uno [536].

Como se puede apreciar, esta norma no infringe frontalmente la intención reparativa de la responsabilidad extracontractual moderna: el monto de la indemnización se limita a la suma de la reparación del daño, excluyendo una suma *adicional* como castigo a los culpables; pero el juez establecerá el reparto del monto a pagar entre los culpables siguiendo un criterio punitivo (gravedad de la falta).

Sin embargo, según se ha hecho presente en la parte de este libro antes citada, una disposición de este tipo —que no encaja dentro de la racionalidad de la teoría moderna de la responsabilidad extracontractual— genera difíciles problemas de concordancia cuando concurren responsables subjetivos y responsables objetivos en la producción del daño.

371. *La práctica judicial.* A pesar que ni el código de 1936 ni el Código de 1984 admiten directamente la indemnización punitiva, en el Perú ha sucedido —como en Francia e Italia, de acuerdo a lo antes expuesto— que los jueces regulen las indemnizaciones teniendo en cuenta una intención punitiva encubierta.

Estos casos de indemnización punitiva encubierta se presentan cuando el Juez obliga al demandado a pagar una suma mayor que los daños estable-

536. Hemos hecho ya un comentario de esta norma, *supra.* Parte Segunda, Título VI, Capítulo II, Sección III.

cidos, aduciendo que la falta ha sido particularmente grave; o también cuando se le obliga a pagar daños no sufridos directamente por el demandante sino, en el mejor de los casos, por terceros o por la sociedad toda, atendiendo a las condiciones personales de quien ha resultado muerto o inhabilitado por el accidente.

Don Abel Pereyra fue atropellado por un ómnibus de la Compañía de Servicios Urbanos S. A. una noche de 1951 cuando caminaba por la calle de San Marcelo. Como consecuencia de ello, el señor Pereyra falleció y la viuda doña Lucinda Albarracín de Pereyra, demandó a la propietaria del ómnibus y empleadora del chofer para que le pagara los daños y perjuicios correspondientes. El Fiscal GARCIA ARRESE, al opinar sobre la sentencia de vista, manifiesta que la cantidad fijada por la Corte Superior en S/. 70.000 es prudencial y que no considera justificado reducirla porque "don Abel Pereyra era un hombre de trabajo, que prestó servicios al Banco de Crédito por un lapso de 31 años y meses". Por consiguiente, "dadas sus condiciones personales" y demás circunstancias, la indemnización es proporcionada. La Corte Suprema, sin embargo, reduce la indemnización a S/. 50,000 [537]; aunque lamentablemente no justifica las razones de su reducción, lo que no nos permite saber si acogió las consideraciones del Fiscal basadas en las "condiciones personales" de la víctima o si las rechazó.

Una de las sentencias más notables de indemnización punitiva es la recaida en el juicio seguido por don Lorenzo Noriega y doña Candelaria Arce de Noriega contra Expreso Noroeste S. A. y Empresa de Transportes Cruz de Chalpón. Los demandados son padres del sacerdote Mariano Noriega Arce, quien viajaba en el ómnibus de propiedad de la Empresa Cruz de Chalpón, como pasajero de Lima a Trujillo. Cuando el vehículo pasaba a velocidad a la altura del cementerio de Santa tuvo un grave accidente con otro ómnibus de propiedad de Expreso Noroeste S. A. y como consecuencia del mismo, el sacerdote falleció. La Ejecutoria Suprema de 28 de agosto de 1959 expresamente señala en sus considerandos que, para establecer el monto de la indemnización, "debe apreciarse no sólo la naturaleza del accidente, sino también los títulos de la víctima y su relevante actuación en el ejercicio de su ministerio" [538].

---

537. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año de 1956. N°. 147, pp. 438-440.

538. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Setiembre de 1958. N° 176, pp. 990-991.

El 22 de octubre de 1961, a la altura del km. 16 de la carretera entre Puno y Chucuito, se volcó una camioneta conducida por don Víctor Zaga García debido a una mala maniobra de este piloto. En este accidente resultó herido de gravedad y falleció pocas horas después, el doctor Aquiles Monroy Gutiérrez. El Fiscal ESPARZA opina en su dictamen que la reparación debe tener en cuenta que "el extinto agraviado, doctor Aquiles Monroy Gutiérrez, era una persona importante en el campo de la Educación Nacional y jefe de una honorable familia"; y la Ejecutoria Suprema de 21 de julio de 1965 señala en sus Considerandos que "la víctima era profesional, casado y con seis hijos, por lo que la reparación civil debe estar de acuerdo con estas condiciones personales y debe aumentarse proporcionalmente su cuantía" [539]. Nótese que, si bien la circunstancia de ser casado con seis hijos puede estar en relación objetiva con el daño (hay más personas que quedan desamparadas), no parece suceder lo mismo con el hecho de ser una persona importante en el campo de la Educación Nacional: en sentido estricto, este argumento acredita una pérdida para la Nación de una persona socialmente tan útil, pero no agrava la pérdida que han sufrido sus hijos.

El 27 de octubre de 1962 se produjo un trágico accidente aéreo en los cerros vecinos a Lima de un avión de la Compañía Varig, donde fallecieron varios ilustres peruanos. Doña Christiane Kuhn de Philippon demandó a la Compañía de Aviación por la muerte de su esposo, dado que se había acreditado que el accidente obedeció a impericia del piloto. El Fiscal PONCE SOBREVILLA, para estimar el monto de la indemnización, toma en consideración que "el ingeniero Luis Marcial Philippon, en la época de su trágico fallecimiento, desempeñaba el cargo de Jefe de la Dirección de Planeamiento del ex-Instituto de la Vivienda, percibiendo un haber de 16 mil soles mensuales y en momentos en que desempeñaba sus funciones con óptima eficiencia, representando con brillantez a la institución donde trabajaba, en certámenes internacionales". El Fiscal opina que estos hechos configuran un daño normal que debe ser indemnizado. La Corte Suprema, por resolución de 26 de abril de 1967 no acoge el pedido del Fiscal de elevar el monto indemnizatorio a S/. 350,000, pero otorga a la demandante un aumento hasta S/. 300,000; aunque no se sabe si ello obedece a las razones del Fiscal, que pudieran haber sido aceptadas como principio pero discutidas en cuanto al monto. Sin embargo, es fácil apreciar en el planteamiento del Fiscal que, bajo el pretexto del daño moral, se están confundiendo daños sufri-

539. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año de 1965. N° 260, pp. 1104-1105.

dos directamente por la esposa (la pérdida de un buen marido) y daños sufridos por la institución en la que la víctima trabajaba.

Una Ejecutoria en la que directamente se plantea el carácter punitivo de la indemnización es la recaida, con fecha 2 de julio de 1973, *in Re* Alfonso Ibáñez González contra Genaro Ferrigno. Una vez más, dado que se trata de una Ejecutoria posterior a la ley que elimina las vistas fiscales, no nos es posible conocer los hechos del caso porque la Corte Suprema —por razones que desconocemos— no los resume en su sentencia. Sin embargo, es muy importante la declaración de uno de los dos Considerandos en el que se dice que "para la graduación del monto indemnizatorio es preciso tenerse (sic) en cuenta que, actos de la naturaleza del que ha originado la acción, atentan contra la seguridad de las personas y contra la tranquilidad y la paz social" [540].

372. *Mecanismos de introducción de la idea de castigo.* Examinemos los mecanismos utilizados por los jueces, según aparece de las sentencias reseñadas, para introducir una idea de castigo dentro de un juicio por indemnización de daños y perjuicios.

La idea de castigo, movida por ese sentimiento de venganza que muchas veces alienta al demandante y que los jueces hacen inconscientemente suyo, se oculta detrás de consideraciones aparentemente altruistas y sociales: la reparación toma en cuenta no sólo el daño efectivo sino también las grandes cualidades de la víctima o el servicio que ésta prestaba a la sociedad.

Por ejemplo, dentro de esta situación se encuentran los alegatos de parte y las consideraciones judiciales tales como que es preciso otorgar una mayor indemnización al pariente del fallecido en un atropello o un accidente de aviación porque la víctima era una persona importante y particularmente útil a la comunidad: casos en que la víctima era un político connotado que ocupaba un alto cargo público o en que se trataba de un sacerdote o persona con alguna otra profesión benéfica "cuya función es especialmente útil para la sociedad".

En realidad, si no nos situamos estrictamente dentro de la lógica de la reparación, en estas situaciones cabe preguntarse cual es la razón de otorgar al pariente de la víctima una indemnización por lo que parecen haber sido daños sufridos por la sociedad en general y no por ese pariente en particu-

---

540. *Revista de Jurisprudencia Peruana,* Julio de 1973. N° 534, pp. 844-845.

lar. Si la sociedad ha perdido con esa muerte, dentro de un estricto razonamiento reparativo es la sociedad quien debería demandar por la parte de daño en que a ella le afecta el accidente. Por consiguiente, al ser utilizado este argumento por el pariente de la víctima, en realidad no es un criterio reparativo que está funcionando sino un motivo vindicativo. Lo que está intentando ese pariente es que su venganza personal sea asumida por la sociedad a través del Poder Judicial. Y para ello pretende convencer al juez de que la sociedad también tiene algo que reclamar al demandante; sin embargo, la mayor indemnización que se le imponga al causante por este hecho —es decir, la pena— no será en beneficio de la sociedad sino de ese pariente individualmente considerado.

De otro lado, es evidente que el hecho de que el acto dañino, por ejemplo, haya constituido además un atentado contra la tranquilidad y la paz social, no puede dar origen a un crédito adicional en favor de la víctima: si un interés social resulta además afectado, cualquier indemnización adicional o multa por ese concepto tendría que beneficiar a la sociedad y ser percibida por sus órganos representativos; pero esto último ya no corresponde al Derecho Civil ni a la naturaleza del juicio por daños y perjuicios.

373. *Nuestra opinión sobre la indemnización punitiva.* En los accidentes rutinarios, donde prima el aspecto reparativo de la indemnización, las consideraciones punitivas resultan una incongruencia. Por eso, somos absolutamente contrarios a incorporar indemnizaciones punitivas en el campo de los accidentes.

Sin embargo, cuando el daño se produce fuera del marco del accidente ordinario, la indemnización punitiva puede adquirir un cierto sentido. Este es el caso de los actos propiamente ilícitos, i.e., ya sea aquellos causados con dolo o culpa inexcusable, ya sea aquellos en los que no se dan las condiciones de un accidente anónimo (difamación y calumnia o contaminación ambiental no accidental, por ejemplo).

Como lo hemos señalado anteriormente, con relación a los accidentes rutinarios la tendencia moderna persigue lograr mayor satisfacción de la víctima con el menor costo del causante, este objetivo se realiza a través de una distribución social de los daños con la ayuda del mecanismo de los precios y de los sistemas de seguro. En cambio, en lo que se refiere al dolo y a la culpa inexcusable, existe coincidencia en que se cargue la responsabilidad íntegramente al causante debido a la gravedad de su falta. Esta "voluntad de

castigo" se funda en la necesidad de desalentar las conductas generadoras de daños que se encuentran bajo el control de la voluntad del causante (claramente el dolo y también la culpa inexcusable ya que en los accidentes rutinarios la participación de la voluntad del causante es muy lejana o nula y, consecuentemente, tiene poco sentido intentar evitarlos de esa manera). Esto significa que el "castigo" se impone no tanto por castigar sino para intimidar a los futuros causantes de daño (*deterrence*).

La misma razón de intimidación puede ser válida en los casos de difamación. En Estados Unidos donde, como país con gran cultura cívica, los casos de difamación a través de medios masivos de comunicación (*libel*) son exitosamente ventilados por la vía judicial, ha sido necesario precisar los alcances de la indemnización punitiva para este tipo de daños. De un lado, los Tribunales norteamericanos comprendieron que era necesario ir más allá de la mera compensación de los daños efectivos porque éstos eran muy difíciles de probar, y lo que se quería era desalentar estas conductas difamatorias de los medios de comunicación masiva, cosa que no se lograría imponiendo al causante la obligación de pagar únicamente los exiguos daños probados. De otro lado, la Corte Suprema de los Estados Unidos reconoció *in Re* Gertz y Robert Welch, Inc. [541] que la imposición de estos daños punitivos en las acciones por libelo engendraba una cierta tensión con la libertad de expresión. Debido a ello, diseñó un criterio que permitiera distinguir entre aquello que era parte de la libertad de prensa y aquello que constituía un daño a una persona en su reputación; y este criterio fue considerar que lo excedía de la libertad de prensa y causaba un daño resarcible era la difamación "con malicia", entendiendo con este concepto no tanto una intención de dañar en particular una persona determinada sino la manifiesta falta de relación entre lo dicho y la verdad de los hechos. Este criterio puede ser bueno o malo; pero lo que interesa ahora es ilustrar un caso típico en el que la simple reparación no parecía suficiente y se hacía necesario imponer daños punitivos [542].

En todos estos casos, todavía no queda clara la razón por la que el importe de ese "castigo" o "multa", superior al monto de la reparación del

---

541. *Gertz v. Robert Welch. Inc.*, 418 U. S. 323 (1974).

542. El Proyecto de la Comisión Reformadora proponía como criterios tanto la manifiesta discrepancia entre la información y los hechos como, aun en los casos en que la información fuera verdadera que no pudiera demostrarse de manera razonable la necesidad de divulgar públicamente el aspecto infamante. *Vid supra*, N° 311.

daño, tiene que ir al demandante y no a una caja fiscal. El interés violado, en razón del cual se impone la multa civil, no es privado sino público, por consiguiente el importe de esas multas debería orientarse a una institución que represente a su vez intereses públicos. No hay razón alguna para que beneficie a unas víctimas cuyos daños se encuentran satisfechos con sumas menores. Sin embargo, este tipo de consideraciones —aun cuando son insoslayables al tratar esta problemática— obligan a repensar íntegramente la naturaleza del juicio de responsabilidad civil porque implicarían la posibilidad de que el juez civil asuma funciones administrativas e imponga multas en favor de quien no es parte en dicho juicio.

Los casos que parecen más justificados de indemnización punitiva son aquellos en los que la indemnización no es propiamente punitiva sino reparatoria, pero que ante la falta de elementos de prueba del daño, podría haber quedado sin resarcimiento. Este es el caso muchas veces de la llamada responsabilidad moral que, como veremos en el Capítulo siguiente, es en gran parte un daño patrimonial que no puede ser cuantificado; la indemnización punitiva puede cubrir este vacío del sistema jurídico y otorgar una compensación a este tipo de víctimas. Sin embargo, dado que el Código Civil peruano incorpora la idea del daño moral, esta figura puede perfectamente ser utilizada con un sentido patrimonial impreciso y hacer innecesaria la indemnización punitiva.

374. *Daños de escarnio.* El Derecho inglés contempla una indemnización especial por "daños de insolencia" (*contemptous damages*), también llamados daños de escarnio o irrisión (*derisory damages*) [543].

En realidad, no se trata propiamente de un tipo de indemnización sino de una causa de reducción de la indemnización. Esta figura se presenta en el derecho inglés cuando, a pesar de que al demandante le correspondería recibir una indemnización que compense íntegramente sus daños (principio de reparación integral), el juez decide reducirla porque su reclamación es de alguna manera injustificada debido a que la propia víctima, con sus actos insolentes, provocó que le infirieran los daños.

Lo veremos más claro con un ejemplo: *Trasus* demanda una indemnización a *Petronio* por los daños que éste último le ha producido por el he-

543. Philip S. JAMES y D. L. J. BROWN: *General Principles of the Law of Torts.* 4ta. ed. Butterworths. Londres, 1978, p. 420.

cho de haberle propinado una paliza; pero *Petronius* prueba que *Trasus* provocó la situación haciendo pública mofa de su manera de vestir hasta llegar a irritarlo. En este caso, de acuerdo al Derecho inglés, el juez puede reducir o suprimir la indemnización por daño moral y por lucro cesante (mas propiamente, los *general damages*) que le hubiera correspondido a *Trasus*; sin perjuicio de ordenar que *Petronius* le pague a *Traso* el íntegro de su daño emergente (*special damages*).

Hemos visto anteriormente [544] que los Tribunales peruanos han considerado el escarnio como una agresión, cuando se ha tratado de una provocación grave; y han negado indemnización a quien sufrió los daños físicos como respuesta a tal escarnio, aplicando la teoría de la legítima defensa. En aquellos otros casos donde el escarnio no revistiera un carácter tan grave y donde, por tanto, resultaría difícil hablar de una agresión que justifique la legítima defensa por la vía de los hechos, la situación podría ser considerada desde la perspectiva de la imprudencia de la víctima: de alguna forma, con sus actos ha contribuido a que se produzca el daño. En consecuencia, en tal hipótesis, se aplicaría el artículo 1973 y se lograría una reducción de la indemnización similar a la establecida por las Cortes inglesas a través del instituto de los *contemptous damages*.

375. *Indemnización por daños nominales.* Un tipo especial de indemnización que forma parte de la práctica de algunos sistemas jurídicos es el de los daños nominales. Sin embargo, pensamos que, aunque se trata de una indemnización material, procede tratarla más bien al hablar de los daños extrapatrimoniales en razón de su naturaleza [545].

Sección III: Formas y condiciones de la reparación

376. *Indemnización in natura o in pecunia numerata.* Un aspecto extraordinariamente importante es el que se refiere a la forma de pagar la indemnización. El Proyecto de la Comisión Reformadora contemplaba la posibilidad del pago *in natura*, ya sea mediante la reparación de la cosa dañada o la entrega de una cosa similar cuando la reparación fuera imposible. Esta norma fue suprimida por la Comisión Revisora.

---

544. *Supra*, N° 99.

545. *Infra*, N° 409.

En realidad, la indemnización en especie es la más perfecta cuando se trata del daño a una cosa, ya que cumple a cabalidad el principio de la *restitutionis in integrum*. Es por ello que el Código alemán la establece como la forma prioritaria de indemnizar (art. 249); sólo cuando ella no es posible (art. 250) o cuando resulta excesivamente onerosa (art. 251), el BGB autoriza el pago en dinero. El Código austríaco señala también que el responsable tiene que establecer la situación anterior al daño o, si esto no es posible, indemnizar el valor (art. 1323). El Código soviético sigue un criterio similar (art. 410). El Código húngaro de 1960 legisla en el mismo sentido (art. 356), aunque el inciso 1° del artículo 357 podría dar la impresión de que la indemnización en dinero es la regla y la indemnización *in natura* es la excepción. El Código portugués de 1966, dentro de la misma línea, prescribe que la indemnización es fijada en dinero "siempre que la reconstitución natural no sea posible" (arts. 562 y 566).

Sin embargo, a pesar de su mayor plenitud reparativa, la indemnización en especie presenta indudablemente numerosos problemas prácticos. Piénsese simplemente en las dificultades para reponer de manera equitativa una cosa usada que ha sido inutilizada por el daño: o se repone con una cosa nueva (lo que enriquecería indebidamente a la víctima) o se busca una cosa con desgaste equivalente (lo que es bastante subjetivo).

Es por ello que algunos Códigos han invertido el orden de importancia y disponen que los daños se reparan fundamentalmente en dinero y sólo si es posible, en especie. Este es el caso del Código etíope (arts. 2090 y 2119); también el Código egipcio (art. 171); asimismo el Código griego (art. 297).

Un tercer grupo está formado por los códigos que han preferido dejar la opción en manos de la propia víctima. Así, el Código italiano contempla la restitución *in natura* sólo como una posibilidad, a consideración de la víctima: la víctima puede solicitar el reintegro in natura en todo o en parte, según sea posible; pero a su vez el juez puede ordenar que el reintegro se limite al equivalente en dinero, cuando el pago en la especie resulte excesivamente oneroso para el deudor (art. 2058). Igual tratamiento le otorga al problema el Código boliviano de 1975 (art. 994), el Código mexicano (art. 1915) y el Código polaco (art. 363). Argentina, a la que VELEZ SARSFIELD la había colocado manifiestamente dentro del grupo de los países con Códigos que optan por la indemnización pecuniaria (texto del antiguo artículo 1083), tuvo un gran período de gran hesitación doctrinal. Grandes debates y diferentes propuestas de modificación del código tuvie-

ron lugar en las últimas décadas, en los que intervinieron, con posiciones decididamente antagónicas, juristas de la talla de Alfredo ORGAZ, Sebastián SOLER, Juan Antonio BIBILONI, Jorge Joaquín LLAMBIAS y otros. Finalmente, por ley N° 17,711 fue modificado el artículo 1083 del Código y su nueva redacción asume la posición de que uno y otro tipo de reparación constituyen opciones de la víctima [546].

Por último, otras legislaciones no mencionan el problema. Así, el Código Civil español no dice nada al respecto pero, después de alguna vacilación la doctrina y la jurisprudencia se inclinan por la preferencia de la reparación específica o *restitutionis in natura* sobre la indemnización pecuniaria [547], i.e., asimilándose al primer grupo de Códigos que hemos mencionado. El *Code Napoleón* tampoco se pronuncia sobre el particular, pero en Francia este silencio legislativo ha sido comprendido como un derecho de la víctima para exigir la reparación en especie (como el tercer grupo de Códigos). Dicen los hermanos MAZEAUD: "El principio es evidente. Importa poco que no haya sido enunciado por el Código en una fórmula general" [548].

377. *La forma de la indemnización en el Código Civil peruano: la posición de la Comisión Reformadora.* El Proyecto de la Comisión Reformadora, redactado por el autor de este libro, asumió la posición del tercer grupo de Códigos: se facultaba al demandante para solicitar la reparación o restitución de la especie dañada, como una alternativa opcional a la indemnización pecuniaria; pero, si la víctima ejercitaba tal opción, el juez podía ordenar que el pago se realizara en dinero cuando la restitución o reparación de la especie dañada era imposible o cuando resultaba demasiado onerosa para el deudor porque el dueño (la víctima) había descuidado su conservación después del daño (art. 2044).

En la exposición de Motivos del Proyecto se aclaraba además que la imposibilidad de restitución podía ser física o económica. Por ejemplo, el propietario de una embarcación de pesca hundida en la colisión con otro

---

546. Luis MOISSET de ESPANES: *Forma de reparación (Estudios de Derecho Comparado y Argentino)* en *Temas de responsabilidad civil, en honor al Dr. Augusto M. Morello.* Librería Editora Platense S. R. L. La Plata, 1981, pp. 148-162.

547. Jaime SANTOS BRIZ: La *Responsabilidad Civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal.* 4ta ed. Editorial Montecorvo. Madrid, 1986, pp. 300-301, 305-307, 351.

548. Henri y León MAZEAUD y François CHABAS: Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle. T. III. vol. I. 6ta. ed. Editions Montchrestien. París, 1978, N° 2304, p. 616.

barco no podía exigir que se extrajera del fondo marino su propia embarcación y se la reparaba a cualquier costo, si es que una embarcación de características similares tenía un precio de mercado inferior al costo de salvataje de aquélla que sufrió el daño. En ese caso no habría imposibilidad física para cumplir con la *restitutione in natura* de la embarcación específica, porque los adelantos tecnológicos permiten tal operación de salvataje; pero las leyes económicas pueden ser a veces tan exigentes como las leyes físicas — y quizá a veces más que las jurídicas— y resulta claro que constituye un imposible económico gastar en reparar más allá de lo necesario para conseguir en el mercado un bien similar al perdido. (Evidentemente, este razonamiento no se aplica a los bienes que, por su propia naturaleza o por la relación particular con su propietario, tienen carácter de únicos para éste; en tal caso puede que sea razonable exigir la reparación del bien dañado, cualquiera que fuere su costo).

La idea era, pues, permitir la restitución *in natura*, pero evitar las posibilidades de abuso de derecho que ello hubiera podido conllevar.

378. *La forma de la indemnización en el Código Civil peruano: la versión final.* La versión definitiva del Código suprimió la referencia a la indemnización en especie por razones que desconocemos.

¿Significa tal decisión legislativa que no es posible ya exigir el pago a través de la reparación de la cosa dañada?

Pensamos que no. Creemos que es posible entender que, dentro del mismo espíritu de la doctrina francesa, la supresión pudo haberse debido simplemente a que se creyó innecesaria la aclaración respecto de las modalidades de la reparación: el derecho de la víctima a exigir una indemnización en especie es evidente.

Es verdad que el hecho de que la última frase del artículo 1985 se refiera al "monto" de la indemnización y establezca que devenga intereses, pareciera abonar la tesis de que ésta es siempre en dinero. Sin embargo, podría decirse también que esa última parte de la regla es aplicable sólo cuando la indemnización es en dinero, pero que ello no es óbice para que también pueda establecerse la indemnización en especie. En última instancia, será la jurisprudencia futura la que decidirá lo que debe entenderse por indemnización dentro del sistema peruano de responsabilidad extracontractual, teniendo exclusivamente en cuenta las posibilidades literales de la norma y la intención del juzgador frente al caso concreto.

379. *Derecho y obligación de la reparación en especie.* Si admitimos la interpretación francesa del silencio del Código y llegamos a la conclusión de que la reparación en especie es procedente, es preciso formular varias aclaraciones.

De un lado, la reparación *in natura* es un derecho y no una obligación de la víctima, i.e., la víctima no tiene necesariamente que pedir primero la reparación en especie y sólo si ésta no es posible exigir la reparación en dinero. La víctima puede escoger el tipo de reparación que más convenga, según el caso, para borrar (en la mayor medida posible) los efectos del daño.

De otro lado, sin embargo, si el responsable ofrece reparar en especie, la víctima no puede negarse a aceptar; porque, ¿qué más puede pretender la víctima que la restitución de las cosas a su estado original? Claro está que esta obligación de aceptar tiene ciertas excepciones: la víctima puede rechazar tal reparación en especie cuando existen motivos razonables para desconfiar que efectivamente producirá la restitución esperada. Por ejemplo, una persona atropellada puede rechazar que el responsable la conduzca a una determinada clínica porque piensa que ahí que no será bien atendida; o aquel que ha sufrido daños en su vehículo puede negarse a que el responsable lo repare en un determinado taller porque no confía en la seriedad y pericia de esos mecánicos. En esos casos, la víctima tampoco puede exigir ser llevada a la clínica más cara, para ser operada por el médico de moda; o pedir que su vehículo sea reparado en un taller cuyos precios están conocidamente fuera de mercado. En consecuencia, en casos de discrepancia, se debe ordenar una indemnización en dinero, que la víctima podrá usar como mejor le parezca en la tarea específica de la reparación del daño físico [549].

A su vez, el juez tiene una libertad restringida en este campo.

Si el demandante solicita una reparación en especie, no puede ordenar una indemnización en dinero; porque es un derecho de la víctima exigir tal tipo de reparación. Sin embargo, el juez debe evitar que ese derecho se ejercite abusivamente y debería sustituirla por una reparación en dinero tanto en los casos en que la reparación *in natura* resulta ya físicamente imposible, como también en aquellos casos en que atente contra toda lógica económica (imposibilidad económica). Además, hay en casos en los que la libertad hu-

549. Henri y León MAZEAUD y François CHABAS: *Op. cit.* Nos 2305-2306, p. 621.

mana está de por medio y no es posible llegar a una reparación *in natura* sin violentarla gravemente: si se trata de una reparación que tiene que ser prestada personalmente y el responsable se niega a hacerlo, no hay medio de imponerla; sólo queda obligarlo al pago de una indemnización pecuniaria.

Si el demandante en cambio solicita una reparación en dinero, el juez puede otorgarle una indemnización en especie si lo estima mejor para reparar el daño.

¿Puede pensarse que todo esto —otorgar una indemnización en especie cuando el demandante la solicita en dinero u otorgar una indemnización en dinero cuando el demandante la solicita en especie— implica atribuirle al juez facultades para sentenciar de manera distinta a lo solicitado por el demandante? Los hermanos MAZEAUD y François CHABAS no lo creen así. Dado que el juez goza de un poder de discreción muy amplio en materia de responsabilidad civil (contractual y extracontractual) para establecer la modalidad de la reparación, puede también ordenar la reparación *in natura* aunque se hubiera pedido en dinero: "No está resolviendo en este caso ni *ultra* ni *extra* petita: no repara un perjuicio mayor que aquél que ha sido materia de la demanda de la víctima, simplemente, lo repara de manera distinta a como le fue pedido" [550].

380. *Reparación y restitución.* En todo caso, aun cuando se concluya que el artículo 1985 sólo permite la indemnización en dinero o que la reparación procedente en un determinado caso es la pecuniaria, cabe tener en cuenta que ello no constituye una forma de quedarse con los bienes de otro, pagando una indemnización. Aceptar eso equivaldría a instaurar una suerte de venta forzosa o expropiación privada.

Un ejemplo puede mostrar más claramente lo que pretendemos decir. Si un ladrón roba un objeto, no puede limitarse a pagar su valor en dinero y hacer suyo el objeto. Porque es preciso distinguir de una manera muy precisa entre el daño que da origen a una indemnización y la devolución de lo que pertenece a la víctima.

Aquel que ha sido robado, ha sufrido un daño por la desposesión temporal del objeto y es ese daño el que se le indemniza; sin perjuicio de que el ladrón le devuelva además el objeto. Solamente en el caso de que el objeto

---

550. Henri y León MAZEAUD y François CHABAS: *Op. cit.* N° 2306, p. 622.

hubiera sido destruido o extraviado y la devolución resulte imposible es que el valor de tal objeto será considerado también como parte de la indemnización que el ladrón debe pagar a la víctima del robo. Sin perjuicio, claro está, que además de la restitución se pueda fijar una reparación: pero ésta no constituye el valor del objeto sino la estimación del daño que ha podido causar a su dueño el hecho de que no lo haya tenido en su poder durante ese tiempo o de los menoscabos y deterioros que pudiera haber sufrido en manos del ladrón.

381. *La indemnización como renta.* En materia de indemnización pecuniaria, existe una modalidad que ha sido contemplada en otras legislaciones y respecto de la cual la nuestra tampoco se pronuncia: el pago de una renta. Notemos que, con relación a ciertos daños, la renta parecería ser la forma más razonable y equitativa de reparación: por ejemplo, cuando una persona ha quedado incapacitada para el trabajo (o para ciertos tipos o ciertas intensidades de trabajo) a causa de un accidente.

El artículo 2057 del Código Civil italiano prevé la posibilidad de que el juez establezca la indemnización bajo la forma del pago de una renta por el responsable cuando sus hechos han causado un daño personal de carácter permanente. El Código alemán en su artículo 843 da preferencia en este caso a la renta sobre el pago de un capital indemnizatorio, facultando este último sólo cuando existe una razón importante. El Código suizo de las Obligaciones no hace obligatoria la renta como forma de indemnización sino que la contempla como una posibilidad dentro del poder discrecional del juez. En estos casos, las legislaciones facultan también al juez para obligar al deudor a constituir garantías sólidas que cautelen el pago de la renta en el futuro.

Nuestro Código, al igual que el *Code Napoleón,* no menciona la renta ni faculta al juez para exigir garantías; por ello, puede ser interesante revisar la doctrina y la jurisprudencia francesa al respecto, dada la similitud de situación con la nuestra.

En Francia se ha considerado que, ante el silencio de la ley, tanto el establecimiento de un capital como fijación de una renta son formas válidas de indemnización. La opción entre una y otra es una facultad del demandante, pero el juez también puede establecerse sin necesidad de pedido que la indemnización asuma la forma de renta. En términos generales, "el juez tiene la más amplia libertad para decidir entre todos los equivalentes pecunia-

rios, como es libre de escoger entre todos los equivalentes; sólo está sujeto imperativamente a fijar una indemnización particular cuando se trata de la reparación en especie si ésta es posible y ha sido reclamada u ofertada" [551].

Como señalan PLANIOL y RIPERT, es dudoso que los Tribunales puedan obligar al deudor a constituir una garantía. Pero sí pueden ordenar que se compre a costa del demandado un título que produzca rentas, respecto del cual puede establecerse que la nuda propiedad corresponda al autor del daño y el usufructo a la víctima; o también entregar directamente la propiedad de tal título a la víctima. En otros casos, los Tribunales franceses han ordenado que el responsable del daño coloque un capital en una Compañía de Seguros o en una institución financiera, cuyas rentas serán percibidas por la víctima [552].

En nuestro país, atendiendo al fenómeno de la inflación que puede corroer todo capital y toda renta, los jueces deben ser muy cautos cuando se enfrentan a situaciones que exigen este tipo de remedios.

Es evidente que la renta fijada en un determinado momento puede convertirse en nada con el transcurso del tiempo. Por otra parte, otorgar una indemnización a la víctima por un monto equivalente al capital necesario para producir tal renta, parece más razonable: la propia víctima se encargará de colocar ese capital de manera que la renta obtenida conserve su valor. Pero también es verdad que el establecimiento de una indemnización de este tipo puede llevar a la ruina al responsable: en vez de que pague una cantidad mensual en la misma medida en que la víctima siente la falta, se le exige abonar desde el primer momento una suma significativa destinada a producir renta durante muchos años. Por otra parte, bien puede suceder que ese responsable no tenga fondos suficientes para pagar tal indemnización-capital; en cambio, sí le sería posible pagar una renta periódica. Sin embargo, de esta manera regresamos al problema de la inflación y al efecto frustrante para la víctima del aumento del costo de la vida.

Incluso en Francia, con una inflación bastante menor que la ocurrida en los últimos años en el Perú, ha existido una marcada preocupación al res-

---

551. Henri y León MAZEAUD y François CHABAS: *Op. cit.* N° 2329, p. 654: *vide etiam*, respecto específicamente de la renta, *op. cit.*, N° 2328, p. 646.

552. Marcel PLANIOL y Georges RIPERT: *Traité Pratique de Droit Civil Français*. T. VI *Obligations*. Librairie Génerale de Droit et de Jurisprudence. París, 1930. N° 682, pp. 922-3 y N° 690, p. 933.

pecto. Y ello ha llevado a los Tribunales a establecer una suerte de "rentas flotantes" que se modifican de acuerdo al costo de vida. Esta solución, a la que la Corte de Casación se resistió durante mucho tiempo, ha terminado por imponerse. Y coinciden con ella los juristas, como los MAZEAUD y CHABAS [553].

Esta solución no es imposible en el Perú y los jueces tiene un camino abierto para adoptarla.

En primer lugar, es preciso recurrir a los principios generales de la responsabilidad extracontractual, según los cuales tiene que indemnizarse el *integrum* del daño. Este principio no se cumpliría si, a medida que transcurre el tiempo, la víctima comprueba que la reparación va quedando postergada con relación al daño continuado que sigue sufriendo como consecuencia del accidente. En segundo lugar, es posible recurrir a las reglas generales contenidas en el propio Código para las obligaciones. Es así como encontramos que el artículo 1235 establece que las partes pueden acordar que el monto de una deuda contraida en moneda nacional sea referido a índices de reajuste automático que fije el Banco Central de Reserva, a otras monedas o a mercancías, para mantener el valor constante de la obligación. Parecería que no existe inconveniente alguno para aplicar esta norma, por analogía, a las obligaciones que no se derivan de pacto entre partes privadas sino de una sentencia judicial; el juez puede aplicar la misma técnica a la indemnización extracontractual a fin de salvar el principio de la *restitutionis in integrum*. No vemos la razón por la que un comerciante puede establecer una referencia de su crédito a un criterio constante y, en cambio, una víctima de un accidente de tránsito que le ha ocasionado una parálisis total, no pueda beneficiarse con el mismo procedimiento: en ambos casos, hay una necesidad de mantener el valor de la obligación más allá de las vicisitudes de la macroeconomía; y, quizá, en el caso del accidentado esta necesidad tiene un carácter aún más apremiante.

382. *El momento de la evaluación de los daños.* Si se trata de indemnización pecuniaria, ¿cuál es la fecha que se adopta para establecer el monto de la equivalencia en dinero?

En realidad, cuando el daño es instantáneo y la economía estable, el problema no existe. La dificultad se presenta cuando el daño se modifica

553. Henri y León MAZEAUD y François CHABAS: *Op. cit.*, Nº 2328, pp. 646-653.

con el transcurso del tiempo, sea por circunstancias intrínsecas al propio daño o por circunstancias extrínsecas pero no por ello menos graves para la víctima.

Estamos ante un daño que se modifica por circunstancias intrínsecas cuando sus consecuencias se agravan paulatinamente: la persona que, a raíz de un accidente, tiene cada día más dificultad para caminar hasta que, muy probablemente, con el paso de los años, quedará paralítica de manera definitiva. En cambio, el daño se modifica por circunstancias extrínsecas cuando aunque el daño en sí no varía, se produce una modificación de la relación económica entre daño y dinero: el daño fue instantáneo pero, entre la fecha en que se produjo y la fecha de la sentencia, ha habido una inflación de 1000% por lo que la equivalencia dineraria de la época de su comisión no tiene ninguna significación económica cuando el juez tiene que resolver.

En estos casos, hay hasta cuatro fechas que pueden tomarse como base para fijar la reparación de los daños: el día en que el daño fue causado, el día en que se interpuso la demanda,el día en que se pronunció la sentencia y el día del pago. Además, puede tomarse una fecha adicional que es la de la determinación del monto indemnizatorio cuando ésta no se produce en la sentencia sino en ejecución de ella.

Imaginemos una persona que es atropellada en 1987, tiene complicaciones como consecuencia del atropello que recién aparecen en 1988, demanda una indemnización en 1989, mientras se tramita el juicio su situación de salud se agrava, la sentencia queda ejecutoriada en 1993, se nombra peritos y, en ejecución de sentencia, se establece el monto de los daños y la indemnización a pagar recién en 1994, y finalmente el pago, después de embargos y remates, se verifica efectivamente en 1997. ¿Qué fecha debemos tomar en cuenta para establecer el monto de los daños: 1987, 1988, 1989, 1993, 1994 ó 1997? En cada oportunidad, ese monto ha variado, ya sea porque era posible conocer mayores consecuencias dañinas derivadas del accidente, ya sea porque las cosas valen diferente y el monto que era adecuado para compensar esos daños en una fecha determinada ya no lo es unos años más tarde.

Desde ya podemos descartar la fecha del pago o, en general, cualquiera posterior a aquélla en que quedó fijada definitivamente la indemnización (ya sea la sentencia, ya sea en ejecución de ella). Las variaciones en los da-

ños que sucedan después, quedan al margen del procedimiento: sin perjuicio de que puedan ser exigibles en otro juicio posterior, como veremos al tratar de la revisión del daño. Pero aún quedan varias fechas posibles. ¿Cómo escoger racionalmente entre ellas?

383. *Modificación intrínseca.* El primer caso —alteración del daño por razones intrínsecas— parece más fácil de resolver.

El principio general de la indemnización es la *restitutio in integrum*; por lo que si posteriormente a la fecha de comisión del daño pero antes de la sentencia aparecieran nuevos efectos dañinos, éstos deben ser incluidos en la apreciación del juez al momento de sentenciar.

Todo lo que sucede en este caso es que, gracias al paso del tiempo, el juez tiene un panorama mucho más claro y más completo de la magnitud del daño. Notemos que estos efectos recientemente advertidos pueden ser actuales o futuros. Podría suceder que inicialmente no se advirtió que el daño era tan grave que acarrearía la parálisis progresiva del accidentado. Puede ser incluso que al momento de sentenciar, ésta todavía no se ha producido en forma total. Pero la diferencia con la situación inicial consiste en que ahora el juez ya sabe —recuérdese la noción de daño cierto por oposición a la de daño hipotético— que en el futuro esa persona quedará tullida. Este nuevo conocimiento (no es un nuevo daño, propiamente), posible sólo después de las primeras curaciones de emergencia, lleva al juez a tomar en cuenta esta nueva consecuencia dañina para la determinación de la indemnización.

Evidentemente, el juez no tomará en cuenta la agravación de los daños ocurrida posteriormente al hecho dañino cuando la víctima pudo haber adoptado las medidas necesarias para que ello no sucediera. Un elemento estructural dentro de la arquitectura de la responsabilidad extracontractual es el principio de que la víctima tiene la obligación de minimizar el daño en lo que esté a su alcance. Si no lo hace así, habría una cierta contribución de la víctima al resultado final del daño, que no puede ser indemnizada por el causante del daño original.

Notemos que estas reglas rigen tanto para la agravación como para la atenuación del daño: si antes de que sea determinado de manera definitiva el monto indemnizatorio en el juicio correspondiente se comprueba que el daño era menor que el previsto originalmente por el demandante o por las

instancias inferiores, la reparación debe reducirse. En caso de aumento o en caso de disminución, el principio es siempre la *restitutio in integrum*; lo que significa que no se puede fijar una suma menor al valor económico del daño, pero tampoco una suma mayor.

384. *Modificación extrínseca.* Más complicado es el caso de la modificación de la equivalencia dineraria por circunstancias extrínsecas al daño, particularmente en razón de la inflación.

La mayor parte de los autores, por razones de equidad atendiendo a que el resarcimiento debe ser integral, consideran que la fecha en que debe apreciarse la equivalencia pecuniaria del daño es la de la resolución judicial que deja ejecutoriada la sentencia o la de la sentencia misma si ésta no ha sido apelada. Así lo sostienen los MAZEAUD y CHABAS [554], WINDSCHEID, ENNECERUS, K. LARENZ, Alfredo ORGAZ y otros [555]. Esto significa que, al momento de sentenciar, el juez debe preguntarse: ¿cuánto cuesta reparar ese daño ahora? PLANIOL y RIPERT, aplicando el artículo 464 del Código de Procedimientos Civiles francés, señalan que el perjuicio debe ser evaluado al día de la sentencia o al día de la resolución de la Corte en caso de apelación, ya sea que el monto hubiera aumentado o disminuido entretanto [556]. Adriano de CUPIS defiende también la tesis de que el monto en dinero del daño debe apreciarse al momento de establecer la liquidación de la indemnización a fin de evitar que el cambio del valor de curso del dinero afecte indebidamente a la víctima en provecho del responsable: "Si el juez debe tomar en consideración la entidad cuantitativa del daño que integralmente le consta al momento de la liquidación, es lógico que la apreciación pecuniaria de tal entidad cuantitativa sea efectuada de acuerdo a un criterio de actualidad, teniendo en cuenta todas las variaciones de precios y las oscilaciones monetarias que, posteriormente a la producción del daño, contribuyen a modificar la apreciación del mismo" [557]. Tanto la jurisprudenn-

554. Henri y León MAZEAUD y François CHABAS: *Op. cit.*, N° 2420-6, p. 799, 2420-8, p. 800, N° 2420-9, p 804.

555. *Vid.* Alfredo ORGAZ: *El Daño Resarcible Actos Ilícitos.* 3a. ed. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1967. p. 133.

556. Marcel PLANIOL y Georges RIPERT: *Op. cit.* N° 682, pp. 923-924.

557. Adriano de CUPIS: *Dei fatti illeciti,* 2a ed. Nicola Zanichelli Editore (Bologna) y Soc. Ed. del Foro Italiano (Roma). 1971. p. 124; *vide etiam.* Adriano de CUPIS: *El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil.* Trad. de la 2a. ed. italiana. Bosch. Barcelona, 1975. N° 50, pp. 368-378 y N° 73, p. 480.

cia francesa como la belga, la italiana y la argentina se pronuncian en el mismo sentido [558].

Nuestro Código ha optado por igual solución, a través de una norma específica que no se encuentra en la Sección Sexta del Libro VII, sobre la Responsabilidad Extracontractual, sino en el Título II de la Sección Segunda del Libro VI, correspondiente al Pago. En efecto, el artículo 1236 dispone que "Cuando deba restituirse el valor de una prestación, aquél se calcula al que tenga al día del pago, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario".

Es verdad que la norma se refiere específicamente a "prestaciones"; y que, si bien gran parte de las indemnizaciones por responsabilidad extracontractual están vinculadas a prestaciones (curar una herida, reparar un automóvil, etc.) hay también algunos casos en que se trata de restituir el valor de un bien antes que el de una prestación (caso de pérdida total del bien dañado). Pero no podemos suponer que la restitución de un bien deba valorizarse con un criterio diferente del utilizado respecto de una prestación, porque donde existe la misma razón debe existir el mismo derecho.

Sin embargo, puede suceder que, al momento del pago, el valor de la prestación haya disminuido: la víctima recibirá entonces una indemnización menor que la calculada inicialmente.

Si se trata de daños que se traducen en el menoscabo del valor de un bien, el principio de la disminución de la indemnización proporcionalmente a la disminución del valor del bien, no parece ofrecer dificultades. Si alguien destruye el automóvil de *Trasi* y posteriormente baja el valor de los automóviles en la plaza, no es extraño que *Trasus* reciba un valor menor que el que le hubiera correspondido si la indemnización le hubiera sido pagada inmediatamente después de producido el daño: en cualquier caso, de acuerdo a la *restitutione in integrum*, está recibiendo como reparación el valor de un automóvil similar al suyo; si pretendiera cobrar más que el valor de un automóvil, se estaría enriqueciendo indebidamente. A lo sumo, podría aducir que se ha producido un lucro cesante o quizá una pérdida de chance por el hecho de haber perdido la posibilidad de vender su automóvil cuando los precios estaban altos. Pero ese no es un argumento referido a la valoriza-

558. Alfredo ORGAZ: *Op. cit*, p. 133.

ción del daño del automóvil sino a la existencia de un segundo daño constituido por la pérdida de chance [558bis].

Si el daño consiste en los gastos efectuados para obtener una determinada prestación o servicio a fin de reparar o atenuar las consecuencias del daño, las circunstancias se presentan diferentes. Considerando, por ejemplo, que los gastos de salud pudieran bajar, una persona que fue atropellada y que tuvo que pagar honorarios médicos, hospitalización y remedios a precios altos, se encontraría que al momento de hacer efectiva la indemnización podría recibir una suma menor que la que tuvo que desembolsar en su oportunidad porque pudieran aplicarle la regla de la determinación del daño a la fecha del pago. Sin embargo, pensamos que la aplicación de ese principio habría sido equivocada porque sólo sería necesario hacer una estimación material respecto de aquello que aún no ha sido materia de cuantificación precisa. Pero los gastos ya efectuados por la víctima han precisado el monto del daño (en los aspectos a que ellos se refieren) y no procede re-estimarlos al momento del pago; de la misma manera que, si una persona hace arreglar su automóvil chocado, no puede después exigir lo que cuesta la reparación al momento del pago —quizá varios años más tarde— sino únicamente el monto que efectivamente pagó, más los intereses correspondientes.

385. *Casos especiales: fallecimiento de la víctima.* Sin embargo, hay situaciones a este respecto que pueden dar lugar a algunas dificultades para el juez al momento de fijar la indemnización.

Así, puede suceder que la víctima por daños a su integridad corporal fallezca —a causa de tales daños o por otra causa ajena al accidente— antes de iniciar la demanda o en el transcurso del proceso. En este caso, con el objeto de calcular la indemnización debida a sus herederos es discutible si la fecha para establecer la equivalencia en dinero debe ser siempre la del pago o la de la muerte de la persona con derecho a la indemnización. En realidad, cuando se trata de variaciones de equivalencia por razones intrínsecas al daño, no cabe duda de que la fecha para determinar la indemnización es la de la muerte ya que, producida ésta, el daño no puede agravarse. (Nótese que la situación sería distinta si el daño fue causado a las propiedades del fallecido y no al fallecido mismo: respecto de ellas, no habría razón para limitar el ajuste dinerario a la fecha de la muerte dado que esas propiedades

---

[558bis] Respecto de la pérdida de chance, *vide supra*, N° 363.

dañadas y en proceso de deterioro continuo no se encuentran afectadas por la muerte de su propietario). La solución no es tan clara en el caso de variaciones por razones extrínsecas (inflación). Algunos autores piensan que después de la muerte de la víctima no puede haber reajuste alguno porque ya no hay víctima, aplicando así el mismo criterio que si se tratara de variaciones intrínsecas. Sin embargo, a la muerte del causahabiente, sus herederos adquieren un derecho sobre la indemnización de un daño que, si bien quedó determinado para siempre en su materialidad, su equivalencia económica no queda libre de sufrir alteraciones por la inflación, independientemente de que haya muerto o no la víctima.

386. *Casos especiales: daño a mercaderías.* Otro caso especial es el del daño ocasionado a mercaderías que han sido adquiridas para su reventa: el propietario afectado podría aducir que si no hubiera perdido la mercadería a causa del daño, la habría vendido cuando ésta tenía el mejor precio en el mercado, por tanto, la indemnización no debe ser calculada según el valor del bien a la fecha del pago sino a la fecha en que la cotización del bien estuvo más alta.

A este respecto existe una interesantísima jurisprudencia argentina con relación a títulos de un determinado valor nominal, pero cuyo valor de mercado varía. La demanda de daños y perjuicios fue planteada contra un Banco que había certificado como auténtica la firma de un pagaré que era falsa; y el demandante sostenía que el valor a tomar en consideración era nominal y no el actual (el valor actual estaba en ese momento por debajo del nominal). La Corte hizo notar que si se tomara en cuenta el valor nominal —superior al de mercado— sobre la base de que era el valor potencial de tales pagarés, se estaría estableciendo en favor de la víctima una situación mejor de la que se habría tenido si no hubiera sufrido el daño; lo que atentaría contra el principio de reponer a la víctima en la situación anterior al daño [559].

No se trata evidentemente del caso de la pérdida de una chance, al que antes nos hemos referido [560]. El valor de chance —considerado en sí mismo— de que una mercadería suba de precio es nulo porque toda merca-

---

559. Caso Méndez c/the First National Bank of Boston, cit. p. Pedro Néstor CAZEAUX: *Daño actual. Daño futuro. Daño eventual o hipotético. Pérdida de chance.* En *Temas de Responsabilidad Civil en honor al Dr. Augusto M. Morello.* Librería Editora Platense S. R. L., La Plata, 1981. p. 20.

560. *Supra*, N° 363.

dería está sujeta de manera natural a las vicisitudes del mercado, y eso no puede dar origen a una probabilidad razonable al momento en que se cometió el daño de que podría hacerse una utilidad en el futuro por aumento en el precio. Por otra parte, en los casos de pérdida de chance, nunca se llega a saber si esa chance se hubiera materializado o no; precisamente lo que se indemniza es haber perdido la posibilidad de verificar si la chance se iba a cumplir. En cambio, si una determinada mercadería que se perdió a causa de un daño subió posteriormente de precio, eso deja de ser una chance: sabemos en verdad que ese aumento de precio (que hubiera beneficiado a la mercadería que se perdió) efectivamente se produjo.

Es importante destacar que no nos estamos refiriendo al caso de que el bien destruido haya aumentado su precio posteriormente y que ese precio alto sea el que rige al momento de la sentencia. Esto no conllevaría problema alguno: dado que el juez tiene que evaluar el daño en su integridad y debe adoptar la fecha de su evaluación como base para considerar el daño, la indemnización debe ser fijada a los precios actuales de mercadería. La dificultad estriba en el caso de que ese precio alto de mercadería, posterior al daño, haya vuelto a bajar antes de la sentencia.

El fundamento de la reclamación estriba en que se hubiera podido obtener una ganancia que se frustró porque la mercadería quedó destruida o dañada de manera que imposibilitaba su venta. Claro que ello supone probar que efectivamente se hubiera vendido ese artículo, aprovechando el alza pasajera del precio. Ahora bien, si se acredita razonablemente que el damnificado habría vendido el bien a ese precio más alto (como es el caso si era un comerciante que se dedicaba a comprar y vender), estaríamos frente a un lucro cesante que tendría que ser indemnizado.

387. *Casos especiales: daño regido por una moneda extranjera.* Un caso complicado se presenta cuando el daño afecta directamente una obligación de dinero, calculada en su origen en moneda extranjera [561].

561. Esto supone que se trata de una obligación pagadera en el extranjero o que el orden jurídico vigente permite pactar en moneda extranjera. Un caso jurídicamente muy interesante es el del daño a bienes de peruanos ubicados en el territorio nacional, pero cuya reposición o reparación sólo puede ser hecha mediante una importación en moneda extranjera, por lo que la devaluación del signo monetario nacional entre la fecha del daño y la fecha del pago de la indemnización afectaría el principio de la *restitutionis in integrum*.

Existe una Ejecutoria peruana —pronunciada en circunstancias extrañas y sobre la base de un discutible derecho de reparación— que es bastante espectacular respecto de esta materia.

Terminada la Segunda Guerra Mundial don César A. Paz F. demanda al Gobierno del Perú para que, con cargo a los bienes y fondos incautados a los súbditos alemanes y japoneses residentes en nuestro país, se le pague una indemnización por los daños que ha sufrido como consecuencia de la guerra en Alemania. Explica que mientras residía en Hamburgo como Cónsul del Perú, otorgó un préstamo de 180,000 Reich Marks a una persona de ese país, garantizado por una hipoteca sobre el Castillo de Ossen, ubicado en Silesia. Lamentablemente, el castillo fue destruido en los combates y el terreno que ocupaba fue confiscado, por lo que la guerra le había hecho perder su crédito. Por ese motivo, amparándose en las leyes 10306 y 10635 que autorizaban la incautación de bienes de súbditos de países beligerantes para compensar las pérdidas sufridas por los peruanos con la guerra, solicitó que se le abonara un importe igual al de su crédito a título de indemnización.

El gobierno peruano no tenía inconveniente en pagarle ese crédito con cargo a los fondos antes mencionados, como ya lo había hecho en casos similares, como el del general Héctor Martínez, el de doña Margarita Cohen de Reichart, el de doña Hanna G. de Orezzoli, el de Kahan y Cía., el de doña Sara Pino viuda de Fetzer, el de don Ricardo Cagigao, el de la señora Marion Harriet Jacobi, el de don Enrique Gildemeister, el de doña Angelina Rinkler de Cerro Cebrián y el de don Emilio de Althaus. Sin embargo, la discusión se centraba en el monto de la indemnización, porque, entretanto, Alemania había sufrido una devaluación gravísima y los Reich Marks habían sido canjeados por los nuevos Deutsch Marks a razón de 10 a 1. Según el demandante, el monto que debía ser abonado en soles peruanos era el equivalente de los 180.000 Reich Marks al tipo de cambio que regía el 2 de setiembre de 1939, fecha de iniciación de las hostilidades, y no el equivalente en el momento de la reclamación, cuando la suma había sido reducida a 18,000 Deutsch Marks. En otras palabras, don César A. Paz consideraba que el momento del daño era la fecha de la iniciación de la guerra; y que, consiguientemente, había que restituirle lo que en la época de pre-guerra valía su crédito.

Como acota el Fiscal FEBRES, "Planteada así la controversia, la cuestión medular a resolverse es determinar que tipo de cambio debe implicarse para la liquidación o pago de las indemnizaciones establecidas por las leyes

10306 y 10635, vale decir, si la vigente en la fecha del pago o la fijada por la propia comisión en su acuerdo de 18 de febrero de 1948, es decir, el tipo de cambio vigente al 2 de setiembre de 1939". El Fiscal se inclina por una solución valorista, sobre la base de que los demás perjudicados han sido pagados de acuerdo al cambio histórico y la Constitución no permite hacer distingos en razón de las personas; y agrega un argumento históricamente controvertible: "Por último, interesa recordar el sentido y alcance de las leyes 10306 y 10635, cuya clara finalidad era resarcir en forma real y efectiva a los ciudadanos peruanos que hubiesen sufrido daños y perjuicios con motivo de la guerra, y por lo mismo no pueden estar sujetas a las variaciones e incluso a las desvalorizaciones que en vía de represalia pudieran dictar los gobiernos de ocupación a la vencida Alemania, pues ello significaría que tales represalias económicas repercutirían también en los súbditos peruanos, a quienes correspondería una indemnización meramente nominal". La Corte Suprema, por resolución de 1° de diciembre de 1961, acoge la tesis valorista y ordena pagar al demandante la indemnización teniendo en cuenta el cambio del Reich Mark al comienzo de la guerra [562].

Este tipo de situaciones puede surgir también cuando el daño se produce fuera del Perú, pero es demandado ante nuestros Tribunales. Imaginemos que un peruano en viaje de turismo por Bolivia y regresa al Perú, donde demanda a quien le produjo el daño. Pero, en el transcurso de la tramitación del juicio, el peso boliviano sufre una devaluación catastrófica. ¿Puede la víctima exigir que se le abone la indemnización en moneda peruana al cambio histórico, vigente a la fecha en que hizo la reparación".

En realidad, el principio que exige la reparación completa del daño se vería afectado si la víctima recibe una moneda devaluada que no compensa el perjuicio sufrido. Esa persona que tuvo que hacer reparar su automóvil en Bolivia gastó efectivamente pesos que valían muchos intis en ese entonces; no puede, pues, entregársele en compensación un ínfimo equivalente actual porque no sería compensación: habría perdido una buena parte de los intis que requirió —transformados en pesos bolivianos— para proceder a la compostura de su vehículo, y el Derecho de la responsabilidad extracontractual no quiere que subsista (en lo posible) ninguna pérdida después de la reparación.

---

562. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año de 1962, N° 216, pp. 94-96.

388. *Los intereses.* La última frase del artículo 1985 establece la obligación del responsable de pagar intereses desde la fecha en que se produjo el daño.

Esta obligación es sana porque tiende a evitar que, a través de maniobras procesales de carácter dilatorio, el responsable pueda causar un perjuicio adicional a la víctima por razón del retraso en el pago de la indemnización.

Por otra parte, no es una novedad jurídica porque, aun cuando nuestros Tribunales tradicionalmente se rigieron por el criterio de que la indemnización no produce intereses, otras legislaciones han asimilado la indemnización a cualquier deuda de capital que origina los correspondientes intereses. El artículo 1056c del Código Civil de la Provincia de Quebec (Canadá) expresamente establece que el monto de la indemnización por daños y perjuicios devenga el interés legal. El Derecho argentino reconoce también intereses a la deuda indemnizatoria como a cualquier otra. En Francia, los hermanos MAZEAUD y François CHABAS afirman categóricamente que "la víctima de una culpa delictual o cuasi delictual, además de la indemnización compensatoria, tiene derecho a una indemnización por el perjuicio que le ha causado el retardo del causante en reparar el daño" [563].

El problema estriba en la fecha desde la cual corren tales intereses,. Caben hasta tres posibilidades: (a) desde la comisión del daño; (b) desde la interposición de la demanda; y (c) desde la sentencia firme que ordena el pago. Cada una de estas tesis tiene sus defensores y sus detractores.

Los partidarios de que los intereses deben correr desde la sentencia firme aducen que sólo entonces hay deuda líquida, y, aplicando el aforismo que *in illiquidis mora non contrahitur*, sostienen que antes de ese momento no puede haber mora y consecuentemente no pueden devengarse intereses. Esta tesis ha sido sostenida por los Tribunales franceses aunque, en la práctica, otorgan intereses desde la fecha del daño bajo la forma de plantear como indemnización compensatoria aquélla que está destinada a resarcir el retardo entre esa fecha del daño y la sentencia, y como moratoria sólo la posterior a la sentencia [564].

---

563. Henri y León MAZEAUD y François CHABAS: *Op. cit.*, Nº 2297, p. 595.

564. Henri y León MAZEAUD y François CHABAS: *Op. cit.*, Nº 2297, pp. 596-600.

Quienes defienden la tesis de que los intereses corren desde la interposición de la demanda (caso del artículo 1056c del Código Civil de Quebec) afirman que este acto procesal constituye en mora al responsable, quien desde entonces sabe que deberá pagar una suma por indemnización; aunque la suma se encuentre aún por determinar.

Por último, los partidarios de la tesis de que los intereses se devengan desde la comisión del daño —como es el caso de los MAZEAUD y de CHABAS [565]— argumentan que el principio de la responsabilidad extracontractual es la *restitutio in integrum*; ahora bien, si el responsable demora el pago de la indemnización, la víctima no está restituida al estado original puesto que habría perdido el uso de ese valor dañado y aún no restituido, durante el tiempo que transcurre entre el daño y la reparación. Esta última es la posición adoptada por los Tribunales argentinos [566], después de haber ensayado las dos otras tesis.

Nuestro Código ha acogido también la teoría de que los intereses se devengan desde la comisión del daño, conforme expresamente lo establece la última parte del artículo 1985.

Cabe hacer notar que este pago de intereses no afecta el principio generalmente aceptado y que hemos mencionado en los párrafos anteriores de que la indemnización debe calcularse a los valores correspondientes a la fecha de pago. Mal podría decirse que, si la norma ha establecido intereses, eso significa que la equivalencia en dinero del daño (indemnización) debe establecerse al momento del daño; y, que, a partir de entonces, los cambios en el poder adquisitivo de la moneda se compensan con los intereses. En realidad, debe tenerse en cuenta que los intereses moratorios no constituyen prioritariamente un reajuste del capital indemnizatorio sino una compensación por el retardo en la entrega de una suma de dinero: es un segundo daño subsecuente (el retardo en el pago) que se compensa con una segunda indemnización (los intereses).

Es verdad que la norma del Código no ha pensado en una serie de circunstancias complejas que pueden incidir en esta solución. En primer lugar,

---

565. Henri y León MAZEAUD y François CHABAS: *Op. cit.*, N° 2297, p. 595.

566. *Vid.* Cámara Civil de la capital Federal: Esteban Gómez v. Empresa Nacional de Transportes, 17. XII. 1958.

es exacto que la tasa de interés incluye a veces tanto una compensación por la inflación como una compensación por el retardo. En consecuencia, pudo haberse previsto una tasa especial de interés (deflacionada) para estos casos; lo que hubiera sido más justo.

De otro lado, la teoría requiere un análisis más minucioso con el objeto de confrontarla con la inmensa variedad de situaciones que proporciona la vida real. En este sentido nosotros no podemos adelantar aquí respuestas que tendrán que ser proporcionadas por la jurisprudencia atendiendo a las circunstancias específicas y operando con las leyes de manera creativa. Todo lo que podemos hacer es señalar el tipo de problemas que los jueces enfrentarán en el futuro.

Así, por ejemplo, cabe preguntarse si el criterio sobre la determinación de la fecha en que se establece la equivalencia del daño en dinero y la norma sobre la fecha desde la cual corren los intereses deben aplicarse por igual cuando la víctima ha invertido sumas de dinero en reparar el daño y cuando no lo ha hecho. Frente a un accidente de automóvil, existe la posibilidad de que aquél que sufrió los daños haya procedido de inmediato a efectuar las reparaciones, gastando lo que fuera necesario con tal objeto. En cambio, puede ocurrir también que no efectúe gasto alguno de reparación y que espere con el coche abollado hasta el fin del juicio. ¿A ambos debe calculárseles el monto de la reparación teniendo en cuenta el valor a la fecha del pago en ejecución de sentencia? Y, en caso de respuesta afirmativa, ¿a ambos —al que convirtió su daño en dinero y al que no lo hizo—debe asignárseles intereses desde el momento en que se produjo el daño? A tenor de la norma legal, parecería que sí. Pero es indudable que todo esto merece pensarse un poco más a la luz de los casos reales que se presenten en el futuro.

Sección IV: La revisión de la indemnización

389. *El conocimiento del daño.* Como antes se ha dicho, las consecuencias dañinas de un acto pueden ser advertidas en diversos momentos.

El primero de ellos es al tiempo en que se produce el acto dañino y en los días subsiguientes antes de que la víctima interponga la demanda correspondiente. Si se trata de un accidente automovilístico, inmediatamente después de sucedido encontramos que nuestro automóvil está abollado, que nos

duele la pierna y nos cuesta caminar y que tenemos también un golpe en la cabeza. En los días subsiguientes, estos daños se cuantifican: planchar y pintar el automóvil nos costará tanto, el tratamiento del golpe en la cabeza exigirá un par de días de hospitalización y ciertos remedios que cuestan tanto más. Pero también pueden aparecer nuevos daños: el automóvil no estaba simplemente abollado como se pensaba sino que además ha sido descuadrado el chassis; el dolor de la pierna era en verdad una fractura. Una vez que han pasado algunas semanas, el automóvil está reparado y la fractura soldada. Hago mi cuenta de lo gastado (daño emergente), calculo cuanto he dejado de ganar (lucro cesante) por el hecho de haber estado hospitalizado, y entablo mi acción por daños y perjuicios. Esta es la primera etapa en la toma de la conciencia del daño.

Pero puede suceder que, cuando la demanda ya estaba interpuesta y el juicio en proceso, descubro que necesitaba además un tratamiento de rehabilitación para mi pierna. Si he tomado la precaución de demandar por los daños en general que resulten de ese accidente, conocidos o desconocidos todavía al momento de la interposición de la demanda, puedo incluir en la etapa probatoria este "nuevo" daño derivado del mismo accidente, y el juez tendrá que considerarlo al establecer la indemnización en la sentencia. Por consiguiente, el segundo momento de toma de consciencia del daño se produce entre la interposición de la demanda y la sentencia o, más propiamente, la resolución que establece de modo firme el *quantum respondeatur* (puede ser la sentencia, pero también podemos imaginar que la sentencia sea apelada y que la Corte Superior modifique el monto indemnizatorio a la luz de nuevas pruebas sobre la naturaleza del daño; o que la determinación del monto indemnizatorio se deje para la ejecución de la sentencia, previo dictamen de peritos, etc).

La indemnización por el daño conocido en estos dos primeros momentos, ha sido tratada en las Secciones anteriores de este Capítulo. Pero aún cabe la posibilidad de que, resuelto el juicio y ordenado el pago de un cierto monto por daños y perjuicios, los médicos descubran que la fractura de mi pierna es más grave de lo que se había pensado y que en el plazo de algunos meses o algunos años quedaré tullido para siempre. ¿Qué hacer entonces? Puedo demandar nuevamente por esta consecuencia del daño que recién me es conocida? El tercer momento se produce, entonces, cuando ya existe sentencia o resolución firme que ordena el pago de determinados años.

390. *La revisión de la indemnización.* Este tercer momento ha dado lugar al problema que se conoce como "la revisión del daño" y que quizá más propiamente podría llamarse "la revisión de la indemnización".

No se trata en este caso de daños que son conocidos al momento de la sentencia, pero cuyos efectos alcanzarán ciertamente momentos posteriores a la sentencia. En tal caso no habría problema pues, tratándose de daños futuros pero ciertos, el juez podría considerarlos en su sentencia y fijar una indemnización también por ellos. La revisión de la indemnización se produce respecto de aquellos efectos dañinos que no eran conocidos al tiempo de resolver y que aparecen recién posteriormente. Es por ello que Adriano de CUPIS hace notar que tampoco es propio hablar de "revisión" porque el nuevo juicio no tiene por objeto revisar el anterior sino pronunciarse sobre un objeto distinto, constituido por un daño no comprendido en la otra sentencia [567].

391. *El problema en el Derecho Comparado.* No todas las legislaciones tratan este problema de la misma manera: algunas lo regulan expresamente, otras no lo mencionan. Entre estas últimas se encuentran el Código peruano.

Lo menciona el Código suizo de las Obligaciones que, en su artículo 46, dispone que, en casos de lesiones corporales cuyas consecuencias no pueden todavía establecerse, el juez puede revisar el monto de la indemnización dentro de los dos años de expedida la sentencia. Como puede apreciarse, este Código limita la revisión sólo a los casos de daños corporales y le fija un límite de tiempo; pero no exige un nuevo juicio sino que otorga facultades al juez que anteriormente conoció el problema para que haga el ajuste correspondiente en vía de ejecución de sentencia.

Aun cuando el Código Civil alemán no se refiere a la revisión del daño, el Código de Procedimientos Civiles de ese país permite revisar el monto de la indemnización cuando ésta consiste en prestaciones periódicas y se han presentado circunstancias que no pudieron tenerse en cuenta al momento de sentenciar.

El problema no es mencionado por el Código Civil francés ni por el Código Civil italiano. Sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina de ambos

---

567. Adriano de CUPIS: *El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil.* Trad. de la 2a. ed. italiana. Bosch. Barcelona, 1975. N° 160, p 805.

países consideran que la revisión está permitida en forma bastante amplia, salvo que la primera sentencia expresamente señale que la indemnización fijada comprende todos los efectos del daño, conocidos y desconocidos [568].

392. *La perspectiva peruana.* El Código Civil no ha legislado sobre el particular. En estas condiciones, es impensable reabrir un juicio fenecido para modificar el monto de la indemnización.

Sin embargo, cabe teóricamente la alternativa de interponer una nueva demanda. Por consiguiente, para analizar la viabilidad de esta alternativa dentro de nuestro ordenamiento jurídico, el problema debe ser analizado en función de los elementos legales que pudieran constituir impedimentos para la interposición de una nueva demanda: si tales impedimentos se desvanecen, la jurisprudencia podría admitir la revisión del daño conocido con posterioridad a la sentencia, a través de un nuevo juicio.

393. *La cosa juzgada.* De acuerdo a lo expuesto, el pedido de una nueva indemnización por un daño recién conocido tendría que ser motivo de una nueva demanda. El juicio anterior se encontraría terminado y no hay canal procesal para reabrirlo. Ahora bien, ante una nueva demanda de la víctima, probablemente el demandado (responsable civil) deduciría una excepción de cosa juzgada.

Sin embargo, esta excepción no debería prosperar porque le falta uno de los elementos de la triple identidad que es esencial para que exista cosa juzgada: el objeto de esta nueva demanda sería diferente. La nueva acción no pretendería cobrar una nueva indemnización o modificar la indemnización ya fijada respecto de un *daño ya conocido judicialmente.* Esta nueva demanda constituiría un reclamo por un nuevo daño que, aunque se derive del mismo acto generador, no fue objeto de la demanda en el primer juicio: lo que se demanda no es una recalificación del hecho generador de daños y una nueva determinación de una responsabilidad ya establecida, sino una indemnización por ciertos daños que no fueron materia del juicio anterior.

El primer procedimiento judicial acordó una indemnización únicamente por tal y cual daño; las indemnizaciones correspondientes a otros daños

---

568. Para el caso de Francia, *vide* Henri y León MAZEAUD y François CHABAS: *Op. cit.*, N° 2406, pp. 782. Para el caso de Italia, *vide* Adriano de CUPIS: *Op. cit.*, N° 40, p. 325 y N° 160, p. 805.

no considerados en ese juicio anterior, constituyen un nuevo objeto o materia controvertible y, por tanto, dan lugar a un nuevo juicio distinto. Nótese que ésta afirmación es válida tanto si se refiere a daños que aún no eran conocidos cuando se tramitó el juicio anterior, como también si se refiere a daños que, siendo conocidos, se excluyeron por diversas razones del contenido de la acción precedente. No hay inconveniente alguno para que el demandante demande el pago de diferentes daños derivados de un mismo hecho, en juicios diferentes.

Es importante destacar que la cosa juzgada, en cambio, cerraría toda posibilidad a una pretendida revisión por el caso inverso, i.e., que posteriormente se compruebe que los daños eran menores que los que se ordenó indemnizar en el primer juicio.

En esta segunda hipótesis, el segundo juicio —interpuesto esta vez por el responsable contra la víctima que se benefició con la mayor indemnización— tendría propiamente una función revisora de aquello que ya se juzgó, lo que no puede ser admitido. A diferencia del caso anterior en el que se demanda la segunda vez por daños no comprendidos en el primer juicio, en este caso se estaría solicitando un segundo pronunciamiento judicial sobre la misma materia, lo que atenta contra la *res iudicata* [569]. Por consiguiente, la sentencia anterior sería errónea; pero, como toda sentencia errónea que ha quedado firme, no puede ser revisada.

394. *La prescripción.* El segundo escollo que podríamos encontrar es la prescripción: si la acción de daños y perjuicios ha prescrito, no cabe revisión alguna respecto de tales daños.

Sin embargo, este tampoco parece ser un impedimento dentro de la actual legislación peruana. El Código de 1936 establecía en el inciso 6 del artículo 1168 que la acción de daños y perjuicios prescribe a los dos años de haberse producido el daño. Esta formulación dejaba lugar a muchas dudas: ¿el daño se produce en el momento de la comisión del hecho generador aun cuando se manifieste posteriormente o el daño se produce cuando se manifiesta en tanto que daño? En el primer caso, la situación no es cómoda para una revisión posterior de la indemnización. Si consideramos que en el Perú

569. Henri y León MAZEAUD y François CHABAS: *Op. cit.* N° 2406, p. 782; Adriano de CUPIS: *Op. cit* N° 160, p. 807.

cualquier juicio puede durar dos años, el primer juicio terminará más de dos años después de la fecha del accidente. Dado que la acción judicial interrumpe la prescripción respecto de lo que ha sido demandado pero no respecto de lo que no ha sido demandado aunque tenga vinculación con el pleito, todo daño no comprendido en la primera acción quedaba prácticamente fuera de toda posibilidad de ser indemnizado: si se tomaba consciencia de tal daño después de la determinación judicial del monto indemnizatorio en el primer juicio (hipótesis de la revisión), lo más probable es que ya hubieran transcurridos dos años desde la fecha de la realización del hecho dañino y consiguientemente que no se pudiera interponer una nueva demanda.

En razón de las dificultades originadas por la redacción de la regla sobre prescripción del Código anterior, la Exposición de Motivos del Anteproyecto sobre Responsabilidad Extracontractual de la Comisión Reformadora, redactada por el autor de este libro, proponía que se tomara en cuenta como inicio de la prescripción la fecha de toma del conocimiento del daño. Pero a fin de evitar el introducir de manera irrestricta un elemento de subjetividad que podría atentar contra la seguridad jurídica, se sugería que se estableceria simultáneamente que la fecha de la toma de conocimiento se presumía *iuris tantum* que era la fecha de la comisión del daño. De esta manera, en principio se mantenía la regla anterior con un punto de partida fijo: la fecha perfectamente objetiva de la comisión del daño; pero la víctima tenía siempre la posibilidad de probar que tal daño en particular no había sido posible conocerlo al momento del accidente y consecuentemente su plazo de prescripción debía tener otro punto de partida [570].

El doctor Fernando VIDAL RAMIREZ, autor del Proyecto sobre prescripción, encontró una técnica legislativa mejor para incorporar la misma solución: eliminó la alusión al día de la producción del daño y refirió todos los plazos de prescripción (incluyendo el de la acción de daños y perjuicios) al "día en que puede ejercitarse la acción" (art. 1993 del Código Civil de 1984). De esta manera, la prescripción se calcula desde el día en que se toma conocimiento de la existencia del daño, pues es obvio que antes no podía ejercitarse la acción. El doctor VIDAL parece haber considerado que era innecesario agregar de manera expresa una presunción *iuris tantum* en el sentido que, salvo prueba en contrario, el daño se conoce desde el momento

570. *Vid.* Fernando de TRAZEGNIES GRANDA: *De la Responsabilidad no derivada de acto jurídico, en Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil.* Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1980. pp. 416-417.

en que se produce el acto dañino. Efectivamente, si cuando se interpone la demanda han transcurrido más de dos años desde la fecha en que se produjo dicho acto, el demandado alegará sin lugar a dudas la prescripción. Y tendrá que ser el demandante quien pruebe que no conoció la existencia del daño sino posteriormente, por lo que el plazo debe contarse desde una fecha más tardía que la comisión del acto dañino. Hay, pues, una presunción implícita.

395. *Conclusiones*. En razón de lo expuesto, la revisión de la indemnización es perfectamente posible en el Perú por la vía de un segundo juicio.

Nada obsta para que la víctima, luego de descubierta una consecuencia dañina no contemplada en la anterior sentencia, inicie un nuevo juicio indemnizatorio. Claro está que tendrá que probar que se trata de un daño "nuevo", que no estuvo incorporado ni expresa ni implícitamente en la sentencia anterior.

CAPITULO III

DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES

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

Artículo 1985.— La indemnización comprende...el daño a la persona y el daño moral..."

Sección I: Daño moral y venganza privada

396. *Herejías y perspectivas.* El debatido problema del daño moral —que, curiosamente, exalta los ánimos más que muchas otras disposiciones del Código y de la responsabilidad extracontractual en particular— se encuentra tratado en los artículos 1984 y 1985.

El proyecto de la Comisión reformadora redujo el daño moral a un recurso excepcional; y súbitamente gran número de juristas peruanos se rasgaron las vestiduras y gritaron herejía, considerando que se había atentado contra una de las bases sacrosantas de la responsabilidad extracontractual en el mundo occidental y cristiano.

Sin embargo, el resarcimiento del daño moral no parece ser un dogma de la ciencia jurídica. El tema admite diversos enfoques desde perspectivas muy diferentes: la noción de daño moral es bastante discutida entre los juristas y no todo el mundo está de acuerdo sobre ella ni de la misma manera.

397. *Daño moral y venganza.* En el fondo, el pago de una suma de dinero por el daño moral no es sino una reminiscencia de la vieja idea de la venganza: aun cuando este tipo de daño por su naturaleza misma no es reparable económicamente, hay quienes creen que no es posible que quien ha cau-

sado un sufrimiento moral a otro no reciba algún castigo, que no sea cuando menos obligado a pagar algo por ello.

En consecuencia, la indemnización del daño moral se asemeja más —consciente o inconscientemente— a una multa privada que a una reparación de perjuicio.

398. *Daño extrapatrimonial.* En principio, el daño moral *srticto sensu* es aquél que no tiene ningún contenido patrimonial.

Cuando el daño moral puede ser expresado en términos económicos (el costo de la cirugía plástica que restablecerá el bello rostro herido de una mujer, la pensión o renta para una pareja de ancianos que han perdido en un accidente al hijo que cuidaba de su sustento), deja de ser daño moral para convertirse ya sea en daño material emergente, ya sea en lucro cesante. Por consiguiente, es preciso distinguir muy claramente entre el daño material o patrimonial y el daño moral o extrapatrimonial.

Lo dicho no es obstáculo, evidentemente, para que un mismo hecho dañino genere daños tanto patrimoniales como extrapatrimoniales: la desfiguración del rostro de una conocida artista implica daños patrimoniales conformados por los gastos de curación (daño emergente) y la frustración de las expectativas económicas de su carrera de artista que no podrá continuar (lucro cesante): pero también implica daños extrapatrimoniales, tales como el dolor físico y moral sufrido, la frustración de su vocación de artista, etc.

Ahora bien, lo extrapatrimonial, por definición, no puede medirse en dinero ni consecuentemente repararse con dinero. Es posible obligar al causante a que pague el costo de la operación, de los remedios y de la rehabilitación de la persona a la que le quebró una pierna en un accidente de automóvil. Pero ¿cómo puede medirse cuanto vale en dinero el puro dolor que sintió el atropellado, el sentimiento de terror y de impotencia que tuvo al verse arrojado intempestivamente por tierra, la aprehensión de la intervención quirúrgica? Y aun si asignáramos un valor arbitrario al sentimiento, acaso la víctima sentimental "volverá al estado original" —que es la función de la reparación— por el hecho de recibir una suma de dinero?

399. *El daño moral en el Derecho Romano.* en este aspecto, como en muchos otros, el Derecho Romano nos suministra un análisis invalorable que permite aclarar nuestros propios puntos de vista modernos.

Esto no significa que el Derecho romano sea el "verdadero Derecho" subyacente bajo el Derecho moderno, al cual hay que acudir como quien viene a beber en la fuente virginal aquellas aguas que han sido contaminadas río abajo por los bárbaros y los inciviles. El Derecho romano no es la esencia platónica del derecho y no podemos encontrar en él la respuesta fundamental a todas nuestras inquietudes. Pero es el resultado de la reflexión de hombres inteligentes, con una profunda mentalidad jurídica, que sin desprenderse nunca de la realidad de las cosas (la jurisprudencia, dice *Ulpianus*, es la ciencia de lo justo y de lo injusto basada en la *renum notitia* [571], en el conocimiento de las cosas), sin caer en la tentación moderna de construir un paraíso conceptual de juristas [572] fundado en una lógica formal, donde se progresa mecánicamente de un concepto a otro [573] sin contacto con la realidad, desarrollaron un *método* y un *estilo* de análisis que aún nos puede servir como *vía magna* para recorrer los problemas de nuestro tiempo.

¿Y qué nos dicen los juristas romanos? Ciertamente, no cayeron en las trampas conceptuales contenidas en las ideas abstractas de "daño" y de "indemnización", que llevan a incorporar dentro de ellas tanto los efectos patrimoniales como extrapatrimoniales de la conducta del causante. Fieles a su espíritu concreto, agudos observadores de la realidad, comprendieron que la palabra daño —en su sentido jurídico de "daño reparable"— sólo puede ser patrimonial: es un requisito esencial del daño que implique una lesión patrimonial.

La *lex Aquilia* concibe el daño como algo muy concreto, que se produce *corpore corpori* (por un cuerpo a un cuerpo) [574]. Un daño meramente espiritual era impensable (en tanto que resarcible por el Derecho).

Como explica Pietro BONFANTE para los romanos, "el daño que no tiene valor económico, el así daño moral, no es tomado en cuenta (como daño reparable)" [575]. BONFANTE cita dos textos de *Gaii* bastante similares, sobre esta materia. El primero dice que *scilicet ut non deformitatis ratio*

---

571. Ulpianus: *Digesto* L. I., Tit II, 10, párr. 2.

572. H. L. A. HART: *The concept of Law*. At. Clarendon Press. Oxford, 1961, p. 127.

573. H. L. A. HART: *Op. cit.*, p. 125.

574. Vicenzo ARANGIO-RUIZ: *Responsabilita Contrattuale in Diritto Romano*. Casa Editore Dott. Eugenio Jovene. Nápoles, 1958, p. 229.

575. Pietro BONFANTE: *Corso di Diritto Romano*. Vol IV. *Le obbligazioni (dalle lezioni)*. Dott. A. Giuffre Editore. Milano, 1979, p. 415.

habeatur, cum liberum corpus aestimationem non recipiat, sed impensarum in curationem factarum et operarum amissarum quaque amissurus quis esset inutilis factus [576]. El segundo texto del mismo *Gaii* dice que *cum liberi hominis corpus ex eo, (...), aesum fuerit, iudex computat mercedes medicis praestitas ceteraque impendia, quae in curatione facta sunt, praeterea operarum, quibus caruit aut cariturus est ob id quod inutilis factus est. Cicatricium autem aut deformitatis nulla fit aestimatio, quia liberum corpus nullam recipit aestimationem* [577]. Es interesante apreciar en estos textos tanto la amplitud de la reparación del daño patrimonial (que comprende no sólo el daño emergente sino también el lucro cesante) como el rechazo a toda idea de valorizar —y, consecuentemente, resarcir— el daño extrapatrimonial.

Esto no significa que, en el Derecho romano. el actualmente daño moral fuera ignorado. Este tipo de lesión recibía una "satisfacción", pero no era incorporado a la idea de daño resarcible [578]. Los juristas romanos, atentos a la realidad de las cosas, advirtieron que el objeto de esta "satisfacción" no era una reparación del daño sino una venganza [579]. Por eso, le otorgaron acciones independientes, la principal de las cuales era la *actio iniuriarum* que comprendía tanto las lesiones físicas como las morales, desde una perspectiva no patrimonial. El origen de estas acciones diferentes se remonta a las XII Tablas y estaba basado en una aplicación del talión que pronto se redujo de una pena aflictiva a una pena pecuniaria [580]. En realidad, la lesión extrapatrimonial estaba considerada más bien desde la perspectiva del delito; y la "satisfacción" pecuniaria era antes una pena privada que una reparación.

Algunos juristas contemporáneos han comprendido perfectamente el enfoque romano y distinguen entre el carácter de "reparación" que tiene la

---

576. Garus: *Digesto*, L. IX, Tit. I, 3: [Se puede demandar para que se reparen los daños sufridos por un hombre libre, pero], evidentemente, *no para valorizar la deformidad ocasionada, porque el cuerpo de un hombre libre no tiene precio*, sino los gastos hechos en la curación, el trabajo perdido y el que perderá en el futuro quien quede inútil.

577. Gaius: *Digesto*, L IX, Tit. III, 7: cuando por ello [arrojar objetos o verter líquidos a la vía pública] se hubiera lesionado el cuerpo de un hombre libre, el juez saca la cuenta de los honorarios médicos y de los demás gastos que se hicieron con motivo de la curación, además de los trabajos de que ha sido privado o [nosotros diríamos "y/o"] de los que resulte privado por quedar inútil. *Pero no hace ninguna valorización de las cicatrices o de la deformidad porque el cuerpo de un hombre libre no es materia valorizable.*

578. Pietro BONFANTE: *Op. cit.*, p. 416.

579. Pietro BONFANTE: *Op. cit.*, p. 476.

580. Pietro BONFANTE: *Loc. cit.*

indemnización frente al daño material y el carácter de "satisfacción" que tiene frente al daño moral [581]. Pero precisamente esta distinción ilumina la verdadera naturaleza vengativa de la indemnización por daño moral: no es una reparación sino una satisfacción del deseo de que al agresor le pase también algo, que sufra cuando menos en su patrimonio.

Sección II: El moderno daño extrapatrimonial

400. *La satisfacción del daño extrapatrimonial en los Códigos modernos.* Las consideraciones que anteceden han llevado a muchos Códigos actuales —centrados en la idea de que la función primordial de la responsabilidad extracontractual moderna es eminentemente reparativa— a ser extremadamente prudentes en relación con el daño extrapatrimonial.

Así, el Código Civil suizo establece que "Una acción de daños y perjuicios o de pago de una suma de dinero a título de reparación moral, no puede ser intentada sino en los casos previstos por la ley" (art. 28); y el Código Civil alemán contiene una disposición similar (art. 253). Tanto en Suiza como en Alemania, estos casos son muy poco numerosos en el Código. El Derecho italiano es aún más restrictivo. En el artículo 2059 del Código Civil se establece también que "El daño no patrimonial debe ser resarcido sólo en los casos determinados por la ley"; pero, a diferencia del Código suizo y del Código alemán, no contempla ni un solo caso en el campo civil. La única situación prevista por la ley italiana para la indemnización del daño moral es cuando el hecho dañino constituye un delito (art. 185 del Código Penal): de manera que "sólo la coexistencia de un interés público penalmente tutelado hace posible la protección jurídica del interés privado en materia de bienes no patrimoniales" [582].

En el Derecho anglosajón, la responsabilidad extracontractual evolucionó a partir de un sistema de reparación del daño directamente físico (*trespass y battery*), como en Roma (*corpore corpori*), hasta comprender los daños causados sin contacto físico. La falta de relación física entre el cau-

---

581. Alfredo ORGAZ: *El daño resarcible.* 3a. ed. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1967. p. 187.

582. Adriano de CUPIS: *Dei Fatti Illeciti.* Art. 2043-2059. 2a. ed. Nicola Zanichelli Editore, Soc, ed, del Foro italiano. Bologna, Roma, 1971, p 150.

sante y el daño (*corpore*) no significa necesariamente que se trate de un daño no patrimonial (que no sea *corpori*). Sin embargo, por este camino —y por el de la indemnización punitiva, que subsiste para ciertos casos especiales—, el Derecho inglés y el Derecho norteamericano han introducido cautelosamente una cierta noción de daño moral.

El *common law* se negó durante mucho tiempo a otorgar acción para reparar daños constituidos exclusivamente por efectos psicológicos, tales como la perturbación emocional (*emotional distress*), aun cuando otorgaba indemnización por traumas psicológicos cuando éstos eran demandados conjuntamente con daños físicos (lo que se ha denominado "daños parásitos"). Las razones que usualmente se daban para esta negativa eran que, en caso de ser reparables tales daños, las Cortes podrían sufrir una "inundación de litigios"; a lo que se agregaba un cierto sentimiento de que una Corte judicial no puede levantar el *ego* de una persona [583].

Con el tiempo, se reconocieron daños psicológicos cuando, aun no había existido daño material, los intereses morales habían sido afectados cuando menos por un acto físico: riña, prisión ilegal o incluso un contacto físico ligero pero ofensivo. Más tarde, se admitió el daño mental resultante de actos intencionales (*intentional wrongs*) o en los que hubiera mediado culpa grave (*reckles wrongs*). Sin embargo, se exige que la conducta del demandado haya sido particularmente extrema y ultrajante en términos de lo que la comunidad en donde se produce el acto considera intolerable o chocante, no se otorga reparación por el simple insulto o molestia y ni aun por la amenaza [584].

Finalmente, se ha comenzado a admitir la reparación de la perturbación psíquica resultante de una conducta simplemente negligente (*negligent wrong*) [585]. Aquí también, la primera apertura se produjo en los casos en que la demanda por daño mental era "parásita" de una demanda por daño material. Luego se admitió el daño mental independiente, siempre que hubiera habido contacto físico, aunque fuera muy ligero. Posteriormente, las Cortes crearon el concepto de "zona de peligro" (*zone of danger*) como un ambien-

---

583. Edward J. KIONKA: *Torts in a Nutshell. Injuries to persons and property*. West Publishing Co. St. Paul, Minn., pp. 159-160 y 335.

584. *Ibidem*, pp. 160-161.

585. *Ibidem*, pp. 335-340.

te que rodea el contacto físico y causa daño aunque no se produzca contacto. Por ejemplo, la persona que estuvo a punto de ser atropellada por un automóvil pero no llegó a serlo y que a consecuencia de ello sufrió un grave trauma psíquico, tiene derecho a reclamar una indemnización. Por último, se ha aceptado, la reparación del daño psicológico tratándose de personas (*bystanders*) que, sin tener contacto físico ni encontrarse en la zona de peligro, tuvieron una relación emocional particularmente grave con los hechos. Es el caso de la madre que, desde la ventana de su casa, ve como su automóvil atropella a su hija que regresa del colegio.

Por otra parte, dentro del *common law* han tenido particular importancia los procesos por difamación (*libel*), en los que se llega a asignar sumas muy importantes a la víctima por concepto de reparación.

Sin embargo, en esta evolución jurisprudencial puede advertirse un cierto matiz material, a pesar de que se reconocen daños aparentemente inmateriales: el uso de términos tales como "daño mental" o "daño psicológico" antes que daño extrapatrimonial o daño moral implica una referencia a un elemento concreto,que puede ser psicológicamente establecido y medido. Pero, además, la indemnización parece fundamentarse primordialmente en los efectos materiales del daño mental o psicológico (gastos de tratamiento psiquiátrico, lucro cesante originado por la incapacidad psicológica de continuar con sus actividades habituales, etc) antes que en los aspectos espirituales (la herida del *ego*, constituida por el atentado contra el honor o contra otro bien inmaterial similar). Aun en los casos de difamación, es posible percibir esta tendencia. Y las indemnizaciones mínimas (un dólar o un chelín) que a veces otorga la jurisprudencia norteamericana e inglesa (*nominal damages*) no obedecen, como piensa SANTOS BRIZ[586], a un prurito de indemnizar el daño moral hasta en lo mínimo sino, como veremos más adelante, a la dificultad en la que se encuentra el juez por el hecho de que no puede fundamentar la indemnización porque no se han acreditado daños económicos, aun cuando piensa que ha existido la difamación o la ofensa. En este caso, antes que intentar una valorización arbitraria del sentimiento o del honor puros (que es lo que haría un juez que cree en la posibilidad de reparar *económicamente* el daño moral), prefiere asignarles un valor simbólico nominal, de un dólar.

---

586. Jaime SANTOS BRIZ: *La Responsabilidad Civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*. 4ta. ed. Editorial Montecorvo. Madrid, 1986, p. 162.

La doctrina y la jurisprudencia francesas son quienes más decididamente han abogado por la institución del daño moral. Empero, los juristas franceses están lejos de encontrarse de acuerdo sobre este punto. Los legisladores del *Code Napoleón* no tuvieron en cuenta el daño moral: no lo prohibieron, pero simplemente no estuvo en la mente del legislador [587]. Es posible que, en esta forma, se situaban dentro del más riguroso pensamiento romano, acogiendo como reparable únicamente el daño material y abandonando la idea antigua de "satisfacción" para el daño moral porque su carácter vindicativo de pena la excluía del campo estricto del moderno Derecho Civil.

Dentro de la doctrina francesa contemporánea, la discusión es muy intensa, al punto que a veces surgen discrepancias entre los coautores de un mismo libro. Así Henri y León MAZEAUD son partidarios sin reserva de la indemnización del daño moral; en cambio, André TUNC le coloca una serie de restricciones y condiciones. Y, en un gesto de intachable honestidad intelectual, ambas opiniones son consignadas en el libro común [588]. Juristas como ESMEIN condicionan de tal manera el daño moral que en la práctica deja ser moral y se convierte en una forma más del daño material. AUBRY y RAU, dentro de la línea que asumiría posteriormente el actual Código italiano, limitan el daño moral a los casos de delitos. BAUDRY-LACANTINERIE rechaza el daño moral. DEMOGUE, SAVATIER y otros consideran que se trata de una indemnización punitiva [589]. En este sentido, PLANIOL y RIPERT son muy claros: para ellos, procede la acción para reclamar una suma de dinero por el daño moral, a pesar de que no tiene carácter económico, pero afirman que, "aunque es verdad que se linda con la pena privada, no es cierto que ésta sea una institución muerta" [590].

El debate —en el que participan múltiples posiciones, como puede advertirse— gira en torno a un aspecto esencial de la responsabilidad moderna: todo el sistema está basado en la función de reparar un daño; y el daño moral es aparentemente irreparable en dinero. Puede satisfacerse el es-

---

587. Henri y León MAZEAUD y André TUNC: *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*. T. I. 6a. ed. Editions Montchrestein. París, 1965, No. 301, p 400.

588. Henri y León MAZEAUD y André TUNC: *Op. cit.*, No. 313, p. 406.

589. *Vid.* Henri y León MAZEAUD y André TUNC: *Op. cit.* Nos. 301-315, pp. 400-7.

590. Marcel PLANIOL y George RIPERT: *Traité Pratique de Droit Civil Français*. T. VI. Librairie Génerale de Droit de Jurisprudence. París 1930. No. 546, p. 752.

píritu de retribución de la víctima (que, en este caso, es un eufemismo para decir el espíritu de venganza), *castigándose* al culpable con la obligación de pagar una suma de dinero. Pero no puede *subsanarse* con dinero lo que no es valorizable en dinero.

401. *Los antecedentes peruanos.* En el Código de 1852, el daño moral no fue mencionado, siguiendo así la orientación marcada por el *Code Napoleón*: el Derecho Civil está orientado a la reparación; por consiguiente, dado que el daño moral es una pena, no tiene cabida en el Código Civil. Sin embargo, el artículo 2202, de ese cuerpo legal dispone que "En caso de injurias, tiene derecho el que las recibe a pedir una indemnización proporcionada a la injuria". lo que parece aventurar una suerte de indemnización por daño moral en un caso específico o quizá, sólo una simple reminiscencia de la *actionis iniurarum* romana con su carga punitiva. No debe olvidarse que Manuel PEREZ de TUDELA, quien presidió la primera Comisión Codificadora encargada de preparar el proyecto de lo que sería más tarde el Código de 1852, era profesor de Derecho Romano.

El Código Civil de 1936 reconoce el daño moral extracontractual en su artículo 1148, pero tímidamente: se limita a señalar que el juez "puede" tomar en consideración el daño moral. A su vez, con el mismo carácter facultativo para el juez, lo autoriza a fijar una indemnización por daño moral en los casos de ruptura de esponsales (artículo 79). Nada se dice sobre daño moral en relación con la responsabilidad contractual.

Sin embargo, la jurisprudencia lo consagra definitivamente. Existen numerosas Ejecutorias en las que se reconoce con bastante largueza la existencia de un daño moral dentro de la situación involucrada.

Es posible encontrar un número importante de sentencias que otorgan una indemnización por daño moral, conjuntamente con la indemnización por el daño material correspondiente. Esto sucede frecuentemente cuando se trata de personas que han quedado lesionadas de por vida en razón de un accidente o de demandas de los deudos que reclaman no sólo una indemnización que les compense la falta de los ingresos que aportaba la víctima al hogar (pseudo daño extrapatrimonial) sino también una satisfacción por el amor que tenían al familiar fallecido en el accidente (daño extrapatrimonial propiamente dicho).

También existe casos en los que la única indemnización procedente es la que tiende a satisfacer el daño moral. Esto sucede habitualmente en asun-

tos de familia. Hemos mencionado anteriormente las Ejecutorias recaidas en los juicios seguidos por don Fidencio Chávez contra don Julio Alberto Arrieta y doña Leonor Pacheco de Arrieta [591] y por don César Encomenderos contra doña Evelina Pereda de Armas [592], donde se reclama y se obtiene en ambos casos una indemnización por daño moral por la violación de una hija.

Las demandas exclusivamente por daño moral son usuales en los casos de incumplimiento de la promesa de matrimonio basadas en el artículo 79 del Código Civil de 1936 que admitía expresamente la posibilidad de que exista daño moral en esta situación, teniendo en cuenta que pudiera suceder que la "no celebración (del matrimonio) dañe gravemente los derechos inherentes de la personalidad" de la parte inocente. Es interesante revisar la forma como los Tribunales determinan la existencia de daño moral en estos casos, a fin de penetrar en la significación de este concepto.

Doña Marcia Vásquez Revoredo demanda a don Conrado Mori Hidalgo en la ciudad de Chachapoyas, por daño moral motivado por el incumplimiento de promesa patrimonial. La Corte Superior de Chachapoyas, por Resolución de 30 de junio de 1944, otorga la indemnización solicitada sobre la base de que los esponsales tiene efectos muy graves sobre ambos cónyuges porque obligan " a renunciar toda otra expectativa" de matrimonio con un tercero. Pero, "esta situación es más exigente para la mujer, quien está obligada a guardar un absoluto alejamiento del mundo y preservar su honor dejando pasar los mejores días de su juventud en la expectativa de un compromiso". Por consiguiente, "la violación de los esponsales pactados determina un daño moral en la vida de la novia, cuya personalidad resulta lesionada, dado el estrépito social que se produce a raíz de un apartamiento inmotivado". El Fiscal PALACIOS opina que se ha producido daño moral en estas circunstancias y la Corte Suprema por resolución de 4 de octubre de 1944 otorga a la demandante la indemnización solicitada [593].

Leonor Rosado demanda a don Ubaldo Guillermo Arévalo Aguilar por daño moral (aunque en este caso agrega un pedido de pensión alimenticia) dentro de una acción para que se declare la paternidad de su hija, habi-

---

591. *Supra*. Np. 238, n. 374.

592. *Supra*, No. 238, n. 373.

593. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Abril de 1945. No. 15, pp. 103-104.

da con el demandado. Este, luego de haber tenido relaciones sexuales en Lima con la demandante bajo promesa de matrimonio, se había casado en la ciudad de Iquitos con otra persona. El Fiscal GARCIA ARRESE considera que efectivamente ha lugar a daño moral por "incumplimiento de promesa nupcialicia y seducción". Y la Ejecutoria Suprema de 28 de noviembre de 1956 condena al demandado al pago de una indemnización relativamente importante por daño moral, ya que el monto que se ordena pagar por este concepto representa más del doble de la suma fijada por cuatro meses de alimentos de la menor [594].

En el juicio seguido por doña Alejandrina Olga Severo con don José Quintana Fernández, el Fiscal SOTELO indica que el daño se produjo "abusando dolosamente el demandado Quintana Fernández de la influencia y sugestión que ejercía sobre la demandante por las relaciones convivenciales que con ella mantuvo y promesas de matrimonio no sólo la tuvo varios años bajo su servicio sexual, sino que llegó al extremo de pedirle, sin embargo de la estrechez económica en que ella desenvolvía su vida, auxilios y recursos de diversa índole, inclusive dinero, que aunque él manifiesta haber sido meros préstamos, no está probado esto y menos su restitución o pago que dice haber verificado. Estos hechos con los que se irrogó evidente daño a la demandante ya que, por humilde que sea su condición, se truncaron con el abandono del actor las justas expectativas de matrimonio con él y que se perjudicó su porvenir, independientemente de que la explotación de que se le hizo víctima le mermó su patrimonio; estos hechos, digo, que constituyen el daño económico y moral materia de la acción están comprendidos y caen bajo la sanción de los artículos 1136, 1148 y 1149 del Código Civil que obliga a la responsabilidad indemnizatoria del autor de ellos, demandado Quintana Fernández". Es importante notar que el Fiscal no hace alusión al artículo 79 que establece la responsabilidad por daño moral en el caso específico de incumplimiento de promesa matrimonial, sino que funda su opinión en los artículos que establecen la responsabilidad extracontractual del daño moral. La Corte Suprema acoge esta opinión del Fiscal en Resolución de 17 de junio de 1952 [595].

En el caso del juicio planteado por Llorgina (sic) Bresciani Marchena contra César Augusto Thorne, el Fiscal PONCE SOBREVILLA considera

---

594. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año de 1957, No. 157, pp. 200-202.

595. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Agosto de 1952. No. 103, pp. 2572-2573.

que el simple hecho de que el demandado se haya negado a cumplir su promesa de matrimonio "sin que medie justificación alguna", da lugar a un "evidente daño moral", comprendido en los artículos 77 (debió decir 79, sin duda) y 1136 del Código Civil; lo que significa que vincula el incumplimiento de la promesa de matrimonio con la responsabilidad extracontractual, ya que tal promesa no es propiamente un contrato. La Corte Suprema por Resolución de 29 de abril de 1968, concedió la indemnización por daño moral sobre tales bases [596].

Como puede apreciarse, aun cuando el artículo 79 del Código de 1936 establecía una doble condición para que fuera procedente la indemnización por daño moral en estos casos —que el matrimonio deja de celebrarse por culpa exclusiva de uno de los desposados y que su no celebración dañe gravemente los derechos de la personalidad de otro— los Tribunales han aligerado cada vez más este segundo requisito; hasta el extremo de que el daño resulta presunto cuando simplemente se demuestra la existencia de los esponsales y la no celebración del matrimonio por decisión exclusiva de uno de los desposados.

Otro caso de daño moral vinculado al Derecho de Familia pero no basado en el artículo 79 (esponsales) es el que resulta de un matrimonio nulo. La Resolución de la Corte Suprema de 10 de diciembre de 1975 ordena a don Horacio Virgilio Valle Bustamante a pagar una indemnización por daño moral a doña Rósula Emilse Soto Martínez, con quien estuvo casado, al haberse declarado la nulidad de tal matrimonio. La Corte señala que ha habido mala fe de don Horacio Valle, pues contrajo matrimonio con doña Rósula Soto a sabiendas de que se encontraba casado [597].

Además de los casos de familia, los Tribunales han otorgado indemnización por daño moral cuando se había producido una difamación manifiesta. Ya hemos mencionado la Ejecutoria Suprema recaida, con fecha de 7 de julio de 1956, en el juicio seguido por don Alfonso Chávez contra don Julio F. Geldres por el hecho de que éste último lo había difamado atribuyéndole una conducta reñida moralmente con su función docente en un examen que tomó al hijo del demandante y que el joven no aprobó [598]. La Corte Supre-

---

596. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Agosto de 1968. No. 295, p. 974.

597. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Enero de 1976. No. 384, p. 72.

598. *Supra*, No 313, n. 440

ma le otorga una indemnización por daño moral al ingeniero Chávez considerando "que los actos contrarios a la reputación o al buen nombre, atribuidos inexactamente a una persona, dañan el honor y menoscaban así un bien inmaterial inseparable de la misma".

Sin perjuicio de este reconocimiento abierto de los Tribunales de la posibilidad de reparar el daño moral, también se puede apreciar una cierta prudencia que da origen a ciertas limitaciones jurisprudenciales.

En algunos casos es la conducta de la víctima la que ha dado lugar a dudas de que proceda una indemnización propiamente moral.

Doña Amanda Pereyra demanda a don Juan Silva para que le abone una indemnización por daño material y moral sufrido al tener una hija del demandado. La demandante sostiene que existió promesa de matrimonio, pero que posteriormente descubrió que el demandado era casado y que, por tanto, dicha promesa no podía ser cumplida. Sin embargo, en el juicio se demostró que doña Amanda Pereyra había tenido antes iguales relaciones maritales con otra persona y que ella había aceptado abandonar la casa de su madre para ir a vivir en un departamento amueblado y pagado por el demandado. En estas condiciones, el Fiscal GARCIA ARRESE muestra gran severidad en el análisis sobre si existía efectivamente promesa de matrimonio: considera que el simple hecho de vivir en común no es todavía una promesa y que, por tanto, la promesa no se encuentra probada en forma indubitable. En consecuencia, no se puede decir que ha habido esponsales y no es así aplicable el artículo 79 (daño moral por violación de esponsales): pero tampoco se pronuncia en el sentido de que pudiera haber lugar a daño moral basado en el artículo 1148 (responsabilidad extracontractual originada en el hecho o culpa del causante, al margen de la promesa de matrimonio). La Corte Suprema, por Resolución de 6 de agosto de 1956, rechaza el daño moral, pero concede una indemnización por los gastos de alumbramiento (daño patrimonial) [599].

En otros casos, la conducta de la víctima era intachable, pero parecería que la Corte ha sentido un cierto conflicto entre las condiciones de constitución de un daño moral y las condiciones de ejercicio de la libertad humana.

---

599. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año de 1956. No. 154, pp. 1342-1344.

El 12 de junio de 1949 contrajeron matrimonio religioso en la iglesia de Cocharcas, don Antonio Beramendi, de 44 años de edad, viudo, y doña María Julia Paúcar, de 42 años, soltera. Pero, cuando el 27 de marzo de 1954 el marido abandonó a su mujer para formar hogar con otra persona, doña María Julia Paúcar lo demandó judicialmente, considerando que el abandono la había dejado burlada y humillada, por lo que le había causado un "desmedro moral". Don Antonio Beramendi sostuvo, en cambio, que si bien era verdad que había tenido a la demandante por su esposa y que era también cierto que el vínculo sacramental contraido por su fe católica era un verdadero matrimonio, ello no alteraba el hecho de que lo que había sucedido era simplemente una separación. El Juez de Primera Instancia declaró fundada en parte la demanda y reconoció un daño moral en favor de doña María Julia Paúcar. en cambio, la Corte Superior, a excepción del voto singular del Vocal GARCIA RADA, declaró infundada en todas sus partes la demanda. El fiscal Supremo GARCIA ARRESE opinó, con el Juez de Primera Instancia, que aunque el matrimonio religioso no tenía valor oficial, tampoco podía ignorárselo: "la sociedad de hecho de los litigantes, (es) de carácter normal superior al simple concubinato, por el hecho de haberse sometido al rito católico para el cual el vínculo es de por vida". De ello deduce que: "La constitución de un hogar común por espacio de años, gozando de tercero por el vínculo sacramental que le daba condición de esposa, como se la conocía entre sus relaciones; al desaparecer sin causa imputable, a la actora le ha causado un desmedro en el concepto público, que debe repararse mediante una compensación en dinero". Sin embargo, la Corte Suprema, por Resolución de 5 de diciembre de 1957, declara infundada en todas sus partes la demanda y sin lugar la indemnización por daño moral [600].

Es interesante destacar el principio de prudencia que establece la Corte Suprema en el juicio seguido por don José Flores Guerra contra don Eduardo Aussejo Aranza y don Alfonso Arllentar Linares por la pérdida de una hija en un accidente de tránsito: la pérdida de una hija a temprana edad, que ya había logrado conseguir una profesión e indudablemente constituía una promisora esperanza de bienestar material y moral para sus padres, es un daño irreparable, como lo señala el Fiscal PONCE SOBREVILLA; pero, "la indemnización tiene como fin reparar en algo, si es posible, económicamente, el daño sufrido, no pudiendo ni debiendo ser una fuente indebida de

600. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año de 1958. No. 171, pp. 423-424.

lucro que reemplace pecunariamente una vida perdida, mutilada o lesionada" [601].

402. *El daño moral en el Código peruano de 1984.* Dada la importancia del argumento contrario a esta institución y siguiendo la pauta de los Códigos más modernos, el Proyecto de la Comisión Reformadora establecía que el daño moral sólo debía indemnizarse excepcionalmente.

Esta norma era todavía más amplia que la de los Códigos alemán, suizo e italiano y permitía al Juez regular la consideración de tan discutida institución de acuerdo a las circunstancias.

Dos fueron las razones por las que el Proyecto estimó necesario conservar (limitadamente) la institución, a pesar de las críticas actuales. De un lado, el hecho de que, aun cuando se trate de una reminiscencia de sentimientos primitivos de venganza, un país tiene que darse un Código a su medida, y si en el Perú la víctima de un "daño moral" espera que se imponga una indemnización al culpable, es necesario que el Derecho atienda de alguna manera esta necesidad psicológica. De otro lado, a veces el daño moral sirve para indemnizar aquello que la doctrina ha denominado "daños patrimoniales indirectos", es decir, aquellos daños que, siendo económicos, son difícilmente valorizables: el demandante no puede probar su monto preciso. En estos casos (que implican un pseudo daño moral, pues se trata en realidad de daños económicos imprecisos), este instituto otorga al juez una discrecionalidad suficiente para incluir tales daños "a ojos de buen cubero", sin necesidad de pruebas de los mismos.

Empero, el Proyecto limitaba el reconocimiento del daño moral a casos excepcionales.

En el fondo, partiendo de una distinción entre el acto ilícito y el accidente [602], la idea era aceptarlos en los casos de actos ilícitos (el ejemplo típico sería la difamación o la transgresión de la intimidad), pero rechazarlos en los casos de accidentes (el ejemplo típico sería el daño ocasionado por un accidente de tránsito que no es resultado de dolo ni de culpa inexcusable). Esta distinción obedecía a la convicción del autor del Proyecto de que el

---

601. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Octubre de 1968. No. 297, pp. 1211-1213.

602. *Cf. infra*, Nos. 664-671.

campo de los accidentes debe estar regido por el principio de la difusión social del riesgo y sometido, en la mayor medida posible, a seguros. Ahora bien, el carácter extraordinariamente subjetivo y arbitrario de la reparación económica de un daño no económico perturba un sistema de aseguración del riesgo y eleva las primas al tener que cubrir una suerte de meta-riesgo; el riesgo de que un juez pudiera determinar riesgos morales elevadísimos que afecten el cálculo actuarial del seguro. El seguro no contaría así con criterios firmes para establecer sus cálculos, en el campo del daño extrapatrimonial.

Por eso, ahí donde la absorción social de los riesgos de vivir en común —particularmente a través de un seguro— es esencial para organizar mejor la vida moderna, es preciso objetivar (hasta donde sea posible) no sólo la determinación de la responsabilidad (¿quién responde?) sino también la determinación del monto indemnizatorio (¿por cuánto responde?). Claro está que podría considerarse que la víctima, aunque se encuentre dentro de un régimen de seguro obligatorio, tiene derecho a reclamar adicionalmente por la vía civil, al margen del seguro, una indemnización por daño moral. Sin embargo, pensamos que, dada la naturaleza "accidental" del accidente y la participación de la sociedad toda en su producción [603], este campo de la responsabilidad extracontractual no debe cargar al causante con un peso económico exagerado, fundado sobre bases discutibles, como antes se ha visto; en cambio, la controvertida reparación patrimonial del daño extrapatrimonial podía más fácilmente ser admitida ahí donde hay una decidida responsabilidad del causante, como es el caso del acto propiamente ilícito.

La versión definitivamente incorporada al Código reconoce el daño moral sin limitaciones, a diferencia del Proyecto de la Comisión Reformadora que tomaba en cuenta las graves objeciones de la doctrina moderna.

Claro está que tal reconocimiento manifiesto del daño moral extracontractual —con la novedad (al menos desde el punto de vista legislativo, por que la jurisprudencia ya lo había introducido) de un reconocimiento también del daño moral contractual (artículo 1322)— no pone fin a la discusión. Dados que el concepto de daño moral no es unívoco sino que existe gran controversia en la doctrina y en la legislación comparada sobre sus alcances, según hemos visto, el mero texto de los artículos 1984 y 1985 no permite una

603. *Vid. supra*, nos. 17 y 22 *et infra*, No 670.

aplicación inmediata sin la ayuda de una cierta "teoría" (controvertida) del daño moral. Por consiguiente, en última instancia, en este punto como en varios otros, el legislador le ha corrido traslado al juez.

403. *Limitaciones de principio.* Cualquiera que sea esa teoría, parecería que el daño moral tiene ciertas limitaciones de principio.

André TUNC nos dice que el juez debe rechazar de plano algunas veces la consideración de daño moral, insistiendo a que asuma por sí solo su "daño moral", por razones de dignidad o humanidad. Así, por ejemplo, el juez debe negar una indemnización por daño moral al marido engañado por su mujer porque simplemente no es digno que el marido pretenda lucrar con esta situación. De la misma manera, si un desgraciado padre de familia ha matado a su mujer por negligencia mientras limpiaba una escopeta, no tiene sentido que sus suegros le reclamen una indemnización por daño moral; ya tiene bastante problema con lo que le ha sucedido [604].

Por otra parte, algún tipo de limitaciones debe existir con relación a las personas afectadas; particularmente, cuando la víctima moral no es la víctima directa (por ejemplo, los deudos de los fallecidos en un accidente de automóvil).

Respecto de este punto, se presenta un grave problema relacionado con la objetividad o la subjetividad de la situación de víctima de daño moral. De un lado, no puede admitirse que todo aquel que *objetivamente* haya tenido relación con la víctima física, esté en la situación de lesionado moral y reciba una indemnización. Si fuera así, las víctimas morales pueden ser una legión; el padre de la víctima física, su madre, su cónyuge, su amante de tantos años, sus hijos, su novia querida, su ahijado preferido, su amigo íntimo, su socio, etc. Parecería, entonces, que el daño moral está vinculado a una relación más íntima y particular entre el demandante y quien sufrió el daño físico. Pero de otro lado, tampoco se puede esperar que la víctima moral pruebe su afección por la víctima física: la esposa del muerto no tiene que acreditar que efectivamente lo amaba apasionadamente, para tener derecho a una indemnización por el dolor que le causó la muerte del marido.

Probablemente, la jurisprudencia adoptará un criterio razonablemente objetivo para identificar a la víctima moral: no exigirá una probanza del

---

604. *Vid.* Henri y León MAZEAUD y André TUNC: *Op. cit.*, No. 313, p. 407.

afecto (lo que podría adquirir visos surrealistas) sino una cierta relación objetiva con la víctima directa; pero tal relación debe entenderse de manera muy rigurosa y restringida (vinculación estrecha de parentesco, por ejemplo).

Sección III: El daño a la persona

404. *Un nuevo tipo de daño.* Ninguno de los textos legales vigentes en el Perú habían hablado hasta la fecha de un "daño a la persona". Sin embargo, el artículo 1985 se refiere expresamente a este daño e incluso lo coloca antes del daño moral.

Pensamos que este agregado era innecesario. En efecto, para nosotros, el daño a la persona no es sino una sub-especie del daño moral, como veremos a continuación. En consecuencia, bastaba la mención al daño moral en la regla comentada.

405. *Naturaleza del daño a la persona.* El daño a la persona es una novedad del Código peruano de 1984, promovida por el doctor Carlos FERNANDEZ SESSAREGO.

Según este jurista, la distinción clásica entre el daño patrimonial y el daño no patrimonial admitiría una subdivisión: el daño extrapatrimonial estaría conformado por el daño moral y por el daño a la persona. Este último sería "el que lesiona a la persona en sí misma, estimada como un valor espiritual, psicológico, inmaterial" [605]. En cambio, el daño moral habría quedado reducido al "dolor de afección, pena, sufrimiento" [606].

Desde la prescripción del contenido de llamado daño a la persona y del esfuerzo de distinción con el daño moral que ella conlleva, advertimos las dificultades teóricas y prácticas de esta tesis.

Analicemos las diferentes dimensiones que definen el daño a la persona. Veamos en primer lugar las lesiones psicológicas a la persona. Si se pro-

---

605. Carlos FERNANDEZ SESSAREGO: *"Exposición y Comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano. Derecho de las personas"*, en *Código Civil*, Vol. IV. Comisión encargada del estudio y la Revisión del Código Civil. Compiladora: Delia Revoredo de Debakey. Lima, 1985, p. 88.

606. *Loc. cit.*

duce una "perturbación o alteración de su equilibrio psíquico" de magnitud —es decir, que justifica un tratamiento psiquiátrico— no cabe duda de que los gastos de curación y los días o meses de inhabilitación constituyen un daño patrimonial: tal daño psicológico es una lesión económicamente similar a la física y, consecuentemente, da lugar a daño emergente y lucro cesante.

Las cosas son diferentes cuando hablamos de perturbaciones o alteraciones del equilibrio psíquico que no llegan a crear una patología. Entonces estamos antes las emociones fuertes de la vida: una gran pena, un gran dolor, un sufrimiento, una frustración. Sin embargo, todo ello parece pertenecer a la categoría de los daños morales, conforme antes ha sido definida por el mismo jurista. Esto significa que, habiendo deslindado los aspectos económicos que encierran muchos de los daños más íntimos, lo que nos queda fundamentalmente es aquello que la doctrina usualmente ha conocido por "daño moral": éste es el contexto espiritual e inmaterial del daño.

También puede llamarse "daño a la persona" aquél que no está formado necesariamente por un dolor, sino que simplemente constituye una violación de los llamados derechos de la personalidad (o derechos de la persona, como ha preferido acertadamente llamarlos el doctor FERNANDEZ SESSAREGO en el Código de 1984, para acentuar su sentido concreto).

En realidad, muchas de estas violaciones producen daños patrimoniales: la privación ilegal de la libertad, la pérdida de la integridad física, la lesión al honor, la apropiación por persona ajena de los derechos de autor o inventor, etc. conllevan consecuencias económicas. Sin embargo, cabe también la posibilidad de considerar los daños que se derivan de ellas desde una perspectiva no patrimonial, conjuntamente o independientemente de la perspectiva patrimonial: la humillación de la prisión injusta, la frustración del proyecto de vida de quien ha sufrido una lesión física deformante, el sentimiento herido del honor, etc. Pero tales daños espirituales tampoco no son diferentes de lo que se ha conocido tradicionalmente como daño moral. Esta última institución no está limitada únicamente a la *pecuniam doloris*, a la afección o al sufrimiento, sino que habitualmente tal expresión se extiende también en el sentido de los efectos no patrimoniales de la violación de los derechos de la personalidad.

Basta interrogar a los autores franceses (que fueron los creadores de la expresión "daño moral") para comprobar que se trata de una referencia am-

plia a todo daño no patrimonial. El Proyecto del Código Franco-italiano de las obligaciones ilustraba el daño moral en su artículo 85 con los siguientes ejemplos: "lesión corporal, daños que afectan al honor, a la reputación o a la de la familia, a la libertad personal, violación de domicilio o de un secreto, dolor sufrido por los padres, parientes o cónyuge, en caso de muerte de la víctima". LALOU y AZARD nos dicen clara y directamente que la distinción entre daño material y daño moral corresponde a esa gran división de derechos entre derechos patrimoniales (derechos reales y personales) y derechos extrapatrimoniales (derechos de la personalidad, derechos de la familia)[607]. Las violaciones a los derechos de la personalidad son, pues, parte del dominio que era conocido como daño moral.

Entiéndase bien: no estamos discutiendo por un nombre. Lejos está de nuestra mente defender la *expresión* "daño moral". No cabe duda de que esta denominación no es feliz; y esto ya ha sido dicho cientos de veces. Podemos utilizar cualquier otra. Podríamos usar la expresión de "daño a la persona"; a pesar de que todo daño es, directa o indirectamente, un daño a la persona (incluyendo los daños patrimoniales). Nosotros preferimos llamarlo daño extrapatrimonial (o no patrimonial, si se quiere), como puede apreciarse por la forma como hemos denominado el presente Capítulo. Pero, más allá de un pleito de etiquetas, lo que importa es si estamos ante uno o ante dos campos conceptuales: hay que preguntarse si el dolor y el sufrimiento tienen un tratamiento jurídico diferente de la frustración del proyecto de vida de una persona o del atentado contra su honor, o si, como lo parecen entender los juristas franceses, todo ello tiene un tratamiento similar y, por consiguiente, pertenece al mismo campo y debe merecer un mismo nombre genérico. Nosotros estamos dentro de esta última posición.

Por eso, no vemos la necesidad de crear una especie adicional bajo el nombre de "daño a la persona". En Derecho, las categorías son fundamentales operativas: se justifican en la medida en que establecen distinciones entre derechos y obligaciones. Pero la categoría "daños a la persona" no parece conllevar derechos u obligaciones diferentes a las que usualmente se atribuía a la categoría "daño moral" (en el sentido más puro del término, habiendo excluido de este concepto al daño patrimonial vago o impreciso). En consecuencia, aquí también es sabio adoptar el consejo del *Venerabilis*

---

607. Cit. p. Henri y León MAZEAUD y André TUNC: *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*. T. I. 6a. ed. Editions Montchrestien. París, 1965. No. 293, p. 394.

Inceptoris, cuando nos dice que *non sunt entia multiplicanda praeter necessitatem.*

Sección IV: La reparación de daño extrapatrimonial

406. *Compensación material para lo inmaterial.* Llámesele daño moral o daño a la persona (o ambos, según las circunstancias y los gustos), no cabe duda de que ciertos daños conllevan un aspecto íntimo, espiritual, inmaterial, al que nos hemos referido en los párrafos precedentes. Ahora bien ¿cómo podemos indemnizarlo?

¿Podemos pensar que los daños inmateriales pueden ser "reparados" crematística y materialmente? Parecería que si lo espiritual puede "repararse" con dinero, ya no es tan espiritual. Por ello, la reparación económica para un daño espiritual devalúa lo espiritual.

En nuestra opinión, lo extrapatrimonial es, por definición, algo no medible en dinero. Tampoco es reparable con dinero, porque pertenece a un orden de cosas diferente.

La teoría de que "una alegría inesperada quita una pena indebida" (el dinero que se recibe como indemnización permite la realización de un viaje o la compra de un bien deseado que hace olvidar la pena de haber perdido las dos piernas en un accidente) no parece muy convincente. Retomando el ejemplo de FERNANDEZ SESSAREGO, si un ceramista o un orfebre pierde los dedos de la mano y ello lo obliga a cambiar radicalmente su proyecto de vida [608], difícilmente podrá atenuar su daño recibiendo una suma de dinero que puede invertir "en un viaje, en la adquisición de un bien ambicionado, en una diversión cualquiera" [609]. Si una de esas "diversiones cualquiera" le hace olvidar su problema espiritual, es que ese aspecto espiritual no era tan profundo y tenía más un sentido patrimonial que extrapatrimonial: la indemnización por el daño a la persona se convierte así en el caramelo que se da al niño para que se olvide del dolor del golpe.

De esta manera, la indemnización económica del daño moral tropieza con *Scylla* o con *Carybde*: (1) o no tiene efecto porque aplica un remedio

608. Carlos FERNANDEZ SESSAREGO: *Op. cit.*, p. 93.

609. Carlos FERNANDEZ SESSAREGO: *Op. cit.*, p. 89.

material a un mal inmaterial o (2) sí tiene efecto paliativo, pero entonces es que el mal no era tan inmaterial y debió ser considerado ya sea como un daño emergente adicional o como un lucro cesante.

407. *Humanismo y materialismo en la responsabilidad extracontractual.* Hay quienes han pretendido distinguir a los comentaristas entre quienes creen en el daño a la persona (consecuentemente son humanistas) y los que no creen en la categoría específica (por lo que son tildados de materialistas). Incluso se ha dicho que el Código de 1984 es humanista porque, entre otras cosas, incorpora el daño a la persona.

En realidad, ésta es una distinción falaz. Todo el Derecho pretende crear mejores condiciones de vida para la persona; esto no se logra únicamente a través de ciertas instituciones sino mediante un espíritu que penetra y anima la integridad del cuerpo legal. Por consiguiente, aun sin aceptar los llamados daños a la persona por razones lógicas, se puede tener una visión humanista del derecho. El humanismo (o el personalismo) no consiste en repartir la palabra "persona" por todas las normas del Código sino en construir un orden jurídico que permita una mejor calidad de vida.

Aún más; sostener que los daños espirituales pueden repararse con dinero implica adoptar una posición materialista y patrimonialista porque supone que, en última instancia, el dinero proporciona toda clase de felicidades y alivia todos los males de cualquier orden. Por el contrario, quien rechaza la reparación económica del daño extrapatrimonial es porque respeta su carácter verdaderamente espiritual e íntimo (y, por tanto, ajeno a los aspectos económicos del derecho).

408. *Reparación inmaterial para el daño inmaterial.* El hecho de que un daño sea inmaterial —es decir, que su efecto dañino no tenga carácter económico— no implica necesariamente que no pueda ser reparado, sólo que tiene que ser reparado mediante medidas que no revistan un carácter fundamentalmente económico.

Es posible que quien ha sufrido un atentado contra su honor, aunque no haya sufrido perjuicio económico alguno por ello, tenga interés en que ese daño se repare mediante una retractación del ofensor o mediante una aclaración pública que demuestre la falsedad del agravio. Estas son indudablemente formas de reparación del daño; pero formas que no atienden a la entidad económica de tal daño sino precisamente a sus efectos extrapatrimoniales.

En este tipo de daños, bien puede suceder que el agraviado no tenga mayor interés en una suma de dinero o incluso que, dado su prestigio personal, el pretendido daño no le restó ninguna credibilidad que pudiera afectarlo en su trabajo o en sus negocios, por lo que no se produjo un daño patrimonial. Sin embargo, ese agraviado tiene interés en que, más allá de las consecuencias económicas, su honor quede limpio.

Hay ocasiones en que las partes ven el juicio de responsabilidad extracontractual como una tribuna privilegiada y razonablemente reglamentada para discutir de manera civilizada un tema que, si bien afecta en particular a una persona o empresa, ofrece también un interés público.

Recuérdese, por ejemplo, el juicio seguido en la Francia de post-guerra por Víctor Kravtchenko contra las *Lettres Françaises* por difamación. Esa revista había sostenido que el libro de este exiliado soviético, *Yo elegí la libertad*, había sido fabricado por los servicios de inteligencia de los Estados Unidos y que lo que se decía ahí sobre la Rusia de Stalin era falso. Kravtchenko obtuvo finalmente sentencia favorable y recibió una indemnización, aunque bastante inferior a la que había reclamado. Pero, más allá del monto de la indemnización (y estaría tentado de decir que incluso más allá del hecho de sí era verdad o no que el libro había sido escrito por los servicios norteamericanos), lo importante es que el juicio permitió discutir un tema más amplio que estaba implícito en el libro de Kravtchenko, aún en el caso de que él personalmente no lo hubiera redactado: era el proceso a la Unión Soviética de Stalin. Este juicio de responsabilidad extracontractual movilizó a Washington y a Moscú. Toda la intelectualidad francesa siguió atentamente su desarrollo. Y su resultado fue el establecimiento de una verdad innegable, al margen de los intereses de Kravtchenko y de las *Lettres Françaises*: la existencia en la U.R.S.S. de campos de trabajo [609bis].

409. *Los daños nominales*. Nuestro Código no ha contemplado en forma expresa la posibilidad de una reparación extrapatrimonial para el daño extrapatrimonial, a pesar de que tal medio de reparación no es extraño a nuestro ordenamiento jurídico: el inciso 7o. del artículo 2o. de la Constitución establece que "Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o

---

609bis. Simone de BEAUVOIR: *La force des Choses*. Gallimard. París, 1963. p. 191; *vid. etiam* Georges IZARD: *Kravtchenko contre Moscu. Plaidoieries de Maître Heiszmann et de Maître Izard presentées, par Monsieur le Batonnier Ribet*. Les Editions París-Vendome. París, 1949.

agraviada en su honor por publicaciones en cualquier medio de comunicación social, tiene derecho a rectificación..". Dentro de ese orden de ideas, hubiera sido interesante que el Código Civil, integrando todos los casos de reparación dentro de la institución de la responsabilidad civil, hubiera acogido en su texto la idea de la reparación extrapatrimonial.

Cabe preguntarse si la referencia del artículo 1985 a una "indemnización", como único objeto del juicio de responsabilidad extracontractual, excluye la posibilidad de demandar una reparación de orden no económico.

La palabra "indemnización", dentro de lenguaje usual (veremos en el numeral siguiente que la acepción usual no es precisamente la más exacta), es utilizada para designar el pago de una suma de dinero o de un bien económico. Si tal acepción fuera excluyente de todo significado no patrimonial, esto significaría que, si una persona quiere demandar por daños extrapatrimoniales que no han implicado lesión patrimonial alguna, no tiene más remedio que traducirlos en términos de dinero a través de uno de estos dos artificios: (a) inventar la existencia de un daño patrimonial paralelo al daño extrapatrimonial, aunque fuere reducido; o (b) aceptar la teoría de que lo extrapatrimonial puede repararse patrimonialmente y atribuir un valor arbitrario en dinero al honor lesionado o al derecho atropellado de la persona.

Algunos sistemas jurídicos han sorteado la dificultad de tener que materializar el objeto de la demanda en una suma de dinero, por la vía de permitir al ofendido la acción de responsabilidad dirigida a reclamar una cantidad manifiestamente irrisoria o de permitir al juez fijar una indemnización mínima sin tener que declarar infundada la demanda; porque lo constituirá la verdadera reparación, antes que una suma de dinero, es más bien el pronunciamiento del juez en el sentido de que la víctima "moral" (el demandante) tenía "moralmente" razón.

Así, por ejemplo, el Derecho anglosajón contempla la posibilidad de los llamados daños nominales, que no son sino el pretexto para accionar o la base que asume el juez para declarar fundada la demanda (porque el daño inmaterial efectivamente se produjo) pero no otorgar indemnización pecuniaria (porque no se ha acreditado daño material alguno). Es por ello que pueden encontrarse demandas por casos de difamación en las que se reclama únicamente un dólar de indemnización; o sentencias en juicios de este tipo donde, a pesar de que se reclamaron sumas sustanciales, el juez condena al demandado a pagar sólo un chelín. En estas situaciones, lo que importa realmente es el aspecto inmaterial: ha quedado claro en el juicio que la

acusación planteada por el difamador era infundada; el juicio ha ayudado simplemente a restablecer el honor del agraviado, sin pretender reparar materialmente un daño inmaterial. Evidentemente, ello no obsta para que en otros casos donde coexisten los daños inmateriales con los materiales, el juez pueda ordenar indemnizaciones sustanciales muy importantes.

Esta ficción del "daño de a dólar" (*nominal damages*) parece ser un procedimiento interesante para salvaguardar por vías no económicas algunos de esos derechos (no todos) inmateriales o espirituales, como los llamados derechos de la persona. Su aplicación judicial en el Perú sería indudablemente novedosa y correspondería bien con la nueva institución del "daño a la persona"; esta "argucia" permitiría una reparación del daño inmaterial sin las dificultades teóricas y prácticas que origina la evaluación patrimonial de un daño no patrimonial y que han sido el objeto central de nuestra crítica. De esta manera, si las Cortes sustentan en la noción del "daño a la persona" la posibilidad de otorgar indemnizaciones nominales, tendremos que agradecer al doctor FERNANDEZ SESSAREGO —aunque él no mencione expresamente esta posibilidad en su Exposición de Motivos— el hecho de haber abierto un nuevo camino judicial para la defensa del honor y de la verdad *per se*, sin tener que probar la existencia de un daño económico ni tener que devaluar lo espiritual al obligar a que el daño extrapatrimonial deba "repararse" patrimonialmente.

Notemos que la indemnización por daño nominal no es una indemnización punitiva: la suma que se exige pagar es mínima y no puede ser considerada como castigo. Se trata simplemente de una forma de lograr una reparación no patrimonial dentro de un sistema que ha sido concebido en forma fundamentalmente materialista: todo se subsana con dinero, aun el daño moral o extrapatrimonial; por eso, hay que fijar una indemnización en dinero aunque sea ridícula en la sentencia con el único objeto de permitir la reparación no patrimonial constituida por la declaración de honorabilidad.

410. *Hacia una jurisprudencia creativa.* Pero nuestros jueces podrían ir aún más lejos y permitir que la demanda se plantee directamente por una reparación no patrimonial, sin necesidad de la ficción del daño nominal. Una lectura atenta y rigurosa de las normas del Código peruano hace pensar que ello sería legalmente posible.

En efecto, a pesar de que uso habitual del término "indemnización" evoca una suma de dinero, los dos artículos que constituyen los pilares del edificio peruano de la responsabilidad extracontractual (arts. 1969 y 1970)

hablan indistintamente de indemnización y de reparación, como si fueran conceptos idénticos. Por otra parte, esta sinonimia parece corroborarse etimológicamente: "indemnización" proviene del prefijo latino de carácter privativo *in* y del sustantivo latino *damnum*. Por consiguiente, indemnizar significa hacer lo necesario para que aquél que fue dañado quede como si hubiera sido indemne, es decir, no dañado. Por tanto, indemnizar no quiere decir pagar una suma de dinero sino simplemente reparar, cualquiera que sea la forma que adquiera la reparación. Esta significación es confirmada por el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia que define indemnizar como resarcir un daño; y a su vez, a la palabra resarcir le da ambos significados: como repara (en términos generales) y como compensar (que parece evocar más el pago de otro bien a cambio del bien dañado). Por consiguiente, podemos afirmar validamente que la lengua castellana no vincula necesariamente la indemnización a un pago de dinero.

El artículo 1985 tampoco ordena que la indemnización sea en dinero: simplemente señala que es preciso tener en cuenta no sólo los daños patrimoniales sino también los extrapatrimoniales (daño moral y daño a la persona) y que ambos deben ser "indemnizados", es decir, reparados. Por consiguiente, los demandantes podrían proponer y el juez admitir formas de reparación no patrimonial, siempre que sean verdaderas reparaciones, es decir, medios para restablecer las cosas a su estado anterior.

En realidad, tratándose de daños a la persona, el propio Código ha previsto —lamentablemente, fuera de lugar, porque la norma debió formar parte de la Sección sobre responsabilidad extracontractual— una forma de reparación o indemnización no patrimonial: la cesación de los actos lesivos (art. 17) [609ter], que si bien no repara el daño ya hecho, al menos deja a la víctima *indemne* respecto del daño que hubiera podido agregarse posteriormente debido a la permanencia o a la repetición del acto generador de daños. En consecuencia, si un libro describe a un pacífico ciudadano como un pervertido sexual, una suerte de moderno Barba Azul que seduce a las niñas para después matarlas y enterrarlas en el jardín de su casa, el agraviado puede demandar para que se retire del mercado el libro que es instrumento de la difamación. Y para ello no es necesario que pruebe que tal publicación le ha ocasionado un perjuicio económico. Sin embargo, ese agraviado podría demandar también (acumulativamente) otros tipos de reparación no patrimo-

---

609ter. Sobre la paralización del acto dañino en general, *vid. infra*, Nos. 600-620.

nial (además de la reparación patrimonial a que pudiera haber lugar por los daños económicos) respecto del daño extrapatrimonial que ya se ha producido; reparación que podría, por ejemplo, tener la forma de publicación de un desagravio en uno de los diarios de mayor circulación. En este caso, comprobada la difamación, la sentencia ordenaría la publicación de la rectificación, bajo el apercibimiento de que la hará el Juzgado por cuenta y costo del demandado si éste no cumple con hacerla en un cierto plazo; sin perjuicio de que el demandante pueda hacer publicar la sentencia completa, cuando lo estime conveniente a sus intereses.

Estas sugerencias interpretativas, aun cuando proponen formas de reparación no específicamente previstas en la Sección sobre responsabilidad extracontractual del Código de 1984, no son en manera alguna exóticas. Ya hemos mencionado la regla del inciso 7o. del artículo 2o. de la Constitución que, aunque parece dirigida fundamentalmente contra los daños cometidos por los medios de comunicación social, permite lecturas que dan un sentido más amplio a la norma y al derecho a la rectificación que ella otorga a los agraviados. Por otra parte, autores como PLANIOL y RIPERT consideran que la exigencia formal de una indemnización *in pecunia* no es realmente necesaria para iniciar una acción de responsabilidad porque, aunque el demandante no pida una suma de dinero, siempre existe el interés de una reparación que justifica la acción; incluso si esta reparación no es en dinero sino en la publicidad del levantamiento de las afirmaciones falsas sobre la honra de una persona. Y es así como lo ha entendido la jurisprudencia francesa al condenar al demandado simplemente al pago de costas [610]. En otros países, como es el caso de Italia, existe la posibilidad de publicar la sentencia cuando ello puede contribuir a la reparación del daño y, específicamente, cuando de esta manera sea posible resarcir —aun cuando sólo fuera parcialmente— el daño moral (o extrapatrimonial) [610bis].

Como puede apreciarse, este campo de la responsabilidad extracontractual no está aún íntegramente delimitado con hitos definitivos. El daño extrapatrimonial (o moral, como lo llama nuestro Código) —dentro del cual incluimos el daño a la persona es una liza judicial abierta, en la que muchos estandartes serán enarbolados durante los próximos años.

---

610. Marcel PLANIOL y Georges RIPERT: *Op. cit.*, No. 546, p. 751.

610bis. Enzo ROPPO: *Danno e risarcimento nell' esercizio di mass media*, en Giovanna VISINTINI (ed.): *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*. Dott. A. Giuffré, Editor. Milano, 1984, pp. 129 y ss.