

**FACULTAD DE DERECHO  
ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO**

**TESIS:**

**PROPONER LA RESPONSABILIDAD CIVIL  
EXTRACONTRACTUAL PARA REGULAR EL  
DAÑO A LA PERSONA EN EL ART. 20 DE LA LEY  
30477**

**PARA OPTAR TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA:**

**Autor:**

**Bach. Gonzales Vásquez, Emily Noemí.**

**Asesor Metodológico:**

**Dr. Mendiburu Rojas, Augusto Franklin.**

**Línea de Investigación:**

**Ciencias Jurídicas**

**Pimentel – Perú**

**2018**

## **Dedicatoria**

Esta tesis está dedicada a:

A mi padre y abuelitos quienes con su amor, paciencia y esfuerzo me han permitido llegar a cumplir hoy un sueño más, gracias por inculcar en mí el ejemplo de esfuerzo y valentía, de no temer las adversidades porque Dios está conmigo siempre.

A mi hermana y mis tíos por su cariño y apoyo incondicional, durante todo este proceso, por estar conmigo en todo momento, porque con sus oraciones, consejos y palabras de aliento hicieron de mí una mejor persona y de una u otra forma me acompañan en todos mis sueños y metas.

Finalmente quiero dedicar esta tesis a mi hija María José Peña Gonzales, ya que ella fue mi fortaleza para seguir adelante.

### **Agradecimiento**

Quiero expresar mi gratitud a Dios, quien con su bendición llena siempre mi vida y a toda mi familia por estar siempre presentes.

Finalmente quiero expresar mi más grande y sincero agradecimiento al Profesor Mendiburu Rojas, Augusto Franklin principal colaborador durante todo este proceso, quien con su dirección, conocimiento, enseñanza y colaboración permitió el desarrollo de este trabajo, que me lleva al camino para mi carrera profesional.

## Resumen

La responsabilidad civil extracontractual analizada sistemáticamente como un reto actual para los juristas, frente a esa acción jurídica se analiza, el daño, la culpa y el nexo causal, las cuales crean nuevas disciplinas en función al derecho de daños, en relación a la fundamentación la responsabilidad civil nace como un principio general del derecho *Alterum nom laedere* el cual se base en relación al régimen subjetivo de la responsabilidad. Lo que se busca con la investigación es analizar, comparar, sincronizar y funcional en relación a la acción punitiva de la responsabilidad civil extracontractual en función al daño de la persona de acuerdo a la ley 30477 en relación al Art. 20 ya que la acción es analizar, el daño, la culpa y el nexo causal, las cuales generan función frente al derecho de daños en base al régimen subjetivo de la responsabilidad.

**Palabras claves:** Responsabilidad civil, daño

## **Abstrac**

*Extracontractual civil liability systematically analyzed as a current challenge for lawyers, compared to this legal action is analyzed, the damage, the fault and the causal link, which create new disciplines according to the right of damages, in relation to the foundation civil liability is born as a general principle of the law Alterum nom laedere which is based on the subjective regime of responsibility. What is sought with the research is analyze, compare, synchronize and functional in relation to the punitive action of extracontractual civil liability according to the injury of the person according to law 30477 in relation to Art. 20 since the action is analyze, the damage, the fault and the causal link, which generate a function against the right of damages based on the subjective regime of responsibility.*

**Keywords:** *Liability, damage*

## Índice

I. INTRODUCCIÓN .....	10
1.1. Realidad Problemática.....	11
1.2. Antecedentes de estudio .....	17
1.3. Abordaje Teórico .....	25
1.3.1. La responsabilidad civil extracontractual.....	25
1.3.1.1. Noción jurídica de responsabilidad .....	25
1.3.1.2. La responsabilidad patrimonial .....	25
1.3.2. Daño a la persona.....	28
1.3.2.1. Funcionalidad del “daño moral” e inutilidad del “daño a la persona” en el derecho civil peruano .....	28
1.3.2.2. Daño moral y daño a la persona: primer deslinde.....	30
1.3.3. Principios.....	37
1.3.3.1. Principio de la informalidad legislativa y sus consecuencias. ....	37
1.3.4. Teorías.....	44
1.3.4.1. Teoría de la unificación de la responsabilidad civil.....	44
1.3.4.2. Las bases históricas del modelo peruano.....	45
1.3.5. Doctrina.....	46
1.3.5.1. Alternativas de interpretación según la regulación vigente .....	47
1.3.6. Legislación Comparada.....	50
1.3.6.1. El valor de la investigación histórica y de la comparación jurídica.....	50
1.3.6.2. De la venganza privada a las formas resarcitorias de composición: las xii tablas romanas .....	52
1.3.6.3. Premisa sobre la redacción de estudios jurídicos en el Perú .....	53
1.3.6.4. El sistema francés y su influencia en la normativa peruana: daño material e inmaterial (moral) .....	56
1.3.6.5. Autonomía del sistema alemán: daño patrimonial y no patrimonial.....	57
1.3.6.6. La evolución en el sistema italiano: historia oficial del daño a la persona ..	59
1.3.6.7. Cómo no hacer las leyes civiles: el proyecto de Código Civil Argentino de la comisión alterini .....	65
1.4. Formulación del problema.....	69
1.5. Limitaciones.....	69

1.6.	Justificación e Importancia .....	70
1.7.	Hipótesis .....	70
1.8.	Objetivos.....	70
1.8.1.	Objetivo General.....	70
1.8.2.	Objetivos Específicos.....	70
II.	MATERIAL Y MÉTODO.....	71
2.1.	Tipo y diseño de investigación.....	71
	Tipo. Mixto.....	71
	Diseño: No experimental.....	71
2.2.	Variables, Operacionalización .....	71
2.3.	Población y muestra .....	73
	Población .....	73
	Muestra.....	73
2.4.	Técnicas e instrumentos de recolección de datos, validez y confiabilidad .....	74
	Análisis documental.....	74
2.5.	Procedimientos de análisis de datos.....	74
2.6.	Criterios éticos. ....	75
2.7.	Criterios de Rigor Científico:.....	76
III.	RESULTADOS.....	77
3.1.	Resultados en tablas y figuras .....	77
3.2.	Discusión de resultados.....	87
3.3.	Conclusiones .....	93
3.4.	Recomendaciones .....	94
3.5.	Referencias.....	95
	ANEXOS.....	102

### Índice de tablas

Tabla 1.- Se aplica inadecuadamente el resarcimiento equitativo en realidad social, en casos de reparación extracontractual .....	77
Tabla 2.- Responsabilidad a la autoridad correspondiente en caso de daño a la persona por obras públicas certificadas.....	78

Tabla 3.- Cumplimiento de la responsabilidad civil extracontractual resulta ser ineficiente en la realidad social.....	79
Tabla 4.- La subsunción de la responsabilidad extracontractual en vía administrativa, para lograr el rápido resarcimiento por el daño.....	80
Tabla 5.- el Estado debería ser responsable por los daños a la persona que pueda causar la mala ejecución de obras públicas.....	81
Tabla 6.- Factores externos pueden influenciar para eximir de responsabilidad a los funcionarios públicos.....	82
Tabla 7.- La responsabilidad extracontractual.....	83
Tabla 8.- el daño a la víctima por la entidad correspondiente no es función que debe ser tallada por la responsabilidad extracontractual.....	84
Tabla 9.- responsabilidad extracontractual es ineficiente en la realidad social.....	85
Tabla 10.- daño a una persona se configura con lesiones físicas.....	86

### Índice de figuras

Figura 1.- ¿Considera usted que se aplica inadecuadamente el resarcimiento equitativo en realidad social, en casos de reparación extracontractual? .....	77
Figura 2.- ¿Considera usted que el legislador debe responsabilidad a la autoridad correspondiente en caso de daño a la persona por obras públicas certificadas?.....	78
Figura 3.- ¿Considera usted que el cumplimiento de la responsabilidad civil extracontractual resulta ser ineficiente en la realidad social? .....	79
Figura 4.- ¿Cree usted que no es necesaria la subsunción de la responsabilidad extracontractual en vía administrativa, para lograr el rápido resarcimiento por el daño? .....	80
Figura 5.- ¿Cree usted que el Estado debería ser responsable por los daños a la persona que pueda causar la mala ejecución de obras públicas?.....	81
Figura 6.- ¿Cree usted que los factores externos pueden influenciar para eximir de responsabilidad a los funcionarios públicos? .....	82
Figura 7.- ¿Considera usted que los requisitos mínimos se deben especificar en la responsabilidad extracontractual?.....	83
Figura 8.- ¿Considera usted que reparar el daño a la víctima por la entidad correspondiente no es función que debe ser tallada por la responsabilidad extracontractual? .....	84

Figura 9.- ¿Considera que la responsabilidad extracontractual es ineficiente en la realidad social?.....	85
Figura 10.- ¿Considera usted que el daño a una persona se configura con lesiones físicas? .....	86

## **I. INTRODUCCIÓN**

La presente tesis titulada “PROPONER LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL PARA REGULAR EL DAÑO A LA PERSONA EN EL ART. 20 DE LA LEY 30477”; se encuentra referida a la responsabilidad civil en el caso de que por una mala ejecución de una obra pública cause daño a quienes al ser afectados directos deberían de impulsar la acción indemnizatoria por daño moral y daño a la persona.

En la responsabilidad civil extracontractual se presupone un daño, independientemente de cualquier relación jurídica preexistente entre las distintas partes. El Art. 1902, Código Civil, establece que el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado. El plazo de prescripción para el ejercicio de la acción es de un año (Art. 1968, Código Civil).

La presente tesis se encuentra distribuida en tres capítulos. El capítulo primero abarca la introducción, realidad problemática, antecedentes de estudio, comprende todos los aspectos referidos al abordaje teórico, limitaciones, justificación e importancia, el desarrollo del planteamiento del problema, hipótesis y objetivos. El capítulo segundo comprende el aspecto metodológico, el tipo y diseño de investigación, variables, operacionalización, población, técnicas e instrumentos de recolección de datos, validez y confiabilidad, procedimientos de análisis de datos, en el capítulo tercero se plasmaron los resultados que se lograron obtener en la presente tesis.

Por consiguiente, en la presente tesis se logró arribar a la siguiente conclusión: Se pudo diagnosticar que el estado actual del daño a la persona en el Art. 20 de la Ley 30477, no se encuentra regulado en la presente Ley, ante ello, en los diferentes casos existentes el Estado no responde civilmente por los daños ocasionados ya sean patrimoniales o extra patrimoniales.

Esperamos que los resultados de esta investigación contribuyan al desarrollo de la disciplina del derecho respecto de un tema poco tratado en nuestro país.

## 1.1. Realidad Problemática

A nivel internacional el autor argentino Alterini (1996) determina que:

*“Se puede apreciar que se ha evidenciado en el estado actual de la comunidad jurídica que la responsabilidad civil, viene prosperando, por lo cual se somete acoplarse a los nuestros retos jurídicos en diferentes aspectos legales, con lo que atañe la aplicación del principio de resarcimiento del daño causal”*

Cabe señalar que nivel dado a la reparación civil, dentro de nuestra legislación, se interpreta, aplica en los casos específicos de manera inadecuada con lo cual no lleva a cubrir o resarcir el daño.

Para el autor español Díez (1999) determina en relación la función del derecho que:

*“La responsabilidad civil extracontractual analizada sistemáticamente como un reto actual para los juristas, frente a esa acción jurídica se analiza, el daño, la culpa y el nexo causal, las cuales crean nuevas disciplinas en función al derecho de daños, en relación a la fundamentación la responsabilidad civil nace como un principio general del derecho Alterum nom laedere el cual se base en relación al régimen subjetivo de la responsabilidad”*

En el sistema jurídico español el autor Moreni (2002) en su revista La jurisprudencia, determina que:

*“la responsabilidad civil actúa bajo la responsabilidad extracontractual partiendo del código Civil Español, en los finales del siglo XIX el cual está basado por la responsabilidad de la culpa del agente en donde se tomara en cuenta la exigencia como requisito sine qua non bajo una conducta negligente o culposa en base a la prevención del comportamiento o la indemnización”*

Un claro ejemplo se puede evidenciar dentro de la ciencia Norte América, que propone al daño punitivo debe contar con criterios para evaluar la culpa de sujeto activo, como también el valor de los daños, que acarrear una pronta y necesaria indemnización.

Para el doctor Italo Giorgiani (1956) en su libro Digesto Italiano determina que:

*“En estos lineamientos la doctrina Italiana los cargos de la responsabilidad civil se Oponen a debate 2 factores del daño y la reparación de este, porque para el autor señala esto en relación a un puesto de vista microsistematic”*

Por otro lado, dentro de la legislación internacional la responsabilidad civil extracontractual, cumple función de carácter punitivo, pues bien dentro de otras legislaciones internacionales se evidencia que esta figura jurídica esta o es un mecanismo resarcitorio que es aplicado de la forma correcta, mientras en el Perú, esta figura no está siendo aplicada de forma correcta. Ya que en algunos casos, la indemnización es cubre el daño en su totalidad y en otros no llega a resarcir el daño.

El autor español Samsó (1952), en su revista la responsabilidad de la persona frente al derecho, expresa que:

*“La forma correcta del criterio o factor punitivo de que tiene la responsabilidad civil extracontractual, como resultado del daño causado o generado, con que el resultado se evidencia en los pronunciamientos de las resoluciones que emite el Poder judicial, que no cuentan con adecuado o necesario sustento técnico jurídico, lo cual agrava la situación de la víctima o del daño causado, lo cual conlleva la vulneración de los derechos humano”*

En la legislación peruana la responsabilidad civil y la forma idónea de su aplicación, dentro de nuestra legislación existe un deficiente perfeccionamiento de esta figura jurídica, con lo que es necesario observar que hay una falta de criterio aplicar las norma de la forma correcta, y esto se centra en la interpretación y aplicación de la norma por parte de los operadores de justicia del Perú.

Como bien lo expresa el analista peruano Taboaca (2004) en su revista Los elementos de la responsabilidad:

*“Como se ha evidenciado en el análisis de la situación legal del país hay una problemática que aún no ha sido solucionada, la cual se encuentra en*

*la aplicación de la función punitiva que ejerce la responsabilidad civil extracontractual, como medio de solución o indemnización por el daño generado, con lo cual en el Perú, la responsabilidad civil, solo está sustentada en otorgar un monto dinerario, mas no realiza un análisis preventivo”*

Mediante el D. S. N.º 013-2008-JUS del 28.08.08, se aprobó el T.U.O. de la Ley N.º 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, modificado por el D. Leg. N.º 1067. El art. 5 regula que:

*En el proceso contencioso administrativo podrán plantearse pretensiones con el objeto de obtener lo siguiente:*

- 1) La declaración de nulidad, total o parcial o ineficacia de actos administrativos.*
- 2) El reconocimiento o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines.*
- 3) La declaración de contraria a derecho y el cese de una actuación material que no se sustente en acto administrativo.*
- 4) Se ordene a la administración pública la realización de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo firme.*
- 5) La indemnización por el daño causado con alguna actuación impugnada, conforme al artículo 238 de la Ley N.º 27444, siempre y cuando se plantee acumulativamente a alguna de las pretensiones anteriores” (el subrayado es mío).*

El autor limeño León (2002) determina acerca de decreto legislación en relación a:

*El D. Leg. N.º 1029, del 23.06.08, que modifica la Ley del Procedimiento Administrativo General-Ley N.º 27444 (del 10.04.01) y la Ley del Silencio Administrativo - Ley N.º 29060, ha modificado a su vez los cinco primeros incisos del art. 238.*

Sin embargo el autor Cotler (1988) expresa que es pertinente reproducir el dispositivo legal completo, el cual establece que:

*“Sin perjuicio de las responsabilidades previstas en el derecho común y en las leyes especiales, las entidades son patrimonialmente responsables frente a los administrados por los daños directos e inmediatos causados por los actos de la administración o los servicios públicos directamente prestados por aquéllas. En los casos del numeral anterior, no hay lugar a la reparación por parte de la Administración, cuando el daño fuera consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante del administrado damnificado o de tercero.”*

Tampoco hay lugar a reparación cuando la entidad hubiere actuado razonable y proporcionalmente en defensa de la vida, integridad o los bienes de las personas o en salvaguarda de los bienes públicos o cuando se trate de daños que el administrado tiene el deber jurídico de soportar de acuerdo con el ordenamiento jurídico y las circunstancias.

“238.3 La declaratoria de nulidad de un acto administrativo en sede administrativa o por resolución judicial no presupone necesariamente derecho a la indemnización.”

“238.4 El daño alegado debe ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a un administrado o grupo de ellos.”

“238.5 La indemnización comprende el daño directo e inmediato y las demás consecuencias que se deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral.”

“238.6 Cuando la entidad indemnice a los administrados, podrá repetir judicialmente de autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido, tomando en cuenta la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal involucrado y su relación con la producción del perjuicio. Sin embargo, la entidad podrá acordar con el responsable el reembolso de lo indemnizado, aprobando dicho acuerdo mediante resolución”.

Es por eso que se toma en consideración al autor Alpa (2023) en que el modelo legislativo merece las siguientes reflexiones:

*“No se indica si se está dentro del régimen de responsabilidad civil contractual o extracontractual. De la lectura del art. 238.1, pareciera que*

*se está alineando al modelo de responsabilidad civil por inejecución de las obligaciones (al referirse a los “daños directos e inmediatos”). Téngase presente que el art. 515 c.p.c. establece que la responsabilidad civil del juez es contractual. A mi modo de ver, al no estar determinada exactamente la vía a seguir, queda a libre elección del dañado, optar por el régimen que más le convenga (derecho de opción). El art. 283.2 en su primer párrafo individualiza los supuestos de ruptura del nexo causal y en su segundo párrafo a los daños ocasionados “en el ejercicio regular de un derecho”, según el modelo establecido en el art. 1971.1 c.c., vale decir, los daños ocasionados por una decisión de la autoridad administrativa que respete los principios de razonabilidad y proporcionalidad (admitidos por el Poder Judicial y autoridades administrativas) y los daños que el administrado tiene “el deber jurídico de soportar”, tal sería el caso del cierre de un local por orden municipal, se entiende, con arreglo a ley”*

La mera declaratoria de nulidad de un acto administrativo no genera *per se* un derecho a la indemnización. Se debe acreditar los daños, su cuantía y el nexo causal. Tal como lo establece el art. 1985 c.c., en materia extracontractual (respecto de los daños y el nexo causal), como el art. 1331 c.c., que precisa que los daños y su cuantía deben ser probados por el demandante (dentro de la responsabilidad civil contractual).

Se llega a determinar nivel regional que el autor Trazegies esclarece que:

*“Se individualizan las voces del daño emergente, lucro cesante, daño moral y la de daño a la persona. Se reconoce el derecho de repetición del Estado frente a los funcionarios o dependientes que han ocasionado efectivamente el daño a los administrados”*

Respecto de esto último, debe tenerse en cuenta la novena disposición final de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República N.º 27785, del 22.07.02, al definir el término “responsabilidad civil”, expresa que:

Para el autor regional Di Mayo (2001) en su revista las funciones de la responsabilidad civil determina que:

*La responsabilidad del Estado respecto al administrado no ha sido calificada legislativamente (como contractual o extracontractual), la responsabilidad del dependiente (servidor o funcionario público) frente al Estado es de naturaleza contractual, tiene un plazo prescriptivo de 10 años y puede llegar a ser solidaria.*

De esta manera la responsabilidad resulta relativizada e individualizada, sujeta a las posibilidades psicológicas, físicas, culturales y quizá hasta económicas de cada individuo en particular. Pero de esta manera también la investigación de la culpa se hace muy difícil.

El autor Brodmann (2005) en su revista El derecho absolutamente subjetivo, expresa que:

*“En términos rigurosos, se es culpable subjetivamente cuando no se han adoptado las medidas que estaban al alcance del sujeto para evitar el daño. Este es el sentido moral de la responsabilidad: si el daño no podía ser evitado por ese individuo en particular en esas circunstancias determinadas, no hay moralmente culpa. Algunos autores alemanes, en un prurito de rigor y de escrúpulos, pretendieron trasladar al Derecho este concepto de culpa derivado de la moral, absolutamente subjetivo y casuístico”*

José Barandiarán en sus Comentarios al Código Civil Peruano publicados en 1953, asume también una orientación subjetivista, con alguna concesión a la teoría del riesgo;

*"Se puede decir firmemente, que la idea de culpa sigue siendo la idea capital de la responsabilidad civil dentro de nuestro Código. El principio del riesgo y de la culpa objetiva intervienen, pero sólo en determinados casos".*

Esto, como nos previene el autor Bullard (1998), en donde determina que:

*“Es puro afán de erudición, dirigido en gran parte a empapelar e impresionar sobre la base de la forma y la apariencia, y que puede “convertir al derecho en una suerte de esquema de reglas más formales que sustantivas, donde las estrategias priman sobre los fundamentos”.*

## **1.2. Antecedentes de estudio**

### **Internacionales**

**Zeno (2015)**, en su investigación titulada: *“La responsabilidad civil extracontractual de los empresarios: Especial referencia a España y Puerto Rico”*, para optar por el grado de doctor en derecho por la universidad Complutense de Madrid, España, en su conclusión más relevante establece que:

*“Por tal razón debido a estas tendencias en los enfoques de la responsabilidad extracontractual que vienen ocurriendo en la mayoría de los países del mundo es que en este trabajo presento una propuesta de cambios a los artículos 1903 (4) español y 1803 puertorriqueño. Las razones de la propuesta hacia la objetivación en ambos códigos las expuse en el capítulo 4. En primer término, la protección de las víctimas del daño estableciendo una presunción “iuris tantum” de culpa a los empresarios por el riesgo creado. De esta manera, en estos casos se protege a la parte menos solvente requiriendo una inversión de la carga probatoria desplazando en el empresario la carga inicial de su diligencia como buen padre de familia”*

**Minchala (2016)**, en su investigación *“La responsabilidad civil extracontractual y su reparación por daños y perjuicios dentro de la legislación ecuatoriana”*, para optar por el título de abogado por la Universidad de Cuenca, Ecuador, en su conclusión más relevante expresa:

*“En cuanto a la culpa, si bien quien demanda la reparación de la existencia de un daño, compete a esta probar la existencia del daño, así como la culpa de quien lo generó, pues sabemos que quien alega un hecho debe probarlo, sin embargo, aplicando lo que manifiesta el fallo No 43 del 19 de marzo de 2003, quien debe probar que actuó con debida diligencia*

*es el demandado, pues resulta totalmente imposible que la víctima prueba la culpabilidad o el mal obrar del autor de su perjuicio”*

**Irisarri (2000)** en su investigación titulada *“El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del estado colombiano”*, para optar por el título de abogado en derecho, por la Pontificia Universidad Javeriana, en una de sus conclusiones más importantes arriba a lo siguiente:

*“El concepto de daño antijurídico como fundamento único de la responsabilidad patrimonial de la administración pública, es una inseparable muestra de dicha función de resarcir, la cual tiene su preocupación en el daño causado y la diligencia del sujeto que provocó el daño”*

**Ochoa (2012)** en su investigación titulada *“La responsabilidad extracontractual del Estado por deficiente prestación de servicios públicos, alcances y efectos en nuestra legislación”*, para optar por el grado de abogado en derecho por la Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador, en su conclusión más relevante señala:

*“Es importante determinar que la cultura socio-política ecuatoriana ha desarrollado un esquema que no involucra un nivel de respeto y, sobre todo, una conciencia colectiva para asegurar el cumplimiento de los derechos. Luego, la situación jurídica presente permite determinar la existencia de pocos procesos judiciales, así como una nula presión hacia el Estado respecto a la responsabilidad extracontractual de éste, a pesar de que normalmente en diversos ámbitos públicos es posible encontrar una amplia gama de irresponsabilidad pública”*

**Charry (2017)**, en su investigación titulada *“La responsabilidad extracontractual patrimonial del estado: una mirada hacia la teoría de la socialización de los riesgos en el estado postmoderno: caso colombiano”*, para obtener el título de abogada en derecho por la facultad de jurisprudencia Colegio Mayor de nuestra Señora del Rosario, Bogotá D.C. Establece en su conclusión más relevante que:

*“Que el principio de la confianza legítima no ha sido ajeno a esas mutaciones; a elaborado mediante la jurisprudencia y ello trae consigo controversias jurídicas, para ello Eduardo García, dice que visto una afectación con relación al principio de separación de poderes, en el evento que el juez administrativo es quien fija la responsabilidad estatal en los casos en los que el legislador no tomado en cuenta”*

**González (2013)** en su libro *“Responsabilidad extracontractual y contractual: barrera entre ambas”*, por la Universidad Antonio de Nebrija, Arriba a la siguiente conclusión:

*“La responsabilidad del empresario tiene como presupuesto una relación de dependencia del dependiente o empleado respecto a él. Se trata de una responsabilidad basada en la culpa del empresario, si bien la jurisprudencia tiende a objetivizar esta responsabilidad, al exigir el agotamiento de todas las medidas posibles para evitar el daño. Parece fundarse en la idea del riesgo que la existencia del funcionamiento mismo de la empresa crea en determinados ámbitos sociales y en el repetido aforismo de que quien percibe los frutos de una actividad debe afrontar los incomoda”*

**Jiménez (2001)**, en su investigación titulada: *“La Responsabilidad del Estado por el hecho del Legislador”*, para optar el título de Abogada de la Universidad Javeriana, Colombia, en su conclusión nos expresa: *“La responsabilidad del Estado tal como ha sido concebida y según es aplicada por el Consejo de Estado y los tribunales administrativos es una responsabilidad civil, es decir, de contenido económico o patrimonial”*

## **Nacionales**

**Ponce (2016)** en su investigación *“Fundamentos para la exigencia de responsabilidad civil extracontractual de las personas jurídicas, como consecuencia de un daño moral”*, para obtener el título profesional de abogada, por la Universidad Antenor Orrego, Lima. En su conclusión más importante establece que:

*“Se ha logrado determinar que los sujetos derecho (personas jurídicas) ostentan funciones relacionados estrictamente en garantizar el cumplimiento de sus funciones como empresa, el nombre, la imagen y el posicionamiento en la sociedad”*

**Leonora (2014)**, en su Artículo: *“Responsabilidad extracontractual del Estado”*, como aporte para el derecho administrativo, en la revista de derecho. En su conclusión más relevante señala:

*“La responsabilidad extracontractual del Estado se traduce en la búsqueda de soluciones tendientes a otorgar a los ciudadanos una adecuada protección legal frente a los daños sufridos en su persona o propiedad derivados de la actividad jurídica y material de la Administración y del Estado en general. ¿Por qué este daño debe ser analizado en sus particularidades y fundamentos y no seguir simplemente los criterios de la responsabilidad que afecta a otros sujetos obligados en circunstancias análogas? La respuesta ha sido buscada por la jurisprudencia, en conformidad con la historia y cultura de las distintas sociedades, estableciéndose la responsabilidad del Estado, o bien su carencia, atendiendo siempre a lo que se entiende por Estado”*

**Durand (2017)**. En su investigación titulada *“La responsabilidad civil extracontractual de los jueces en el distrito judicial de Huánuco, 2015 - 2016”*, para optar por el grado de abogada, por la Universidad de Huánuco, En conclusión, más resaltante señala:

*“La responsabilidad extracontractual es un instrumento de control para los funcionarios públicos, basándose en los principios de eficacia y eficiencia, económica procesal, transparencia en el ejercicio de la función y licitud al servicio de la sociedad y el Estado. Por lo que la responsabilidad extracontractual debe tener su objetivo en reparar el daño.”*

**Molero (2015)** en su investigación *“La responsabilidad extracontractual frente a las víctimas en accidentes de tránsito en la provincia de cusco – 2014”*,

para optar por el grado de magister en derecho, por la Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez, arriba a la siguiente conclusión:

*“La responsabilidad civil tiene la función de emendar causado por la inobservancia contractual, o también es cubrir una daño ocasionado a una persona a quien no se tenía vínculo, la cual se evidencia mediante la responsabilidad extracontractual, con carácter económico”*

**Romero & Quispe (2015)**. En su investigación titulada: *“La responsabilidad por hechos de terceros dependientes en la ciudad de Huancayo 2014”*, para optar el grado de Abogado de la Universidad Peruana del Centro, en su conclusión expone:

*“El artículo 1325 del Código Civil establece que el sujeto pasivo de la relación obligatoria responde por los “hechos” doloso o culposos de las personas que emplea para el cumplimiento de la obligación, empero no hace referencia explícita a las “omisiones” en que pueden incurrir dichos terceros que colaboran o sustituyen al deudor en la ejecución de la conducta debida, sin embargo, no debemos ceñirnos a una interpretación literal y restrictiva del citado dispositivo legal”*

**Vilela (2018)**, en su investigación titulada: *“Algunos apuntes sobre el régimen de responsabilidad patrimonial de la administración pública en la prestación de servicio público, con especial referencia al ámbito de las telecomunicaciones”*, para optar el título de abogado de la Universidad de Piura, Piura, en su conclusión expone lo siguiente:

*“El derecho de daños ha evolucionado desde el ejercicio de la venganza, hasta el modelo actual, de resarcimiento del daño a través de una indemnización. Principalmente se ha tenido una consideración de responsabilidad subjetiva y se ha ido evolucionando paulatinamente hacia un sistema de responsabilidad objetiva, que en la actualidad ya se ha visto que tiene ciertas críticas que hacen necesario considerar, en ciertos casos, una imputación subjetiva de la responsabilidad”*

**Mariños (2016)**. En su investigación titulada: *“Criterios jurídicos para la unificación del régimen dual de la responsabilidad civil a nivel del ordenamiento*

civil peruano”, para optar el Grado de Abogada de la Universidad Antenor Orrego, Trujillo, en su conclusión expone:

*“Los abogados deben hacer lo propio en sus pretensiones en las demandas y los jueces deben hacer lo propio en sus sentencias. Deberían emplearse formularios en los cuales hayan espacios a llenar respecto del daño emergente, lucro cesante, daño moral y daño a la persona”*

## **Locales**

**Tirado (2018)** en su investigación *“Necesidad de distinguir el daño moral con daño a la persona en nuestro ordenamiento jurídico y establecer criterios para la determinación del monto indemnizatorio en el daño moral”*, para obtener el grado de Magister en derecho en Derecho Civil y Comercial, en la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, Chiclayo, en su conclusión afirma que:

*“Los Jueces otorgan muchas veces indemnizaciones cuyo quantum no se encuentra debidamente motivado; no existiendo forma de establecer si el monto otorgado por concepto de indemnización por Daño Moral y si en el caso particular, resulta verdaderamente resarcitorio del daño ocasionado a los ofendidos, debido a que las sumas asignadas se basan estrictamente en el criterio discrecional del Juez, las mismas que en su mayoría son consignadas sin la debida motivación; por lo que, es necesario establecer criterios básicos y fundamentales a seguir al momento de establecer el quantum indemnizatorio por Daño Moral.”*

**Rómulo (2016)** e su investigación *“Nuevo enfoque de la responsabilidad civil aquiliana del estado ejecutivo y hacia una configuración sostenible del criterio de imputación”*, para optar por el grado de magister en derecho civil, por la Pontificia Universidad Pedro Ruiz Gallo, Chiclayo. En su conclusión más significativa establece:

*“Que la responsabilidad civil, dentro de sus funciones de resarcir y prevenir deben ser analizados de forma diferente, y ver lo grados de la función punitiva de la responsabilidad civil, con la finalidad de subsanar todas las responsabilidades”*

**Moran & Huamán (2011)**, en su investigación titulada: *“La responsabilidad civil del estado como consecuencia de los daños causados por la inadecuada prestación de los servicios de salud en la región Lambayeque – 2008”*, para optar el título de Abogado de la Universidad Señor de Sipán, Chiclayo, en su conclusión nos expresa: *“El Estado es responsable de los daño ocasionados por los servicios que este brinda ya sea en el sector, salud, educación, transporte, economía, etc., debiendo resarcir de manera justa el daño causado a la sociedad”*

**Culqui (2014)**. En su investigación titulada: *“Responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos en las contrataciones estatales por concurso público en el Gobierno Regional de Lambayeque período 2011 – 2012”*, para optar el Título de Abogado de la Universidad Señor de Sipán, Chiclayo, en su conclusión expone:

*“Las Adquisiciones y Contrataciones, como gestión pública es ampliamente estudiada por la importancia de los recursos que maneja a nivel mundial; tienen un alto riesgo de corrupción en el Perú, no obstante la normatividad vigente de procedimientos, control y transparencia que maneja el Sistema Nacional de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (OSCE)”*

**Guevara (2013)**. En su investigación titulada: *“Discrepancias teóricas y empirismos normativos respecto a la responsabilidad civil de los Jueces y del Estado”*, para optar el Título de Abogado de la Universidad Señor de Sipán, Chiclayo, en su conclusión expone:

*“Esta tesis tuvo como problema la responsabilidad civil de los jueces y del estado, y su objetivo principal es estudiar la figura de la culpa absolutoria y la culpa inexcusable, analizar la problemática actual de esta figura tan difícil de probar y tan poco usada dentro del mundo jurídico, así mismo tuvo como hipótesis que la dificultad probatoria de la Culpa Inexcusable, no permite que se establezca la responsabilidad civil extracontractual por culpa inexcusable de los Jueces y el Estado, y por ello no sean sancionados o demandados existiendo un choque entre normas reglamentadas existiendo empirismos, esto se debe al*

*desconocimiento o la falta de aplicación de algún planteamiento teórico, especialmente algún concepto básico; o por no haberse aprovechado la Legislación Comparada como experiencias exitosas tales como México”*

**Fernández (2014)**, En su investigación titulada: *“La responsabilidad del Estado por errores judiciales y detenciones arbitrarias y la inaplicación de la ley de indemnizaciones por errores judiciales y detenciones arbitrarias N°24973”*, para optar el Título de Abogado de la Universidad Señor de Sipan, Chiclayo, en su conclusión expone:

*“En nuestro país se vienen produciendo numerosos errores judiciales con lo que se denota la gran responsabilidad del juzgador y la insatisfacción de poder recompensar los graves e irreparables daños ocasionados por dichos errores; no obstante que existe una ley especial, y nuestra actual Constitución lo prevé, no se ha visto algún caso en que el Estado de por sí haya realizado tal circunstancia. Es más que seguro que si esta garantía dejara de ser "letra muerta" conllevaría a que nuestros jueces hoy en día estudien más, analicen exhaustivamente y resuelvan con mejor criterio para evitar errores, lo que a la vez dejaría en buen nombre la administración de justicia”*

**Díaz & Veliz (2013)**, En su investigación titulada: *“La responsabilidad solidaria del estado frente al daño causado al medio ambiente”*, para optar el Título de Abogado de la Universidad Señor de Sipan, Chiclayo, en su conclusión expone:

*“En virtud de que cada día se intensifican los problemas relacionados con el medio ambiente se requiere que los abogados y sobre todo los maestros en Derecho cuenten con las herramientas jurídicas necesarias para que a través de ordenamientos jurídicos, debidamente sistematizados y organizados se adquiera conocimiento jurídico sobre tres problemáticas íntimamente relacionadas, la del cuidado del medio ambiente, la de la aplicación estricta de la normatividad jurídica y la responsabilidad del Estado, como garante del orden jurídico y responsable en última instancia del bienestar social y colectivo”*

## **1.3. Abordaje Teórico**

### **1.3.1. La responsabilidad civil extracontractual**

#### **1.3.1.1. Noción jurídica de responsabilidad**

Para el autor (Samsó, 1992), menciona que el carácter valorativo se presenta en la lealtad, con lo que lleva un significado de equilibrio de conductas.

Para (Pellegrini, 1939), precisa que “dentro de un contrato, cuando las partes se obligan y una de estas no cumple con la obligación en su totalidad y causa un perjuicio a la otra parte, está obligado a resarcir el daño. Por otra parte esta que cuando un sujeto sustrae de sus pertenencias a otra persona, esta será sancionada, con la finalidad de garantizar una adecuada convivencia dentro de la sociedad, además que será merecedor de una sanción económica en favor del perjudicado.”

(Cesare, 2000) , menciona que la responsabilidad moral, que tiene un carácter invisible, que tiene incidencia a la responsabilidad de culpabilidad de la propia conciencia por un hecho o acción inadecuada a la reglas sociales.

#### **1.3.1.2. La responsabilidad patrimonial**

En el derecho civil, especialmente en el área de las obligaciones, se habla también de la “responsabilidad patrimonial” del deudor. (Giorgianni, 1965) Dado que se trata de una institución jurídica distinta de la responsabilidad civil, conviene hacer referencia a ella en este punto.

La responsabilidad patrimonial, que es como se denomina a la exposición del patrimonio del deudor a la ejecución de un crédito que no ha sido honrado, obedece a un principio general, propiamente dicho, y que ha recibido consagración normativa expresa en algunos Códigos Civiles, como

el español y el italiano, a tenor del cual, uno responde de sus deudas con todos sus bienes presentes y futuros.

El debate en torno de la responsabilidad patrimonial es de antigua data.

La doctrina alemana de fines del siglo XIX, en investigaciones que escrutaron las raíces históricas del derecho germano, dio forma a la idea de que, en las relaciones obligatorias, la deuda (*Schuld*) y la responsabilidad (*Haftung*) eran conceptos distintos y autónomos; que la responsabilidad patrimonial, que se plasmaba en la disponibilidad de los bienes del deudor, si así lo requería la satisfacción del interés del acreedor, ocupaba el lugar central en toda relación obligatoria, incluso en mayor medida que la deuda, la cual bien podía estar ausente.

Se especulaba, entonces, que podían existir relaciones “de puro débito”: las nacidas del juego, por ejemplo, en las cuales el ordenamiento no impone al perdedor cumplir la prestación debida al ganador, sino que se limita a reconocer que lo pagado no puede recobrase; y relaciones de pura responsabilidad: el ejemplo clásico es el sometimiento a ejecución forzada que pende sobre el tercero propietario de un inmueble hipotecado por una deuda ajena; dicho tercero, como salta a la vista, no tiene un deber personal de prestación.

Los juristas italianos de la primera mitad del siglo XX acogieron masivamente la teoría, y, al desarrollarla, incidieron en algo también destacado por sus pares alemanes: que las bases de la posibilidad de separar la deuda y la responsabilidad se hallaban en el derecho romano mismo, donde era dable diferenciar, respectivamente, el *debitum* y la *obligado*. El primero sería el deber de observar el comportamiento debido; el segundo, la sujeción de los bienes o de la persona del deudor a la “agresión” por parte del acreedor.

Esta línea de pensamiento, hoy prácticamente abandonada, pero curiosamente vigente en un sector de la doctrina española y latinoamericana -qué, además de confundir responsabilidad patrimonial con responsabilidad

civil, se esfuerza, sin posibilidad de éxito, en demostrar que la responsabilidad forma parte de la estructura de la relación obligatoria- se hizo famosa como la teoría del débito y la responsabilidad. (Blas & José, 1953)

Es fácil de comprobar, por otro lado, que solo son posibles las relaciones de pura responsabilidad, o de responsabilidad sin deuda. Aunque la expresión “obligación natural” se mantenga, no hay quien crea que esta figura pueda asimilarse, en su configuración, efectos y relevancia jurídica, a la relación obligatoria.

La responsabilidad patrimonial, adviértase, no hace que nazca ningún deber para el responsable (por lo demás, ya vinculado para el cumplimiento de una obligación). Lo que ocurre, en realidad, es que el deudor que no cumple se ve expuesto a la pérdida de sus bienes por iniciativa del acreedor. Se trata, como se aprecia, de un instrumento que asegura la realización (coactiva, en este caso) del derecho del acreedor. Por ello, la situación jurídica que se presenta aquí es más bien la exposición al proceso de ejecución forzada a instancias del acreedor, que puede agredir el patrimonio del deudor que no cumple.

El indicio más claro de la vigencia del principio general de la responsabilidad patrimonial del deudor, entre nosotros, es la regulación de la acción revocatoria, irrazonablemente inserta en el libro del Código Civil dedicado al negocio jurídico, bajo el título, igualmente inexacto, de fraude del acto jurídico. (Palacios, 2002)

La acción revocatoria, también llamada “acción pauliana”, apunta a evitar la disgregación o desaparición de los bienes que componen el patrimonio del deudor por transferencias que este podría realizar con la finalidad de librarlos de la ejecución forzada.

Este último tipo de operaciones, en tanto y en cuanto atenten contra la posibilidad de liquidar los créditos, constituirán lo que se conoce como “fraude de acreedores”, y autorizarán al acreedor, en virtud del artículo 195

de nuestro Código Civil, “aunque el crédito esté sujeto a condición o a plazo”, a pedir que se declaren ineficaces respecto de él los actos gratuitos del deudor por los que se renuncie a derechos o con los que se disminuya su patrimonio conocido y perjudiquen el cobro del crédito. (Palacios, 2002)

En tal estado de cosas, resulta innecesario destinar una norma explícita a la responsabilidad patrimonial, como se pretende en los actuales proyectos de reforma del Código Civil, pues dicho principio puede deducirse de la normativa en materia de fraude de acreedores.

### **1.3.2. Daño a la persona**

#### **1.3.2.1. Funcionalidad del “daño moral” e inutilidad del “daño a la persona” en el derecho civil peruano**

Según el autor la distinción entre el daño moral y el daño a la persona, de inevitable evaluación en todo estudio general sobre la responsabilidad civil que tenga como base la normativa de nuestra codificación de 1984. (León, 2002)

Desde cierto punto de vista, mis investigaciones anteriores han servido de anuncio a la tesis que trataré de sustentar exhaustivamente en las páginas que siguen: la absoluta inutilidad del daño a la persona en el Código Civil peruano.

Confieso que estaba lejos de vislumbrar semejante conclusión.

En primer lugar, mis investigaciones anteriores fueron efectuadas en Italia, con las naturales limitaciones bibliográficas que impedían un pronunciamiento informado sobre el estado de la cuestión en el Perú.

En segundo lugar, y recordando algo a lo que me he referido precedentemente,

que me servirá de apoyo para la defensa de mi tesis, gran parte de la abundante y valiosa literatura jurídica italiana sobre el daño moral y el daño a la persona podría carecer de todo provecho en el análisis de dos figuras demasiado ligadas al espacio y al tiempo en que se originaron, a los cuales el

ordenamiento peruano y hay que tener honestidad intelectual para reconocer que es así es ajeno. (León, 2002)

Pero ahora escribo con los materiales necesarios a mi disposición, y con el estímulo de las máximas jurisprudenciales citadas: un conjunto de *obiter dicta* contenidos en sentencias de la Corte Suprema que sirven de legítimo punto de partida para las reflexiones que expondré seguidamente. (Asociacion de Derecho, 2002)

Sólo en una de tales máximas (Cas N° 399-99) se menciona el daño a la persona, en clara sinonimia con la expresión “daño extrapatrimonial”.

Hasta hace muy poco, era raro encontrar textos de resoluciones judiciales citados en estudios de derecho civil peruano. La consulta de sentencias completa jamás ha sido fácil entre nosotros (porque solían ser inaccesibles), y cuando se dispone de ellas, están tan pobremente redactadas que se marginan a sí mismas de la reflexión emprendida por los juristas. Este es uno de los clásicos defectos de nuestra doctrina. No hay muchas páginas en algunos casos, ni una sola- de los tratados y comentarios de Ángel Gustavo Cornejo, Eleodoro Romero Romaña, Jorge Eugenio Castañeda y José León Barandiarán en las cuales se rinda cuenta de fallos referidos a las instituciones por ellos analizadas. (León, 2017)

Es más, en la actualidad circula un original libro en el cual no solo se prescinde de las sentencias, sino también, casi en la integridad de sus páginas, de las elementales referencias bibliográficas.

(Carnelutti, 1941), escribió que la consulta de textos jurídicos extranjeros podía ser útil, sobre todo, porque permitía a los lectores de un determinado sistema conocer la forma de trabajar de otros juristas, y porque ello, de suyo, encerraba un valioso magisterio.

Creo que está autorizada línea de pensamiento sirve de base para afirmar que, por muchos años, el único libro peruano a destacar en materia de actos Ilícitos, en atención a la plenitud de su diseño, *fue La responsabilidad extracontractual* (1987), de (De Trazegnies, 1988), en el que se echa de ver, sin problemas, la influencia del método de organización (mas no necesariamente de la metodología de estudio) de los autores franceses, es especial, de René Savatier y de Boris Starck.

El profesor (De Trazegnies, 1988), advirtiera que la integridad de su investigación peligraba si prescindía de las fundamentales referencias jurisprudenciales. Este diligente y encomiable convencimiento, sumado a una redacción impecable, han hecho que la obra gane la estima de uno de los más prestigiosos civilistas españoles, y ejemplo de magistrados, don Jaime Santos Briz, quien la cita en su tratado de responsabilidad civil.

En la introducción a su reciente libro *Derecho de la responsabilidad civil*, (Espinoza, 2000) señala que opta por la alternativa de analizar los elementos constitutivos de la responsabilidad civil (en tanto ello sea posible) a partir de la propia experiencia nacional. La obra destaca por la permanente cita de jurisprudencia civil y administrativa que es el recurso que más echan de menos los autores locales que han tenido la oportunidad de realizar estudios en el extranjero-, y es justo considerarla como una importante contribución al progreso de los estudios de derecho civil en nuestro medio.

Por mi parte, y como premisa metodológica, me permitiré expresar algunas breves sugerencias sobre cómo escribir sobre el derecho en nuestro país.

### **1.3.2.2. Daño moral y daño a la persona: primer deslinde**

El *daño moral* en sentido estricto es el menoscabo del estado de ánimo, padecimiento interior o sentimiento de desasosiego que subsigue a la comisión de un hecho generador de responsabilidad civil.

En palabras de (Scognamiglio, 1960):

*“Deben considerarse daños morales, aquellos que se concretan en la lesión de los sentimientos, de los afectos de la víctima, y por lo tanto, en el sufrimiento moral, en el dolor que la persona tiene que soportar por cierto evento dañoso”.*

Para el autor (Portiguatti, 1960), El *daño a la persona* es, en cambio, y siempre en sentido estricto, la lesión de la integridad psíquica y física o el menoscabo, considerado en sí mismo, de la salud del individuo. Se le ha definido, en tal sentido, como la consecuencia de toda modificación negativa (extrínseca o intrínseca, general o particular, temporal o permanente) que

afecte la integridad anatómica o funcional del individuo, considerado como entidad somática y psíquica.

Más ambigua y difusa en cuanto a su contenido, sería la extensión del concepto de daño a la persona a toda lesión contra los derechos de la personalidad. Si se sigue tal camino, el *ámbito* de la categoría terminaría dependiendo de la concepción de persona y de “personalidad” por la que opte el intérprete. Lo conveniente, según nuestra práctica judicial además, es entender que el daño moral abarca los daños a los derechos de la personalidad, entre ellos, naturalmente, el daño a la persona” o daño a la integridad psicofísica. (De Giorgi, 1994)

En el ejemplo clásico que se propone para explicar esta figura, si alguien destruye un retrato que tiene gran valor para su propietario, en adición a las consecuencias económicas, que podrían ser ínfimas o nulas, se generará una reacción negativa, un sufrimiento, en el intangible e inescrutable estado de ánimo del afectado. Este es el daño moral, en principio inestimable, pero que el juez debe cuantificar, en una operación ponderativa bastante delicada, pero, a pesar de todo, unánimemente legitimada, con o sin limitaciones, en los diversos ordenamientos jurídicos del mundo.

Los daños a los derechos de la personalidad son más sencillos de entender. Son atentados contra la integridad de un derecho individual, o lesiones a la personalidad. Un individuo resulta herido a causa de la caída de un objeto desde la venta de un edificio cerca del cual transitaba; estará legitimado, entonces, a ser indemnizado por los gastos médicos en que deberá incurrir: se ha afectado su integridad física (bien protegido según el artículo 2, 1º. párrafo, de la Constitución); un comerciante individual o una empresa son insultados públicamente, y quedan legitimados, por ende, a ser indemnizados por lesión a su reputación (artículo 2, inciso 7, de la Constitución), que es parte de su personalidad. (León, 2017)

Los daños a los derechos de la personalidad no tienen por qué generar problemas de comprensión, para que sean objeto de la tutela resarcitoria. Si la responsabilidad civil, como unánimemente se admite, protege las situaciones jurídicas subjetivas, es natural que se pueda reclamar un resarcimiento en caso de lesión contra *éstas*. *Más difícil de acreditar es el* daño moral en sentido estricto, en cambio, porque los sentimientos no pueden

ser examinados externamente, y porque no es fácil asignar un precio al dolor. (León, 2002)

Para (Fernandez s. C., 1985), Esta distinción conceptual no ha carecido de atención para nuestros autores, pero urge de precisiones. Para comenzar, hay que expresar que, históricamente, el daño moral ha abarcado siempre dos significados:

“En *sentido estricto y propio*, daño moral es un daño que no recae sobre ninguna cosa material perteneciente al perjudicado, que no se advierte con los sentidos externos, sino que se siente interiormente, ya consista en una disminución de algo no material, ya consista en impedir la adquisición de bienes de índoles moral, ya en la ofensa de afectos del alma internos, naturales y lícitos. Por donde es, v. gr., daño moral el rebajar la reputación personal; la falta de educación paternal a los hijos cuyos padres faltan; un padecimiento o aflicción causado a uno, obrando directamente contra él o contra otro, de un modo ilícito y contra derecho. En *sentido lato e impropio*, es daño moral todo daño injustamente causado a otro, que no lo toque en su patrimonio ni lo disminuya. Y así, es *daño moral* en este sentido, no sólo el que se ha indicado en estricto, sino el que recae en cosas materiales pertenecientes al individuo, fuera de los bienes patrimoniales, como son la integridad corporal y la salud física. Las lesiones, heridas, contusiones, son daños morales, porque no son patrimoniales, prescindiendo de las consecuencias patrimoniales y de las aflicciones o padecimientos morales que además puedan sobrevenir, sea en la persona misma lesionada en su cuerpo, sea en otras personas que le conciernan”.

Como se aprecia, tal concepción el daño moral comprende aquello que se ha identificado, previamente, como daño a la persona.

Sin embargo, el ilustre autor de las expresiones que se acaban de citar, (Gabba, 1990), anotaba:

“Creo admisible que se deben reparaciones pecuniarias por ofensas morales, esto es, no patrimoniales, como muertes, heridas, mutilaciones, enfermedades producidas, ofensas al honor, al decoro, al pudor y otras, que traen consigo daño patrimonial a la víctima o sus herederos, y que estos pueden pedirla, *antojare haereditatis* como *jure proprio*. Pero se deben resarcir *sólo* las consecuencias patrimoniales de aquellos daños, y deben

valuarse por sí, no mezcladas con la reparación de la ofensa moral, por sí misma considerada. No admito, en cambio, que se pueda pedir, como derecho civil, el resarcimiento de los daños morales verdaderos y propios, ya consistan: *a)* en disminución de prendas personales o físicas, como la belleza, o morales, como la virginidad, el pudor, la consideración pública; o *b)* en padecimientos, sean *físicos*, procurados a la víctima de una lesión corporal, por la enfermedad más o menos larga causada por la lesión; o por la muerte, sean *morales*, perturbación, disgusto, causados por la ofensa física o moral al ofendido o a otras personas, o, finalmente, *c)* en la privación impuesta al ofendido o a terceras personas, de la posibilidad de conseguir por sí mismas, o por otras, ciertas ventajas morales, como el matrimonio, la educación: todos estos daños, considerados que sean, aparte de los matrimoniales provenientes de la misma causa, creo no puedan estimarse en dinero, ni con dinero resarcirse.

Se trata, en efecto, de un escrito de fines del siglo XIX, elaborado cuando comenzaba a difundirse en el medio italiano una creación conjunta del derecho común alemán, donde las lesiones al cuerpo y al honor legitimaban a recibir “dinero del dolor” (tal es el significado literal de *Schmerzengeld, pretium doloris*), y de la corriente jurisprudencial francesa del *dommage o préjudice moral*. Pero el autor italiano se cuida de exigir la “necesaria distinción entre perjuicios a la persona que son resarcibles, en tanto daños patrimoniales indirectos (muertes o heridas) y daños morales irresarcibles, porque no son capaces de lesionar el patrimonio, ni tampoco un objeto exterior y visible (disminución de valores personales, físicos y morales; dolores físicos o sufrimientos de ánimo; privación de ventajas morales) (Navarretta, 2002).

Coincidentemente, (Wenceslao, 1928), alegaba que la función inseparable y característica del resarcimiento era la función de equivalencia, porque:

“Tiende necesariamente a sustituir los valores destruidos o quebrantados por el evento dañoso con otros nuevos, que los reponen y que nivelan la «diferencia» en que [...] consiste el daño. Y esta operación jurídica requiere por fuerza valores e intereses cifrables en dinero, por representar éste el valor común mediante el cual se establece la equivalencia. Sólo los bienes

y derechos patrimoniales son «tasables en dinero» [...]. No es que se estime inmoral o degradante cifrar en dinero los demás bienes legítimos de la persona: es que estos escapan, por esencia, a aquella posibilidad niveladora y equivalencia. [...]. En segundo término, toda demanda de indemnización por quebrantos morales, choca forzosamente contra el principio [...] de la efectividad y fijeza del daño. Precisamente por tratarse, según el consabido tópico, de perjuicios “irreparables”, la alegación del daño moral no logra nunca sobreponerse a una vaguedad de contornos y a una arbitrariedad en la liquidación, que son consustanciales a su naturaleza.

Una consideración similar a la de los dos autores citados ha llevado a De Trazegnies a opinar que el derecho “debe reflejar las convicciones de la comunidad en la que será aplicado. Y parecería que en nuestro medio, el hecho de que, tratándose de situaciones particularmente dramáticas, no se abone una indemnización por daño moral sería más chocante que la idea de que, a través del daño moral, la indemnización quedé convertida en un castigo” (De Trazegnies, 1988), y que “el mal llamado daño moral es, en realidad, un daño, patrimonial, económico; pero cubre todos estos aspectos en los que el menoscabo es difícil de probar cuantificadamente; razón por la cual se le otorga al juez una libertad para determinar la indemnización mediante el recurso a crear doctrinariamente una categoría elástica, que no requiere de una probanza estricta, a la que se denomina daño moral. En última instancia, el daño moral resulta simplemente un expediente para facilitarle al juez la fijación de una indemnización a su criterio, y facilitarle a su vez al demandante su acción, evitándole la necesidad de probar cuantitativamente ciertos aspectos del daño que reclama” (De Trazegnies, 1990).

Estoy de acuerdo solo con la primera parte de tal parecer.

En efecto, basta consultar un diccionario de lengua francesa para apreciar que la primera acepción del vocablo *moral* es de valor adjetivo: “relativo al espíritu, al pensamiento opuesto a material (Micro, 1998). En castellano, en cambio, la primera acepción del vocablo es “perteneciente o relativo a las acciones o caracteres de las personas, desde el punto de vista de la bondad o malicia”; en nuestro idioma, solo la quinta acepción es “conjunto de facultades del espíritu, por contraposición a físico (RAE, 2001). Por ello,

no está equivocado aquel autor que insiste, elocuentemente, en que este daño no es moral entendido como ético, sino jurídico. Si la moral es considerada como sinónimo de “estado de ánimo”, lo correcto sería hablar de daño a la moral. (Mosset, 1999).

¿Cuándo se comienza a hablar de “daño moral” en nuestro idioma?

Si nos ceñimos a la jurisprudencia española, contamos con una fecha precisa de reconocimiento de la figura, la cual se enuncia, por primera vez, en la sentencia del Tribunal Supremo del 6 de diciembre de 1912, relativa a un caso de ofensa contra el honor de una dama, perpetrada por un periódico de gran circulación -*El Liberal*-, donde la susodicha fue acusada de haber fugado con un fraile capuchino, del que había tenido escandalosa sucesión. (Díez & Ponce, 1999)

En aquel histórico fallo se lee:

“El juzgador, valiéndose de las reglas de equidad, que son máximas elementales de justicia universal, se limita, como intérprete de la ley, a explicar mejor principios jurídicos más o menos clara y distintamente expuestos, pero ya «preexistentes», que definen el daño en sus diversas manifestaciones para justificar, toda vez que es indiferente pedirla por acción civil o penal, una indemnización pecuniaria, que, si nunca es bastante como resarcimiento absoluto de ofensas graves, al fin es la que se aproxima más a la estimación de los *daños morales* directamente causados a la joven Mussó, y que llevan consigo, como conseqüencias naturales y lógicos, otros daños, esto es, los materiales y los sociales .

En este punto, la situación es similar a la que se verifica cuando toca pronunciarse sobre la patrimonialidad de la relación obligatoria. Como se sabe, en el caso de una relación intersubjetiva, la patrimonialidad de la conducta de uno de los sujetos no conduce, necesariamente (por reflejo), a que la del otro se haga patrimonial; no es seguro, entonces, que una relación de estas características merezca el amparo del derecho, ni tampoco que ambas conductas sean consideradas obligatorias. El cumplimiento de deberes derivados del matrimonio (la asistencia recíproca o la fidelidad conyugal, por ejemplo) o de la paternidad (la educación de los hijos, por ejemplo), no podría ser objeto de una contraprestación en dinero; y aunque ocurriera lo contrario, el pacto de una retribución económica no volvería patrimonial, sin más, el

contenido de la relación, lo que equivale a decir que esta no tendría relevancia jurídica como obligación. (Cesare, 2000)

De igual forma, y desde una perspectiva funcional, se ha logrado hacer evidente una peculiar función de la responsabilidad civil en el caso del daño moral.

Es pacíficamente admitido que la responsabilidad civil cumple funciones de *reparación* (o de *reintegración*), porque aspira a “reconstruir para el damnificado la situación preexistente a la producción del efecto dañoso, mediante la asignación de un conjunto de utilidades de naturaleza económica que lo compensen por la pérdida sufrida, y que eliminen la situación desfavorable creada por el ilícito daño (Corsaro, 1991); de *prevención*, “en el sentido de que la previsión del deber de resarcir el daño ocasionado induce a la persona a desarrollar su propia actividad con la adopción, cuando menos, de las medidas que normalmente son idóneas para impedir la producción de eventos dañosos para otros; de *punición*, en los ordenamientos jurídicos, como el italiano, donde se reconoce la reintegración en forma específica a pedido del damnificado con el solo límite del caso en que dicha reintegración resulta excesivamente onerosa para el dañador; y de *distribución*, porque “la regulación hace que el daño recaiga en algunas personas que son capaces de soportarlo en virtud de la actividad desarrollada (empresarial), y de la consiguiente posibilidad de que tienen para redistribuir entre otros consumidores el daño resarcido (Corsaro, 1991).

Para el caso del daño moral, se ha sostenido que la función de la responsabilidad civil es más bien *aflictiva consolatoria*, o sea, a la vez sancionadora que mitigadora del sufrimiento, debido a la imposibilidad de “reparar” este, en sentido estricto:

Conformemente, (Di Majo, 2001), prefiere hablar de *función compuesta*, porque, “por un lado, se tiende a brindar una forma de satisfacción y/o gratificación a la víctima del hecho ilícito, en el sentido de asegurarle un *beneficio económico* y al respecto, es innegable que el dinero también puede

servir para dicho fin y, por otro lado, para *sancionar* el comportamiento del responsable de la infracción.

Por la misma razón, hay que admitir que es cuestionable hablar de resarcimiento ni de “indemnización” del daño moral, y que estamos más bien ante una mera satisfacción “que el juez cree oportuno asignar al agraviado para mitigar el quebranto que el mal causado le produce los duelos con pan son menos. (Wenceslao, 1928)

Para aclarar los términos aquí empleados, así como el planteamiento que me parece apropiado para tratar de toda esta problemática, creo que es conveniente rendir cuenta de la historia del daño moral y del daño a la persona.

### **1.3.3. Principios**

#### **1.3.3.1. Principio de la informalidad legislativa y sus consecuencias.**

Es inútil intentar precisar cuándo comienza a hablarse de “daño a la persona” en la doctrina peruana.

En los Códigos Civiles de 1852 y 1936, como es obvio, ya menos que se incurra en un anacronismo, la expresión era ignorada. En el segundo de ellos (artículo 1148), que hace referencia que el Juez indemniza a la víctima de acuerdo al daño moral”. El sistema en vigor era perfectamente afrancesado, si se quiere; en todo caso, lo importante es señalar que no hay ningún indicio que autorice a sostener que funcionara deficientemente. (De Trazegnies, 1988)

En la Exposición de Motivos del Libro Quinto del Proyecto que devino el Código Civil de 1936, los legisladores dejaron escrito:

“No es preciso que el daño sea material o patrimonial. Puede tratarse de verdaderos detrimentos morales que se traducen en dolores o en menoscabos de ciertos bienes inmateriales. No nos han parecido bastantes las observaciones relativas al carácter pasajero de estas situaciones, ni las dificultades invocadas para relacionar los daños morales y las indemnizaciones. A través de estas y de otras observaciones, la institución se ha instalado en los Códigos modernos y tiene sus desarrollos en la

jurisprudencia de los tribunales. La actitud prudente de nuestra formulación puede ser notada en el hecho de haberse atribuido al juez la *facultad* de influenciar la indemnización por el factor moral que hubiere intervenido. Por este medio la jurisprudencia estará habilitada a reparar o a satisfacer todos los intereses respetables. Habrán casos sin duda en los que la solución más indicada sea la de dar satisfacción a los sentimientos de la persona humana, o al perjuicio de ciertos aspectos de los bienes no materiales”. (Gil S.A., 1936)

Respecto del Código Civil peruano vigente, la historia del “daño a la persona” consta en páginas que enaltecen a (Fernandez s. C., 1985), en cuanto expresivas de un propósito de enmienda ante un error cometido.

El excelso jurista sanmarquino relata:

No se pudo lograr lo más: eliminar del texto de este artículo 1985, por repetitiva, la voz daño moral. Era peligroso insistir en este sentido, ya que se corría el riesgo de reabrir un debate que podría haber concluido con la confirmación del acuerdo adoptado en precedencia por la Comisión Revisora. Es decir, la no inclusión del daño a la persona.

Los primeros trabajos del profesor (Fernandez s. C., 1985), sobre este tema al menos los que tengo a la vista son contemporáneos a la promulgación del Código Civil de 1984. Hay referencias en materia en su exposición de motivos al primer libro del Código, dedicado al derecho de las personas, que se suele reconocer a su invención. Allí, la afirmación del daño a la persona como institución autónoma y eje de toda la normativa no es tan palpable ni tan combativa. De hecho, hay más referencias al daño no patrimonial que al daño a la persona, e incluso a cierto híbrido: “el daño no patrimonial a la persona”.

Se anota, por ejemplo:

“Sea cual fuere la denominación que se adopte, lo importante es verificar que bajo todas y cada una de tales expresiones se aloja un mismo único concepto: el daño a la persona de carácter no patrimonial. Es decir, aquel que por lesionar un bien inmaterial, no cuantificable en dinero, no puede ser reparado mediante una suma objetivamente determinable.

Parece ser que, posteriormente, el autor citado se preocupa por dar contenido a la doctrina que predica. Se interesa por la historia del daño moral,

y analiza comparativamente, entre otros, los sistemas de Francia, Alemania e Italia. Las referencias sobre los dos primeros ordenamientos son más bien escasas; en cambio, demuestra un buen conocimiento de las tesis italianas en boga. En uno de sus primeros estudios, tales referencias son expuestas en un subcapítulo titulado *El creciente desarrollo en Italia de la teoría del daño a la persona y su formulación legislativa*, que es, en realidad, la historia de la evolución del daño no patrimonial, la cual confirma el papel central de la clasificación alemana en el sistema italiano. (Fernandez s. C., 1985).

Creo, y me bastan estas observaciones, que estamos frente a un caso de importación doctrinaria; solo que, esta vez, se trata de una categoría que se utiliza con meros fines descriptivos (es decir, sin ningún afán sistemático) en su hábitat, y que al ser importada, ha generado el riesgo de llegar a nosotros con los problemas y cuestiones que han dado pie a todo el debate que ya he descrito en los acápites anteriores.

Repetidamente, se percibe un empleo de la expresión “daño a la persona” todas las veces en que los autores italianos habrían escrito “daño no patrimonial”.

Veamos un ejemplo:

(Fernandez s. C., 1985), escribe:

“Consideramos atinada la posición adoptada por la jurisprudencia genovesa ya que, al nivel histórico en que nos hallamos, resulta incomprensible que se justifique jurídicamente una norma que limite la reparación del daño a la persona de carácter no patrimonial, a sólo los específicos casos previstos por ley.

Como ya he señalado, lo que se limita en la norma italiana es la reparación del daño no patrimonial en general (no “del daño a la persona de carácter no patrimonial”).

O estos, llamémoslos así, espejismos:

El Código consagra la posibilidad de reparar el daño moral, entendido como sinónimo de daño a la persona, producido como consecuencia de la inejecución de las obligaciones (Fernandez s. C., 1985)

“No obstante la imposibilidad de precisar en términos económicos las consecuencias del daño a la persona, estimamos que *ningún ser pensante*, que considera a la persona como un valor en sí misma, como un fin supremo a cuyo servicio se encuentran la sociedad y el Estado, puede oponerse a la justa reparación del daño no patrimonial a la persona pretextando la imposibilidad de encontrar su equivalente pecuniario. (Fernandez s. C., 1985).

“Podrán o no incluirse en el futuro otros derechos de la persona en la Constitución o en el Código Civil [peruanos], pero los principios cardinales sintetizados en la tutela integral, preventiva y unitaria de la persona seguirán vigentes, inspirando a los constituyentes y codificadores del mañana. La historia rescatará como nota positiva de tales cuerpos legales, antes que sus bondades técnicas, su vocación personalista, su empeño en proclamar y concretar a través de sus textos, con las limitaciones del caso, la primacía que se le otorga a la persona humana. (Fernandez s. C., 1985)

Más allá de estas pinceladas -conscientes, o tal vez no-, predispuestas para promocionar el “daño a la persona”, lo más censurable de ellas es la pretensión, que yo juzgo carente de sustento, de diseñar un fundamento filosófico para la categoría cuestionada.

Leo, por ejemplo, que el desplazamiento del eje del derecho, de los derechos patrimoniales a los de la persona “ocurre recién cuando al influjo del humanismo, se logra comprender por los juristas más lúcidos y no comprometidos con los sistemas de poder dominantes en el mundo, que el hombre no puede ser solo apreciado unidimensionalmente como un ente capaz de producir renta. La existencia humana es más rica y trascendente, por lo que se resiste a ser aprehendida como totalidad y experiencia de libertad a partir solo de una visión puramente economicista, no obstante la innegable

preponderancia que ella puede tener en ciertas circunstancias del devenir de la vida humana tanto personal como social” (Fernandez s. C., 1985); o que “es al ser humano, consistente en una unidad psicosomática sustentada en la libertad, al que el derecho protege contra todo tipo de daños que lo afecten en cualesquiera de sus múltiples y ricas facetas. Como se advierte de todo lo que hasta aquí expuesto, hubo que tomar conciencia de lo que significaba el ser humano, comprendiendo su intrínseca dignidad de ser libre, para que se desarrollara, en lenta pero segura evolución, la materia que nos ocupa, es decir, la relativa a su protección preventiva, unitaria e integral frente a los daños que lo acechan en la era tecnológica; o que “en la última década se ha incrementado notablemente la literatura sobre el ser humano en cuanto sujeto de derecho y, más precisamente, sobre el denominado «daño a la persona». Ello delata la influencia del personalismo o humanismo en el pensamiento jurídico, lo que proviene de las formulaciones o propuestas de la filosofía de la existencia”. (Fernandez s. C., 1985).

Como también he explicado, nada, absolutamente nada, de esa presunta evolución filosófica tiene que ver con el daño a la persona.

Reitero que los juristas que han utilizado esta categoría en Italia lo han hecho con puros fines descriptivos, de la misma manera que se habla de “daño ecológico” o de “daño ambiental”. Yo podría añadir cualquier término al vocablo daño, y no crearía ninguna categoría fundamental en el plano sistemático: daño “a los inmuebles”, daño “automovilístico”, daño “a los familiares”; me estaría limitando a identificar supuestos, tal cual se hace cuando se habla de responsabilidad de los médicos, de la Administración pública, de los jueces, o cuando se habla de “derecho genético”. Por lo demás, cuando de verdad se presentó la necesidad de hacer referencia a una nueva categoría, en Italia se ha preferido un concepto médico-legal y no jurídico: el “daño biológico.

Otro de los motivos por los que no es fiable esta tramoya, es porque trata de hacer creer que ha existido un debate, del cual habría salido victoriosa la categoría del daño a la persona.

Dicha polémica, que habría sido muy útil, jamás se ha producido. En la mayor parte de las obras de Fernández Sessarego no hay referencias a las críticas expuestas por (De Trazegnies, 1990). Solamente ha prestado atención a una denuncia de José León Barandiarán, y ha acogido una sugerencia de Carlos Cárdenas Quirós. El primero de estos autores tuvo oportunidad de manifestar su perplejidad -para muchos sacrosanta frente a la inclusión de la voz “daño a la persona” en el artículo 1985 de nuestro Código Civil el profesor Cárdenas Quirós admite explícitamente el apócrifo discurso sobre el trasfondo filosófico de la categoría, la presunta perspectiva humanista, y contribuye a su desarrollo, con la propuesta de la denominación “daño subjetivo (León B. , 1988).

(Fernandez s. C., 1985), insiste en que el derecho privado ha sido objeto de una despatrimonialización, en pro de una visión personalista, digna de todos los elogios; y ello ya le ha valido un mentís de un autor (Rescigno, 2006) de la talla de , quien en algún congreso académico hubo de afirmar que:

“Los derechos de la personalidad, en la acepción propia del derecho privado, presuponen relaciones interindividuales y nacen de conflictos de intereses en donde prevalecen lo que no es menospreciable ni siquiera en un planteamiento personalista implicancias de carácter patrimonial. El derecho privado se mantiene, en cierta medida, ligado a la dimensión del patrimonio individual, y en la apreciación de las actividades, del peligro que ellas puedan representar y del daño que puedan determinar, no logra prescindir de tal aspecto.

Uno de los autores italianos más citados, y tergiversados, en la artificiosa argumentación filosófica que se critica es (Donato, 1964):

Pues bien, el profesor de la Escuela Superior “Santa Ana” de Pisa fija claramente su posición en los siguientes fragmentos:

“El primado de los daños a la persona, el nuevo eje de tales daños, constituido por los «daños a la persona en sentido estricto», y el lugar central

que ocupa esta nueva categoría la figura del daño a la salud, son el resultado de una doble «revolución», que no es peculiar de la experiencia italiana, sino que encuentra elementos de significativa concordancia, con particular referencia a los daños a la salud, en documentos internacionales y en tendencias legislativas, doctrinarias y jurisprudenciales maduradas en ambientes con tradiciones jurídicas muy diversas” (Donato, 1964)

Esta doble revolución consistiría, por un lado, en:

“La superación de la relación entre daño al patrimonio (entendido como «suma de propiedades») y daño a la persona: una relación que por largo tiempo ha estado caracterizada por el seguro primado de la primera figura de daño, en la que había venido modelando el más conocido (y hasta ahora seguido) criterio de valorización del daño, que parte de la decimonónica *Differenztheorie*. El paso de la llamada economía estática a la llamada economía dinámica, y sobre todo, la intensificación de las ocasiones de daño a la persona en la sociedad industrial han acentuado la frecuencia y la gravedad de esta última figura de daño; por otro lado, hay una “segunda «revolución» se encuentra en curso de desarrollo, al interior del concepto mismo de daño a la persona. Para Guido Gentile, esta figura se resolvía esencialmente en la obligación de indemnizar al lesionado», de modo tal que «el ingreso es el parámetro del daño a la persona». Hoy la referencia, cada vez más insistente y compartida, al «daño a la salud» (o «daño biológico») y al daño a la identidad personal es válida para trasladar el «eje» del problema de un daño parametrado según el ingreso a un daño referido al «valor ser humano» en su concreta dimensión: valor que no es asimilable a la sola aptitud para producir riqueza, sino que se liga a la suma de las funciones naturales (las cuales tienen relevancia biológica, social, cultural y estética, en relación con las distintas variables ambientales en las que se desenvuelve la vida, y no sólo a la económica) concernientes al sujeto” (Donato, 1964)

Como se aprecia, (Donato, 1964), se limita a constatar un hecho: la importancia cobrada por la cuestión de los daños a la persona en las reflexiones de la doctrina y la jurisprudencia. Ello es bien distinto de defender una falsa visión histórica o de pretender imponer una terminología en el

medio Italiano. Por si existieran dudas, Busnelli concluye que el sistema italiano de resarcimiento de los daños a la persona en sentido estricto se organiza en dos modelos: el de “los daños patrimoniales (que constituye la categoría general de daños contemplada, sin límites, en el artículo 2043, y resultante de una revisión de los tradicionales esquemas restrictivos de la patrimonialidad) y el modelo de los daños no patrimoniales (que constituye una categoría especial de daños, dominada por el principio de tipicidad contenido en el artículo 2059 e influenciada por la vinculación de dicha norma con el artículo 185 del Código Penal, que conduce a identificar la figura principal, pero no necesariamente exclusiva, de dichos daños en los daños morales subjetivos” (Donato, 1964).

Como se aprecia, el autor citado no pierde de vista la clasificación que, para bien o para mal, ha sido adoptada por el legislador italiano de 1942.

Con mucha mayor autoridad que la de quien escribe, se ha destacado que es innecesario crear una especie adicional de daño, denominada “daño a la persona”:

“En Derecho, las categorías son fundamentalmente operativas; se justifican en la medida en que establecen distinciones entre derechos y obligaciones. 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 (De Trazegnies, 1988)

Todo ello es cierto.

La consecuencia de la informalidad legislativa que conllevó a la inclusión accidentada, y por lo mismo reversible, del “daño a la persona” en el Código Civil peruano es que tenemos un sistema con tres tipos de daño: el de nuestra cláusula normativa general (artículo 1969 C.C.: “Establece que aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo”); el daño moral (artículo 1984: en análisis se puede decir “Que el daño moral es resarcido en razón al nivel y detrimento producido a la víctima”) y el daño a la persona (artículo 1985).

#### **1.3.4. Teorías**

##### **1.3.4.1. Teoría de la unificación de la responsabilidad civil**

En la legislación peruana, se da en efecto, los años en que la bibliografía evito, conscientemente, utilizar el término de doctrina en países fronterizos de Sudamérica, se posicionó como punto de referencia de las reflexiones de los autores nacionales.

(Leysser, 2017), señala que en el “marco que se acaba de describir corresponde, qué duda cabe, al de una cultura débil y vulnerable. Pero así comenzaban los años noventa, cuando quien escribe iniciaba sus estudios de Derecho”. En aquel entonces, uno asistía a un congreso o seminario internacional y no veía la hora de escuchar al invitado argentino de turno, y de honor, elocuente y seguro de sí mismo. (Monateri, 2003)

#### **1.3.4.2. Las bases históricas del modelo peruano**

Pese a los claros acercamientos hacia la idiosincrasia y contracultura estadounidense de los últimos años, el ordenamiento jurídico peruano sigue perteneciendo a la tradición del “derecho civil”, que comparte con la del derecho común anglosajón, o “*common law*”, el haber sido forjada a partir de raíces romanistas. (León, 2003)

El modelo peruano de responsabilidad extracontractual es el producto de sucesivas importaciones normativas, que han venido produciéndose desde la época de nuestro primer Código Civil, de 1852.

Así, por un acto legislativo, nuestro país hace suyo un modelo de raíces romanistas, pero que con el correr de los siglos sufre grandes transformaciones. Con la importación se inserta en el modo de pensar de abogados, jueces, profesores y estudiantes de Derecho de la naciente república peruana, un esquema en cuya formación tuvieron influencia la compilación de Justiniano: el *Corpus inris civilis*, las interpretaciones de los glosadores y comentaristas, la obra de los iusnaturalistas, y finalmente, el texto del Código Civil francés de 1804, el *Code Napoléon*, que es la fuente directa de nuestro codificador. (Ramos, 1997)

La primera de las normas anteriores se reproduce, tal cual, en el Código Civil peruano de 1936. Precedentemente, en el Código Civil de 1852 se imita incluso la sistematización de las normas en materia, al ubicarlas, a la francesa, bajo el título “*Obligaciones que nacen de delitos o de cuasidelitos*”.

Algo que es peculiar de los procesos de importación jurídica es la elección. Las renovadoras ideas de la codificación napoleónica son lo suficientemente atractivas como para terminar de desacreditar la herencia española en el campo del derecho civil. Es el punto final de un sentimiento de insatisfacción muy antiguo, porque aunque se sabe que durante el siglo XIX los abogados y magistrados seguían guiándose por las *Siete Partidas* del rey Alfonso El Sabio, jamás dejan de cundir voces que achacan a las fuentes castellanas la confusión reinante durante la vigencia del derecho colonial. El nacionalismo latinoamericano determinó que se abran las puertas, además, a una nueva doctrina, a un nuevo vocabulario.

En este plano es posible hallar las razones de la debilidad de nuestra regulación en materia de responsabilidad extracontractual, que es como decir, la debilidad de la responsabilidad civil en tanto “institución jurídica”.

Es obvio que en los lugares donde las instituciones jurídicas están más arraigadas, en Europa, que ha sido el escenario de toda su evolución, las resistencias a los cambios, y a la siempre creciente *Americanization* del derecho privado, son mayores. En todo caso, los ordenamientos jurídicos europeos cuentan con mejores probabilidades para lograr, por lo menos, un intercambio cultural; entre nosotros, la riesgosa e inveterada tendencia es, más bien, hacia la pura absorción y asimilación de modos de pensar.

En las líneas que siguen, intentaré hacer evidentes los trascendentales estadios de una línea evolutiva, los cuales se perdieron de vista con la importación de un modelo jurídico prácticamente finiquitado.

### **1.3.5. Doctrina**

### **1.3.5.1. Alternativas de interpretación según la regulación vigente**

Como primer punto, hay que determinar qué clasificación de daños es la seguida por el Código Civil peruano. La respuesta está a la vista: no es la distinción alemana e italiana entre daños patrimoniales y no patrimoniales, sino la francesa, y a medias.

Ya en el anteproyecto de (De Trazegnies, 1990), sobre responsabilidad civil no derivada de acto jurídico (artículo 18) se establecía:

“Sólo excepcionalmente el juez considerará el daño moral para efectos de establecer la procedencia de la indemnización y para fijar el monto de ésta”, y se le excluía “en todos los casos sometidos al régimen de seguro obligatorio”. El autor citado exponía en favor de la regulación propuesta que “en estos casos, ante la falta de una prueba precisa del daño material, pero teniendo el juez la convicción firme de que éste se ha producido dada la naturaleza de los hechos, puede utilizar la noción de daño moral para compensar discrecionalmente aquello que, si bien es teóricamente susceptible de ser valorizado, resulta imposible de ser calculado en la práctica. Solamente por este motivo el anteproyecto conserva, por lo menos para situaciones excepcionales, la obligación de reparar el daño moral. Pero queda sujeto a la apreciación del juez de acuerdo a las siempre cambiantes circunstancias y valoraciones sociales.

En el artículo 351, en materia de disolución del vínculo matrimonial, se prevé que:

“Si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, el juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral”. (CAS. N°. 373-95).

Pero al dedicarse una norma específica al daño moral uno podría pensar que se está admitiendo, a todas luces, que esta figura tiene

características que imponen distinguirlo del daño común y corriente, es decir, del daño al que se hace referencia en nuestra cláusula normativa general. Sin embargo, esta interpretación sería errada, porque el artículo 1984 no tiene ningún propósito clasificatorio, sino más bien práctico.

Porque la diferenciación no se formula en términos categóricos (de aquí que considere que se ha asumido “a medias” el esquema francés). La única precisión que se hace en el artículo 1984 tiene que ver con criterios que deben ser observados por el juez al fijar el monto que recibirán los damnificados por concepto de daño moral. En la norma se impone al juez atender a la magnitud del daño y el menoscabo producido a la víctima o a la familia de esta.

El artículo 1984 no dice “también es resarcible el daño moral”, ni tampoco que “el daño moral también debe ser indemnizado”.

El texto de la norma es ininteligible, en no menor medida que los comentarios de José León Barandiarán a todo el libro de la responsabilidad extracontractual del Código Civil peruano. ¿Qué cosa significa atender a la magnitud del daño moral? ¿Acaso que solamente merecen ser satisfechos los grandes sufrimientos? Nada nos guía en la búsqueda del sentido del texto, pero da la impresión de que en él se exigiera, precisamente, un grado de relevancia del daño, para efectos del reconocimiento de su resarcibilidad. Igual de oscura es la segunda parte de la norma; pero atender al “menoscabo producido a la víctima o a su familia” puede significar que únicamente los familiares -y será necesario delimitar el ámbito de este concepto- están legitimados para percibir el monto judicialmente asignado a título de daño moral. (Taboada, 2004)

Con todo, no existiría sino una limitación de carácter secundario (relativa a los legitimados a demandar el daño moral) en nuestro artículo 1984. Por ello es forzoso, y conforme a la lógica, aceptar que nos hallamos totalmente al margen del debate italiano sobre las limitaciones al resarcimiento del daño no patrimonial; y por lo tanto, que también somos ajenos a todas las voces creadas en dicho medio para paliar sus deficiencias legislativas.

Nuestro sistema, al menos en lo tocante al daño moral, porque no pueden callarse sus no pocas imperfecciones, es intachable.

En principio, creo que es suficiente recordar la abrupta incorporación de esta expresión importada para descalificarla de elenco de las voces de un derecho de la responsabilidad civil que tenga como base el Código Civil peruano.

Como si no bastara, el artículo 1985 es un cajón de sastre donde se ha hecho espacio a todo lo que se le olvidó al legislador en el resto de la normativa. Es en esta norma donde encontramos, además del daño a la persona, la teoría de la “causalidad adecuada”. Todos los que conozcan la materia saben que la causalidad se analiza en la parte general de la responsabilidad civil. Aquí también es donde se establece que el hecho generador del daño puede consistir en una omisión.

Solo que, desde luego, nadie habría echado de menos el daño a la persona; como sí habría ocurrido, seguramente, con la teoría de la causalidad acogida en materia.

Una forma de resolver el problema es la asumida, implícitamente, por los redactores de las máximas jurisprudenciales citadas. En perfecta coherencia con el estado de la cuestión durante el Código Civil de 1936, los magistrados de la Corte Suprema demuestran seguir razonando en función, exclusivamente, del daño moral. No tienen ningún problema en reconocer el daño a la persona, pero no es necesario nominarlo, porque puede asumirse, sin problemas, que las lesiones a la integridad psicofísica están incluidas en el daño moral, como en Francia y en la tradición del derecho civil peruano, o bien en la cláusula normativa general de la primera parte del artículo 1969, que no distingue entre tipos de daño.

Esta forma de proceder es la típica, y sempiterna, sanción que se aplica a las normas privadas de lógica. Ignorarlas en la aplicación práctica es una forma legítima de descalificarlas. El mismo fenómeno se verifica respecto de la normativa del Código Procesal Civil dedicada a la responsabilidad civil de los jueces.

Pero si tenemos que convivir con la expresión, hay que entenderla, simplemente, como una reiteración, como un pleonasma, de la naturaleza resarcible del daño a la integridad psicofísica.

### **1.3.6. Legislación Comparada**

#### **1.3.6.1. El valor de la investigación histórica y de la comparación jurídica**

El Código Civil, qué duda cabe, es un producto de la cultura, entendida, esta última, como modo de ser de una sociedad en un espacio y lugar determinados. (Thomas, 2003) En no menor medida, sin embargo, la codificación refleja también la formación cultural de sus artífices.

Es a todas luces ilegítimo atribuir a la defectuosa regulación de la responsabilidad extracontractual en nuestro Código Civil que, con la del libro de obligaciones y la del libro de sucesiones, es una de las que más falta a la coherencia, y de peor estructura interna- todos los problemas que dificultan la labor de quienes se encargan de la administración de justicia. Pero conocer la historia de la elaboración de tales normas, así como el contexto original de la institución jurídica que ellas regulan, es de indiscutible utilidad y valor en la formación académica.

El trasfondo histórico de la elaboración de las normas a pesar de que, inexplicablemente, no se disponga de una exposición de motivos atendible para desentrañar su origen-, puede reconstruirse a partir de las fuentes legales que le sirvieron de inspiración.

Contra lo que se podría apreciar, a primera vista, la búsqueda que se propone resulta sencilla, por cuanto el *modus operandi* privilegiado por nuestros codificadores ha sido, desde el inicio de nuestra vida republicana, la importación normativa.

Los ordenamientos jurídicos se transforman, principalmente, mediante importación de normas, y en ocasiones, de íntegros textos legales. Los comparatistas no tienen dudas sobre este fenómeno, y hablan de “imitación” o de trasplantes jurídicos, para significar, ni más ni menos, la circulación de soluciones, esquemas y modelos de un lugar a otro, sea por imposición, sea por prestigio. Al mismo tiempo, se concluye convincentemente que la eficiencia social y económica de tales mutaciones jurídicas está condicionada a la existencia de cimientos idóneos, en el país importador, para la fructificación de los elementos insertados. Un idéntico conjunto de reglas puede funcionar perfectamente en un país, mas no en otro. (Leysser, 2017)

También se importan doctrinas, que no siempre son atendibles, tal cual se señalaba en las páginas precedentes, respecto de la unificación de la responsabilidad civil. Y no son pocas las veces en que se importan, inaceptablemente, problemas jurídicos y polémicas absurdas, que no tienen asidero entre nosotros. El campo de la responsabilidad extracontractual no escapa a estas anomalías. (Espinoza, 2000)

Si bien la importación normativa ha imperado entre los legisladores peruanos, desde nuestro primer proceso de codificación, con resultados las más de las veces desfavorables, ello no quiere decir que el camino quede cerrado a la originalidad y a la creatividad.

Aquí el estudio de la experiencia extranjera y la comparación jurídica juega un doble papel: si se decide importar, es posible determinar lo aconsejable de un modelo, atendiendo a su eficacia en el ordenamiento del que es originario, y también determinar cuál es el mejor modelo; si, por el contrario, se decide crear, puede acumularse información valiosa sobre los defectos de los sistemas foráneos, para evitar incurrir en ellos.

Pero la historia reviste también una importancia pedagógica, dado que permite rastrear los orígenes de un sistema catalogado como erróneo, y en el mejor de los casos, la identificación de las razones que determinaron los

errores y defectos de la regulación. Los resultados del análisis histórico sirven de advertencia para evitar que los defectos generados en el pasado no se repitan.

Del excelso profesor de la Universidad de Florencia, Paolo Grossi, se aprende que los historiadores del derecho cumplen la noble tarea de actuar como “conciencia crítica” de los juristas.

### **1.3.6.2. De la venganza privada a las formas resarcitorias de composición: las xii tablas romanas**

La historia demuestra que en todas las sociedades se han presentado formas de represión de las conductas consideradas contrarias a la convivencia, y peligrosas, a fin de cuentas, para la propia conservación de sus integrantes.

Se ha establecido, en relación con la materia de nuestro interés, que la venganza fue el primer mecanismo de composición del conflicto social generado por la comisión de un daño. Se ha especulado certeramente, empero, que semejante solución precedía, más bien, la existencia misma del derecho, es decir, que solamente era concebible bajo el llamado “estado natural”.

Famosamente, diversas reglas del Código de Hammurabi admitían la aplicación de las normas de forma en que cada uno actuaba en beneficio propio o en venganza y en las leyes de Moisés, según consta en la Biblia, y en las XII Tablas romanas. (Attilio, 1925)

Hay que saber, sin embargo, que en todos los documentos históricos citados ya se contemplan formas de tipo pecuniario.

En las XII Tablas (siglo V a.C.), por ejemplo, ya es clara la diversidad de sanciones, según el supuesto que se presentaba. Además da a conocer que el sujeto que provocó el daño no reciba una sanción.

La primera etapa histórica cede su lugar a la creación de instrumentos predominantemente resarcitorios. Todo parece indicar que la evolución se

produce, en gran medida, por lo sencillo que resultaba advertir cuán absurda era la venganza, la cual, a fin de cuentas, no repara absolutamente nada, por limitarse a satisfacer el sentimiento personal de revancha del agraviado a costa de la generación de un nuevo daño. (Attilio, 1925)

Mas no debe creerse que los remedios de carácter pecuniario hayan estado libres de críticas en tiempos pretéritos. Ha llegado hasta nuestros días un testimonio sobre un rico ciudadano romano que caminaba con una bolsa repleta de monedas, y que se divertía abofeteando transeúntes, a los cuales resarcía de inmediato.

### **1.3.6.3. Premisa sobre la redacción de estudios jurídicos en el Perú**

Pensemos en la jornada habitual de un estudioso peruano del derecho -catedrático, investigador, estudiante, sin distinción, que decide escribir sobre cierta figura, participar en alguna polémica, anotar una sentencia o redactar un comentario sobre un nuevo libro.

Aun si nos circunscribiéramos al campo del derecho civil, es sencillo advertir la muy antigua costumbre de citar el pensamiento de juristas foráneos para reforzar (cuando no para importar) una opinión. Ello no debe generar extrañeza; así escribían, entre nosotros, Manuel Lorenzo de Vidaurre, Toribio Pacheco, José de la Riva-Agüero y Osma, y Manuel Augusto Olaechea.

A mí me ha tocado comprobar la distinta forma de proceder de los investigadores europeos.

Los juristas franceses, por ejemplo, se caracterizan por la autosuficiencia absoluta; no existen traducciones al francés de obras de derecho escritas en otros idiomas (creo que una rara excepción, para nada reciente, fue la *Reine Rechtslehre* de Hans Kelsen), y los textos mismos destacan por su prescindencia de las fuentes foráneas.

Recuerdo, de todas formas, que a inicios del siglo XX se contaban dos estudiosos de excepción: Raymond Saleilles y René Demogue. Pero el primero era un comparatista, uno de los más grandes de la historia, y el segundo, una *rara avis*, que prácticamente dialogaba en sus escritos con los colegas italianos y alemanes, sin inconvenientes.

La redacción “a la francesa”, es decir, con autosuficiencia, identifica desde hace mucho tiempo a los autores argentinos, y en los últimos años a los colombianos.

En el primer caso, la patología no nos interesa, siempre que ella no pierda su carácter local y nos contamine, porque hay que tener en cuenta que ha tenido la costumbre de venir de la mano con la tergiversación de las obras extranjeras que circulaban, con envidiable facilidad, en las Universidades argentinas.

En el segundo caso, hasta se puede postular la existencia, en Colombia, de un sector francófilo (pienso en casi todos los estudios dedicados a la responsabilidad civil y al derecho de obligaciones) y de un sector italianista (en materia de fundamentos del derecho civil, en especial, del derecho de contratos).

Los juristas alemanes fueron autosuficientes. No es exagerado sostener que se les debe la refundación del derecho romano, para pesar, y envidia, de sus colegas italianos. Hoy, sin embargo, los caracteriza una parcial e inaudita dependencia: nada de bibliografía francesa, italiana ni española, sino una alarmante apertura frente a la doctrina y filosofía estadounidense. (Friedrich, 1857)

Dependiendo de su mayor o menor fortuna, el estudioso peruano, común y corriente, dispondrá de tales fuentes. (Carnelutti, 1941), denunciaba que muchos consideraban el estudio del derecho extranjero como un lujo de la cultura.

Aunque el célebre autor refutaba dicha suposición -y era natural que lo hiciese, si se tiene en cuenta que era, acaso, el más traducido de los autores italianos-, yo juzgo que aquel desmentido dictamen es verdadero.

En mi época de estudiante universitario, leía frecuentemente a los civilistas argentinos; sus libros eran accesibles (mucho más que los españoles), admiraba su prosa, y los escuchaba con atención en los congresos limeños donde participaban como ponentes.

Ahora creo que la utilidad de todos esos textos, sin excepción, se limita a la información que nos pueden brindar sobre otros sistemas (especialmente, sobre el sistema francés).

Después pasé a consultar obras italianas; al inicio, en versiones castellanas, cuya pauta eran las notas de concordancia o adaptación al derecho civil español, que entorpecían la lectura (por su dimensión, que a veces hacía triplicar el número de páginas del texto traducido, y sobre todo, por su absoluta extrañeza al ordenamiento jurídico peruano); posteriormente, en lengua original.

A través de estas últimas lecturas puede conocer mejor los sistemas alemán y francés. Las traducciones al italiano, por otro lado, se identifican por contener notas útiles, aclaradoras de términos de difícil adaptación, y referencias de índole contextual sobre los textos traducidos.

Sin perjuicio de todas las premisas anteriores, creo que no es una desventaja contar únicamente con fuentes sudamericanas, escritas en nuestro propio idioma. Siempre que exista conciencia sobre el limitado aporte de aquellas, el intérprete autóctono tiene plena libertad para crear y cubrir los eventuales vacíos con su sentido común, con sus propias contribuciones (Bullard, 2002).

En oposición, considero que la única manera legítima de escribir sobre el derecho en el Perú, cuando se tiene a la mano, excepcionalmente, fuentes escritas en idiomas extranjeros, o de difícil acceso en nuestro medio, consiste en reproducir los enunciados que sustentan nuestras reflexiones, debidamente traducidos, de ser el caso (Cotler, 1988). No cabe duda de que con ello se afea la redacción, la cual corre el riesgo de concretizarse en una recopilación de porciones de textos, unidas por meras conjunciones.

No faltan, desde luego, ejemplos de esta deformidad entre nosotros, pero aquí no viene al caso recordarlos ni deben desalentarnos, con la pésima imagen que brindan del trabajo científico. En todo caso, pueden servirnos de modelos sobre cómo no se debe proceder.

Lo realmente importante es tener el cuidado de reproducir lo que sea provechoso de nuestras lecturas extranjeras, con la satisfacción de poder contribuir al conocimiento de ellas por parte de los lectores.

Con ello pierden sentido, igualmente, algunos recursos técnicos de la redacción de textos científicos en general. Son clásicas, por ejemplo, las abreviaturas. Pues bien, estimo que ambas deberían ser evitadas por el estudioso peruano que dispone de bibliografía privilegiada. Yo no puedo

dejar constancia de la opinión de un autor extranjero y sugerir a los lectores de mi país, con egoísmo consciente o inconsciente, que “vean” o “confronten” textos que, las más de las veces, no tienen a su disposición. (León, 2017)

Esto, como nos previene (Bullard, 1998), es puro afán de erudición, dirigido en gran parte a empapelar e impresionar sobre la base de la forma y la apariencia, y que puede “convertir al derecho en una suerte de esquema de reglas más formales que sustantivas, donde las estrategias priman sobre los fundamentos”.

A continuación, tendremos oportunidad de ver cómo uno de los pies de barro de la categoría “daño a la persona” es, precisamente, la carencia de información sobre el contexto en el que ella fue generada; un defecto atribuible, y reprochable, a quienes la importaron de Italia.

#### **1.3.6.4. El sistema francés y su influencia en la normativa peruana: daño material e inmaterial (moral)**

No reviste ninguna dificultad analizar el sistema francés. La distinción tradicional es más bien sencilla: están los daños materiales, que afectan los bienes del individuo, y los daños inmateriales, o morales, que afectan todo lo que no pueda considerarse en el campo anterior (Savatier, 1931).

Se ha sostenido que los trabajos preparatorios del *Code Napoléon* no permiten deducir con certeza que los legisladores hayan tenido la intención de prohibir una expansión del concepto de *dommage* a los daños morales (Ferri, 2000). A fin de cuentas, en el artículo 1382 de dicho Código se menciona el término *dommage* a secas, y no existe impedimento para una interpretación amplia. (Navarretta, 2002)

No obstante ello, hay quien advierte que con tal proceder los redactores del *Code* “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. (De Trazegnies, 1988)

Las teorías mixtas refiere (Ferri, 2000), admitían la reparación del daño moral solo cuanto este tenía un carácter material, con lo que el daño material otorgaba el derecho a que sea resarcido mediante un pago pecuniario.

Al final, y pasadas las referidas incertidumbres, la jurisprudencia francesa reconoce que el daño moral es resarcible. Para estos efectos, la noción de la categoría que los jueces emplean es bastante amplia, conforme a la indicada por Gabba. Desde esta perspectiva, entonces, es dado afirmar que el daño a la persona, según la definición aquí brindada porque la expresión es desconocida en la doctrina francesa, queda comprendido en el daño moral. Este es un sistema que ha funcionado sin inconvenientes por más de ciento cincuenta años. (Fernandez s. C., 1985)

Es de destacar, así mismo, que los autores franceses no hablan de patrimonio: la distinción entre daño material e inmaterial es prácticamente objetiva.

Esta clasificación, que distingue los daños materiales de los inmateriales, cobró gran ascendencia en la doctrina argentina, incluso en el pensamiento del legislador Vélez Sarsfield.

La confusión terminológica en esta área cuyos efectos parecen haberse reflejado, en no escasa medida, entre nosotros comienza con la importación de las expresiones “daño patrimonial” y “daño no patrimonial” o “extrapatrimonial”, tomadas del sistema italiano, que las recoge, a su vez, del derecho alemán. Hay, entre los argentinos, quienes han llegado a apuntar, tautológicamente y aparatosamente, que:

El daño extrapatrimonial o moral se caracteriza por su proyección moral, sea que el hecho generador lesione un derecho subjetivo patrimonial o extrapatrimonial, y a renglón seguido, que “la persona es un proyecto de vida y todo lo que afecte a ese proyecto configura daño a la persona. Se le denomina también daño no patrimonial, biológico, a la salud, extraeconómico, a la vida de relación, inmaterial, a la integridad sicosomática, no material (Alterini, Ameal, & López, 1996).

#### **1.3.6.5. Autonomía del sistema alemán: daño patrimonial y no patrimonial**

Conviene empezar recordando, aunque sea reiterativo, la importancia del concepto “patrimonio” en la doctrina civilista alemana, desde la época de los pandectistas.

El patrimonio es el conjunto de los derechos evaluables en dinero que corresponden a una persona; para (Tuhr, 1996), constituye un poder económico, que ofrece los medios materiales para la consecución de los fines de la vida individual.

Teniendo en cuenta el carácter fundamental de esta idea, alrededor de la cual giran muchas otras categorías, la hora de distinguir los daños, la clasificación propuesta diferencia el daño patrimonial del daño no patrimonial.

(Santos, 1958), escribe que el daño a indemnizar se determina normalmente *según la persona y el patrimonio del que tiene derecho a la indemnización*, y se encarga de formular esta distinción como sigue:

“Daño material es el daño patrimonial que puede originarse directamente en forma de privación, menoscabo o deterioro de un *bien patrimonial*, o indirectamente, p, ej, en forma de pérdida de adquisiciones o de ganancias o de causación de gastos necesarios originados por el daño. Daño «inmaterial» o «ideal» es el daño directo que alguien sufre en un *bien de la vida* (como la salud, el bienestar corporal, la libertad, el honor) *que no puede ser valorarlo en bienes patrimoniales*.

En el artículo 185, 2º párrafo, del Código Penal italiano de 1930 se establece que “todo delito que hubiere ocasionado un daño patrimonial o no patrimonial obliga al resarcimiento, tanto al culpable cuanto a las personas que, de acuerdo con las normas del derecho civil, deben responder por los hechos del culpable”; así mismo el Código Civil en su artículo 2059, en análisis señala que cuando se producto un daño que no sea de carácter patrimonial, se aplicara la ley conforme corresponda.

(Patti, 1989), uno de los más insignes estudiosos italianos del derecho alemán, define el daño patrimonial como la pérdida experimentada por un sujeto en su patrimonio a causa de un determinado evento lesivo, aun cuando dicha pérdida fuera debida a un perjuicio contra su persona. (Cesare, 2000), hace otro tanto con el daño no patrimonial, que concibe como la lesión de

intereses no económicos, es decir, la lesión de intereses que según la conciencia social no son susceptibles de valorización económica.

El mismo (Patti, 1989), hace ver que el término patrimonio debe ser entendido como suma de las capacidades de una persona, como *potentia*, es decir, como conjunto de posibilidades atribuibles a un sujeto; de tal forma, se evita incurrir en la errónea idea de que los sujetos que no son titulares de bienes no pueden sufrir daños patrimoniales. Es evidente que conforme a la clasificación alemana, el daño no patrimonial comprende tanto el daño moral cuanto el daño a la persona.

Básteme citar, como ejemplo de esta mala lectura, a (Zannoni, 1987), quien entiende que el daño patrimonial es “la lesión o menoscabo que afecta un interés relativo a los bienes del damnificado, es decir, sobre los bienes que integran su esfera jurídica que, por ende, *le pertenecen* , mientras que el daño no patrimonial “en consonancia con el valor negativo de su misma expresión literal, es todo daño privado que no puede comprenderse en el daño patrimonial, por tener por objeto un *interés no patrimonial*, o sea que guarda relación a un *bien no patrimonial*.

#### **1.3.6.6. La evolución en el sistema italiano: historia oficial del daño a la persona**

Como he expuesto, también en el sistema italiano el daño se distingue en patrimonial y no patrimonial.

Recapitulo, con didácticas expresiones de (Corsaro, 1991), que el daño patrimonial:

“Está constituido por las consecuencias desfavorables de naturaleza económica de una determinada lesión. Es indiferente, desde este punto de vista, la naturaleza patrimonial o no patrimonial del bien o del interés lesionado, porque consecuencias de naturaleza económica, y por lo tanto un daño patrimonial, pueden derivar, tanto de la lesión de un bien patrimonial, cuanto de la lesión de un bien de naturaleza no patrimonial: piénsese en la pérdida de clientela sufrida a causa de la publicación de una noticia en un periódico, que luego se revela como no verdadera, que provoca descrédito a su actividad profesional. El bien quebrantado es no patrimonial: la reputación

del profesional, pero su lesión también produce consecuencias de naturaleza patrimonial.

El daño no patrimonial, entendido en una acepción restringida, consiste en el dolor, en el sufrimiento, físico o espiritual, que la persona sufre por efecto del evento lesivo (y a este fenómeno se da, normalmente, el nombre de daño moral, a veces denominado daño moral subjetivo); entendido en una acepción lata, comprende todas las situaciones negativas de naturaleza no económica del evento lesivo consecuencias que no son susceptibles de una evaluación objetiva y directa en dinero. En esta categoría cobran relevancia las consecuencias no patrimoniales de la lesión de la persona y de los llamados derechos de la personalidad. Estas se concretan en el sufrimiento psicofísico, en la perturbación del ánimo, en el descrédito, en la pérdida de prestigio, etc., que la persona sufre a consecuencia del hecho ilícito de otro. También el Estado y los entes en general están legitimados a accionar judicialmente para el resarcimiento del daño no patrimonial, identificado en la pérdida de prestigio, en el perjuicio moral sufrido por el hecho ilícito delito de sus propios dependientes. (Corsaro, 1991)

Yo me conformaría con repetir aquí una opinión de (Messinetti, 1992): si el concepto de persona no puede ser socialmente» domado a través del concepto de responsabilidad, el daño a la persona no puede ser construido como un daño especial ni como un sistema de daños especiales, pero prefiero abundar, aunque sea brevemente, en algunos aspectos históricos.

Es cierto que la expresión cuestionada figura en el Código Civil de 1942, en el artículo 2057:

“Cuando el *daño a las personas* tiene carácter permanente la liquidación la puede realizar el juez, tienen en cuenta las condiciones de las partes y la naturaleza del daño, bajo la forma de una renta vitalicia. En dicho caso, el juez dispone las medidas necesarias”, pero nada de tal disposición permite considerar que ella tenga algún valor sistemático; es más, dos de los primeros escritos en los que aparece la expresión, y sin mayores pretensiones, son voces enciclopédicas del decenio 1950-1960, debidas a (Gentile, 1962). A este último autor se debe la opinión de los problemas del vasto campo de la responsabilidad civil.

En ambos trabajos, y en los escasos estudios dispersos, el daño a la persona no sirve más que como una locución para identificar el daño a la integridad psicofísica. A ello se debe, tal como hemos dicho, que este daño haya sido asimilado al daño a la salud.

En un intento de aprovechar al máximo el sentido de la expresión (Monateri, 1998), sostiene que cuando se cause un perjuicio a una persona se aplica clases de daño, sin importar si estos son asumidos como resarcibles o no: que son el daño a la salud psicofísica, daños por sufrimiento y daño biológico.

En el derecho italiano expone, con minuciosidad, el profesor de la Universidad de Turín, el área de los daños *sub a)* y *sub c)* está comprendida en la categoría de los daños patrimoniales resarcibles en virtud de la cláusula normativa general sobre la responsabilidad por hecho ilícito:

“Al área *sub d)* se le ha venido imponiendo la etiqueta afrancesante de *daños morales*, o bien la etiqueta germanizante de *daños no patrimoniales*. Estos daños son resarcibles dentro de los límites impuestos por el artículo 2059 del Código Civil. Dado su carácter, hay quienes prefieren hablar de indemnización, y otros de pena. El área de los daños *sub b)* fue descuidada por mucho tiempo. La bipartición, aparentemente exhaustiva, entre daños patrimoniales y no patrimoniales impedía considerar de manera autónoma dichos daños. Ellos tenían que entrar, forzosamente, en una u otra clase, y si no existían repercusiones en el rédito, [...] debían ser equiparados a las aflicciones y a los malestares de ánimo, y resarcidos, en consecuencia, dentro de los límites del artículo 2059 del Código Civil. Para los tipos de daño señalados *retro*, *sub b)* ahora predomina el nombre de daño biológico o daño a la salud, y estos se consideran resarcibles fuera de los límites del artículo 2059 del Código Civil (Monateri, 1998).

(Monateri, 1998), es particularmente crítico con la distinción, y llega a postular su falsedad. Para ello se sirve del análisis histórico, y refiere: “la locución «daño no patrimonial» no es autóctona, sino importada y calcada del alemán *nicht Vermögenschaden*. Solo que el BGB contiene, en su 253, la disposición en virtud de la cual «por un daño que no es daño patrimonial se puede pretender el resarcimiento en dinero solamente en los casos

determinados por la ley» (norma que fue calcada en el artículo 2059 del Código Civil), pero dispone expresamente en su 847: “En caso de lesión del cuerpo o de la salud, y también en el caso de privación de la libertad, el afectado puede pretender un resarcimiento equitativo en dinero también por el daño que no es daño patrimonial” (norma que, para mala suerte, fue olvidada en el trasplante)”

Luego, convencido de su propósito, afirma que para desvirtuar la bipartición es suficiente probar que existe un supuesto que no pertenezca necesariamente a alguna de los dos rubros. Y aquí, ni más ni menos, radicaría el talón de Aquiles de la distinción, porque existen daños a la integridad física que no tienen repercusiones en el rédito (como la lesión permanente que sufriera un pensionista), y que tampoco se traducen en aflicciones (como la lesión cerebral), aun cuando existan minusvalías para el sujeto lesionado. (Monateri, 1998)

Como he anotado líneas arriba, el artículo 2059 del Código Civil italiano limita el resarcimiento de los daños no patrimoniales a los casos “determinados por la ley”. Esta frase ha sido interpretada tradicionalmente como una rigurosa limitación de estas posibilidades resarcitorias solo a los daños derivados de la comisión de un delito, en concordancia con lo prescrito en el citado artículo 185 del Código Penal.

“Generalmente (Franzoni, 2001), los intérpretes concuerdan en atribuir al artículo 2043 del Código Civil el contenido de una cláusula normativa general, en cuanto a la definición del «daño injusto», y han destacado la necesaria previsión de la patrimonialidad del daño en la parte final de la disposición señala el carácter obligatorio de subsanar el daño. Es así como el compromiso de una situación protegida, entendida como lesión de un interés merecedor de protección según el ordenamiento jurídico, para permitir el remedio resarcitorio, debe ser causa de una pérdida patrimonial en la esfera de la víctima. Esta pérdida patrimonial para permitir la aplicación de la responsabilidad civil, puesto que el daño no patrimonial es resarcible sólo en los casos previstos por la ley, según el artículo 2059 del Código Civil; y tradicionalmente, estos casos se han identificado con el daño moral subjetivo del artículo 185 del Código Penal, salvo alguna rara excepción.

Estas dificultades, generadas por una imperfecta clasificación, y una legislación restrictiva, han conducido a la creación del “daño biológico”. Así, cuando una persona sufre una lesión corporal a causa del ejercicio de una actividad peligrosa, por ejemplo, se encontrará legitimada a demandar resarcimiento por tres conceptos: daño patrimonial, en virtud de la cláusula normativa general de responsabilidad extracontractual (artículo 2043), daño no patrimonial (daño moral, artículo 2059) y daño biológico.

(Paradiso, 1996), define el daño biológico como “la lesión de la integridad psicofísica de la persona que prescinde de las eventuales consecuencias en la capacidad de trabajo de la víctima que deben resarcirse a parte, como daño-patrimonial.

Esta figura fue elaborada por la Corte Costituzionale italiana (sentencia n. 184, del 14 de julio de 1986), luego de una sucesión de sentencias de tribunales genoveses que culminaron en una cuestión de legitimidad contra el limitativo artículo 2059. La Corte resolvió apoyándose en el artículo 32 de la Constitución republicana de 1948, que reconoce la protección de la salud en cuanto derecho fundamental del individuo, y fue así como la máxima jurisprudencial consagrada en dicho fallo dijo como sigue:

“Puesto que: *a)* el artículo 2059 del Código Civil atiende exclusivamente a los daños morales subjetivos y no excluye que otras disposiciones prevean la resarcibilidad del daño biológico, considerado en cuanto tal; *b)* que el derecho viviente identifica en el artículo 2043 del Código Civil, en relación con el artículo 32 de la Constitución, la disposición que permite el resarcimiento, en todos los casos, de dicho perjuicio; resulta infundada, entonces, la cuestión de legitimidad constitucional del artículo 2059 del Código Civil, en la parte en que prevé la resarcibilidad del daño no patrimonial que deriva de la lesión del derecho a la salud sólo a consecuencia de un delito, en referencia a los artículos 2, 3, 24, 32 de la Constitución.

(Zatti & Colussi, 1999) resumen en los siguientes términos el esquema resarcitorio que resulta del citado fallo de la Corte Costituzionale:

- a) Al interior del concepto de daño se debe distinguir el *daño-evento* de los *daños-consecuencias*-, el daño-evento consiste en la *lesión del interés protegido*, en sí misma considerada; los daños-consecuencias son aquellos perjuicios ulteriores, de orden *patrimonial* o *moral*, que derivan de la lesión.
- b) El *daño biológico* es el *daño-evento*, constituido por la *lesión, en sí misma considerada*, de la integridad psicofísica (derecho absoluto protegido por el artículo 32 de la Constitución), y debe ser distinguido, por lo tanto, sea de las *consecuencias* de orden *patrimonial*, sea de aquellas de orden *moral*.
- c) El artículo 2059, aun cuando textualmente referido al daño “no patrimonial” debe ser entendido, según la interpretación comúnmente acogida, en “sentido restrictivo: limita, en otras palabras, solo a los casos previstos por la ley el resarcimiento de las *consecuencias* de carácter *moral* (*daño moral subjetivo* o *pretium doloris*).
- d) El *daño biológico*, como *daño-evento*, no recae, entonces, en el ámbito del artículo 2059 del Código Civil, y es resarcible sobre la base de la previsión general del artículo 2043 (“todo hecho [...] obliga a resarcir el *daño*”).

“En caso de lesión del derecho a la salud -concluyen los autores citados- el daño resarcible se compone de tres elementos: *a*) el daño biológico (daño-evento); *b*) el eventual daño patrimonial y *c*) el daño moral subjetivo (*pretium doloris*) en los casos determinados por la ley”; pero previenen, de igual forma, contra cierto riesgo de “explosión” de la responsabilidad, porque puede dar lugar a una reproducción para la lesión de diversos intereses no patrimoniales: “Si el daño resarcible es el daño- evento, es decir, la lesión del interés protegido, en sí misma considerada, el ámbito del remedio resarcitorio deviene difícilmente controlable. (Zatti & Colussi, 1999).

El temor de los catedráticos de la Universidad de Padua es del todo razonable, a juzgar de la proliferación inacabable de nuevas voces de daño: “daño estético”, “daño a la vida de relación”, “daño hedonístico”, y más

recientemente, el “daño existencia]”, que cuenta hasta con una sentencia de la Corte di Cassazione favorable al reconocimiento de su naturaleza resarcible

### **1.3.6.7. Cómo no hacer las leyes civiles: el proyecto de Código Civil Argentino de la comisión alterini**

Una de mis mayores sorpresas ha sido constatar en múltiples trabajos de estudiosos peruanos referencias al Proyecto de Código Civil argentino elaborado por una comisión presidida por Atilio Aníbal Alterini, e integrada por Héctor Alegría, Jorge Horacio Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera y Horacio Roitman. (León H. L., 2017)

Se trata de una mole de más de 2,500 artículos, que su promotor presenta como el resultado de coincidencias a las que los redactores han llegado luego de fructíferos debates, en los cuales se depuso siempre el preconceito personal en aras de soluciones que se han procurado adecuar a los criterios de racionalidad y de justicia.

Ya he tenido oportunidad de referirme a los defectos de este documento, en especial por su presentación en forma de tratado, excesivo en definiciones, y contrariamente a los términos de Alterini, favorable a su particular visión de las instituciones del derecho civil, invariablemente caracterizada por el análisis superficial, cuando no por la mera reseña. El mismo tiene escrito que “las meras abstracciones, aunque estén dotadas de belleza argumental, suelen ser irrelevantes para la obtención de soluciones justas. (Alterini, 1992).

Sin embargo, en su Proyecto se dice, sin nada de belleza, que “son personas jurídicas todos los entes, distintos de las personas humanas, a los cuales el ordenamiento jurídico les reconoce aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones” (artículo 138); o, sin nada de coherencia, que “son actos jurídicos los actos voluntarios lícitos que tienen por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, trátase de adquirir, modificar o extinguir derechos” (artículo 250); o, sin nada de discreción legislativa, que “las escrituras públicas son los instrumentos matrices extendidos en el protocolo de los escribanos públicos o de otros funcionarios autorizados para ejercer las mismas funciones, que contienen uno o más actos

jurídicos” (artículo 275); o, sin nada de técnica legislativa, que “puede demandarse la invalidez o la modificación del acto jurídico cuando una de las partes obtiene una ventaja patrimonial notablemente desproporcionada y sin justificación, explotando la necesidad, la inexperiencia, la ligereza, la condición económica, social o cultural que condujo a la incompreensión del alcance de las obligaciones, la avanzada edad, o el sometimiento de la otra a su poder resultante de la autoridad que ejerce sobre ella o de una relación de confianza. La explotación se presume cuando el demandante prueba alguno de estos extremos o que fue sorprendido por la otra parte y, en todos los casos, la notable desproporción de las prestaciones” (artículo 327, 1º. párrafo).

En el tema que nos interesa, destacaré que hay un artículo en materia de bienes propios de cada uno de los cónyuges (artículo 477) donde se excluyen de este rubro “las indemnizaciones por daño *extrapatrimonial* causado a la persona del cónyuge, excepto la del lucro cesante correspondiente a ingresos que habrían sido gananciales”; en otro, incluido en la normativa sobre la separación judicial (artículo 525), se establece: “si la separación se prueba que fue por unos de los cónyuges, tiene la obligación de resarcir el daño moral *daños materiales y morales* que la separación causó al cónyuge inocente. La demanda por daños solo es procedente en el mismo proceso de separación. -Los daños provenientes de los hechos ilícitos que constituyen causales de separación son indemnizables”.

Hasta este punto ya se confundieron la clasificación francesa y la alemana. Pero en el artículo 1600, los redactores del documento, sin recordar cuanto han escrito antes -acaso por el número de páginas acumuladas dan rienda suelta a sus ambiciones magisteriales:

a) El daño patrimonial comprende el daño emergente y el lucro cesante. Se entiende por daño emergente a la pérdida o la disminución de bienes o de intereses no contrarios a la ley; y por lucro cesante, a la frustración de ganancias, en su caso, en razón de la mengua o la privación de la aptitud para realizar actividades remunerables.

b) El daño extrapatrimonial comprende al que interfiere en el proyecto de vida, perjudicando a la salud física o psíquica o impidiendo el pleno disfrute de la vida, así como al que causa molestias en la libertad, en la

seguridad personal, en la dignidad personal, o en cualesquiera otras afecciones legítimas.

c) El daño al interés negativo comprende los gastos comprometidos con la finalidad de celebrar el contrato frustrado y, en su caso, una indemnización por la pérdida de probabilidades concretas para celebrar otro negocio similar; la prueba de estas debe ser apreciada con criterio estricto.

d) Damnificado indirecto es el tercero sobre quien repercute el daño que sufre otra persona.

e) Indemnización de equidad es la que otorga el tribunal, sin sujeción a los criterios del artículo 1609, a favor del titular de un interés cuyo acogimiento es necesario para realizar la justicia en el caso”.

En el artículo 1601 se consideran “daños reparables el daño patrimonial y el daño extrapatrimonial, sea directo o indirecto, así como el daño futuro cierto, y la pérdida de probabilidades en la medida en que su contingencia sea razonable”.

En la definición del daño extrapatrimonial se equipara el daño al proyecto de vida al daño a la salud, es decir, al daño a la persona en sentido estricto (lesión de la integridad, física y psíquica); luego se añade que también está comprendido en este rubro “el daño a la libertad, a la dignidad personal...”, que es también daño a la persona, aunque | en sentido amplio (lesión de derechos de la personalidad), y por último, “cualquiera otras afecciones legítimas”, que es una expresión con la que el repertorio queda abierto.

Y si la intención de (Alterini, Ameal, & López, 1996) y los suyos fue dejar a un lado el daño moral, no lo han logrado: en primer lugar, porque ya lo mencionaron en otros lugares del proyecto; en segundo lugar, porque el daño moral puede ser considerado, justamente, como una afección legítima.

Es ocioso dedicar espacio a comentar un Proyecto como este, que como ya he tenido oportunidad de señalar, es del todo prescindible en una eventual reforma del Código Civil peruano, ahora reactivada mediante la Resolución Ministerial N° 460- 2002-JUS. Pero además de sus falencias, no se le puede dejar de reprochar su infidelidad. (Alpa, 2003)

Infidelidad porque los doctores (Alterini, Ameal, & López, 1996), así como Julio César Rivera han participado en congresos académicos peruanos, en los cuales, al lado de sus demás paisanos, entre los que destacaba Jorge Mosset Iturraspe, no cesaban en halagar las virtudes de la doctrina del daño a la persona, cuando no la “persona” de (Fernandez s. C., 1985). No hay visos de esta categoría en ni una sola de las líneas del voluminoso Proyecto. Atrás parecen haber quedado los tiempos en que se escribía: “siempre en el centro de la cuestión está y debe estar la persona humana, que es un dato biográfico antes bien que un concepto biológico, que es exaltada en el nuevo Código Civil peruano, y cuyos contornos conceptuales han sido magníficamente delineados por el Maestro Carlos Fernández Sessarego. Muchas veces se lo pierde de vista, en discusiones plagadas de desconcepciones, que derivan, seguramente, de que los debates en profundidad sobre las relaciones del Derecho, el Estado, la Economía y el Hombre, se habían ido desvaneciendo, y ahora han sido puestos en el primer plano por las urgencias que derivan de la instalación de las economías de mercado; o que “la idea promisoriosa y fecunda del daño a la persona fue defendida en Perú por un jurista de primera línea, el profesor de la Universidad de Lima, don Carlos Fernández Sessarego, y de allí se extendió a toda América. (Alterini, Ameal, & López, 1996).

Para tener una idea de la falta de coherencia de (Messet, 2000), basta consultar las primeras páginas de su volumen sobre el daño moral. Allí leemos que “el denominado daño moral o agravio moral no repercute en la conciencia sino en el patrimonio, y a renglón seguido, que el daño moral “es rigurosamente un daño a la persona extrapatrimonial.

Pero ahora resulta, además, que (Mosset, 1999) ha condenado el texto propuesto por sus colegas, y es renuente a erradicar las “antiguallas” de su propio Código Civil, entre otras razones, porque le “parece extraño que el Proyecto no recuerde para nada el proceso de codificación de Perú”. Y el doctor Alterini le responde con este incómodo mentís (incómodo y vergonzante para los estudiosos del derecho de nuestro país):

“Le hago saber que el gobierno peruano, a través del Congreso de la República, va a entregar a los firmantes del Proyecto argentino la *Medalla del Congreso*. Que la Comisión reformadora del Código Civil peruano, que viaja

a tal efecto a Buenos Aires, ha expresado en sus sesiones, y públicamente, la importancia del Proyecto argentino, estimando que, de convertirse en ley, será un Código *de vanguardia*. Que en agosto se llevará a cabo en la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa -con los auspicios, entre otros, del Congreso de la República del Perú y de la Corte Superior de Justicia un multitudinario Congreso Internacional para comparar las tareas recíprocas.

Y sin embargo, fue precisamente en Argentina, hacia 1992, donde (Kemelmajer, 1992), con una agudeza superior a la de todos los autores citados, se preguntaba, con verdadero sentido común, si servía al derecho argentino esa “creación pretoriana” de la jurisprudencia italiana que es el daño a la persona, entendido como daño a la salud, y limitaba los objetivos de su importante aporte, pleno de inapelables referencias históricas y jurisprudenciales, al logro de un replanteamiento de la “problemática del daño sicofísico a la persona, la posibilidad de modificar los criterios tremendamente restrictivos en materia de legitimación del daño moral y el auxilio que la informática puede prestar a la magistratura [argentina] para evitar criterios tan dispares en la indemnización de daños análogos.

Con la misma agudeza hay que preguntarnos si sirve al derecho peruano ese “daño a la persona”, y la respuesta, por cuanto no tenemos los problemas y limitaciones del ordenamiento jurídico argentino (especialmente los que derivan de un Código Civil decimonónico, que se presta a las más coloridas interpretaciones), es negativa.

#### **1.4. Formulación del problema**

¿Cómo regular el daño a la persona en el Art. 20 de la Ley 30477?

#### **1.5. Limitaciones**

**De tiempo:** como estudiante tuve que tener en cuenta mis tiempos ya que trabajo y muchas veces no me alcanza para poder modificar algunos aspectos en función a las encuestas.

**De estudio:** en la biblioteca de la universidad sirvió como herramienta principal para la adquisición de libros y revistas jurídicas.

## **1.6. Justificación e Importancia**

Lo que se busca con la investigación es analizar, comparar, sincronizar y funcional en relación a la acción punitiva de la responsabilidad civil extracontractual en función al daño de la persona de acuerdo a la ley 30477 en relación al Art. 20 ya que la acción es analizar, el daño, la culpa y el nexo causal, las cuales generan función frente al derecho de daños en base al régimen subjetivo de la responsabilidad. Por lo que la responsabilidad civil centra su preocupación o dirección jurídica en resarcir el daño y no en identificar o individualizar al que realizó el daño dejando ese criterio tan relevante en el vacío.

Teniendo en cuenta lo señalado anteriormente, diremos que la responsabilidad civil no se enfoca en descubrir al verdadero autor de quien causó el daño, sino en determinar un criterio según el cual se pueda sustituir la atribución del daño en un sujeto distinto al de la víctima.

## **1.7. Hipótesis**

La delimitación de la responsabilidad civil extracontractual para regular e daño a la persona en el Art. 20 de la Ley 30477.

## **1.8. Objetivos**

### **1.8.1. Objetivo General**

Proponer la responsabilidad civil extracontractual para regular el daño a la persona por el Art. 20 de la Ley 30477

### **1.8.2. Objetivos Específicos**

- a) Diagnosticar el estado actual del daño a la persona en el Art. 20 de la Ley 30477
- b) Identificar los factores influyentes en el daño a la persona en el Art. 20 de la Ley 30477
- c) Diseñar la responsabilidad civil extracontractual para regular el Art. 20 de la Ley 30477
- d) Estimar los resultados que generará la implantación la responsabilidad civil extracontractual en el daño a la persona en el Art 20 de la Ley 30477.

## **II. MATERIAL Y MÉTODO**

### **2.1. Tipo y diseño de investigación**

#### **Tipo. Mixto**

El centro de la investigación de tipo descriptivo tiene la finalidad de brindar que se debe de evidenciar los sucesos, práctica y cualidades de la responsabilidad civil extracontractual en función a la regulación del Art. 20 de la Ley 30477.

#### **Diseño: No experimental**

A través del desarrollo de la investigación cuantitativa, busca obtener probar la credibilidad de la hipótesis planteada, la cual en aplicación de este diseño cuantitativo, será cuestionada en base de datos estadísticos.

### **2.2. Variables, Operacionalización**

**Variable Dependiente:** La responsabilidad civil extracontractual

**Variable Independiente:** El daño a la persona

Variables	Definición Conceptual	Dimensiones	Indicadores	Ítem / Instrumento
<b>Independiente:</b>  <b>LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL</b>	<p>Se denomina “responsabilidad civil” o “responsabilidad extracontractual” al fenómeno en virtud del cual, cuando un sujeto causa daños a otro, surge a su cargo la obligación de reparar o indemnizar tales daños. Las normas legales que regulan la responsabilidad civil tienen por finalidad básica establecer criterios que permitan determinar, ante un hecho que ha ocasionado daños, si éstos deben ser soportados por la víctima o por el sujeto que los ha causado. (p.81)</p>	<b>Proporcional</b>	equitativo, congruente, eficaz	Encuesta
		<b>Tipico</b>	regulado, sanción pecunaria, directo	
		<b>Legislación comparada</b>	España, Inglaterra, Brasil	
<b>Dependiente:</b>  <b>EL DAÑO A LA PERSONA</b>	<p>Un daño o perjuicio patrimonial: El daño o perjuicio es todo detrimento, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, etc. Supone pues, la destrucción o disminución de las ventajas o beneficios patrimoniales de que goza un individuo, siempre que estos sean lícitos, ya que la ley no puede amparar situaciones ilícitas o inmorales.(Carmona 2015)</p>	<b>Físicos</b>	integridad corporal- lesiones leves, lesiones graves	Encuesta
		<b>Económico</b>	obligación de pago, obligatorio, carácter reparador	
		<b>Psicologico</b>	aspecto social, aspecto emocional, aspecto afectivo.	

### 2.3. Población y muestra

#### Población

La población es el conjunto de todos los individuos que se desean investigar, en la presente investigación, la población estuvo constituida por los **Responsables**, representada por Abogados especialistas en derecho Civil.

**Tabla N° 01: Datos de los informantes según el cargo que desempeñan**

	N°	%
Abogados Civil.	2474	100%
Total de informantes	2474	100%

*Fuente: Propia de la Investigación.*

#### Muestra

La población de informantes para los cuestionarios los **Responsables**, representada por Abogados especialistas en Derecho Civil.

#### Fórmula:

$$n = \frac{Z^2 (N) (p) (q)}{Z^2 (p) (q) + e^2 (N-1)}$$

#### Dónde:

n = Muestra

(N) = 2474 "Población total"

(p)(q) = 0.1275 "Proporción máxima que puede afectar a la muestra"

Z = 1.96 "El 95% de confianza de nuestro estudio"

e = 0.05 "Margen de error"

$$\Rightarrow n = \frac{(1.96)^2 (2474) (0.1275)}{(1.96)^2 (0.1275) + (0.05)^2 (2474-1)}$$

$$\Rightarrow n = \frac{(3.8416) (2474) (0.1275)}{(3.8416)(0.1275) + (0.0025) (2473)} \Rightarrow n = \frac{1,211.775096}{(0.489804) + (6.1825)}$$

$$\Rightarrow n = \frac{1,211.775096}{6.672304} \Rightarrow n = 181.612 \Rightarrow n = 182$$

## 2.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos, validez y confiabilidad

### La encuesta

La encuesta es una técnica que se manipula con la finalidad de obtener preferencias del objeto de la investigación, por lo que está compuesto por un conjunto de preguntas direccionadas a una muestra específica que simboliza una población, cuya finalidad u objetivo es extraer los conocimientos de la opinión, para lo cual se usó el instrumento del Cuestionario, que es el listado de preguntas.

### Análisis documental

Es una manera u opción de investigación, que conlleva un grupo de acciones científicas, que indagan en narrar y simbolizar los materiales de manera conjunta y sistemática para lograr su finalidad de encontrar solución al problema, en donde como instrumento se esgrimieron el análisis para satisfacer nuestros objetivos.

## 2.5. Procedimientos de análisis de datos.

Para el procedimiento de los datos obtenidos, se ejecutaron gracias a las técnicas e instrumentos de recolección de datos, ejecutando a diligentes personas de la muestra, los cuales son examinados e incluidos a la producto de la investigación como resultado de gran validez, que permita validar la hipótesis, los

datos acopiados serán puestos en contraste en porcentajes con la finalidad para que sean mostrados en información gráfica de estadística.

### **Forma de análisis de las informaciones**

la forma de análisis de las informaciones obtenidas y presentadas como resúmenes, cuadros gráficos, tiene una dirección imparcial, con lo que se maneja la información en base a las variables que han sido confrontadas para comprobar la hipótesis, con lo que la hipótesis tiene la finalidad contrastar y llegar a conclusiones que ayuden el desarrollo de la investigación.

## **2.6. Criterios éticos.**

**Dignidad Humana:** Desempeñando con los adecuados criterios, la idea o el trabajo de campo se situó in situ (Abogados especialistas en derecho civil), con la finalidad de dar a conocer el proceso de la investigación

**Consentimiento informado:** Con el apersonamiento a las personas encuetadas, lo cual fue positivo, para la investigación que ya presentado la idea de la investigación aceptaron ser parte de investigación realizada.

**Información:** Se brindó la necesaria información, para que así se logre con el objetivo de la investigación planteada.

**Voluntariedad:** La voluntariedad como criterio ético juega un papel central ya que gracias a este se da valor a la investigación, mediante la afirmación verdadera con su firma, dieron valides del desarrollo de la investigación.

**Beneficencia:** En aplicación de este criterio los abogados especialistas en materia civil, se otorgó la información de la investigación y los posibles beneficios que se lograría con la realización de la investigación.

**Justicia:** Punto crucial de toda investigación, ya que mediante esta investigación se respeta las normas nacionales e internacionales, y sobre todo busca un beneficio colectivo de la sociedad.

## 2.7. Criterios de Rigor Científico:

**Fiabilidad:** Se muestra a través de la validez de los resultados de la información obtenida, además de las fuentes de información para la valoración de la investigación, también hace referencia al criterio de fiabilidad que hace el recojo de datos en la población aplicada.

**Muestreo:** La aplicación de muestra, es una parte de la población extraída, ya que con este porcentaje de la muestra aplicada a Abogados especialista en lo civil, coadyuvan a la realización y la obtención de los resultados que luego serán expresados gráficamente en los resultados de la investigación.

**Generalización:** Elemento crucial, para el desarrollo de la investigación, ya que se pone en práctica la capacidad intelectual del investigador, aplicando distintos métodos para llegar y obtener un resultado favorable.

### III. RESULTADOS

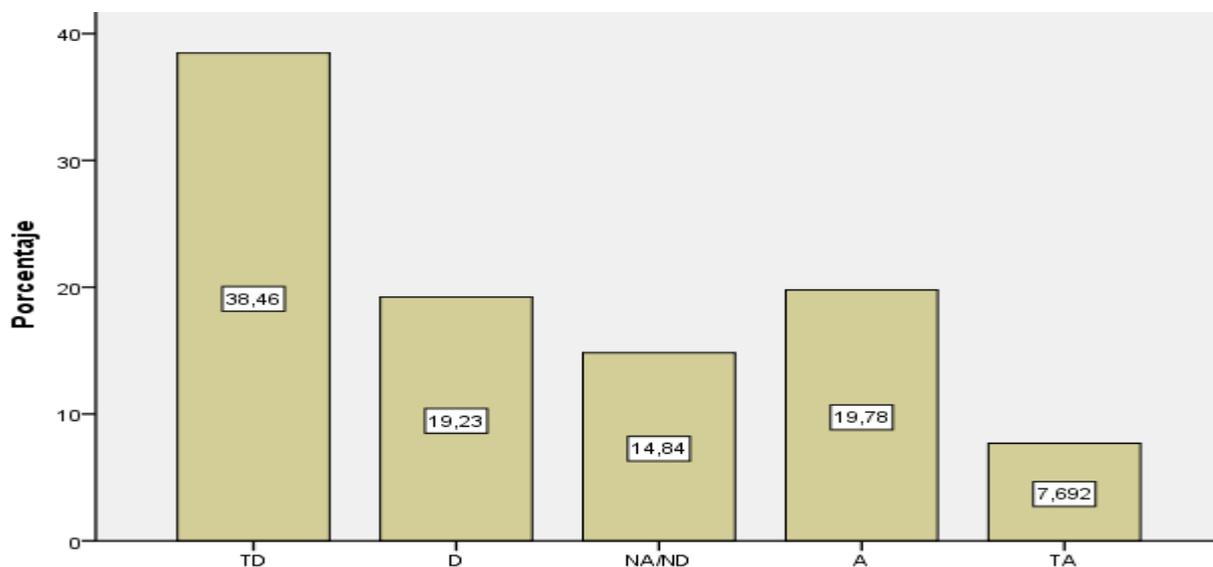
#### 3.1. Resultados en tablas y figuras

##### LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

Tabla 1.- Se aplica inadecuadamente el resarcimiento equitativo en realidad social, en casos de reparación extracontractual

Descripción	Frecuencia	Porcentaje
1 TD	70	38,5
2 D	35	19,2
3 NA/ND	27	14,8
4 A	36	19,8
5 TA	14	7,7
Total	182	100,0

Figura 1.- ¿Considera usted que se aplica inadecuadamente el resarcimiento equitativo en realidad social, en casos de reparación extracontractual?



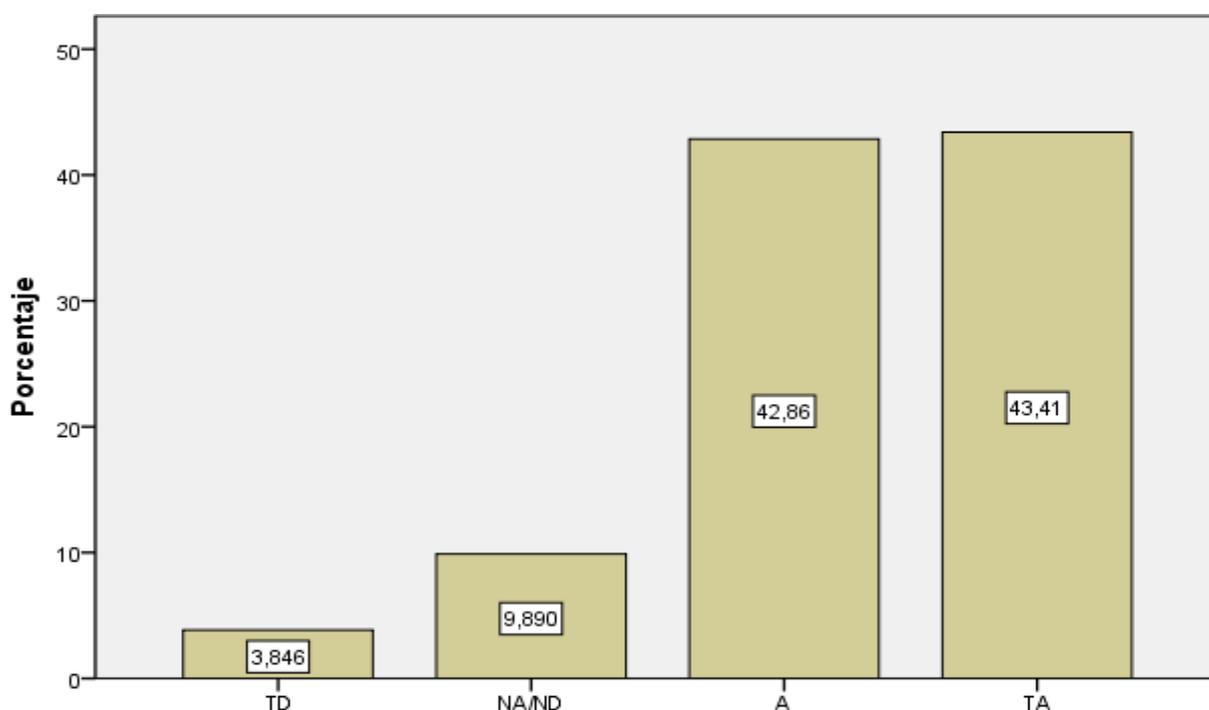
*Fuente:* Encuesta aplicada por el investigador en el mes de Noviembre 2018.

**Descripción 1:** Los resultados en función a si considera usted que se aplica inadecuadamente el resarcimiento equitativo en realidad social, en casos de reparación extracontractual se ha obtenido un resultado de: totalmente en desacuerdo 38,46%, en desacuerdo 19,23%, ni de acuerdo ni en desacuerdo 14,84%, de acuerdo 19,78%, totalmente de acuerdo 7,692%.

**Tabla 2.- Responsabilidad a la autoridad correspondiente en caso de daño a la persona por obras públicas certificadas**

Descripción	Frecuencia	Porcentaje
1 TD	7	3,8
3 NA/ND	18	9,9
4 A	78	42,9
5 TA	79	43,4
Total	182	100,0

**Figura 2.- ¿Considera usted que el legislador debe responsabilidad a la autoridad correspondiente en caso de daño a la persona por obras públicas certificadas?**



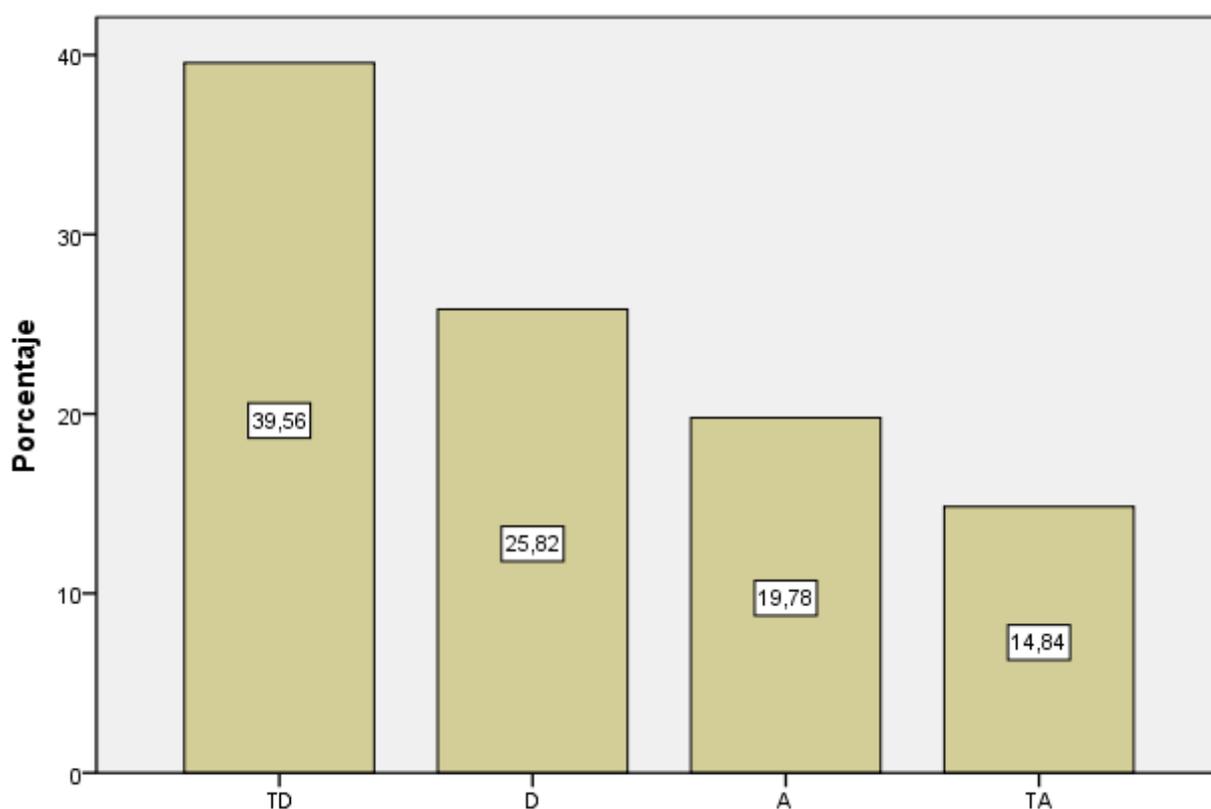
**Fuente:** Encuesta aplicada por el investigador en el mes de Noviembre 2018.

**Descripción 2:** Los resultados en función a si considera usted que el legislador debe responsabilidad a la autoridad correspondiente en caso de daño a la persona por obras públicas certificadas se tiene que: totalmente en desacuerdo 3,846%, en desacuerdo 0%, ni de acuerdo ni en desacuerdo 9,890%, de acuerdo 42,86%, totalmente de acuerdo 43,41%.

**Tabla 3.- Cumplimiento de la responsabilidad civil extracontractual resulta ser ineficiente en la realidad social**

Descripción	Frecuencia	Porcentaje
1 TD	72	39,6
2 D	47	25,8
4 A	36	19,8
5 TA	27	14,8
Total	182	100,0

**Figura 3.- ¿Considera usted que el cumplimiento de la responsabilidad civil extracontractual resulta ser ineficiente en la realidad social?**



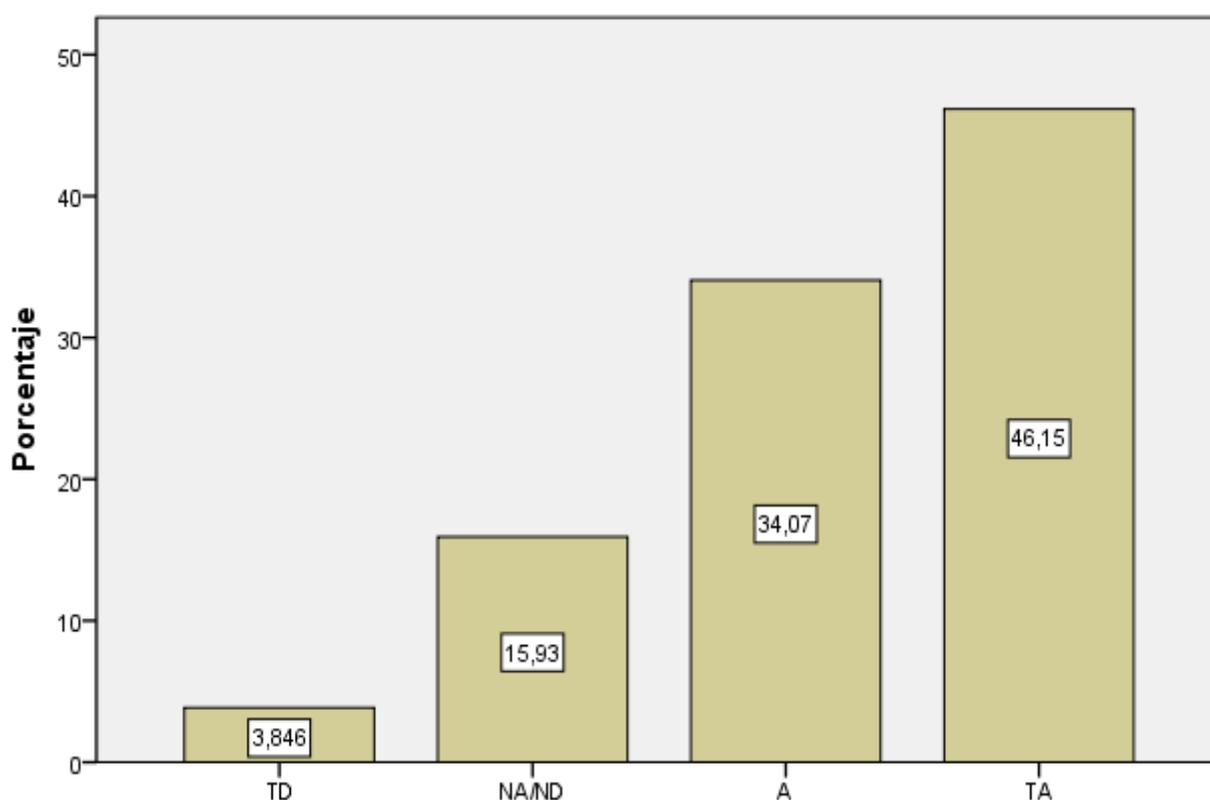
*Fuente: Encuesta aplicada por el investigador en el mes de Noviembre 2018.*

**Descripción 3:** Los resultados en función a si considera usted que el cumplimiento de la responsabilidad civil extracontractual resulta ser ineficiente en la realidad social se tiene que: totalmente en desacuerdo 39,56%, en desacuerdo 25,82%, ni de acuerdo ni en desacuerdo 0%, de acuerdo 19,78%, totalmente de acuerdo 14,84%.

**Tabla 4.- La subsunción de la responsabilidad extracontractual en vía administrativa, para lograr el rápido resarcimiento por el daño**

Descripción	Frecuencia	Porcentaje
1 TD	7	3,8
3 NA/ND	29	15,9
4 A	62	34,1
5 TA	84	46,2
Total	182	100,0

**Figura 4.- ¿Cree usted que no es necesaria la subsunción de la responsabilidad extracontractual en vía administrativa, para lograr el rápido resarcimiento por el daño?**



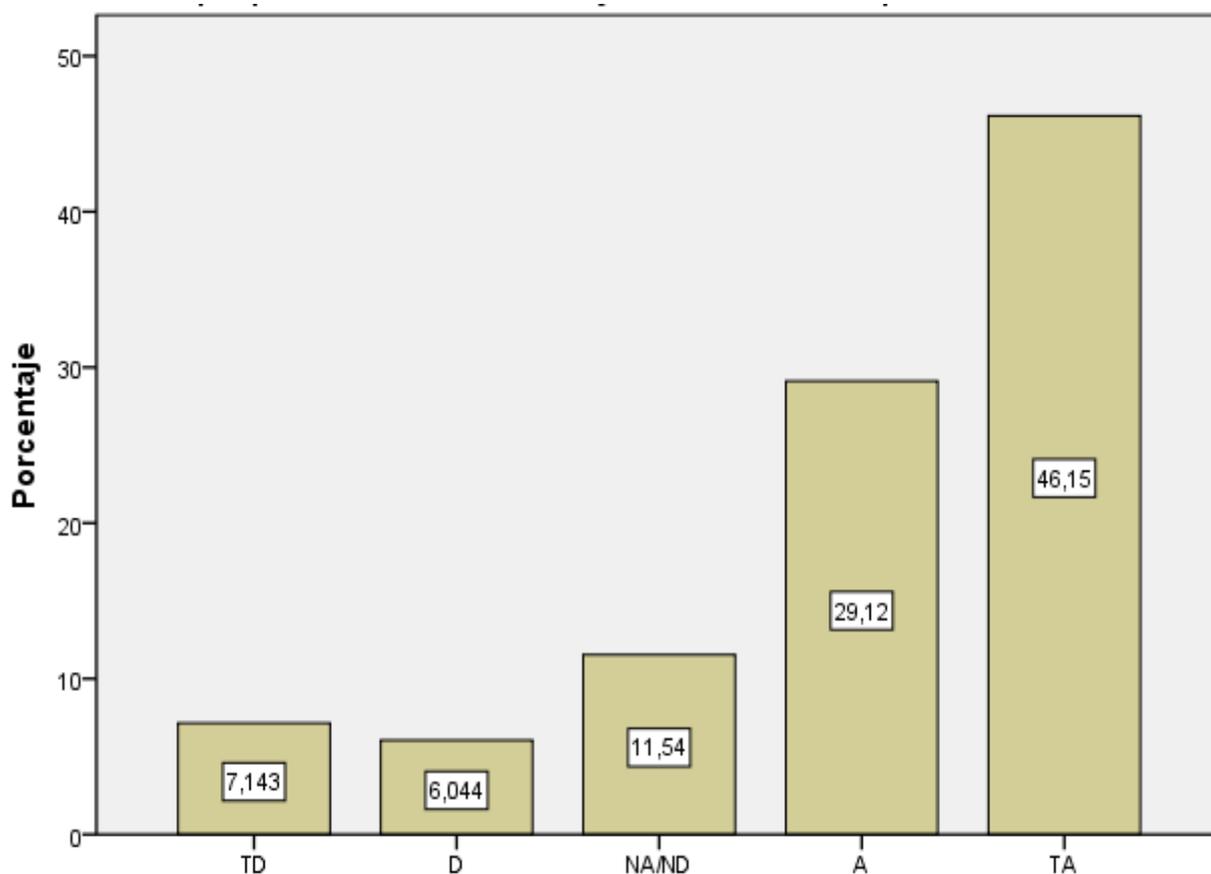
*Fuente: Encuesta aplicada por el investigador en el mes de Noviembre 2018.*

**Descripción 4:** Los resultados en función a si cree usted que no es necesaria la subsunción de la responsabilidad extracontractual en vía administrativa, para lograr el rápido resarcimiento por el daño se tiene que: totalmente en desacuerdo 3,846%, en desacuerdo 0%, ni de acuerdo ni en desacuerdo 15,93%, de acuerdo 34,07%, totalmente de acuerdo 46,15%.

**Tabla 5.- el Estado debería ser responsable por los daños a la persona que pueda causar la mala ejecución de obras públicas**

Descripción	Frecuencia	Porcentaje
1 TD	13	7,1
2 D	11	6,0
3 NA/ND	21	11,5
4 A	53	29,1
5 TA	84	46,2
Total	182	100,0

**Figura 5.- ¿Cree usted que el Estado debería ser responsable por los daños a la persona que pueda causar la mala ejecución de obras públicas?**



*Fuente: Encuesta aplicada por el investigador en el mes de Noviembre 2018.*

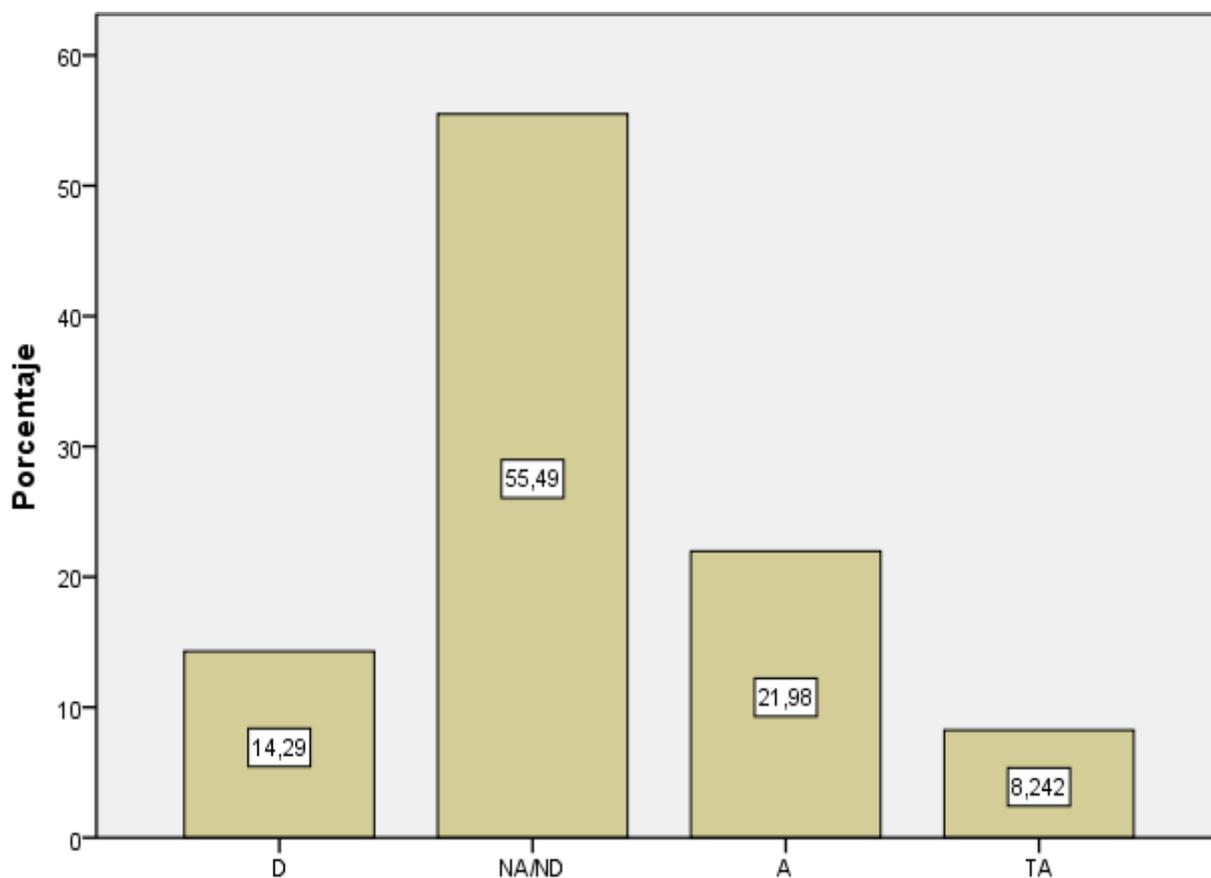
**Descripción 5:** Los resultados en función a si Cree usted que el Estado debería ser responsable por los daños a la persona que pueda causar la mala ejecución de obras públicas se tiene que: totalmente en desacuerdo 7,143%, en desacuerdo 6,044%, ni de acuerdo ni en desacuerdo 11,54%, de acuerdo 29,12%, totalmente de acuerdo 46,15%.

## DAÑO A LA PERSONA

**Tabla 6.- Factores externos pueden influenciar para eximir de responsabilidad a los funcionarios públicos**

Descripción	Frecuencia	Porcentaje
2 D	26	14,3
3 NA/ND	101	55,5
4 A	40	22,0
5 TA	15	8,2
Total	182	100,0

**Figura 6.- ¿Cree usted que los factores externos pueden influenciar para eximir de responsabilidad a los funcionarios públicos?**



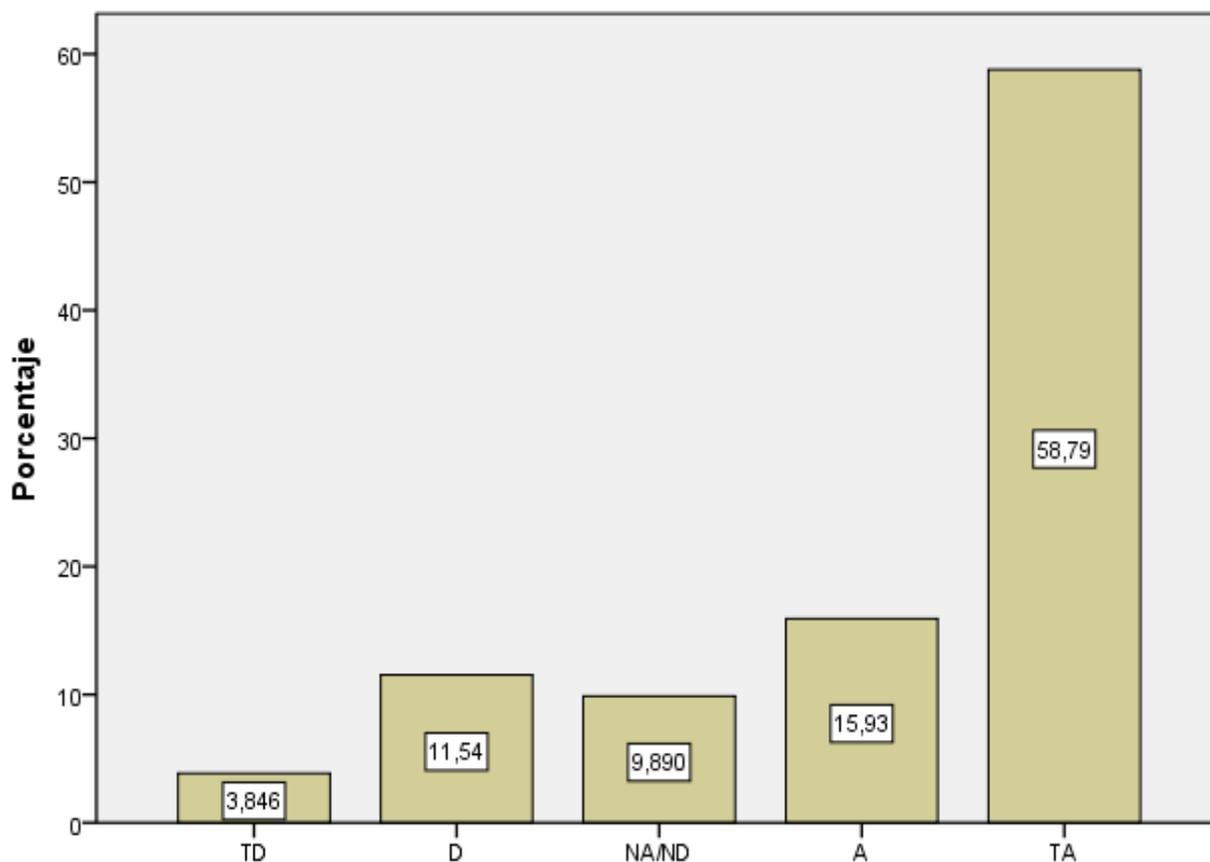
*Fuente: Encuesta aplicada por el investigador en el mes de Noviembre 2018.*

**Descripción 6:** Los resultados en función a si cree usted que los factores externos pueden influenciar para eximir de responsabilidad a los funcionarios públicos se tiene que: totalmente en desacuerdo 0%, en desacuerdo 14,29%, ni de acuerdo ni en desacuerdo 55,49%, de acuerdo 21,98%, totalmente de acuerdo 8,242%.

**Tabla 7.- La responsabilidad extracontractual**

Descripción	Frecuencia	Porcentaje
1 TD	7	3,8
2 D	21	11,5
3 NA/ND	18	9,9
4 A	29	15,9
5 TA	107	58,8
Total	182	100,0

**Figura 7.- ¿Considera usted que los requisitos mínimos se deben especificar en la responsabilidad extracontractual?**



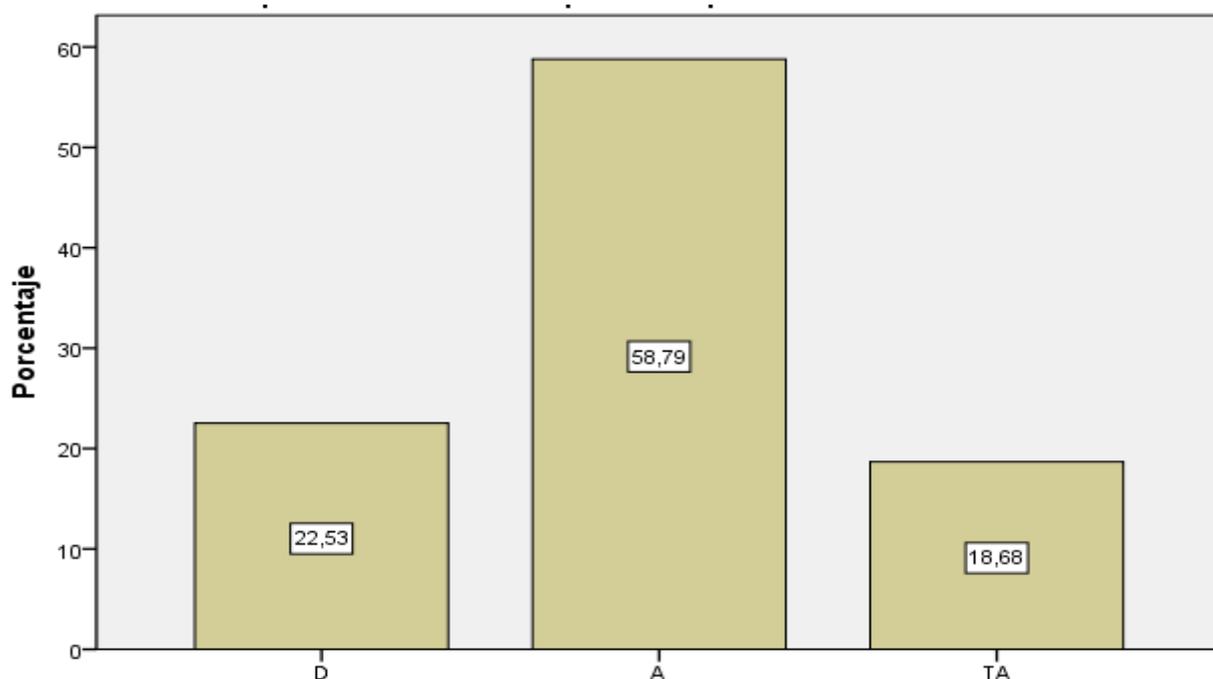
*Fuente: Encuesta aplicada por el investigador en el mes de Noviembre 2018.*

**Descripción 7:** Los resultados en función a si considera usted que los requisitos mínimos se deben especificar en la responsabilidad extracontractual se tiene que: totalmente en desacuerdo 3,846%, en desacuerdo 11,54%, ni de acuerdo ni en desacuerdo 9,890%, de acuerdo 15,93%, totalmente de acuerdo 58,79%.

**Tabla 8.- el daño a la víctima por la entidad correspondiente no es función que debe ser tallada por la responsabilidad extracontractual**

Descripción	Frecuencia	Porcentaje
2 D	41	22,5
4 A	107	58,8
5 TA	34	18,7
Total	182	100,0

**Figura 8.- ¿Considera usted que reparar el daño a la víctima por la entidad correspondiente no es función que debe ser tallada por la responsabilidad extracontractual?**



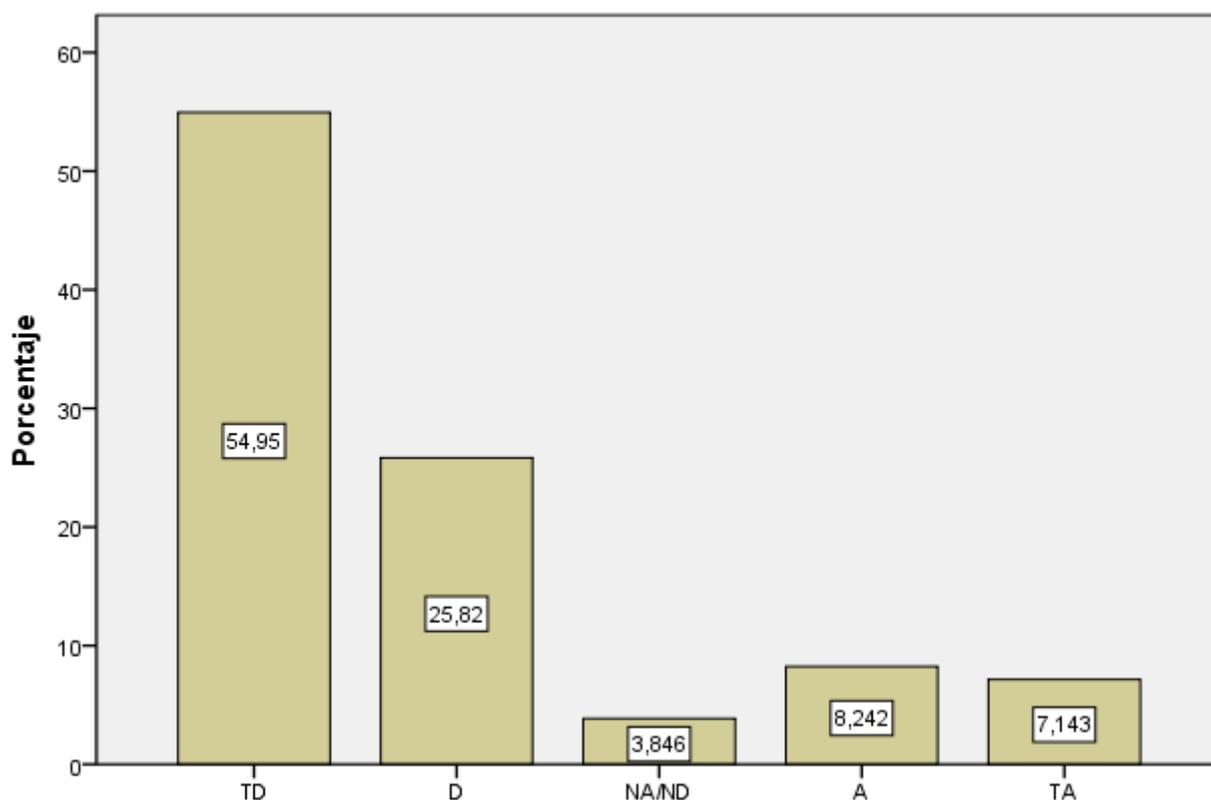
*Fuente: Encuesta aplicada por el investigador en el mes de Noviembre 2018.*

**Descripción 8:** Los resultados en función a si considera usted que reparar el daño a la víctima por la entidad correspondiente no es función que debe ser tallada por la responsabilidad extracontractual se tiene que: totalmente en desacuerdo 0%, en desacuerdo 22,53%, ni de acuerdo ni en desacuerdo 0%, de acuerdo 58,79%, totalmente de acuerdo 18,68%.

**Tabla 9.- responsabilidad extracontractual es ineficiente en la realidad social**

Descripción	Frecuencia	Porcentaje
1 TD	100	54,9
2 D	47	25,8
3 NA/ND	7	3,8
4 A	15	8,2
5 TA	13	7,1
Total	182	100,0

**Figura 9.- ¿Considera que la responsabilidad extracontractual es ineficiente en la realidad social?**



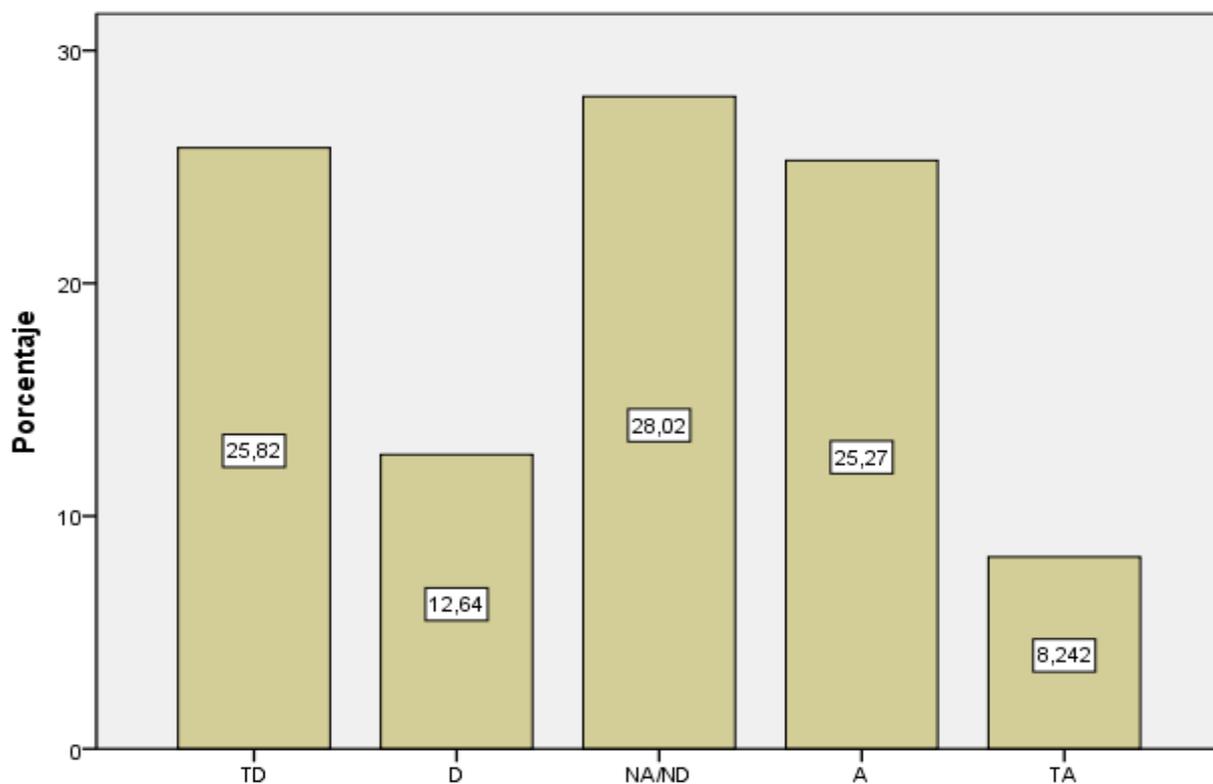
*Fuente: Encuesta aplicada por el investigador en el mes de Noviembre 2018.*

**Descripción 9:** Los resultados en función a si Considera que la responsabilidad extracontractual es ineficiente en la realidad social se tiene que: totalmente en desacuerdo 54,95%, en desacuerdo 25,82%, ni de acuerdo ni en desacuerdo 3,846%, de acuerdo 8,242%, totalmente de acuerdo 7,143%..

**Tabla 10.- Daño a una persona se configura con lesiones físicas**

Descripción	Frecuencia	Porcentaje
1 TD	47	25,8
2 D	23	12,6
3 NA/ND	51	28,0
4 A	46	25,3
5 TA	15	8,2
Total	182	100,0

**Figura 10.- ¿Considera usted que el daño a una persona se configura con lesiones físicas?**



*Fuente: Encuesta aplicada por el investigador en el mes de Noviembre 2018.*

**Descripción 10:** Los resultados en función a si Considera usted que el daño a una persona se configura con lesiones físicas se tiene que: totalmente en desacuerdo 25,82%, en desacuerdo 12,64%, ni de acuerdo ni en desacuerdo 28,02%, de acuerdo 25,27%, totalmente de acuerdo 8,242%.

### 3.2. Discusión de resultados

#### a. Discusión en función a diagnosticar el estado actual del daño a la persona en el Art. 20 de la Ley 30477.

En la **Figura 4** en función a si cree usted que no es necesaria la subsunción de la responsabilidad extracontractual en vía administrativa, para lograr el rápido resarcimiento por el daño se tiene que: el 46.15% afirma totalmente de acuerdo, mientras que el 3.846% afirma totalmente en desacuerdo, por otro lado en la **Figura 9** en función a si Considera que la responsabilidad extracontractual es ineficiente en la realidad social se tiene que: el 54.95% afirma totalmente en desacuerdo, mientras que el 3.846% afirma ni de acuerdo ni en desacuerdo.

De acuerdo a los datos obtenidos se puede decir que el daño moral en sentido estricto es el menoscabo del estado de ánimo, padecimiento interior o sentimiento de desasosiego que subsigue a la comisión de un hecho generador de responsabilidad civil.

Minchala (2016), en su investigación “la responsabilidad civil extracontractual y su reparación por daños y perjuicios dentro de la legislación ecuatoriana”, para optar por el título de abogado por la Universidad de Cuenca, en su conclusión más relevante expresa:

*En cuanto a la culpa, si bien quien demanda la reparación de la existencia de un daño, compete a esta probar la existencia del daño, así como la culpa de quien lo generó, pues sabemos que quien alega un hecho debe probarlo, sin embargo, aplicando lo que manifiesta el fallo No 43 del 19 de marzo de 2003, quien debe probar que actuó con debida diligencia es el demandado, pues resulta totalmente imposible que la víctima pruebe la culpabilidad o el mal obrar del autor de su perjuicio.*

De acuerdo al antecedente señalado y con el objetivo planteado Los daños a los derechos de la personalidad son más sencillos de entender. Son atentados contra la integridad de un derecho individual, o lesiones a la personalidad. Un individuo resulta herido a causa de la caída de un objeto desde la venta de un

edificio cerca del cual transitaba; estará legitimado, entonces, a ser indemnizado por los gastos médicos en que deberá incurrir: se ha afectado su integridad física (bien protegido según el artículo 2, 1". párrafo, de la Constitución); un comerciante individual o una empresa son insultados públicamente, y quedan legitimados, por ende, a ser indemnizados por lesión a su reputación (artículo 2, inciso 7, de la Constitución), que es parte de su personalidad. (León, 2017)

Los daños a los derechos de la personalidad no tienen por qué generar problemas de comprensión, para que sean objeto de la tutela resarcitoria. Si la responsabilidad civil, como unánimemente se admite, protege las situaciones jurídicas subjetivas, es natural que se pueda reclamar un resarcimiento en caso de lesión contra éstas. Más difícil de acreditar es el daño moral en sentido estricto, en cambio, porque los sentimientos no pueden ser examinados externamente, y porque no es fácil asignar un precio al dolor. (León, 2002)

El daño extra patrimonial o moral se caracteriza por su proyección moral, sea que el hecho generador lesione un derecho subjetivo patrimonial o extra patrimonial, y a renglón seguido, que “la persona es un proyecto de vida y todo lo que afecte a ese proyecto configura daño a la persona. Se le denomina también daño no patrimonial, biológico, a la salud, extraeconómico, a la vida de relación, inmaterial, a la integridad sicosomática, no material (Alterini, Ameal, & López, 1996).

**b. Discusión en función a identificar los factores influyentes en el daño a la persona en el Art. 20 de la Ley 30477.**

En la **Figura 1** en función a si considera usted que se aplica inadecuadamente el resarcimiento equitativo en realidad social, en casos de reparación extracontractual se tiene que: el 38.46% afirma totalmente en desacuerdo, mientras que el 7.692% afirma totalmente de acuerdo, por otro lado en la **Figura 7** en función a si considera usted que los requisitos mínimos se deben especificar en la responsabilidad extracontractual se tiene que: el 58.79% afirma totalmente de acuerdo, mientras que el 3.846% afirma totalmente en desacuerdo.

De acuerdo a los datos obtenidos se puede decir que los factores que influyen en el daño a la persona es el derecho de la personalidad pues no tienen por qué generar problemas de comprensión, para que sean objeto de la tutela resarcitoria. Si la responsabilidad civil, como unánimemente se admite, protege las situaciones jurídicas subjetivas, es natural que se pueda reclamar un resarcimiento en caso de lesión contra éstas. *Más difícil de acreditar es el daño moral en sentido estricto*, en cambio, porque los sentimientos no pueden ser examinados externamente, y porque no es fácil asignar un precio al dolor. (León, 2002)

**Irisarri** (2000) en su investigación titulada *“el daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del estado colombiano”*, para optar por el título de abogado en derecho, por la Pontificia Universidad Javeriana, en una de sus conclusiones más importantes arriba a lo siguiente:

*“El concepto de daño antijurídico como fundamento único de la responsabilidad patrimonial de la administración pública, es una inseparable muestra de dicha función de resarcir, la cual tiene su preocupación en el daño causado y la diligencia del sujeto que provocó el daño”* **Irisarri** (2000).

De acuerdo al antecedente señalado la extensión del concepto de daño a la persona es toda lesión contra los derechos de la personalidad. Si se sigue tal camino, el ámbito de la categoría terminaría dependiendo de la concepción de persona y de “personalidad” por la que opte el intérprete. Lo conveniente, según nuestra práctica judicial además, es entender que el daño moral abarca los daños a los derechos de la personalidad, entre ellos, naturalmente, el daño a la persona” o daño a la integridad psicofísica. (De Giorgi, 1994)

“En *sentido estricto y propio*, daño moral es un daño que no recae sobre ninguna cosa material perteneciente al perjudicado, que no se advierte con los sentidos externos, sino que se siente interiormente, ya consista en una disminución de algo no material, ya consista en impedir la adquisición de bienes de índole moral, ya en la ofensa de afectos del alma internos, naturales y lícitos. Por donde es, v. gr., daño moral el rebajar la reputación personal; la falta de educación paternal a los hijos cuyos padres faltan; un padecimiento o aflicción causado a uno, obrando directamente contra él o contra otro, de un modo ilícito y contra derecho.

**c. Discusión en función a Diseñar la responsabilidad civil extracontractual para regular el Art. 20 de la Ley 30477.**

En la Figura 6 en función a si cree usted que los factores externos pueden influenciar para eximir de responsabilidad a los funcionarios públicos se tiene que: el 55.49% afirma ni de acuerdo ni en desacuerdo, mientras que el 8.242% afirma totalmente de acuerdo, por otro lado en la Figura 10 en función a si Considera usted que el daño a una persona se configura con lesiones físicas se tiene que: el 28.02% afirma ni de acuerdo ni en desacuerdo, mientras que el 8.242% afirma totalmente de acuerdo.

De acuerdo a los datos obtenido se puede decir que la responsabilidad civil extracontractual analizada sistemáticamente como un reto actual para los juristas, frente a esa acción jurídica se analiza, el daño, la culpa y el nexo causal, las cuales crean nuevas disciplinas en función al derecho de daños, en relación a la fundamentación la responsabilidad civil nace como un principio general del derecho *Alterum nom laedere* el cual se base en relación al régimen subjetivo de la responsabilidad.

Leonora (2014) en su libro “Responsabilidad extracontractual del estado”, como aporte para el derecho administrativo, en su conclusión más relevante señala:

*La responsabilidad extracontractual del Estado se traduce en la búsqueda de soluciones tendientes a otorgar a los ciudadanos una adecuada protección legal frente a los daños sufridos en su persona o propiedad derivados de la actividad jurídica y material de la Administración y del Estado en general. ¿Por qué este daño debe ser analizado en sus particularidades y fundamentos y no seguir simplemente los criterios de la responsabilidad que afecta a otros sujetos obligados en circunstancias análogas? La respuesta ha sido buscada por la jurisprudencia, en conformidad con la historia y cultura de las distintas sociedades, estableciéndose la responsabilidad del Estado, o bien su carencia, atendiendo siempre a lo que se entiende por Estado.*

Entonces, si bien la responsabilidad del Estado respecto al administrado no ha sido calificada legislativamente (como contractual o extracontractual), la responsabilidad del dependiente (servidor o funcionario público) frente al Estado es de naturaleza contractual, tiene un plazo prescriptivo de 10 años y puede llegar a ser solidaria.

**d. Discusión en función a estimar los resultados que generará la implantación la responsabilidad civil extracontractual en el daño a la persona en el Art 20 de la Ley 30477.**

En la **Figura 3** en función a si considera usted que el cumplimiento de la responsabilidad civil extracontractual resulta ser ineficiente en la realidad social se tiene que: el 39.56% afirma totalmente en desacuerdo, mientras que el 14.84% afirma totalmente de acuerdo, por otro lado en la **Figura 8** en función a si considera usted que reparar el daño a la víctima por la entidad correspondiente no es función que debe ser tallada por la responsabilidad extracontractual se tiene que: el 58.79% afirma de acuerdo, mientras que el 318.68% afirma totalmente de acuerdo.

De acuerdo a los datos obtenidos se puede decir que la figura de la responsabilidad civil extracontractual acarrea aspectos controvertidos en relación a lo que la norma señala o en la finalidad de esta.

González (2013) en su libro “Responsabilidad extracontractual y contractual: barrera entre ambas”, por la Universidad Antonio de Nebrija, arriba a la siguiente conclusión:

*La responsabilidad del empresario tiene como presupuesto una relación de dependencia del dependiente o empleado respecto a él. Se trata de una responsabilidad basada en la culpa del empresario, si bien la jurisprudencia tiende a objetividad esta responsabilidad, al exigir el agotamiento de todas las medidas posibles para evitar el daño. Parece fundarse en la idea del riesgo que la existencia del funcionamiento mismo de la empresa crea en determinados ámbitos sociales y en el repetido aforismo de que quien percibe los frutos de una actividad debe afrontar los incomoda.*

Se comprenden en la responsabilidad civil, empero, incluso en el nivel de la enseñanza universitaria, dos fenómenos perfectamente distinguibles de la responsabilidad penal. (Cornejo, 1937).

La responsabilidad patrimonial, que es como se denomina a la exposición del patrimonio del deudor a la ejecución de un crédito que no ha sido honrado, obedece a un principio general, propiamente dicho, y que ha recibido consagración normativa expresa en algunos Códigos Civiles, como el español y el italiano, a tenor del cual, uno responde de sus deudas con todos sus bienes presentes y futuros. (Mengoni, 1988)

### 3.3. Conclusiones

- a) Se pudo diagnosticar que el estado actual del daño a la persona en el Art. 20 de la Ley 30477, no se encuentra regulado en la presente Ley, ante ello, en los diferentes casos existentes el Estado no responde civilmente por los daños ocasionados ya sean patrimoniales o extra patrimoniales.
  
- b) Se pueden identificar que los factores influyentes en el daño a la persona en el Art. 20 de la Ley 30477, son la inadecuada ejecución de los estándares técnicos en la ejecución de obras, los problemas de corrupción de funcionarios entre otros.
  
- c) Al diseñar una propuesta legislativa que regule la responsabilidad civil extracontractual en el Art. 20 de la Ley 30477, se podrá determinar una reparación civil por el daño causado y de esta manera se evitara que la municipalidad cumpla con la ejecución de los estándares técnicos y no perjudique esencialmente a la sociedad.
  
- d) Se estiman que los resultados que generará la implantación la responsabilidad civil extracontractual en el daño a la persona en el Art 20 de la Ley 30477, será positivos los cuales serán de beneficio para toda la comunidad.

### **3.4. Recomendaciones**

1. Se recomienda que la municipalidad en su Área de Fiscalización controle de mejor manera las certificaciones que se otorgan a las empresas en las ejecuciones de obras de dominio público y a la vez cumpla debidamente con su fiscalización.
2. El Estado debe a través de la Contraloría verificar que todas las obras de dominio público cumplan con todos los requisitos que la Ley prevee y así se evitara este tipo de problemas que afectan a la sociedad.
3. Diseñar una propuesta legislativa que regule la responsabilidad civil extracontractual en el Art. 20 de la Ley 30477.
4. Se recomienda que todos los casos sean expuestos a la municipalidad a través de su área de quejas y reclamos para el conocimiento de la sociedad y de cómo actuó está.

### 3.5. Referencias

- Alpa, G. (2003). *Estudios sobre el contrato en general*. Lima: Ara Editores.
- Alterini, A. A. (1992). La legislación desinsexatoria en la Argentina. *Thémis-Revista de Derecho*, 118.
- Alterini, A. A., Ameal, O. J., & López, C. R. (1996). *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Asociacion de Derecho. (2002). El Código Civil a través de la jurisprudencia casatoria. *Legales*, 594-595.
- Bullard, G. A. (1998). ¿Qué es el análisis económico del derecho? *Scribas-Revista de Derecho*, 172.
- Bullard, G. A. (2002). *Responsabilidad civil por publicidad falsa o engañosa*. Lima: Ara Editores.
- Carnelutti, F. (1941). De utilita delle operegiuridiche italianeper i lettori stranieri. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 307.
- Cesare, M. B. (2000). *Diritto civile la responsabilita*. Milan: Giuffre.
- Corsaro, L. (1991). *Responsabilita ríville*. Roma: Enciclopedia italiana.
- Cotler, J. (1988). *Clases, Estajo y Nación en el Perú*. Lima: IEP.
- De Giorgi, M. (1994). *Danno alia persona en Enciclopedia giuridica Treccani*. Roma: Istituco della Enciclopedia Italiana.
- De Trazegnies, G. (1988). *La responsabilidad extracontractual*. Lima: Pontificia Universzidad Catolica del Perú.
- De Trazegnies, G. (1990). Por una lectura creativa de la responsabilidad extracontractual en el nuevo Código Civil. *Pontificia Universidad Católica del Perú*, 210.
- Di Majo, A. (2001). *La tutela civile dei diritti*. Milan: Giuffré.
- Díez, P. L., & Ponce, d. L. (1999). *Derecho de daños*. Madrid: Civitas.
- Donato, B. F. (1964). *La lesione del crédito da parte di terzi*. Milan: Giuffré.
- Espinoza, E. J. (2000). Derecho de la responsabilidad civil. *Resvista el foro*, 225.
- Fernandez, C. G. (2001). Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil. *Ara editores*, 270.

- Fernández, C. G. (lim). Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil. *Ara editores* , 270.
- Fernandez, s. C. (1985). El daño a la persona en el Código Civil de 1984. *Cultural Cuzco*, 211.
- Ferri, G. B. (2000). *El negocio jurídico*. Italia: Ed. Italiana.
- Franzoni. (2001). II danno esistenziale come sottospecie del danno alia persona. *Responsabilita civile e previdenza*, 779.
- Friedrich, P. (1857). *Corso delle Istituzioni presso il popolo romano*. Milan: Stabilimenti Civelli Giuseppe.
- Gabba, F. (1990). Nuove considerazioni intorno al risarcimento dei cosiddetti danni morali. *Fratelli Bocea Editori*, 241.
- Gentile, G. (1962). Danno alia persona. *Giuffré*, 634.
- Gil S.A. (1936). *Exposición de Motivos eiel Libro Quinto del Proyecto de Código Civil*. Lima: Gil S.A.
- Kemelmajer, d. C. (1992). “El daño a la persona. ¿Sirve al derecho argentino la creación pretoriana de la jurisprudencia italiana? *Derecho Privado y Comunitario*, 69.
- León, B. (1988). *Responsabilidad extracontractual*. Lima: Okura.
- León, H. L. (2002). Consideraciones sobre los daños por homicidio de un ser querido y las técnicas para su resarcimiento. *Revista Peruana de Jurisprudencia*, 182.
- León, H. L. (2017). *La responsabilidad civil*. Lima: Instituto Pacífico.
- Masset, I. (2000). *Responsabilidad por daños*. Milan.
- Messinetti, D. (1992). Recenti orientamenti sulla tutela della persona. *Rivista Critica del Diritto Privato*, 189.
- Micro, R. (1998). Dictionnaire de la langue frangais. *Le Robert, París*, , 854.
- Monateri, P. G. (1998). La responsabilita civile, en Trattato di diritto civile. *Utet*, , 475-476.
- Mosset, I. J. (1999). *Responsabilidad por daños*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Navarretta, E. (2002). Art. 2059 c.c. e valori costituzionali: dal limite del reato alla soja della tolleranza. *Danno e responsabilitá*, 865.
- Paradiso, M. (1996). Corso di istituzioni di diritto privato,. *Giappichelli*, 446.
- Patti, S. (1989). Danno patrimoniale. *Sezione civile*, 91.

- Portiguatti, B. M. (1960). *Danno alia persona*. Turín: Ucee.
- RAE. (2001). *Diccionario de la lengua española de la RAE*. España: RAE.
- Rescigno, P. (2006). *El derecho de las personas, en El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*. Lima.
- Santos, B. j. (1958). Derecho de obligaciones. *Revista de Derecho Privado*, 196.
- Savatier, R. (1931). *Traite de la responsabilité civile en droit franjáis*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- Scognamiglio, R. (1960). *Danno morale*. Turín: Utet.
- Taboada, C. (2004). *Elementos de la responsabilidad civil*. Lima.
- Tuhr, A. (1996). *Bürgerlichen Rechts. Allgemeiner Teil*. Madrid: Civicas.
- Wenceslao, R. (1928). Breves acotaciones sobre el régimen de reparación de daños en el derecho español. *Editorial Revisar de Derecho Privado*, 296-297.
- Zannoni, E. A. (1987). *El daño en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea.
- Zatti, P., & Colussi, V. (1999). *Lineamenti di diritto privato*. Padua: Cedam.
- Attilio, S. (1925). *Código de Hammurabi y las XII Tablas*. Roma.
- Blas, P. G., & José, A. (1953). *Derecho de obligaciones*. Barcelona: Bosch.
- Castronovo, C. (1997). *La nuova responsabilita civile*. Milan: Giuffré.
- Cedam, P. (1989). *Cumulo di responsabilita contrattuale ed extracontrattuale*. Italia: Monateri.
- Cesare, m. B. (2000). *Diritto civile la responsabilita*. Milan: Giuffre.
- Cornejo, A. G. (1937). *Código Civil, exposicion sistematica y comentario*. Lima: Imprenta Gil.
- Donato, B. F. (1964). *La lesione del crédito da parte di terzi*. Milan: Giuffré.
- Editores, J. (2010). *Código Civil*. Lima: Jusrita Editores.
- Espinoza, E. J. (2000). Derecho de la responsabilidad civil. *Resvista el foro*, 225.
- Fernandez, C. G. (1991). *Responsabilidad civily*. Lima: El Jurista.
- Fernandez, N. (2005). Comentario al régimen legal de la sociedades mercantiles. *Actas de Derecho Industrial*.
- Ferri, G. B. (2000). *El negocio jurídico*. Italia: Ed. Italiana.

- Giorgianni, M. (1965). *Obbligazione* en *Novissimo Digesto italiano*. Turín: Utet.
- Grandi, D. (1988). *Relazione del Guardasigilli al código civile*. Italia.
- León, H. L. (2003). El consentimiento informado al tratamiento médico y su lugar central en el debate sobre los derechos del paciente. *Revista Peruana de Jurisprudencia*, 59.
- Leysser, L. H. (2017). *La responsabilidad civil*. Lima: Instituto pacifico.
- Mengoni, L. (1988). *Responsabilita contrattuale*. Milan: Giuffre.
- Monateri. (2003). "The Weak Law Contaminations and Legal Culture". *Transnational Law & Contemporary Problems*, 575.
- Moreni. (2002). Consideraciones sobre los daños por homicidio de un ser querido y las técnicas para su resarcimiento. "Revista Peruana de jurisprudencia", 15.
- Palacios, M. E. (2002). *Contribución a la teoría del negocio jurídico*. Lima: Jurista Editores.
- Pellegrini, F. (1939). *Responsabilita en Nuevo digesto italiano*. Turin: Utet.
- Perú, R. j. (2005). Apuntes sobre el artículo 1977 del Código Civil peruano. *Revista jurídica del Perú*, 110-111.
- Ramos, N. c. (1997). *El código napoleónico y su recepción en América Latina*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Roppo, V. (2001). *La responsabilidad en General*. Bolonia: Monduzzi.
- Samsó, J. (1992). *Antología al cuidado Mil y una Noche*. Madrid: Alianza .
- Sentencia N° 849-96, Sentencia N° 849-96 (Tribunal constitucional 26 de marzo de 1998).
- Shlesinger, P. (1987). *Trattato brevedella responsabilita civile*. Milan: Giuffre.
- Taboada, C. L. (2001). *Elemntos de la responsabilidad civil*. Lima: Grijley.
- Thémis. (2001). Apuntes sobre la responsabilidad civil Derecho y Sociedad. *Thémis-Revista de Derecho*, 279.
- Thomas, S. E. (2003). Notes Towards the Dejnition of Culture. *Bompiani*, 552-637.
- Torrente, A., & Piero, S. (1990). *Marínale di diritto privato, La expresion responsabilidad*. Milan: Giuffré.

Trazegnies, G. F. (2000). *La responsabilidad extracontractual*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Wayar, E. C. (1997). *Derecho civil*. Lima.

Charry Sánchez (2017). *la responsabilidad extracontractual patrimonial del estado: una mirada hacia la teoría de la socialización de los riesgos en el estado postmoderno: caso colombiano*, facultad de jurisprudencia Colegio Mayor de nuestra Señora del Rosario Bogotá D.C. recuperado de: <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/13984/TESIS%20CAROLINA%20CHARRY%202017%20.pdf?sequence=1>.

Durand Suxe (2017). “*La responsabilidad civil extracontractual de los jueces en el distrito judicial de Huánuco, 2015 - 2016*”. Universidad de Huánuco, recuperado de: <http://repositorio.udh.edu.pe/bitstream/handle/123456789/608/DURAND%20SUXE%2C%20ALVARO%20ENRIQUE.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

González Hernández (2013). *Responsabilidad extracontractual y contractual: barrera entre ambas*. Universidad Antonio de Nebrija recuerdo de: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/DialnetResponsabilidadExtracontractualYContractual-4182108.pdf>.

Irisarri Boada (2000). *El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del estado colombiano*. Pontificia Universidad Javeriana, recuperado de: <https://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis27.pdf>.

Molero Cazani (2015). “*la responsabilidad extracontractual frente a las víctimas en accidentes de tránsito en la provincia de cusco – 2014*”. Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez, recuperado de: <http://repositorio.uancv.edu.pe/bitstream/handle/UANCV/423/P29016.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

- Ochoa Rodríguez (2012). *La responsabilidad extracontractual del Estado por deficiente prestación de servicios públicos, alcances y efectos en nuestra legislación*. Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador, recuperado de: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3019/1/T1094-MDE-Ochoa-La%20responsabilidad.pdf>.
- Orellana (2016). *La responsabilidad civil extracontractual y su reparación por daños y perjuicios dentro de la legislación ecuatoriana*. Universidad de Cuenca, recuperado de: <http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/22837/1/tesis.pdf>.
- Ponce Ostolaza (2016). “*Fundamentos para la exigencia de responsabilidad civil extracontractual de las personas jurídicas, como consecuencia de un daño moral.*” Universidad Antenor Orrego, recuperado de: [http://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/upaorep/1794/1/RE\\_DERECHO\\_EXIGE.RESPONS.CIVIL.EXTRACONTRACTUAL.PERSONAS.JURI\\_TESIS.pdf](http://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/upaorep/1794/1/RE_DERECHO_EXIGE.RESPONS.CIVIL.EXTRACONTRACTUAL.PERSONAS.JURI_TESIS.pdf).
- Rómulo Mareales (2016). *Nuevo enfoque de la responsabilidad civil aquiliana del estado ejecutivo y hacia una configuración sostenible del criterio de imputación*. Pontificia Universidad Católica del Perú, recuperado de: [http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/8631/Roca\\_Oreste\\_Nuevo.pdf?sequence=1](http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/8631/Roca_Oreste_Nuevo.pdf?sequence=1).
- Tirado Malaver (2018). *necesidad de distinguir el daño moral con daño a la persona en nuestro ordenamiento jurídico y establecer criterios para la determinación del monto indemnizatorio en el daño moral*. Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, recuperado de: <http://repositorio.unprg.edu.pe/bitstream/handle/UNPRG/2188/BC-TES-TMP-1061.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Zeno Santiago (2015). *La responsabilidad civil extracontractual de los empresarios: Especial referencia a España y Puerto Rico*.

Universidad Complutense de Madrid, recuperado de:  
<https://eprints.ucm.es/28122/1/T35648.pdf>.

## ANEXOS

Nº	LA RESPONSABILIDAD civil extracontractual	TD	D	NA/ND	A	TA
	PROPORCIONAL	1	2	3	4	5
01	¿Cree que es necesaria la individualización de los responsables estatales por daños a las personas?					
02	¿Considera usted que deberían ser los alcaldes y funcionarios públicos responsables directos por daños a la persona?					
03	¿Considera usted que se aplica inadecuadamente el resarcimiento equitativo en realidad social, en casos de reparación extracontractual?					
04	¿Considera usted que la responsabilidad extracontractual debería ser detallada de forma expresa en la Ley 30477?					
05	¿Considera usted que el legislador debe responsabilidad a la autoridad correspondiente en caso de daño a la persona por obras públicas certificadas?					
06	¿Considera usted que el cumplimiento de la responsabilidad civil extracontractual resulta ser ineficiente en la realidad social?					
	<b>Típico</b>					
07	¿Cree usted que no es necesaria la subsunción de la responsabilidad extracontractual en vía administrativa, para lograr el rápido resarcimiento por el daño?					
08	¿Considera usted que el grado de afectación en cuanto al tiempo que no se ve expresado en los casos de responsabilidad civil extracontractual?					
09	¿Considera usted que no se encuentra regulada la responsabilidad civil extracontractual en la Ley 30477?					
10	¿Cree usted que el Estado debería ser responsable por los daños a la persona que pueda causar la mala ejecución de obras públicas?					
11	¿Considera usted que la figura de la responsabilidad extracontractual nace cuando los daños tienen alto grado de certeza a futuro?					
12	¿Cree usted que no existe una sanción para las funcionarias que no cumple con la indemnización por responsabilidad civil extracontractual?					
	<b>LEGISLACIÓN COMPARADA</b>					
13	¿Cree usted que los factores externos pueden influenciar para eximir de responsabilidad a los funcionarios públicos?					
14	¿Considera usted no se están aplicando criterios adecuados en la debida reparación extracontractuales en la Ley 30477?					
15	¿Considera usted que el hecho debe cumplir con el requisito de antijurídica para ser reparado por la autoridad?					

	<b>EL DAÑO A LA PERSONA</b>					
	<b>FÍSICOS</b>					
1	¿Considera usted que existe una directa relación entre la causa el daño y la víctima?					
2	¿Cree usted que se encuentra regulada la responsabilidad extracontractual de funcionarios públicos en la legislación comparada?					
3	¿Considera usted que los requisitos mínimos se deben especificar en la responsabilidad extracontractual?					
4	¿Considera que debe existir una sanción a las personas que abusen de la responsabilidad de funcionarios para recibir una reparación?					
5	¿Considera que los funcionarios públicos no debieron actuar solo con dolo para ser responsables por el daño causado?					
6	¿Cree usted que la culpa no es eximente de responsabilidad extracontractual cuando esta sea imputada a los funcionarios?					
	<b>ECONÓMICO</b>					
7	¿Considera que la responsabilidad extracontractual no es el medio correcto para indemnizar a la víctima por daños públicos?					
8	¿Considera conveniente que la responsabilidad extracontractual en estos casos sea determinada también para posibles daños futuros?					
9	¿Considera usted que reparar el daño a la víctima por la entidad correspondiente no es función que debe ser tallada por la responsabilidad extracontractual?					
10	¿Considera que la responsabilidad extracontractual es ineficiente en la realidad social?					
11	¿Considera usted que la responsabilidad extracontractual no cubre todos los daños causados a la integridad física?					
12	¿Considera usted que los daños ocasionados a la integridad corporal no los regula la Ley 30477?					
	<b>PSICOLÓGICO</b>					
13	¿Considera usted que la integridad corporal al ser parte de los derechos de la persona debe ser reparada?					
14	¿Considera usted que la persona debe ser resarcida en todos los aspectos que se establecen para la responsabilidad extracontractual?					
15	¿Considera usted que el daño a una persona se configura con lesiones físicas?					

