



ANEXO DE LECTURAS

**CURSO “JURISPRUDENCIA RELEVANTE EN
MATERIA CIVIL Y PROCESAL CIVIL”**

III NIVEL

**UNIDAD I: ESTUDIO DE LA VALIDEZ E INEFICACIA DEL
NEGOCIO JURÍDICO A PROPÓSITO DEL OCTAVO PLENO
CASATORIO CIVIL.**

LECTURA OBLIGATORIA

- GONZALES BARRON, GUNTHER. “Venta por un solo cónyuge del bien social y otras hipótesis similares: propuestas de solución”.

VENTA POR UN SOLO CÓNYUGE DEL BIEN SOCIAL Y OTRAS HIPÓTESIS SIMILARES: PROPUESTA DE SOLUCIÓN

Gunther Hernán Gonzales Barrón

Profesor de Derecho Civil y Registral en pregrado y postgrado de la PUCP, USMP, UIGV y UNMSM. Doctor en Derecho, Magíster en Derecho Civil y Abogado por la PUCP. Estudios concluidos en la Maestría con mención en Política Jurisdiccional por la PUCP. Estudios en curso en el Máster Universitario en Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla La Mancha. Actualmente es Juez Superior Titular de la Corte de Justicia de Lima.

SUMARIO: I. Hipótesis problemática, pero en dos planos. II. ¿Cuál es el problema general? ¿Falta de validez, falta de legitimidad o falta de poder de disposición? III. ¿Cuál es el remedio idóneo para el propietario no-contratante? La tutela de naturaleza real. IV. ¿Cuáles son las ventajas de la tutela de naturaleza real? V. ¿Existe la tutela contractual de inoponibilidad de contrato para el propietario no contratante? VI. ¿El Código Civil Alemán ayuda? VII. ¿Y cómo queda la supuesta ratificación del cónyuge o copropietario que quiere adherirse al negocio dispositivo? VIII. ¿Qué remedio tiene el contratante perjudicado frente al contratante no titular? Conclusiones

I. HIPÓTESIS PROBLEMÁTICA, PERO EN DOS PLANOS

Los tribunales de justicia se enfrentan a diario con el problema surgido en torno del cónyuge que, por sí solo, celebra un negocio dispositivo sobre el íntegro bien social, con exclusión del otro cónyuge. Este caso se replica con el copropietario individual que vende el bien común, pero sin la autorización de los otros copropietarios.

En tales casos, la pregunta principal es: **¿qué mecanismo de tutela sustancial es adecuado para la protección de los cónyuges o condóminos no partícipes en el negocio jurídico?** En tal contexto, las demandas que se suceden hoy son de nulidad de contrato por falta de manifestación de voluntad¹, o por objeto física o jurídicamente imposible, o por

¹ El Tribunal Supremo Español tiene la misma duda, pues considera que si la disposición del bien común exige el consentimiento de todos los copropietarios, entonces la participación de solo algunos de ellos, hace que “falte el consentimiento contractual” de los otros. El error de tal postura ha sido denunciado por la doctrina más atenta, en cuanto la falta de todos los comuneros conlleva la falta del poder de disposición, y no la nulidad por ausencia de consentimiento, salvo que el vendedor haya actuado con la supuesta (e inexistente) anuencia de los otros, en cuyo caso sí habría invalidez: “Cuando un propietario vende un bien que no le pertenece en su totalidad y lo hace en nombre propio, lo que se produce es una falta de poder de disposición del transmitente, que *a fortiori* debe recibir igual respuesta que la venta de cosa ajena: su validez. El contrato subsiste como fuente de obligaciones, como, por ejemplo, la obligación de sanear en caso de evicción, que carecería de sentido de predicarse la nulidad del contrato. (...) La necesidad de consentimiento de todos los

contravención de norma imperativa; y, últimamente, también se aprecian, ya, demandas de ineficacia del contrato por “falta de legitimación”. No obstante, debe admitirse que la solución judicial frecuente ha sido declarar la nulidad del contrato por contravención de la norma imperativa del art. 315 CC, en el caso de la disposición individual de cónyuge sobre bien social.

A resultas de este vaivén, hoy se discute si la demanda del propietario no-partícipe debe ser de nulidad o ineficacia. Ese es el estado de la cuestión.

Sin embargo, **hay un segundo plano que ha sido oscurecido por el anterior, y que puede resumirse en la siguiente pregunta: ¿qué pasa con el contratante perjudicado, muchas veces de buena fe, que tiene frente a sí al otro contratante no-titular? ¿qué remedio le toca dentro de la relación contractual?**

El primer plano es de orden externo, y pone la mirada en los remedios que tiene A, tercero ajeno frente al contrato de B-C, donde se pretende disponer de lo suyo. Aquí el centro de discusión está puesto en el propietario no-contratante.

El segundo plano es de orden interno, y pone la mirada en los remedios que tiene el comprador C frente a su vendedor B en relación a un bien que este no puede transmitir. Aquí la cuestión está puesta en el contratante.

II. ¿CUÁL ES EL PROBLEMA GENERAL? ¿FALTA DE VALIDEZ, FALTA DE LEGITIMIDAD O FALTA DE PODER DE DISPOSICIÓN?

En los últimos tiempos ha ganado consenso la idea de que el negocio jurídico mantiene su validez, aunque aparezca un sujeto no-titular, pues, en buena cuenta, la estructura del negocio cuenta con sujetos, voluntad, causa, objeto, **por lo que subsiste como valor representativo de la autonomía privada de los contratantes, cualquiera que estos sean**². Otra cosa es que pudiese faltar la necesaria relación entre el sujeto disponente y la titularidad, pero este es un problema diferente, funcional, ajeno a la validez genética.

Sobre el particular, se ha señalado, en contra de la tesis de nulidad contractual, que es necesario reconocer una categoría dogmática específica de ineficacia que comprenda las

comuneros no es sino fruto de la regla *nemo dat quod non habet*. Cosa distinta es que el comunero haya actuado en nombre de los demás, faltando el consentimiento de estos, supuesto que sí cabe reconducir a la nulidad ex art. 1259 CC (sentencia de 14 de octubre de 1991). El consentimiento exigido por el art. 1261 CC se refiere al que es parte en el contrato, por lo que hay que valorar en cada caso concreto si el comunero vendedor actuó en nombre propio o ajeno. En este último caso sí faltaría el consentimiento contractual: CUENA CASAS, Matilde. “Venta de cosa común y venta de cuota” (artículo aún inédito), pp. 6-7.

² “El poder de disposición del transmitente no es requisito de validez del contrato, sino de la tradición como modo de adquirir (...) Es más, la venta de cosa ajena debe necesariamente ser válida ‘por exigencias del sistema’ en la medida en que otras instituciones solo cobran sentido precisamente si se predica su validez y eficacia. Tal es el caso de la usucapión ordinaria que opera como un modo de adquirir subsidiario de la tradición, es decir, en aquellos supuestos en los que esta no ha consumado una adquisición por falta de poder de disposición del *tradens*. La necesidad de que el justo título para la usucapión sea válido (arts. 1952 y 1953 CC), pone de relieve precisamente que el poder de disposición es un requisito ajeno al título”: *Ibíd.*, pp. 4-5.

siguientes hipótesis específicas: copropietario que realiza acto de disposición de todo el bien común (art. 978 CC), copropietario que arrienda todo el bien indiviso (art. 1669), cónyuge que hace disposición de bien social, sin intervención del otro (art. 315 CC), falso apoderado que pretende actuar por cuenta de otro (art. 161 CC)³.

Para tales casos, plantea el concepto de “legitimidad”⁴ en los siguientes términos: “La legitimidad es la capacidad para transferir efectos jurídicos o el poder de disposición del sujeto en relación con una determinada posición jurídica. La falta de legitimidad genera la inoponibilidad del contrato para el verdadero titular. De ahí que la legitimidad es un requisito de eficacia de los contratos”⁵. En tal sentido, el negocio celebrado por quien no cuenta con legitimidad para transferir un determinado derecho, es inoponible (ineficaz) frente al verdadero titular del interés. Por tal razón, Morales concluye: “dichos actos son válidos y eficaces para los contratantes, pero inoponibles para los copropietarios no intervinientes”⁶.

En líneas generales, debe aceptarse como correcta la idea de que un no-titular carece de competencia para disponer de lo ajeno. Sobre eso no hay duda ni discusión. Por tanto, la llamada “falta de legitimidad en los contratos inoponibles” no es otra cosa que el nombre creativo de todas las hipótesis muy antiguas en las que una persona pretende disponer de lo ajeno, sea porque el derecho no le corresponde absolutamente, sea porque el derecho le corresponde solo parcialmente, pero no en la totalidad. En el Derecho romano ya se conocía el principio inderogable *nemo plus iuris*, por cuya virtud, nadie puede dar más derecho del que tiene. Aquí se contienen las hipótesis de actos dispositivos celebrados por no-titular, en cuyo caso, por supuesto, no se producía cambio alguno en el derecho perteneciente al otro⁷.

³ MORALES HERVIAS, Rómulo. “La falta de legitimidad en los contratos inoponibles”. En *Actualidad Jurídica*, Gaceta Jurídica, N° 230, Lima, enero 2013, pp. 13-16.

⁴ En otra sede, empero, he cuestionado el uso del término “legitimidad para contratar”, pues, en realidad, toda persona capaz tiene legitimidad para contratar con fines lícitos, que, por lo demás, constituye un derecho fundamental de la persona, que dimana de su dignidad y del ámbito de poder que se le atribuye a la persona por medio de una esfera propia, autónoma, en la que pueda realizar el libre desarrollo de la personalidad, pero que se expande de lo personal hacia lo patrimonial. En consecuencia, todos tenemos “legitimidad para contratar”, por lo que este concepto debe ser reemplazado por el más antiguo y suficientemente explícito “poder de disposición”. El sujeto que carece de poder de disposición (no es titular del derecho) no puede realizar o consumir una transmisión de tal derecho. Por lo demás, la polémica formal (terminológica), para mí, queda resuelta cuando el propio Rómulo Morales la pone en sus justos límites: “Además, como ya lo ha advertido alguna doctrina italiana el poder de disposición es la legitimidad para contratar” (Ibíd., p. 14, parte final de la nota a pie 1).

⁵ Ibíd., pp. 13-14.

⁶ Ibíd., p. 17.

⁷ El poder de disposición está referido normalmente al titular del derecho, salvo los casos excepcionales en que la ley atribuye tal poder a terceros especialmente legitimados, específicamente a administradores legales, sin embargo, en ningún caso el vendedor de un bien ajeno tiene poder de disposición, ni siquiera si finalmente la transferencia se produce por efecto de las adquisiciones *a non domino*. **En contra, por ejemplo, se encuentra, la tesis de un autor atrapado en errores elementales:** “En efecto (sic), aun cuando dentro del patrimonio de un sujeto no se encuentre derecho alguno sobre el cual ejercer su poder de disposición, este igualmente puede ser ejercido respecto de derechos pertenecientes a otros sujetos” (NINAMANCCO CÓRDOVA, Fort. *Poderes de representación*, Gaceta Jurídica, Lima 2013, p. 95). Esta “**construcción dogmática**” es **inaudita**, pues lleva directamente a sostener que un estafador (que vende lo ajeno) “cuenta con poder de disposición”, por tanto, no cometería acto ilícito alguno, pues, contaría con la autorización del ordenamiento jurídico para la disposición, y, en consecuencia, el delito quedaría diluido. En realidad, las

Tal vez la única particularidad moderna es que el centro de atención se pretende desviar hacia el “hecho causal – contrato” (inoponible), cuando en realidad el tema controvertido es el “efecto – disposición” (no producido). Creo preferible la última opción, esto es, que la cuestión se reubique en el efecto, y no en el hecho causal⁸.

En cualquier caso, es obvio que el negocio es “ineficaz en cuanto a la disposición”⁹, es decir, no produce el efecto pretendido por los contratantes, lo que se aprecia en la frustración del comprador que no logra hacerse titular, pero es eficaz *inter partes*, pues, el comprador puede actuar, por ejemplo, para requerir el saneamiento por evicción o la tutela extintiva mediante la resolución contractual.

Por tanto, el debate ha logrado identificar el problema, sea la falta de legitimidad, sea la ausencia de poder dispositivo. Sin embargo, falta discutir lo más importante: **¿cómo solucionar el problema?**

III. ¿CUÁL ES EL REMEDIO IDÓNEO PARA EL PROPIETARIO NO CONTRATANTE? LA TUTELA DE NATURALEZA REAL

adquisiciones *a non domino* son reglas excepcionales que protegen solo al adquirente, pero no al transmitente, por lo que este último sigue siendo un *non domino*. Lo contrario, “desplaza lo que solo es una protección del adquirente a la posición jurídica del transmitente” (PAU PEDRÓN, Antonio. “Esbozo de una teoría general de la oponibilidad”. En Íd. *La Publicidad Registral*, CRPME, Madrid 2001, p. 329). Es más, por eso se le exige buena fe al adquirente, como criterio básico para sustentar su primacía frente al titular originario; por el contrario, si el transmitente fuese *versus dominus*, entonces, ¿qué importaría la condición subjetiva del adquirente? Por tanto, habría que preguntarle a Ninamanco, desde una perspectiva moral –que él desconoce, pues sus tesis son puramente dogmáticas, lo que por sí constituye una visión decadente del Derecho-, ¿por qué su “teoría” pretende legalizar a un estafador?; y desde una perspectiva jurídica, ¿por qué el adquirente necesita de buena fe si el transmitente cuenta con “poder de disposición”?

⁸ En efecto, no me satisface el concepto “contrato inoponible”, en vista que, en puridad, todos los contratos, como hecho jurídico, son inoponibles, esto es, solo vinculan a las partes y sus herederos (art. 1363 CC); por tanto, no puede producirse una especie de “ineficacia” (inoponibilidad), cuando en realidad esta es la consecuencia lógica de todo contrato. Por tal motivo, el adjetivo oponible/no oponible debe predicarse en relación con los derechos, por lo que es equívoco hacer esa traslación al hecho, que es la fuente generadora del derecho. La doctrina italiana reciente nos da la razón cuando sostiene que lo oponible son las posiciones (de derecho real) creadas por el contrato, y no el contrato mismo (ROPPO, Vincenzo. *El contrato*, traducción de Nélvor Carreteros Torres, a cuidado de Eugenia Ariano Deho, Gaceta Jurídica, Lima 2009, p. 680).

⁹ Prefiero esta aclaración semántica, pues decir que un negocio con tales características es simplemente “ineficaz”, constituye un error técnico. En efecto, el negocio jurídico de disposición de bien ajeno es **válido y eficaz *inter partes***, entre los que lo celebraron, para quienes genera obligaciones y responsabilidades, pero obviamente no produce la transferencia del derecho. Eso ocurre en el Derecho español, italiano y hasta en el alemán. En efecto, “Por lo que concierne a la venta de cosa ajena, esta parece admitirse en el ordenamiento alemán siendo eficaz el contrato de compraventa. Si el vendedor no logra procurarse la propiedad de la cosa responderá ante el comprador reparándole el daño causado” (FUENTESECA DEGENEFTE, Cristina. *La compraventa y la categoría del negocio jurídico abstracto*, Editorial Reus, Madrid 2012, p. 146). Solo en el Derecho francés se prescribe la nulidad en los casos de venta de bien ajeno, sin embargo, la doctrina ha propugnado que tal norma es incompatible con el saneamiento de evicción, que presupone la validez del contrato para efectos que el comprador pueda demandar la indemnización contractual (¿cómo podría haber indemnización contractual si el contrato es nulo?); por tal motivo, la doctrina de ese país ha propuesto interpretar que la norma en el sentido que la venta de bien ajeno es válida, pero impugnada o anulable.

El profesor Rómulo Morales propone que el propietario no-contratante demande la “inoponibilidad de contrato” frente a los que contrataron sobre lo suyo, lo que produce las siguientes consecuencias:

“El primero es el derecho de solicitar la inoponibilidad y el segundo es el derecho de formular la excepción de inoponibilidad del contrato celebrado entre el no titular del derecho y un tercero contractual. **Estos derechos tienen como consecuencia práctica que se declare que el contrato en mención es inoponible para el verdadero titular** o que se impida el ejercicio de un derecho mediante la excepción de inoponibilidad. En otros términos, la titularidad permanece incólume e inatacable”¹⁰.

En buena cuenta, la citada propuesta se traduce en lo siguiente: el cónyuge A, no participe en el negocio celebrado por el otro cónyuge B a favor de C, puede interponer una demanda cuya finalidad es declarar que A sigue siendo propietario; lo que más o menos se fundamentaría de esta forma: “Señor Juez, yo soy A, pero en el contrato B-C se ha pretendido vender lo que es mío, pero yo no le he vendido, entonces el contrato B-C es inoponible para mí, por tanto, declare que yo sigo siendo el dueño”.

La pregunta que surge es si tal pretensión es realmente contractual o real, pues, en puridad, basta leer el último pedido del actor en el párrafo anterior (“declare que yo sigo siendo el dueño”), para darse cuenta que en realidad se trata de una acción declarativa de dominio, encubierta bajo el indebido molde de una acción contractual de supuesta inoponibilidad.

La jurisprudencia se ha quebrado la cabeza en los últimos decenios tratando de buscar la mejor solución a los casos de venta de bien ajeno, venta por copropietario de bien común o venta por cónyuge individual de bien social; pues quedaba en la duda qué remedio o qué mecanismo de tutela sustancial se aplicaba al titular del derecho que no había participado en el negocio dispositivo.

Sobre el particular, nuestra propuesta es clara: el mecanismo de tutela idóneo es uno de naturaleza real, específicamente los de protección de la propiedad. La razón es muy simple: cuando las partes discuten la supuesta nulidad o inoponibilidad del contrato, en realidad, se enfrasan en cuestionar quién es el propietario de la cosa, en cuanto este es el presupuesto necesario para decidir si el negocio es nulo o inoponible. Solo una vez que se determine quién es el titular, entonces recién se podría decidir si el contrato es inoponible frente al *versus dominus*, **pero ello justamente implica una previa declaración de la propiedad.** Por tanto, en estos procesos, se cuestiona en primer lugar el dominio, la propiedad, el derecho real; y sobre ello se produce el debate judicial, las alegaciones, la prueba; por tanto, **la acción debiera ser de naturaleza real, y no contractual**¹¹.

¹⁰ MORALES HERVIAS, Op. Cit., p. 20.

¹¹ El contradictor reconoce implícitamente que la pretensión es real: “En otros términos, la titularidad permanece incólume e inatacable” (Ibídem), es decir, en puridad, se busca el reconocimiento de la condición de propietario, pues el negocio ha fallado en cuanto a realizar la disposición.

Un ejemplo: A demanda a B-C por vender una casa que es suya; y ya sea que la pretensión sea de nulidad o inoponibilidad, el juez solo podrá pronunciarse sobre esto último cuando previamente reconozca que el propietario es A. Por tanto, la demanda busca, en puridad, el reconocimiento de propiedad, sea a través de una acción declarativa, sea a través de una reivindicatoria, si hubiese la necesidad de obtener, además, la posesión¹².

IV. ¿CUÁLES SON LAS VENTAJAS DE LA TUTELA DE NATURALEZA REAL?

La primera ventaja es **lograr coherencia** entre la tutela sustancial reclamada por el perjudicado y el objeto del debate judicial.

En efecto, si yo demando inoponibilidad de contrato por ser el propietario, entonces el juez debe pronunciarse, en forma preliminar, por la alegada condición de titular. En buena cuenta, el orden lógico es el siguiente: primero, se dilucida el propietario; segundo, se declara inoponible la venta otorgada por tercero. Por tanto, la tutela contractual es una máscara que sirve para lograr el verdadero propósito, que no es otro que el reconocimiento del dominio. Por lo demás, una vez resuelto el tema de la titularidad del derecho, entonces, hasta resulta ocioso preocuparse sobre la validez o eficacia del negocio jurídico celebrado por los demandados, que, en todo caso, sigue vivo desde la perspectiva obligacional, sin ningún problema, pues la ajenidad del bien no es causal de nulidad, y, más bien, existe norma expresa que sanciona su validez (artículo 1409 CC), aunque obviamente, un título de estas características será impotente para transmitir el derecho real (ineficaz en cuanto a la disposición)¹³.

La segunda ventaja es evitar la multiplicación de demandas judiciales sin sentido. Por ejemplo: A, no titular, vende a B; luego B vende a C; finalmente, C vende a D. Cuando el *verus dominus* X toma conocimiento de los hechos, entonces plantea su novedosa pretensión de inoponibilidad contra tres contratos (A-B, B-C, C-D); pero, mientras se encuentra pendiente la notificación de las tres demandas, ocurre que D le vende a E. ¿Tendrá que plantearse un cuarto proceso contra E? ¿Y hasta cuándo?

¹² Podría objetarse esta conclusión señalando que en la venta del bien ajeno es necesario, también, que se dilucide previamente la titularidad del bien. La objeción no es correcta, pues, en tal figura, el remedio es típicamente contractual, otorgado al comprador perjudicado, por lo que la acción tiene tal carácter; si bien en forma instrumental habrá que dilucidar el dominio de modo previo para luego decidir sobre el contrato y sus vicisitudes. Por el contrario, en el caso aquí planteado, se discute la acción que le corresponde al propietario no partícipe, este no es parte del contrato que celebraron otros, no es el comprador, en consecuencia, es anómalo dotarle de remedio contractual a quien no es contratante.

¹³ Otra cosa, distinta, es que una de las partes decida acumular la reivindicación con la nulidad del negocio jurídico, como refuerzo de su demanda, **pero ello no es necesario para obtener éxito en el mejor derecho de propiedad (MDP) o la reivindicatoria.** Por ejemplo: A vende a B, que no inscribe; y luego A vende a C, que inscribe; en consecuencia, se plantea el MDP entre B y C, pues el primero alega que el segundo inscribió de mala fe. Si se probase ese argumento, es suficiente para lograr la sentencia favorable. Sin embargo, B puede acumular la pretensión de nulidad de negocio jurídico, si supone y cuenta con indicios que la venta A-C fue simulada. En consecuencia, la acción real puede formularse sin necesidad de anular el título contrario; pero cabe la acumulación cuando se pretende resolver un tema distinto, pero conexo, referido a una acción contractual. En el mismo ejemplo, podría ocurrir el actor triunfe en el MDP, pero la demanda de nulidad sea infundada, empero, igual B consigue su objetivo.

Nuestra propuesta es más racional, pues el *verus dominus* X se dirigirá de una vez contra E para que, en vía de tutela real, se le reconozca como propietario a través de una acción declarativa (En el Perú, es común que esta pretensión reciba el nombre de “mejor derecho de propiedad”). En cambio, si se opta por el remedio contractual, entonces habrá la necesidad de plantear tantas demandas como contratos, sea en procesos autónomos o acumulados, para ir declarando inoponibles todos esos contratos, en una sucesión sinfín que podría terminar agotando al propietario y, con ello, ahogando la justicia: En suma, un nuevo contrato implicaría una nueva demanda, por lo que habrá que anular o declarar inoponibles tantos contratos como se celebren.

La tercera ventaja está vinculada con la característica anterior, pues las acciones de protección de la propiedad permiten realizar, precisamente, un *balancing* de títulos, sin necesidad de pedir la nulidad, inoponibilidad o tutela contractual respecto del título contrario, porque ese ya es un problema exclusivo de los contratantes, pero no del derecho real.

En efecto, las acciones de tutela de la propiedad sirven para compulsar títulos; por un lado, el de A, por el otro, de E; y en ese balanceo se determina quién es el propietario. Eso se conoce desde antiguo. La declaración de propiedad a favor de A no está supeditada a la nulidad o inoponibilidad de los títulos sucesivos. En la reivindicación o en la acción declarativa de dominio, el juez pondera los dos títulos y resuelve, sin prejuzgar la validez o no de los mismos; simplemente, decide quién es el propietario por virtud de los títulos que se le presentan, que supuestamente acreditan la consumación de la adquisición en cabeza de una de las partes.

La Corte Suprema ha ratificado este criterio en diversas oportunidades. Así, mediante la sentencia de 11 de mayo de 2001, Casación N° 2539-2000, publicada el 05 de noviembre de 2001, el tribunal negó que exista la necesidad de anular el título contrario cuando ambas partes, demandante y demandado, exhiben títulos de propiedad contrapuestos, por lo que el juez de la reivindicatoria debe ponderarlos y resolver sobre el dominio, sin entretenerse en temas contractuales¹⁴. Existen otras decisiones recientes que consagran la misma doctrina¹⁵.

¹⁴ “Segundo.- Que, la acción reivindicatoria es la acción real por excelencia, ya que protege el derecho real más completo y perfecto que es el dominio; por ella se reclama no sólo la propiedad sino también la posesión. Tercero.- Que, precisamente, en este tipo de procesos debe judicialmente quedar establecido, como lo es en el caso de autos, el título que a cabalidad acredite la propiedad del reivindicante, es decir, que en la acción de reivindicación también procede determinar el mejor derecho de propiedad, cuando ambas partes tengan dicho título. Cuarto.- Que, el Juez al resolver un proceso, deberá atender a que la finalidad concreta del mismo es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales y que su finalidad abstracta es lograr la paz en justicia, tal como lo establece el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil. Quinto.- Que, en el caso de autos, la Sala de mérito ha concluido que aun cuando no se ha demostrado la nulidad ni la falsedad de la venta a favor de la co-demandada Marina Díaz y la causante de los otros emplazados; sin embargo, **el derecho de los nuevos compradores del bien sub litis, a su vez vendedores de los accionantes, es preferente al de los emplazados, pues son propietarios registrales que adquirieron el bien de buena fe y a título oneroso; añadiendo que no es necesario exigir a los demandantes el inicio de una nueva demanda de mejor derecho, ya que al no asistirle tal derecho a los demandados, se concluye que el derecho de los demandantes es mejor.** Sexto.- Que, además en el punto sexto de la contestación de la demanda, se exponen

En buena cuenta, para tener éxito en la reivindicatoria, o en la acción declarativa de dominio, no es necesario anular de modo previo el título invocado por el demandado, pues, en la acción plenaria entablada, el juez evalúa los títulos presentados, y decide cuál de ellos acredita la propiedad.

V. ¿EXISTE LA TUTELA CONTRACTUAL DE INOPONIBILIDAD DE CONTRATO PARA EL PROPIETARIO NO CONTRATANTE?

Para el profesor Rómulo Morales, la inoponibilidad de contrato es el remedio que le corresponde al propietario no contratante en el negocio dispositivo sobre bien ajeno, **pero un análisis más profundo lleva a concluir que tal solución se enfrenta a serios problemas dogmáticos.**

En primer lugar, la inoponibilidad de contrato no se asimila con la nulidad del negocio jurídico, entonces, ¿cuál es la legitimidad procesal del actor-propietario, que es tercero, en un contrato que él no ha celebrado? Muy bien le podrían contestar a este propietario que el negocio celebrado por los otros contratantes es cosa suya, es de interés solo de ellos, casi “su problema”, su riesgo; y si el actor sigue siendo el titular, ¿entonces por qué se entromete en relación contractual ajena, que en nada le afecta? En otras palabras, ¿cómo justificar que el sujeto no-parte pretenda interferir en la relación contractual ajena? ¿se admitiría que un tercero no-parte demande la resolución de contrato extraño? Alguien sostendrá que el interés se sustenta en la propiedad que exhibe el titular del derecho, y eso lo legitima para interferir en el contrato de otros. Pero, **nótese, que tal argumento termina dándonos la razón, en el sentido que el demandante invoca la propiedad, el derecho real, el dominio, como único fundamento de la tutela y de la legitimación; en buena cuenta, regresamos al punto de partida. La pretensión del titular del derecho es de naturaleza real, consistente en una acción declarativa del dominio.**

En suma, los remedios contractuales están dirigidos a los contratantes, pues ellos son los que tienen interés en el negocio. Un no-contratante, obviamente, carece del remedio contractual, salvo que se le asimile a tal condición (tercero en el contrato celebrado a su

los fundamentos del mejor derecho de propiedad, que es materia de la revocación que se precisa a fojas ciento cuarenta y nueve...”.

¹⁵ Este criterio ha sido expuesto en la ejecutoria de la Corte Suprema de 27 de septiembre de 2002 (Casación N° 608-2002-Ica): “Séptimo.- (...) al respecto no cabe discutir en los procesos de reivindicación la validez o eficacia de los títulos como se pretende al calificar de simulado el título que sustenta la pretensión de los actores, pues tal naturaleza corresponde su análisis en otro proceso” (Finalmente, se anuló la sentencia de vista y se dispuso emitir un nuevo fallo).

Asimismo, puede mencionarse la sentencia de 21 de marzo de 2007, Casación N° 698-2006-Lima, por cuya virtud de señala que la reivindicación exige solo la ponderación de los títulos. “Cuarto.- Que, tratándose del derecho de propiedad, no es posible jurídicamente la existencia de dos o más titulares de dicho derecho, por cuanto es excluyente; en tal sentido, advirtiéndose de autos como lo han establecido las instancias de mérito, que tanto demandante y demandado ostentan títulos inscritos sobre el mismo bien, resulta necesario realizar un estudio de los mismos, teniendo en cuenta que debe distinguirse el título como derecho, del título como documento, para poder así determinar cuál es el título que le confiere a su tenedor derecho de propiedad y que prevalece sobre el otro, a fin de resolver la acción reivindicatoria”.

favor) o que la ley por determinados fines de interés general la habilite específicamente; pero, en el caso planteado, el tercero pretende hacer evidente el defecto de competencia de un negocio ajeno, que solo perjudica a las partes, por lo que un tercero extraño carece de habilitación para tal propósito. Por el contrario, el propietario no-contratante pretende cuestionar un hecho jurídico, un título –más que como contrato- que puede generar apariencia de propiedad, engañar a terceros, producir problemas de hecho, posesorios; **por tanto, la destrucción de esa apariencia se hace por medio del instrumento idóneo para dilucidar quién es el propietario de la cosa, y quién, no.** En consecuencia, se trata de una típica tutela de naturaleza real¹⁶.

La acción contractual para el no-contratante, salvo la de nulidad, no existe o se encuentra excepcionalmente diseminada en poquísimas normas legales (ejemplo: acción pauliana). La razón es simple: es como otorgar tutela posesoria al no-poseedor, o reivindicatoria al no-propietario, lo que implicaría una contradicción en sus propios términos. Si bien es cierto que el legislador a veces puede crear hipótesis particulares, sin embargo, en este caso, el tema está claro: el Código Civil no menciona para nada la “acción de inoponibilidad del contrato”, y si no la menciona, menos aún podría habilitarla para el no-contratante.

La doctrina italiana se pregunta, precisamente, si una acción de ineficacia pueda hacerse valer *por el tercero* frente a los contratantes, que es la hipótesis planteada por el profesor Morales. Esa misma doctrina se responde señalando que el cuadro es muy irregular, y solo plantea tres casos de excepción, **con previsión normativa**: la nulidad del contrato, la simulación y la acción revocatoria por fraude al acreedor¹⁷. No hay rastros de la “acción de inoponibilidad del contrato” formulado por el propietario no-contratante frente al contrato invasivo, ni siquiera como aspiración doctrinal.

En segundo lugar, Rómulo Morales defiende el remedio de inoponibilidad del contrato, bajo la perspectiva analógica del art. 161 CC, que normalmente se entiende como un remedio del titular del derecho frente al falso procurador para declarar que su actuación es ineficaz o inoponible frente a él. Para lograr esta construcción teórica se hace lo siguiente: unificar todas las supuestas hipótesis de inoponibilidad mediante reglas comunes y generales, que habiliten la analogía. En tal sentido, si el tercero puede deshacerse de los efectos del negocio mediante la llamada “inoponibilidad”, entonces también el tercero puede aprovecharse del mismo, a través de la oportuna ratificación. El edificio dogmático parece perfectamente lógico. En tal sentido, el *verus dominus* siempre tiene el derecho de prevalerse del negocio ajeno y ratificarlo, lo cual “comporta que el titular del derecho transforme un contrato inoponible en eficaz para él”¹⁸.

El art. 161 CC regula una hipótesis de remedio contractual (ineficacia) otorgada a tercero, y no a las partes del contrato, por lo que habría que imponer la analogía para los casos,

¹⁶ “En ambos casos (venta de bien por co-titular aislado de comunidad hereditaria o postganancial), el comunero que no ha prestado su consentimiento, **podrá ejercitar la acción reivindicatoria** por la totalidad del bien perteneciente a la comunidad, respecto del cual no tienen ningún derecho el comunero transmitente”: CUENA CASAS, Op. Cit., p. 4.

¹⁷ ROPPO, Vincenzo, Op. Cit., p. 680.

¹⁸ MORALES HERVIAS, Op. Cit., p. 20.

supuestamente similares, de venta por un cónyuge del bien social o de la venta por el copropietario individual de todo el bien común.

No obstante, tales hipótesis no pueden agruparse en una sola categoría, y vamos a probarlo con el siguiente ejemplo básico: A vende un bien a B, pero la propiedad corresponde a C. La propuesta del compañero docente pasa porque C ratifique la venta A-B, con lo cual, el originario acto adquiere eficacia en forma sobrevenida. Sin embargo, en puridad técnica, **tal “ratificación” no es posible**, pues el vendedor es A, y seguirá siendo A, por tanto, en quien recaen los efectos del negocio es en él; y, bajo ninguna fuerza taumatúrgica puede resultar que C “ratifique” la venta de A, pues ello implicaría admitir lo que antes se criticó: el falso titular A no puede disponer, pero, el verdadero titular C sí podría entrometerse en un contrato en el que no es parte. **Nótese que el negocio celebrado es entre A y B, por lo que C no puede incorporarse a la fuerza, con su voluntad unilateral de “ratificación” en negocio ajeno.** Adviértase que C es un particular más, que solo puede relacionarse con otros por virtud de la autonomía privada, y no forzosamente por reglas heterónomas. Lo que A no puede hacer sobre el derecho de propiedad ajeno; tampoco puede hacerlo C sobre el negocio jurídico ajeno. El mismo Rómulo Morales, citando a Bianca, reconoce que el sujeto no está legitimado para disponer de la esfera jurídica ajena¹⁹. La esfera ajena no solo comprende los bienes del otro, sino también los negocios y las relaciones jurídicas extrañas. Por tanto, el supuesto ratificador no puede ingresar sin permiso en un contrato en el que nadie lo invitó.

En tal sentido, los problemas de tal “ratificación” son insolubles. Si C ratifica, ¿quién es el vendedor? ¿A o C? Si es C, entonces se cae en el absurdo que una voluntad unilateral puede modificar un negocio extraño. Si es A, entonces C nada ha producido, no hay cambio en el negocio original, y en ese contexto nada se transfiere. C solo puede transferir su derecho con un negocio jurídico causal traslativo que deba celebrar con A, o, en todo caso, deberá celebrarse una novación subjetiva en la que C se incorpore al negocio de A y B, pero eso implica un nuevo consenso, esto es, un segundo contrato que sí contará con eficacia dispositiva. Nótese que la sola ratificación no hace “eficaz” el primer negocio, pues el *verus dominus* no puede entrometerse en contrato de terceros, por tanto, se requiere un segundo contrato traslativo, pero eso ya es otra cosa. No es una “ratificación”, que implica que el único negocio se hace eficaz; por el contrario, es un segundo contrato autónomo que hace posible la disposición del *verus dominus*. En cualquier hipótesis, queda descartada la simple ratificación.

En puridad, debemos recordar que la ratificación está pensada para la figura del falso procurador, en cuanto este sí declara que actúa por otro, es decir, el apoderado indebido se entromete directamente en la esfera ajena, por lo que el perjudicado puede aprovecharse de los efectos del negocio mediante la oportuna ratificación. En cambio, esta situación es anómala cuando A vende como A, no como C, por lo que él solo es la parte contractual, y aun cuando C quiera convertirse en A, no puede hacerlo por su voluntad unilateral ratificatoria. **La autonomía privada tutela no solo a los propietarios que no disponen de lo suyo, sino también a los contratantes que negocian a nombre propio, bajo su responsabilidad, y no pueden ser excluidos del contrato por acto de tercero ajeno.** La

¹⁹ *Ibíd.*, p. 14.

autonomía privada no se rige por la ley del embudo: lo ancho para el propietario; lo angosto para el contratante.

Aquí debe distinguirse la **intromisión personal** (“soy A, pero digo actuar en nombre de B”), lo que habilita a B para aprovecharse de los efectos del negocio; pero un caso muy distinto es la **intromisión solo en el ámbito real, pero no en el personal** (“soy A, me creo propietario del bien, por tanto, vendo como A y me obligo como A”), pues, en tal circunstancia, el sujeto protagonista del negocio no está en duda, es A, por lo que nadie puede interferir en él; por más que su actuación sea dolosa, culposa o de buena fe. En efecto, no dudemos que en muchos casos el disponente actúa creyendo en su honestidad, pues supone que es el propietario exclusivo del bien.

Esta primordial diferencia hace que el típico caso de intromisión personal (falso procurador, ex art. 161 CC) no pueda aplicarse por analogía a las intromisiones reales (venta de bien ajeno o de bien social por un solo cónyuge), en cuyas hipótesis, los sujetos del negocio actúan a nombre propio, son ellos los protagonistas, y no pueden ser movidos por una fuerza extraña. El derecho fundamental de libre contratación exige respeto a la estructura de intereses creada por las partes, para bien o para mal, pero que se refleja solo por ellas.

La gran diferencia entre las intromisiones personales y reales se advierte en el hecho que uno requiere la “aprobación” (según el Código Alemán, sin embargo, esta figura no es trasladable al Derecho peruano) y el otro la “ratificación”, las que bajo ningún punto de vista se pueden asimilar en una categoría unitaria, y, por tanto, las reglas de uno no son aplicables por analogía al otro; y aunque las distinciones pueden dividir a la doctrina, sin embargo, casi todos están de acuerdo en su diferencia intrínseca:

“No se confunde esta *aprobación* con la ratificación, que llega a un contrato (representativo) imperfecto e ineficaz, frente al estructuralmente completo que es aquel a que se refiere la “aprobación”; ni con la confirmación, mecanismo de sanación de un contrato completo pero anulable, afecto de una grave enfermedad que podría arrastrarle en otro caso a la anulación. Creo que las diferencias son importantes y que no cabe confundir esas categorías jurídicas: son diferentes su objeto (negocio falso-representativo, frente a los otros antes indicados como susceptibles de aprobación), su estructura y su función y efectos (perfección del primero, y simple eficacia de estos últimos, según su tipología). Un sector de la doctrina pone el acento de la distinción en la ‘alteridad’ en caso de aprobación (se refiere a un negocio jurídico ajeno), frente a la ratificación, en que el *dominus* hace propio el negocio ratificado, aun llevado a cabo por otra persona para él; distinción y razonamiento que otros no comparten, en consideración a una distinta interpretación del negocio representativo y el del *falsus procurator*. Por mi parte, aunque pueda asumir la ‘alteridad’ aludida como nota diferencial –relativa, y condicionada por la idea que se tenga del negocio, en general, y del representativo-, me permito insistir –por ser dato diferencial típico, en mi opinión- en que la aprobación se incorpora a un negocio o contrato estructuralmente completo, el aprobado, en el que en algunos casos no deviene parte negocial la persona que lo aprueba. En cambio, la ratificación llega a un contrato imperfecto y, como tal,

ineficaz; y tras la ratificación el que emite se convierte en parte negocial (la única de ese lado, pues el *falsus procurator* no lo era) y convierte en eficaz, para él y frente al tercero, el negocio ratificado”²⁰.

En buena cuenta, la ratificación no está habilitada para las intromisiones reales, y, en efecto, el art. 978 no lo permite. El copropietario que vende el bien común en exclusiva, atribuyéndose la propiedad, es responsable de su decisión, y queda obligado por ello, para bien o para mal. Los otros copropietarios no pueden entrometerse en negocio ajeno mediante una voluntad unilateral que nadie les ha pedido; y que, en todo caso, solo sería admisible mediante un nuevo consenso entre las partes del negocio original y los ahora incorporados, por ejemplo, a través de una novación del contrato, pero jamás podría admitirse a través de una imposición unilateral.

El 978 solo dice que el negocio será válido si en el futuro el bien materia de disposición es adjudicado en exclusiva al copropietario por virtud de la partición. No hay ratificación alguna.

Tampoco es admisible una interpretación correctora con el art. 1669 CC. En efecto, tal precepto señala que un copropietario no puede arrendar un bien indiviso sin consentimiento de los otros; sin embargo, si lo hiciese, el contrato es válido si los demás copropietarios lo ratifican expresa o tácitamente. De esta norma se pretende deducir que en todo acto de disposición de bien común, por obra de un solo copropietario, cabe la ratificación de los otros copropietarios²¹.

La aplicación generalizadora del art. 1669 para casos diversos a su hipótesis específica, tiene un obstáculo insalvable, pues, en realidad, el copropietario individual sí tiene potestad para arrendar, sin consentimiento de los otros copropietarios, cuando se convierte en administrador de hecho (art. 973 CC). Recuérdese que en virtud de esta figura, el copropietario que se mantiene en disfrute del bien común, sin que nadie lo haya nombrado, empero, cuenta *ex lege* con las potestades de cualquier administrador, lo que incluye obviamente arrendar el bien; y es obvio que si el copropietario individual lo arrienda, entonces se encuentra en ejercicio del disfrute, por lo que automáticamente tiene la condición de administrador. En consecuencia, la sola omisión de los otros copropietarios en dejar a uno solo de ellos como poseedor del bien, hace que el negocio de arrendamiento ya cuente con la **autorización de todos los copropietarios por mero silencio** (impropiamente llamada: “ratificación tácita”).

En buena cuenta, la norma excepcional del 1669, amparada por otra disposición que la completa y le dota de sentido (973), cuando no puede generalizarse para los actos de disposición, en los que no se producen autorizaciones por mero silencio.

Por tanto, si **la ratificación no existe en las hipótesis señaladas**, entonces la eficaz disposición del derecho requiere que se deje sin efecto el negocio originario y se celebre

²⁰ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. *Representación sin poder y ratificación*, Thomson Reuters, Madrid 2013, pp. 345-346.

²¹ MORALES HERVIAS, Op. Cit., p. 18.

uno nuevo, o se produzca novación. No es posible que la voluntad unilateral pueda producir efectos heterónomos sobre otras personas, sobre contratantes ajenos, sobre circunstancias extrañas al propio interés, que es el único en el cual manda la autonomía privada.

La ratificación no es posible como mecanismo general de interferencia en negocio ajeno, salvo los casos de falso procurador o hipótesis asimiladas (contrato por persona a nombrar), por lo que este desfase hace más problemática la construcción de una categoría dogmática de inoponibilidad de contrato.

VI. ¿EL CÓDIGO CIVIL ALEMÁN AYUDA?

El profesor Morales cita el parágrafo 185 BGB, que regula precisamente la hipótesis de un acto dispositivo que deviene eficaz cuando el titular lo ratifica. El caso típico es A, propietario, que no es parte del contrato B-C en el cual se vende un bien suyo. En tal caso, A puede ratificar el contrato originario, con lo cual la disposición se hace eficaz.

Esta hipótesis, tan simple para el Derecho alemán, sin embargo, la hemos rechazado en el acápite anterior para el caso peruano. La razón de la diferencia se encuentra en que el Derecho alemán reconoce los negocios jurídicos abstractos de disposición.

Veamos cómo se explica la figura por su propia doctrina:

“La particularidad de la disposición del no titular en virtud de autorización consiste en que el no titular celebra el negocio en su propio nombre, y la disposición es eficaz por virtud de la autorización, aunque el enajenante no ostente el derecho sobre el que dispone. Igual que el titular puede transmitir a otro el poder para disponer sobre su derecho mediante asentimiento, también puede transmitirle el poder para que en propio nombre ejercite o haga valer un derecho de modo determinado. Se habla aquí, en expresión poco feliz acuñada por STAUB, de ‘transmisión de la legitimación del derecho’, *cesio in legitimationem*. En realidad, sin embargo, no se produce ninguna transmisión de derechos. Antes bien, el autorizante continúa siendo el titular del derecho y el no titular solo está autorizado por él para ejercitar o hacer valer el derecho en propio nombre”²².

Luego se agregan mayores detalles:

“la autorización es, como el poder, nada más que autorización, legitimación; significa que el autorizado puede ejercitar eficazmente en nombre propio el derecho del autorizante, en particular disponer de él, porque está autorizado para ello por el titular del derecho, lo mismo que el apoderado está autorizado por el poderdante para celebrar por él un negocio jurídico. Igual que en el caso del poder, se

²² FLUME, Werner. *El negocio jurídico*, traducción de José María Miquel González y Esther Gómez Calle, Fundación Cultural del Notariado, Madrid 1998, p. 1043.

determinará por la relación jurídica subyacente si el ejercicio del derecho por el autorizado está justificado en relación con el autorizante”²³.

El señor A, en el ejemplo, cede a B su legitimación para que este disponga del derecho, según su voluntad. ¿Cómo se explica que el propietario A, sin transmitir el derecho, ceda exclusivamente la legitimación dispositiva a B? La lógica de todo ello es que los negocios dispositivos en el sistema alemán son **abstractos**, basta la voluntad de transmitir y adquirir, por tanto, en este caso, la voluntad autoritativa de A es suficiente para fundar un acto dispositivo o legitimador de disposición.

La abstracción es la justificación de esta anómala figura, pues en tal contexto basta la voluntad de producir el efecto, sin preguntarse por la causa. En tal sentido, se dice, que “el asentimiento del tercero es una declaración de voluntad recepticia e irrevocable. Es también un negocio de disposición”²⁴, ciertamente abstracto. En el Derecho peruano, por el contrario, no hay forma de aceptar que una mera voluntad abstracta de disponer, una simple “ratificación unilateral”, tenga la fortaleza para sustentar un válido negocio de disposición, que, por propia definición, requiere de causa²⁵.

VII. ¿Y CÓMO QUEDA LA SUPUESTA RATIFICACIÓN DEL CÓNYUGE O COPROPIETARIO QUE QUIERE ADHERIRSE AL NEGOCIO DISPOSITIVO?

En los casos que el titular disponente tiene parcialmente interés en el derecho (cónyuge, copropietario) **tampoco cabe la ratificación**. El vendedor es uno solo; no el otro. No cabe que un tercero, por más cónyuge que sea, pretenda incorporarse forzosamente a negocio ajeno. El matrimonio forma una comunidad de bienes, pero no destroza la libertad individual, ni “socializa” a las dos personas. La autonomía privada funciona para todos, no solo para un lado de la balanza. La ratificación, por el contrario, es admisible cuando el mismo sujeto dice que actúa por otro, por lo que él se pone en intromisión personal.

Sin embargo, es común escuchar que el cónyuge preterido puede “ratificar” el negocio dispositivo celebrado por el otro cónyuge, mediante la sola prestación de su asentimiento. Lo mismo puede replicarse en relación con los copropietarios. Es más, esa es la razón práctica que normalmente se arguye para descartar la nulidad del contrato.

En realidad, la llamada “ratificación del cónyuge” se produce a través de figuras jurídicas diversas, que vale la pena aclarar.

²³ *Ibíd.*, p. 1046.

²⁴ WOLFF, Martin. Derecho de Cosas”. En ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. *Tratado de Derecho Civil*, traducción de Blas Pérez González y José Alguer, Bosch, Barcelona 1971, Tomo III-1º, p. 238.

²⁵ La profesora española Matilde Cuenca Casas comparte mi posición, según me lo hizo saber por correo electrónico de 26 de julio de 2013, que me autorizó a reproducirlo: “Creo que se mezclan dos hipótesis distintas: *falsus procurator* y venta de cosa común. Esta no puede resolverse con la ratificación porque quien consiente en nombre propio es el vendedor *non dominus* y coincido contigo en la imposibilidad de ceder la legitimación abstracta a la disposición al margen de un poder de representación”.

En primer lugar, supongamos que el esposo A vende a nombre propio la casa conyugal a C, y luego la esposa B “ratifica” el contrato. En puridad, el negocio A-C no puede ser alterado por una voluntad de tercero. Sin embargo, para efectos prácticos, es posible imaginar soluciones simples, pero sin necesidad de herir la dogmática. En tal caso, los otros copropietarios o el cónyuge no partícipe podrían manifestar que siempre estuvieron de acuerdo con el negocio, desde su origen, que son parte en él, pero solo se expresaron verbalmente, por lo que mediante un instrumento complementario, incluso público, se limitan a reconocer una voluntad ya prestada, por lo que se trataría de un documento meramente reconocitivo. El problema es que los autores originales del negocio podrían negar esta declaración verbal, por lo que el tema tendría que dilucidarse con la prueba actuada en el caso. Si no hay prueba alguna que la corrobore, entonces la pretendida incorporación en negocio ajeno es ineficaz; en cambio, si hay prueba del consenso general, entonces la escritura pública tiene carácter probatorio del negocio global, nacido desde su origen por consenso de todos, pero que documentalmente consta dividido en dos o más instrumentos. Tal vez podría suponerse que la notificación al comprador C de la mal llamada “ratificación” (en puridad: documento reconocitivo de consentimiento previo), sin oposición de este, implica una prueba de su aquiescencia frente a la declaración invasiva del cónyuge.

En segundo lugar, el cónyuge A vende a C, sin requerir la intervención del cónyuge B, por no considerarlo necesario. Luego se dan cuenta que si se le necesita. Aquí no hay “ratificación” de un mismo negocio que a partir de determinado momento se hace eficaz. Por el contrario, si se produce pleno consenso entre las partes, lo que podría ocurrir es que se haya presentado una novación subjetiva por incorporación de personas. Pero, nótese que no es el mismo negocio original, es otro distinto, novado. Por tanto, no puede haber ratificación cuando el contrato se modificó.

En tercer lugar, supongamos que se documenta un futuro negocio de los cónyuges A-B a favor de C, pero originariamente solo prestan su voluntad los señores A y C, pero no B. En tal caso, el supuesto negocio está incompleto, no se ha perfeccionado el consenso. Nadie podrá decir que la posterior voluntad de B “ratifica” el contrato, pues en realidad se produce el nacimiento del contrato al haberse arribado a consenso. No antes.

Por tanto, estas y otras hipótesis de “ratificación” no son propiamente tales. Por ello, el art. 315 CC señale que el cónyuge puede disponer por sí solo con poder del otro, lo que es correcto; pero justamente omita la posibilidad de “ratificar” el negocio. Y justamente no lo dice porque la ratificación es un fenómeno vedado en este caso, pues su radio de acción son las intromisiones personales (actuar por otro, invadiendo su “personalidad”) y no las intromisiones reales (disponer “bienes” por otro).

VIII. ¿QUÉ REMEDIO TIENE EL CONTRATANTE PERJUDICADO FRENTE AL CONTRATANTE NO TITULAR?

Recordemos las tres hipótesis planteadas: disposición por cónyuge individual del bien social, disposición por copropietario individual del bien común o, directamente, disposición por sujeto sin ningún interés sobre bien de otro.

En tales casos, ¿qué remedio tiene el contratante perjudicado (comprador, por ejemplo) frente al contratante no-titular (vendedor, por ejemplo)? Nótese que en este caso, sí, se requiere de un remedio estrictamente contractual, pues el perjuicio se encuentra dentro de este ámbito.

En otra sede tuve oportunidad de referirme al tema con ocasión específica del art. 978 CC²⁶, pero cuyas conclusiones las hago perfectamente aplicables a las otras hipótesis.

Mi opinión es la siguiente: **¿qué ocurre si el copropietario realiza un acto de disposición del bien común sin tener el consentimiento de los otros copropietarios o autorización judicial?** El art. 978 CC señala que si un comunero practica acto dispositivo sobre todo o parte del bien; dicho acto solo será válido desde el momento en que se adjudica el bien, o la parte, a quien practicó el acto. Esta norma tiene como fuente el art. 901 del Código de 1936, y busca establecer las consecuencias jurídicas respecto de los actos no-autorizados de un copropietario.

Durante la vigencia del Código de 1936, fue doctrina jurisprudencial que los actos no-autorizados de los copropietarios se encontraban en una situación de validez, pero subordinado a la condición (*conditio iuris*) de que el bien le sea adjudicado al copropietario que vendió la totalidad²⁷. El codificador de 1984 ratificó esta doctrina, pues consideró que el acto dispositivo no-autorizado estaba sujeto a una condición suspensiva de carácter legal: “El acto de disposición del bien o de parte material de él, debe quedar en suspenso y tener vigencia recién cuando la condición se produzca”²⁸. En un primer momento, la jurisprudencia aplicó este criterio, pues lo consideraba un acto jurídico condicionado²⁹. Sin embargo, **los pronunciamientos judiciales más recientes se inclinan por reputarlo, sin más, un acto nulo**³⁰.

²⁶ GONZALES BARRÓN, Gunther. *Código Civil y Reforma. Libro V (Derechos Reales) y IX (Registros Públicos)*, Jurista Editores, Lima 2011, p. 257.

²⁷ ROMERO ROMANA, Eleodoro. *Los Derechos Reales*, s/e, Lima 1955, Tomo II, p. 250.

²⁸ AVENDAÑO VALDÉZ, Jorge. “Exposición de motivos del anteproyecto del libro de Derechos Reales”. En COMISIÓN REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL DE 1936. *Proyectos y anteproyectos de la reforma del Código Civil*, PUCP, Lima 1980, Tomo I, p. 802.

²⁹ “El artículo 978 del Código sustantivo prevé la posibilidad de que un coheredero realice actos que importen el ejercicio de propiedad exclusiva sobre todo o parte de un bien, en dicho supuesto el acto sólo será válido desde el momento en que se adjudique el bien o la parte del mismo a quién practicó el referido acto; debiendo entenderse que cuando el Código habla de validez quiere decir eficacia, y es que el acto de disposición exclusiva realizado por un copropietario es un acto válido sujeto a condición suspensiva, y que será eficaz cuando la parte o totalidad del bien que ha dispuesto le sea adjudicado, y en caso de no cumplirse con la mencionada condición, recién podrá incoarse la acción de nulidad”: Sentencia de la Corte Suprema, Casación N° 953-96.

³⁰ “(...) evidenciándose que se realizó la enajenación material de dicho inmueble, practicándose sobre parte de un bien un acto que importa el ejercicio de propiedad exclusiva (actuando como si fuera la única propietaria), dicho acto solo será válido desde el momento en que a dicho propietario se le adjudique el bien o parte de él, por así normarlo el artículo 978 del mismo cuerpo normativo, y en tanto ello no sucede no hay lugar a considerar válido un acto de tal naturaleza. La relación entre el artículo 971 y el artículo 978 es igual a la que existe entre una regla y su excepción que la confirma y, en tal sentido, debe concluirse que la venta del bien común requiere para su validez necesariamente de la conformidad de todos los copropietarios, y si uno de ellos dispuso del mismo sin asentimiento de los demás, tal acto no será válido mientras no se produzcan los

En realidad, el acto no autorizado de copropietario debe subsumirse en el art. 1540 CC, por cuya virtud, la venta de un “bien parcialmente ajeno” da lugar a que el comprador pueda optar entre solicitar la rescisión del contrato o la reducción del precio. La venta de “bien parcialmente ajeno” implica que el enajenante es dueño de una porción (cuota ideal) del bien, lo que alude a la presencia de un copropietario. Esta solución es acertada, pues permite que el afectado (comprador) decida el mantenimiento o no de la relación contractual, de acuerdo con sus intereses. Por el contrario, la solución del art. 978 CC es cuestionable, en tanto el contrato queda sometido indefinidamente a una supuesta condición suspensiva, sin que el afectado pueda decidir lo más conveniente para su protección.

En tal sentido, no es necesario establecer un régimen especial de ineficacia negocial, por lo que el art. 978 CC debe complementarse con las normas sobre venta de bien ajeno.

Rómulo Morales impugna esta solución en cuanto señala que el art. 1540 CC omite establecer los remedios para el copropietario que no ha participado del acto de disposición, por tanto, si la norma no dice nada, entonces fundadamente se pregunta, ¿qué solución puede prestar?³¹ El compañero docente, sin embargo, ha modificado el plano de discusión.

La propuesta mía, en dicho trabajo, no apuntaba hacia el *verus dominus*, que no participó en el negocio; por el contrario, la preocupación se centra en el comprador perjudicado frente al copropietario individual que ha vendido el bien común.

En estos casos, ya lo hemos dicho, siempre hay dos perspectivas. La primera, ¿qué puede hacer el propietario no contratante? Según Morales, cabe formular la inoponibilidad de contrato; según quien esto escribe, debe plantearse una acción de tutela real, conforme se ha sustentado a lo largo de este artículo. En cambio, en la segunda, el problema se centra en la desprotegida figura del comprador. Todos hemos hablado del propietario supuestamente afectado por un negocio en el que se pretende disponer un interés suyo, pero nadie se acuerda de la otra víctima: el comprador.

Pues bien, la objeción del opositor no es justificada, pues las reglas de venta de bien ajeno o parcialmente ajeno se aplican precisamente a favor del comprador perjudicado por una disposición ineficaz, que no se concreta³². Por supuesto que tiene razón que esas reglas no tienen relación con el propietario no contratante, pero no me había referido a ello. Por tanto, el remedio de los artículos 1539 o 1540, según el caso, es perfectamente viable, **pero obviamente solo para el comprador.**

En el plano externo, en relación con el tercero, el propietario pretendidamente afectado defenderá su derecho mediante una acción real.

supuestos contemplados en el artículo 978 del Código Civil”: Casación N° 102-2009-Cusco, de 25 de agosto de 2009, publicado en el diario oficial el día 30 de marzo de 2010.

³¹ MORALES HERVIAS, Op. Cit., p. 17.

³² Esta es la posición de la mejor doctrina: “Cuando un copropietario vende un bien que no le pertenece en su totalidad y lo hace en nombre propia, lo que se produce es una falta de poder de disposición del transmitente, que *a fortiori* debe recibir igual respuesta que la venta de cosa ajena: su validez”: CUENA CASAS, Op. Cit., p. 6.

En el plano interno, en la relación contractual, el comprador no tendrá que esperar hasta las calendas griegas (¡hasta que se produzca la partición entre los copropietarios!, ¡hasta que se produzca la disolución de la sociedad de gananciales entre los cónyuges!), por lo que tendrá tutela sustancial mediante el remedio de la rescisión.

Por lo demás, si las reglas de venta de bien parcialmente ajeno no se aplicasen al caso del copropietario que dispone de todo el bien común, entonces, ¿para qué casos sirve?, pues resulta obvio que si el bien es parcialmente ajeno, por lógica deducción es parcialmente propio; y si ello es así, entonces solo puede tratarse de un copropietario.

CONCLUSIONES

- i. La jurisprudencia enfrenta problemas concretos: cónyuge que dispone de bien social, con exclusión del otro; copropietario individual que dispone de bien común; y, finalmente, no-titular que vende lo ajeno.
- ii. El problema se presenta en dos planos: a) ¿qué protección tiene el propietario no-contratante (*verus dominus*) frente al contrato ajeno en el que se pretende disponer de lo suyo?; b) ¿qué protección tiene el contratante perjudicado (ejemplo: comprador) frente al otro contratante (ejemplo: vendedor) que dispone de lo ajeno?
- iii. La jurisprudencia en forma mayoritaria ha señalado que el contrato celebrado por el no-titular es nulo, por diversas causas: falta de manifestación de voluntad, objeto física o jurídicamente imposible, contravención de norma imperativa, etc.
- iv. Recientemente, sin embargo, se ha recordado que el defecto de los negocios señalados en el ítem i) se concentra en la falta de legitimidad o ausencia de poder dispositivo, esto es, el no titular carece de capacidad para producir la eficaz transmisión del derecho. Por tanto, se produce la ineficacia de la disposición. Por el contrario, se descarta la nulidad, pues el contrato cuenta con sujetos, voluntad, objeto, causa; por tanto, es una estructura jurídica válida como negocio. Una cosa distinta es la falta de titularidad del derecho, que incide en la eficacia.
- v. Por tanto, la ineficacia es la consecuencia del defecto de legitimidad o de la falta del poder dispositivo, y su incidencia se circunscribe en el negocio que lo sufre.
- vi. Ya diagnosticada la enfermedad, queda el mayor inconveniente: ¿Qué remedio protege al propietario no-contratante frente a la disposición de lo suyo en contrato ajeno? Se ha propuesto dotarle de la acción de “inoponibilidad de contrato”, por cuya virtud, el *verus dominus* pueda demandar judicialmente que se declare la inoponibilidad del contrato celebrado por otros, en relación con él, por tanto, el efecto final será que su titularidad se mantiene incólume.

- vii. El remedio contractual de inoponibilidad del contrato ajeno, es **inviabile**, pues los remedios contractuales se acuerdan a favor de las partes, y no a los terceros ajenos y extraños, salvo nulidad o hipótesis normativas excepcionales, que en este caso no ha sido prevista. Si se critica que un no-titular pretenda invadir la esfera de un titular; entonces tampoco puede autorizarse que un no-contratante invada un contrato ajeno. No puede argumentarse que en este caso hay legitimación para impugnar por tratarse del titular del derecho, pues si ello se acepta, entonces se termina reconociendo que el derecho protegido realmente es el de propiedad.
- viii. Bien vistas las cosas, el propietario no-contratante, en la llamada “acción de inoponibilidad”, persigue que se le reconozca como titular del derecho frente a los sujetos que celebraron un negocio ajeno, por tanto, la acción es, propiamente, **de naturaleza real**, sea declarativa de la propiedad, sea reivindicatoria, si es que pretende además la puesta en posesión del bien, o no.
- ix. No obstante, el profesor Morales defiende el remedio de la inoponibilidad del contrato, bajo la perspectiva analógica del art. 161 CC, lo que permite rechazar el contrato invasivo o ratificarlo, conforme ocurre en el caso del titular frente al acto del falso procurador. Sin embargo, la figura de la ratificación no se presenta en las hipótesis de acto dispositivo de no-titular. **La autonomía privada tutela no solo a los propietarios que no disponen de lo suyo, sino también a los contratantes que negocian a nombre propio.** Aquí debe distinguirse la **intromisión personal** (“soy A, pero digo actuar en nombre de B”), lo que habilita a B para aprovecharse de los efectos del negocio; pero un caso muy distinto es la **intromisión solo en el ámbito real, pero no en el personal** (“soy A, me creo propietario del bien, por tanto, vendo como A y me obligo como A”), pues, en tal circunstancia, el sujeto protagonista del negocio no está en duda, es A, por lo que nadie puede interferir en él. **Esta primordial diferencia hace que el típico caso de intromisión personal (falso procurador, ex art. 161 CC) no pueda aplicarse por analogía a las intromisiones reales (venta de bien ajeno o de bien social por un solo cónyuge)**, en cuyas hipótesis, los sujetos del negocio actúan a nombre propio, son ellos los protagonistas, y no pueden ser movidos por una fuerza extraña.
- x. Por lo demás, el art. 1669 no puede generalizarse, pues se trata de una hipótesis aislada de copropietario individual que puede celebrar válidamente contratos de arrendamiento en condición de administrador de hecho, cuando los otros copropietarios lo han dejado en posesión individual (art. 973 CC). En consecuencia, el silencio de los otros copropietarios funciona como “ratificación tácita” del arrendamiento, aunque en puridad se trate de una autorización por silencio.
- xi. Las normas del Código Alemán no pueden trasladarse fácilmente al ordenamiento jurídico peruano, pues aquel reconoce negocios jurídicos abstractos de disposición, en los que basta voluntades unilaterales, sin causa y

demás figuras anómalas que se sustentan en la exclusiva voluntad de transmitir o autorizar la disposición.

- xii. Si bien es frecuente sostener que el cónyuge o copropietario preterido pueden “ratificar” el negocio dispositivo, sin embargo, ello tampoco es posible, pues un contrato no puede ser alterado por voluntad ajena. Sin embargo, caben soluciones prácticas, que no son ratificación, tales como la modificación del negocio originario mediante novación, o la celebración de nuevo negocio, o completando el negocio previo imperfecto u otorgando un documento reconocitivo de un consentimiento ya prestado.
- xiii. En suma, las demandas planteadas por “inoponibilidad del contrato”, afortunadamente escasísimas, deberán ser observadas por el juez para que el actor las adecúe a una pretensión real, que es tácitamente lo que se busca; sin embargo, si el demandante insiste en su pretensión inicial, entonces el juez deberá rechazar la demanda por imposibilidad jurídica del petitorio.
- xiv. En tal sentido, la acción real como remedio de protección del propietario no-contratante tiene múltiples ventajas: a) **logra coherencia entre la tutela sustancial reclamada por el perjudicado (propiedad) y el objeto del debate judicial.** En efecto, en las supuestas demandas de inoponibilidad, antes de resolver el tema contractual, el juez tendría que declarar quién es el propietario de la cosa, por tanto, el tema realmente debatido es el dominio, y solo de manera indirecta o traslaticia se terminaría emitiendo un pronunciamiento que ya no tiene relevancia, pues si ya se dijo quién es el titular del bien, entonces la validez o no del negocio es irrelevante; b) se evita la multiplicidad de demandas inútiles, pues si hubiese diversos contratos supuestamente inoponibles, entonces todos ellos deberían ser atacados; en cambio, la tutela real se dirige contra el último de la cadena de títulos, por declaración de propiedad, y ya es innecesario reaccionar frente a cada contrato; c) la tutela de la propiedad, desde muy antiguo, permite que el juez se limite a compulsar los títulos, reconozca el dominio y no diga nada sobre la validez de los títulos, que nada aporta al fin pretendido; por lo demás, esos títulos pueden subsistir perfectamente, entre las partes, y no hay razón para descalificarlos por obra de un tercero.
- xv. Por su parte, el contratante perjudicado por la pretendida disposición de su contraparte no-titular, tiene a su favor el remedio contractual regulado en las normas sobre venta de bien ajeno.

**UNIDAD I: ESTUDIO DE LA VALIDEZ E INEFICACIA DEL
NEGOCIO JURÍDICO A PROPÓSITO DEL OCTAVO PLENO
CASATORIO CIVIL.**

LECTURA COMPLEMENTARIA

- TANTALEAN ODAR, Reynaldo. “La legitimación negocial y la tolerancia de la nulidad comentarios a la Casación N°1382-2007-LIMA”.



LA LEGITIMACIÓN NEGOCIAL Y LA TOLERANCIA DE LA NULIDAD

COMENTARIOS A LA CASACIÓN N° 1382-2007-LIMA

Reynaldo Mario Tantaleán Odar (*)

Con aprecio a los integrantes de la XI Promoción de Derecho de la Universidad Nacional de Cajamarca

1. REMINISCENCIA DE LOS HECHOS

Hacia el 23 de diciembre de 1997, mediante un contrato privado de compraventa, doña Judit Catalina Salgado Sánchez -ahora fallecida- vendió a Cirila Huallpa Aguirre de Flores 12 metros cuadrados de un inmueble de mayor extensión de 202,77 metros cuadrados, sito en la Manzana K Lote 13 de la Cooperativa de Vivienda Valle de Sarón Limitada Número 430, del Distrito de San Juan de Miraflores, incluyendo la construcción de material noble levantada sobre su superficie, siendo que dicho bien pertenecía a la sociedad conyugal conformada por don Hebal Lelis León Luján y doña Judit Catalina Salgado Sánchez.

Con tales hechos el señor León Luján interpuso demanda para que se declarase la nulidad del referido negocio jurídico, ya que, en su parecer se contravenía lo dispuesto en el artículo 315° del código civil en cuya virtud se indica que para disponer de los bienes sociales o gravarlos se requiere de la intervención del marido y de la mujer. A tal fundamento agregó que la compradora Cirila Huallpa adquirió el inmueble a sabiendas de que se trataba de un bien social, tal y como se verifica en el propio contrato materia de nulidad. Por ello, además de la nulidad, el actor demandó la restitución de la porción vendida y el pago de una indemnización por concepto de daños y perjuicios.

La demandada Cirila Huallpa en su contestación admitió haber adquirido la porción del inmueble de mayor extensión, pero asevera que lo hizo sobre la parte del inmueble que correspondía a su vendedora en calidad de copropietaria, respetando así los derechos que corresponden al actor por ser casado. A ello añadió que accedió

* Magíster en Derecho Civil y Comercial, Catedrático de la Universidad Nacional de Cajamarca, Conciliador Extrajudicial y Árbitro.
yerioma@gmail.com

a celebrar el contrato porque la finada esposa del actor le aseguró que construyó el inmueble con su peculio y porque le suplicó que la ayudara económicamente para su tratamiento contra el cáncer que padecía.

La sentencia de primera instancia declaró fundada en parte la demanda y nulo el acto jurídico de compra venta, ordenando la restitución de los 12 metros cuadrados vendidos. Su fundamento esencial se encuentra en que la sociedad de gananciales no constituye un régimen de copropiedad y, en tal sentido, la disposición de los bienes sociales requiere ineludiblemente del consentimiento de ambos cónyuges conforme lo manda el citado artículo 315° del código civil, máxime si la compradora tenía conocimiento de la calidad conyugal del bien.

Ante la apelación correspondiente, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima revocó la sentencia apelada, declarando infundada la demanda, pues estima que si bien la no intervención del actor en el contrato de compra venta afectaría su validez, dicha sanción de nulidad podría ser tolerada por el ordenamiento jurídico, atendiendo a las circunstancias en que se desarrolla la relación conyugal, la magnitud del acto de disposición, y el móvil o finalidad para el cual se realizó el acto de disposición patrimonial por uno de los cónyuges con prescindencia del otro.

Para fundamentar el fallo, la Sala Superior se basa en la declaración jurada de la hija de la finada esposa, sus declaraciones y las del abuelo, padre de la fallecida; y, además, se sustenta en el abandono moral y económico del que habría sido víctima la finada vendedora.

Por todo ello el Colegiado Superior concluye en que la conducta del demandante constituye un ejercicio abusivo de un derecho, pues recién una vez fallecida su cónyuge el accionante pretende que se declare nulo el acto de disposición de la porción del inmueble para que se revierta a la masa hereditaria y, así, poder beneficiarse. Todo ello sin perder de vista que la vendedora se encontraba en una situación de necesidad de disponer del bien por su grave estado de salud, mientras que por parte de la compradora habría habido buena fe y propósito de ayuda al prójimo, por lo que amparar la demanda no hace sino provocar una desarmonía social y una injusticia.

Notificada la resolución el perjudicado Hebal Lelis León Luján mediante escrito de folios 566, interpuso recurso de casación contra la sentencia de vista.

2. LAS CAUSALES DE NULIDAD EN LA VENTA DE BIEN CONYUGAL

El recurrente denuncia la inaplicación del artículo 219° del código civil, toda vez que la pretensión principal es una de nulidad de contrato privado de compraventa celebrado sobre el inmueble perteneciente a la sociedad conyugal, sin la intervención de ambos cónyuges, por lo que es inobjetable que el acto jurídico es nulo *ipso iure* por contravenir los incisos 1, 4, 6 y 7 del citado artículo antedicho, al igual que el artículo 315° del citado código. Pero también se denuncia la contravención al debido proceso, lo que al final da lugar a que se ampare el recurso.

Nosotros evaluaremos las causales referidas a la inaplicación normativa para luego comprender si efectivamente se ha violado o no el debido proceso.

2.1. LA FALTA DE MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD

El inciso 1 del artículo 219° alude a la causal de falta de manifestación de voluntad del agente, situación que no se manifiesta en el presente caso, toda vez que la causal de ausencia de voluntad en realidad refiere un supuesto de

inexistencia negocial y solamente es posible de presentarse en algunos puntuales supuestos como serían, verbi gracia, el caso de una falsificación de manifestación de voluntad, o en el caso del silencio.¹

En el supuesto que nos ocupa, evidentemente no estamos ante una falta de manifestación de voluntad, pues los contratantes, vendedor y comprador, han expresado perfectamente su voluntad. Por tanto habría que ubicar la causal de nulidad en otro supuesto.

2.2. LA ILICITUD DE LA CAUSA

En el inciso 4 del citado artículo se nos refiere la ilicitud del fin. Pero, si se recuerda bien, en términos generales, el fin puede ser concebido desde una perspectiva subjetiva y desde una objetiva. Subjetivamente el fin abarcaría los aspectos que habrían motivado la celebración del acto o la finalidad que esperaban alcanzar las partes. Mejor dicho, el fin -subjetivamente hablando- alude o al porqué las partes celebraron el acto jurídico o para qué lo hicieron.

Mas como la ha hecho notar la doctrina, el por qué unos sujetos celebran un acto jurídico deviene prácticamente en irrelevante para el derecho. Entre tanto, ubicar el para qué celebraron el acto jurídico se convierte en una tarea casi titánica, pues ello subyace en la mente de los sujetos.

Y al preguntarnos en el caso en concreto por qué las partes celebraron la compraventa, nos encontramos con que se la celebró porque la vendedora necesitaba dinero y la compradora quería ayudarla a que obtuviese tal caudal. Y ante la pregunta para qué se celebró la compraventa, tenemos que la compradora lo hizo para poder atenderse de la enfermedad que tenía, y la vendedora para facilitar ese tratamiento. Ergo, vista subjetivamente la compraventa tanto el “porqué” como el “para qué” no violentan ni a normas imperativas, ni al orden público ni mucho menos a las buenas costumbres, por lo que el acto no tendría un fin ilícito.

Ahora bien, cuando se trabaja con la vertiente objetiva de la causa, se conoce que ella no puede adolecer de ilicitud, pues siempre estará conforme con el ordenamiento jurídico (Taboada Córdoba 2002, 115), y por estar acogida en el sistema jurídico, no podrá ser tampoco contrario al orden público ni a las buenas costumbres. Consecuentemente desde una perspectiva objetiva la causa en el caso que nos ocupa tampoco sería ilícita.

2.3. LA INOBSERVANCIA DE LA FORMALIDAD SOLEMNE

Una causal de nulidad especial que no rige para todos los negocios jurídicos es la inobservancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

Como bien se conoce, la inobservancia de la formalidad prescrita, solamente opera para los actos con formalidad preestablecida legalmente o, excepcionalmente por las partes.

Sin embargo, de todas las formalidades establecidas por ley –o convencionalmente-, solamente serán susceptibles de sancionarse con nulidad aquellos casos en que la nulidad esté expresamente prevista como sanción ante el supuesto de inobservancia de esa formalidad.

¹ Cfr. Tantaleán Odar 2008c.

Ahora bien, una compraventa en nuestro ordenamiento civil se caracteriza por ser un acto no formal, es decir donde las partes pueden utilizar la forma que consideren conveniente para su celebración, y eso es lo que ha ocurrido en el presente caso.

Consiguientemente, es bastante apresurado afirmar que la compraventa adolece de nulidad porque no se ha observado la forma prescrita, cuando a todas luces una compraventa es válida sin interesar la forma que se observe en su celebración, pues bastará con que el consentimiento se manifieste de cualquier modo, hasta inclusive tácitamente.

2.4. LA NULIDAD EXPRESA

La última causal invocada alude a que el acto es nulo cuando lo ley así lo declara, y se concatena ello con el artículo 315° del código civil donde se establece que para disponer de un bien social se requiere la participación del marido y de la mujer.

En nuestra jurisprudencia el tratamiento mayormente ha sido homogéneo:

Que dichos inmuebles sociales fueron dispuestos unilateralmente por el esposo, actos jurídicos que resultan viciados de nulidad absoluta, conforme al Art. 315 del mismo Código, porque no intervino la cónyuge.²

Es nulo el contrato de préstamo con garantía hipotecaria, por el que uno de los cónyuges hipoteca un inmueble que tiene el carácter de bien social por haber sido adquirido dentro del matrimonio, sin consentimiento del otro cónyuge.³

Ahora, cuando un bien social se disponga por uno solo de los cónyuges sí podríamos estar ante un supuesto de invalidez, pero dependiendo del caso en concreto.

Si se observa bien, aunque el matrimonio sea concebido como un patrimonio autónomo, en puridad, el bien pertenece a ambos cónyuges, por lo que la disposición de un bien social por uno solo de los cónyuges nos trasladará a la disposición de un bien parcialmente ajeno.

Al respecto, entonces, ya hemos dicho anteriormente que la venta de un bien ajeno es totalmente conforme al ordenamiento jurídico. (Tantaleán Odar 2008a) Entonces, si una venta de bien ajeno no conlleva a la invalidez del acto, con mayor razón no será inválido el acto que tenga por objeto la traslación total de un bien parcialmente ajeno.

Por ejemplo, en el Expediente N° 2273-97-Lambayeque del 09 de diciembre de 1998, se declaró la nulidad de la disposición de un bien social efectuado de modo unilateral por el esposo. En este caso la judicatura consideró que no había habido manifestación de voluntad de la mujer y, por tanto, el acto devino en nulo.

Empero, con el mismo razonamiento anterior, si alguien puede disponer de un bien totalmente ajeno, ¿cuál es el impedimento de disponer de un bien parcialmente ajeno?

² Exp. N° 2273-97-Lambayeque, SCSS – El Peruano 09-12-98 en Cajas Bustamante 2004, 59.
³ Exp. N° 1071-95 Sala Civil Suprema en Meza Mauricio 2003, 465.

Algún fallo ya ha intentado la solución, aunque la polémica revive constantemente.⁴

*Tratándose de bienes parcialmente ajenos, corresponde al comprador la opción entre solicitar la rescisión o la reducción del precio.*⁵

Creemos que el error de la magistratura estribaría en que el negocio jurídico genera relaciones jurídicas, pero tales relaciones –una vez creadas- se rigen por otro régimen jurídico, mas no por el tratamiento del acto jurídico, de tal modo que para el caso que nos ocupa, la regulación idónea es el de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero tal y como lo dispone el artículo 1537º del código civil.⁶

Como anticipamos, la disposición de un bien social por solamente uno de los cónyuges podría conllevar a la invalidez solamente en algunos casos, puesto que tal como está regulado en el código se tendría que evaluar cada contexto, ya que el cónyuge disponente se podría comprometer a conseguir la aquiescencia del cónyuge no participante, sin afectar la validez del acto jurídico.⁷

3. LA INCAPACIDAD DE DERECHO Y LA LEGITIMIDAD NEGOCIAL

Todo el problema surge, entonces cuando se intenta ubicar la causal de nulidad exacta. Así, doctrinaria y jurisprudencialmente se ha dicho que cuando un cónyuge no participa en la disposición de un bien social habría nulidad por falta de voluntad del agente, por objeto imposible jurídicamente, por incapacidad del agente, por fin ilícito y hasta por un supuesto de nulidad expresa como lo señala el artículo 315º ya acotado.

Para nosotros la causal exacta, aunque parezca la más lejana de todas las mencionadas, es la de incapacidad del agente.

En efecto, en doctrina se puede encontrar que entre las incapacidades del sujeto para poder celebrar un acto jurídico, se encuentra la llamada incapacidad de derecho. Es decir, además de la incapacidad absoluta de ejercicio como un supuesto de nulidad negocial podemos ubicar también a la -poco difundida- incapacidad de derecho (*Vid. Salvat 1954, 715; Barassi 1955, 178*).⁸

En este supuesto la ley misma impide que determinado sujeto celebre tal o cual negocio jurídico preestablecido.

*Los actos prohibidos por la ley, vale decir, realizados con incapacidad de derecho, caen bajo las nulidades absolutas.*⁹

Se ha dicho que la capacidad de derecho o legitimidad aludiría a la posibilidad individual de que un sujeto capaz pueda generar una consecuencia jurídica en su esfera de libre disposición (Beltrán Pacheco 2001, 5). La prohibición se caracteriza por estar individualizada, recayendo su efecto en un agente o en un

⁴ *Vid. Obando Blanco 2008.*

⁵ Exp. 832-98 en Meza Mauricio 2003, 518.

⁶ *Vid. En contra Beltrán Pacheco 2001, 6.*

⁷ Cfr. artículo 1537º del código civil.

⁸ A criterio del profesor Jorge Beltrán (2001, 5) nuestro código civil no establece como condición de validez de un acto jurídico la legitimidad del sujeto, por lo que carecer de esta facultad no afectaría la estructura del negocio jurídico. Por esta misma razón es que propugnamos que esta legitimidad, al ser entendida como capacidad de derecho, podría ser incluida en el rubro bajo estudio.

⁹ JA, 1968-V, p. 186 – Argentina en Vega Vega 1998, 426.

grupo muy reducido, por lo que no existe impedimento para que otro sujeto celebre el negocio. Por eso Ferri (2002, 260) habla de incapacidad para adquirir.

Tenemos así, por ejemplo, que los cónyuges no pueden celebrar contratos entre sí respecto de los bienes de su propia sociedad conyugal.¹⁰

También se tiene en este rubro los casos de impedimento de adquirir derechos reales por contrato por parte de ciertas autoridades políticas, así como por ciertos funcionarios o servidores públicos.¹¹ En este supuesto el agente está facultado para celebrar cualquier otro acto jurídico, menos el que la ley le impide otorgar de modo específico, razón por la cual se habla también de una falta de una legitimación intersubjetiva como causal de invalidez (Moreyra García Sayán 2005, 326-327).

*(...) para determinados actos (...) además de capacidad, se requiere legitimación, es decir, el previo cumplimiento de algún o algunos requisitos y trámites especiales.*¹²

Nos parece que en este rubro podrían ajustarse los supuestos encauzados a nulificar la disposición de bienes conyugales sin la participación de ambos cónyuges tal y como lo exige el artículo 315° de nuestro código civil. Dado que, si bien se recuerda, cuando un cónyuge no participa en la disposición de un bien conyugal se ha dicho que el objeto es jurídicamente imposible, cuando nuestro código autoriza la disposición de bienes ajenos. También se ha afirmado que el contenido es ilícito, cuando ello tampoco es correcto (Cfr. Beltrán Pacheco 2001, 7). Y además se ha dicho que nos enfrentamos ante una falta de manifestación de voluntad, cuando, en efecto, sí se visualiza una declaración, al menos por uno de los cónyuges. O también porque:

*La venta de derechos y acciones de un bien social sin el consentimiento de otro cónyuge, es nula, (...) mas no así por falta de manifestación de voluntad, debido a que mientras no se liquide la sociedad de gananciales ningún cónyuge tiene derecho sobre una cuota ideal parte de un inmueble.*¹³

Así las cosas, pareciera que el tema pasa más por un asunto de legitimidad. Se trata, entonces, de que al agente (uno de los cónyuges) no cuenta con toda la capacidad de derecho (legitimidad) para realizar el acto. Entiéndase, entonces, que los sujetos son capaces, o sea, el cónyuge disponente cuenta, inclusive, con capacidad de ejercicio, pero no goza de la calidad legitimadora que le autorice a efectuar el acto. No debe perderse de vista que un sujeto sería la sociedad conyugal y otros cada uno de los cónyuges pertenecientes a ella.

Para comprender mejor recordemos que en materia procesal civil existe la conocida legitimidad para obrar, en virtud de la cual un sujeto se encuentra en una posición privilegiada que lo faculta a reclamar una determinada pretensión. Por

¹⁰ Si bien esta causal es explicable teóricamente, su falta de regulación expresa (legal o jurisprudencialmente) exigen ubicarla dentro de otro supuesto. Consideramos, así, que a falta de tratamiento de esta causal, fácilmente podría encajar en el caso de objeto jurídicamente imposible, esto partiendo del hecho de que se intenta establecer una relación jurídica prohibida legalmente. En un intento de distinta dirección, se podría, también ubicar en los casos de invalidez por contravención a normas legales imperativas.

¹¹ Vid. artículo 1366° del código civil.

¹² RGJL, T 190, p. 812 – España en Vega Vega 1998, 30.

¹³ Cas. N° 2818-2000-Lambayeque, publicada el 02-07-2001.

ejemplo, el divorcio no lo podría demandar cualquier sujeto sino solamente aquellos que tengan verdadero interés en su resultado y estuviesen facultados por la ley para hacerlo.

Entonces, así como en materia procesal existe este tipo de legitimidad, de igual manera en materia negocial se puede ubicar un supuesto por el cual los celebrantes tienen que contar con la capacidad o legitimidad para poder estructurar el acto jurídico.

A esta capacidad es a la que nosotros denominamos legitimidad negocial, que no vendría a ser sino una situación jurídica subjetiva que coloca al sujeto en un estado de posibilidad para celebrar válidamente un acto jurídico, claro está reuniendo los demás componentes que la ley exige para una celebración válida del negocio.

Y decimos legitimidad negocial por cuanto se trata primeramente de un estado concedido por la ley, pero también por las circunstancias que rodeen al caso en concreto.

Según lo dicho, los supuestos de incapacidad de derecho o de ilegitimidad negocial habría que buscarlos de modo negativo. Es decir, en primera instancia todos los sujetos estarían facultados para la celebración de cualquier acto jurídico, y solamente habrá que ubicar si su estatus no incurre en alguna prohibición que invalide dicha celebración negocial.

4. EL ERROR EN EL MOTIVO

En el caso sub examen nos encontramos con que la vendedora habría dispuesto el bien pero por motivos de salud. Ella habría vendido parte del bien conyugal por cuanto se encontraba muy enferma y necesitaba dinero para su atención.

Como bien se puede observar, este asunto nos traslada al aspecto interno de la voluntad, lo cual se torna en irrelevante para el derecho. Mejor dicho, el sistema jurídico no toma muy en cuenta el aspecto volitivo interno, sino hasta el momento en que es dado a conocer exteriormente por cualquier modo, en caso contrario, ello no interesa a la esfera jurídica.

Sin embargo, en nuestra codificación contamos con un supuesto en el cual el motivo podría pasar a ser determinante. Se trata del artículo 205° del código civil que nos refiere que en el hipotético de haber un error en el motivo que da origen a la celebración del acto jurídico, tal error solamente vicia al negocio cuando expresamente se manifiesta como la razón determinante para la celebración del acto y siempre y cuando tal motivación haya sido aceptada por la otra parte.

Esto no quiere decir sino que si uno de los celebrantes estructura un acto jurídico motivado por un evento especial, tal motivo tiene que haberse dado a conocer a la otra parte y, además, tiene que haber sido aceptado por el co-contratante. Y si el motivo fuere errado, entonces estaríamos ante un supuesto de anulabilidad negocial.

No obstante, al tratarse de un caso de anulabilidad por error, queda claro que quien estaría facultado para iniciar la acción correspondiente sería el propio sujeto equivocado.

En el caso presente no se da ninguna de las situaciones descritas como para poder ingresar de lleno a estudiar este tema, pues quien cuestiona el acto es un tercero ajeno y vía nulidad, máxime cuando en la sentencia se asevera que no se ha

corroborado fehacientemente que la celebrante haya padecido de la enfermedad a la que se alude.

5. ¿ABUSO DEL DERECHO?

Según el recurrente no puede justificarse un acto jurídico manifiestamente nulo con el argumento de que al demandar, el actor ha ejercitado abusivamente un derecho o que la demanda persigue un interés particular o que el demandante hizo abandono del hogar conyugal y que ahora, después de 17 años pretende beneficiarse, más aún si tuvo que abandonar el hogar por dignidad, ante la infidelidad de su cónyuge, conforme lo reconoció su propia hija Karin León Salgado en el protocolo de pericia psicológica.

A criterio del impugnante, el Juez está prohibido de introducir al debate procesal hechos diferentes a los descritos por los justiciables, de manera que sólo podrá fallar según lo alegado y probado. Todo ello por cuanto él no ha observado ninguna actitud egoísta ni antisocial al interponer la demanda, y tampoco ha cometido exceso alguno en el uso de su derecho subjetivo, ni agraviado intereses dignos de tutela jurídica, pues solamente ha reclamado la aplicación de una norma jurídica a un hecho concreto en el que no se ha respetado el derecho conyugal de participar en la disposición de un bien social, lo que significa que ha hecho uso del ejercicio regular de un derecho.

Nos parece que en este punto el razonar del recurrente y el contenido en la sentencia es correcto. En efecto, si entendemos que el abuso del derecho no es sino un acto inicialmente lícito, pero que por algún vacío legal no ha sido tratado como ilícito al atentar contra la armonía social (Rubio Correa 1987, 169), en puridad no estaríamos frente a un caso de ejercicio abusivo del derecho.

6. VERDAD JURÍDICA OBJETIVA Y CERTEZA JUDICIAL

En la consideración Cuarta de la sentencia se trabaja con la noción de verdad jurídica objetiva.

Allí se dice que tal verdad jurídica será objetiva cuando los hechos probados sean susceptibles de verificación por cualquier operador jurídico, toda vez que no es suficiente que tales hechos y su comprobación existan únicamente en la mente del juez, sino que deben ser hechos que se puedan constatar, esto significa que sean comprobables a través de los medios probatorios destinados para tal fin.

Lo extraño de esta afirmación, que de por sí tiene sustento, es que se olvida de que las pruebas aportadas al proceso, aunque sean pocas, pueden causar convicción en el juzgador, bastando con que el magistrado exprese esas motivaciones en su fallo, cosa que parece haber ocurrido en la sentencia impugnada.

En mejores términos, como un juzgador suele tener inmediatez con las partes, podría basar sus fallos en las pruebas aportadas pero aunando sus apreciaciones. Por el contrario, un juzgador que no tiene a la vista a las partes tendrá que limitarse a sentenciar con las pruebas aportadas.

Entonces, si bien es cierto que el basamento del veredicto debe ser objetivo, no debe perderse de vista que las pruebas aportadas sí pueden haber causado convicción en el *a quo*. Otra sería la situación si es que de una lectura del fallo se evidenciase una arbitrariedad, situación que parece no acontecer en el caso en concreto.

Ahora bien, si la afirmación suprema en este rubro es aceptable, no lo es aquella por la cual se dice que el juzgador sólo alcanzará la certeza en un juicio jurisdiccional cuando su decisión se sustente en hechos verificables con pruebas o elementos de convicción general que puedan ser constatados por cualquier operador jurídico.

Como bien se sabe el estado de certeza denota de por sí una situación de infalibilidad y exactitud en lo acontecido. Y como ya también hemos dicho en otra parte (*Vid.* Tantaleán Odar 2008b), ello parece estar muy lejos de alcanzarse en sede judicial.

7. ¿A DÓNDE MIRA LA NULIDAD NEGOCIAL?

En el recurso de casación se denuncia también la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso. Como ya se ha visto, la Sala Superior entiende que la nulidad puede llegar a ser tolerada por el ordenamiento jurídico. Así, a criterio del impugnante, para sustentar en qué medida la sanción de nulidad puede ser tolerada por el ordenamiento jurídico, la Sala Superior hace referencia a una declaración jurada y testimoniales de Karin Janette León Salgado y Alfonso Julio Salgado Pérez, quienes en la Audiencia de Pruebas respectiva manifestaron hechos totalmente ajenos al petitorio de la demanda y a los puntos materia de controversia, los cuales habrían sido desvirtuados con los documentos presentados por el recurrente en su escrito del 2 de marzo de 2004.

Al respecto, el sustento fundamental del recurrente es que la norma aplicable al caso, como es el artículo 219º del código civil, no admite posibilidad alguna de tolerancia.

A nuestro parecer lo que sucede en el presente caso es que los magistrados supremos laboran con la concepción imperante en nuestro sistema jurídico acerca de la nulidad.

Efectivamente, entre nosotros la nulidad es una sanción aplicable sin interesar quiénes son las partes ni cómo actuaron tales. Mejor dicho, la nulidad no ingresa a evaluar si los celebrantes actuaron o no de buena fe. Entre nosotros –lamentablemente- la nulidad, una vez verificada la causal, desencadena sus efectos sin medir siquiera las posibles consecuencias que su aplicación acarrea en el caso en concreto.

La nulidad –insistimos, lamentablemente- mira solamente al acto jurídico y desvía su enfoque respecto de los celebrantes y sus actitudes.

En suma, no es más que una nueva denuncia de la visión diádica imperante en nuestra magistratura.

Por nuestra parte, somos partidarios de que la aplicación de la nulidad debe obedecer a una visión sistémica, evaluando previamente las consecuencias de su futura instalación. Tal razonar, obviamente, linda con el tratamiento actual que se da a las nulidades.

8. LA TOLERANCIA DE LA NULIDAD

El recurrente entiende que la nulidad no puede ser tolerada porque la finada esposa tenía al alcance algunos medios para lograr su fin como, por ejemplo, demandar el cambio de régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios para tener libertad de disposición de un bien social, o demandar alimentos para sufragar sus necesidades.

A nuestro modesto entender la nulidad sí podría ser tolerada en algunos supuestos.

Ciertamente, si se recuerda que la nulidad es una sanción, y si toda sanción antes de aplicarse es susceptible de graduarse y evaluarse, ¿por qué no hacer lo propio con la nulidad?

Partiendo del acápite anterior, siendo la nulidad una sanción, debe siempre ser evaluada de modo funcional. Es decir, antes de decretarla se deberá tener muy en cuenta no solamente si el negocio incurre en la causal prevista por la ley sino que, además, será necesario estudiar los elementos que rodean al caso para ver la utilidad y practicidad de su declaración.

Por tanto, en el caso puntual -a nuestro criterio- el juzgador, al apreciar la funcionalidad de la nulidad, deberá verificar si es factible mantener el acto en pie con la aquiescencia del cónyuge no participante, y en caso contrario sancionaría al negocio con nulidad. Y de decretarse la nulidad, el asunto entre el cónyuge celebrante y el tercero se compondría recurriendo a la regulación de inejecución de obligaciones.

Entonces, cada vez que se esté ante un negocio que adolece de alguna causal de nulidad, es necesario evaluar previamente la aplicación de la sanción y su repercusión no solamente en la esfera de los justiciables inmediatos sino también en la esfera de toda la comunidad jurídica. No es dable la aplicación mecánica de la sanción de nulidad.

Ergo, la afirmación de los Vocales Superiores de que la nulidad podría ser tolerada por el ordenamiento jurídico, atendiendo a las circunstancias en que se desarrolla la relación conyugal, la magnitud del acto de disposición, y el móvil o finalidad para el cual se realizó el acto de disposición patrimonial nos parece una aseveración correcta, de avanzada y con sustento basado en la funcionalidad de la que hay que dotar al derecho.

9. LA CONSERVACIÓN DEL ACTO JURÍDICO

Por último, como corolario de lo anterior no podemos perder de vista que en materia negocial prima el principio de conservación del acto, en virtud del cual los operadores deberán intentar mantener en pie al negocio hasta donde fuere posible y maximizando los efectos anhelados por los celebrantes hasta donde lo permita el ordenamiento.

En el caso en concreto nos parece que los magistrados sí pudieron intentar una solución como la de liquidar la sociedad de gananciales y hacer prevalecer la venta hecha por la cónyuge fallecida en la porción que le hubiere correspondido.

Lamentablemente nuestra judicatura está muy lejos de proporcionarnos una sentencia de tamaña envergadura. El razonar de nuestra magistratura se limita – quizás hasta por encasillamiento legal- a resolver el caso concreto sin inmiscuirse en otros asuntos.

Clara muestra de ello es la consideración Novena de la sentencia donde contundentemente se anota que con respecto a la magnitud del acto de disposición, es cierto que solamente se habrían enajenado 12 metros cuadrados de un inmueble cuya extensión alcanza los 202, 77 metros cuadrados, pero esta circunstancia, por sí misma, de ninguna forma podría justificar o convalidar la nulidad de un acto jurídico.

En fin, si repasamos el tema de la legitimidad negocial al que hemos aludido anteriormente, podríamos inferir que la cónyuge disponente sí habría contado con

legitimidad valorativa para efectuar la venta, aunque no hubiere gozado de un total amparo legal.

Con estos modos de proceder encasillados, circunscritos y limitados la justicia que espera la sociedad está muy lejos de la justicia que se administra en nuestros tribunales. O como ya alguien ha venido diciendo de modo muy elocuente: los abogados nacieron el día en que el derecho y la justicia de divorciaron.

10. LISTA DE REFERENCIAS

- Barassi, Lodovico. 1955. *Instituciones de Derecho Civil*. Traducido por Ramón García de Haro de Goytisolo. Vol. I. Barcelona: José María Bosch Editor
- Beltrán Pacheco, Jorge Alberto. «Yo te vendo, yo tampoco: mentiras y verdades de la invalidez y la venta de un bien ajeno.» *Cuadernos Jurisprudenciales - Suplemento mensual de Diálogo con la jurisprudencia* (Gaceta Jurídica Editores), n° 06 (diciembre 2001): 3-9.
- Cajas Bustamante, William. *Código Civil*. 7ª edición. Lima: Editorial Rodhas, 2004.
- Ferri, Giovanni Battista. *El negocio jurídico*. Traducido por Leysser L. León. Lima: ARA Editores, 2002.
- Meza Mauricio, Gonzalo. *El Negocio Jurídico - Manual Teórico-Práctico*. Lima: Editorial Alegre, 2003.
- Moreyra García Sayán, Francisco. *El acto jurídico según el código civil peruano - Curso teórico, histórico y comparativo*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005.
- Obando Blanco, Víctor Roberto. «Tipos de efectos de la sentencia - Nulidad de acto jurídico y disposición de bienes sociales por uno de los cónyuges. Sentencias contradictorias.» *JuS - Doctrina & Práctica - Publicación especializada y actualizada para el profesional del derecho* (Editora Jurídica Grijley), n° 1 (enero 2008): 319-327.
- Rubio Correa, Marcial. *Prescripción, caducidad y otros conceptos en el nuevo código civil*. Lima: Fundación M. J. Bustamante de la Fuente, 1987.
- Salvat, Raymundo. *Tratado de derecho civil argentino - Parte general*. 10ª edición. Vol. II. Buenos Aires: Tpográfica Editora Argentina, 1954.
- Taboada Córdova, Lizardo. *Nulidad del Acto Jurídico*. Lima: Grijley, 2002.
- Tantaleán Odar, Reynaldo Mario. «Contratación sobre bienes ajenos, afectados embargados o litigiosos - Criterios para diferenciarla del estelionato.» *Actualidad Jurídica - Información Especializada para abogados y jueces* (Gaceta Jurídica Editores), n° 177 (agosto 2008a): 61-63.
- Tantaleán Odar, Reynaldo Mario. «La debida motivación de las actuaciones que alteran una situación o relación jurídica - Comentarios al artículo 139° inciso 5 de la Constitución.» *Jus Doctrina y Práctica* (Editora Jurídica Grijley), 2008b: 339-353.
- Tantaleán Odar, Reynaldo Mario. «La inexistencia negocial en al anteproyecto del Código Europeo de Contratos.» *Actualidad Jurídica - Información especializada para abogados y jueces* (Gaceta Jurídica Editores) Tomo 172 (marzo 2008c): 347-350.

Vega Vega, Jesús Edgardo. *El acto jurídico en las instituciones del derecho civil*. Lima: Palestra Editores, 1998.

11. ANEXO

CAS. N° 1382-2007 LIMA. Nulidad de Acto Jurídico. Lima, tres de diciembre del dos mil siete.- **LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA;** vista la causa número mil trescientos ochenta y dos - dos mil siete, con el acompañado, en Audiencia Pública de la fecha y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia; **MATERIA DEL RECURSO:** Se trata del recurso de casación interpuesto por Hebal Lelis León Luján mediante escrito de fojas quinientos sesenta y seis, contra la sentencia de vista emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas quinientos cincuenta, su fecha veintitrés de enero del dos mil siete, que revoca la sentencia apelada de fojas quinientos uno que declaró fundada en parte la demanda interpuesta, con lo demás que contiene, y reformándola declara infundada la misma, sin costas ni costos; **FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** Que, el recurso de casación fue declarado procedente por resolución del veinticuatro de julio del dos mil siete, por las causales previstas en los incisos segundo y tercero del artículo trescientos ochenta y seis del Código Procesal Civil, en virtud de lo cual el recurrente denuncia: **I) la inaplicación del artículo doscientos diecinueve del Código Civil**, toda vez que la pretensión principal es una de nulidad de contrato privado de compra venta celebrado sobre un inmueble perteneciente a la sociedad conyugal, sin la intervención de ambos cónyuges, por lo que es inobjetable que el acto jurídico es nulo ipso iure por contravenir los incisos primero, cuarto, sexto y sétimo del artículo doscientos diecinueve y el artículo trescientos quince del antes citado Código; sin embargo, la Sala Superior se limita a hacer referencia de que el acto jurídico sólo debe evaluarse a la luz de lo que significa el ejercicio abusivo del derecho por parte del actor; y, **II) la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso**, pues para sustentar en qué medida la sanción de nulidad “puede ser tolerada por el ordenamiento jurídico”, la Sala Superior hace referencia a la declaración jurada de fojas ciento catorce y a las testimoniales de Karin Janette León Salgado y Alfonso Julio Salgado Pérez, quienes en la Audiencia de Pruebas del veintiuno de enero del dos mil cuatro, manifestaron hechos totalmente ajenos al petitorio de la demanda y a los puntos materia de controversia, los mismos que fueron oportunamente desvirtuados con los documentos presentados por el recurrente en su escrito del dos de marzo del dos mil cuatro. El razonamiento de la Sala no está arreglado a derecho, porque la norma aplicable al caso sub materia (artículo doscientos diecinueve del Código Civil), no admite esta posibilidad; siendo así, no puede hablarse de tolerancia de la ley a la luz de ciertos hechos que pudieron ser reclamados haciendo uso de los derechos que la ley faculta al cónyuge agraviado, como por ejemplo: demandar el cambio de régimen de sociedad de gananciales por la de separación de patrimonios, para tener libertad de disposición de un bien social, o demandar juicio de alimentos para sufragar las necesidades alimentarias, siendo que este último derecho, su esposa lo ejerció durante años conforme consta en los escritos de pago en consignación que a manera de ilustración adjunta; pero no puede justificarse un acto jurídico manifiestamente nulo con el argumento de que al demandar, el actor ha ejercitado abusivamente un derecho o que la demanda persigue un interés particular o que el demandante hizo abandono del hogar conyugal y que ahora, después de diecisiete años pretende beneficiarse, más aún si tuvo que abandonar el hogar por dignidad, ante la infidelidad de su cónyuge, conforme lo reconoció su propia hija Karin León Salgado en el protocolo de pericia psicológica que presentó en su escrito de fecha dos de marzo del dos mil cuatro, para desvirtuar las mitómanas declaraciones de ella y de su abuelo. El Juez está prohibido de introducir al debate procesal hechos diferentes a los descritos por los

justiciables, de manera que éste sólo podrá fallar según lo alegado y probado por las partes. No ha observado ninguna actitud egoísta ni antisocial al interponer la demanda; tampoco ha cometido ningún exceso en el uso de su derecho subjetivo, ni agraviado intereses dignos de tutela jurídica; sólo ha reclamado la aplicación de una norma jurídica (artículo doscientos diecinueve del Código Civil) a un hecho concreto en el que no se ha respetado el derecho conyugal de participar en la disposición de un bien social, lo que significa que ha hecho uso del ejercicio regular de un derecho; **y, CONSIDERANDO: Primero.-** Que, mediante escrito de fojas once, Hebal Lelis León Luján interpuso demanda para que se declare la nulidad del Contrato Privado de Compra Venta de fecha veintitrés de diciembre de mil novecientos noventa y siete, mediante el cual su esposa, Judit Catalina Salgado Sánchez (ya fallecida), vendió a Cirila Huallpa Aguirre de Flores doce metros cuadrados de un inmueble de mayor extensión (doscientos dos punto setenta y siete metros cuadrados), sito en la Manzana K Lote trece de la Cooperativa de Vivienda Valle de Sarón Limitada Número Cuatrocientos Treinta, del distrito de San Juan de Miraflores, incluyendo la construcción de material noble levantada sobre el mismo; pese a que se trataba de un inmueble que pertenecía a la sociedad conyugal, contraviniendo así lo dispuesto en el artículo trescientos quince del Código Civil, que establece que para disponer de los bienes sociales o gravarlos se requiere de la intervención del marido y de la mujer, por lo que el citado acto jurídico es nulo, tanto más si la señora Cirila Huallpa adquirió el inmueble a sabiendas de que se traba de un bien social, como se consigna en el propio contrato materia de nulidad. Por ello, además de la nulidad, el actor demanda la restitución de la porción vendida y el pago de una indemnización por concepto de daños y perjuicios; **Segundo.-** Que, al contestar la demanda, Cirila Huallpa Aguirre de Flores admitió haber adquirido la porción del inmueble de mayor extensión que se señala en la demanda, pero refiere que lo hizo sobre la parte del inmueble que a su vendedora le habría correspondido como copropietaria, respetando así los derechos que corresponden al actor por ser casado, agregando que accedió a celebrar el contrato porque la finada esposa del actor le aseguró que construyó el inmueble con su peculio y porque le suplicó que la ayudara económicamente para su tratamiento contra el cáncer que padecía; **Tercero.-** Que, la sentencia de primera instancia declaró fundada en parte la demanda y nulo el acto jurídico de compra venta sub litis, ordenando la restitución de los doce metros cuadrados vendidos, pues considera que la sociedad de gananciales no constituye un régimen de copropiedad y, en tal sentido, la disposición de los bienes sociales requiere del consentimiento de ambos cónyuges conforme a lo dispuesto en el artículo trescientos quince del Código Civil, siendo que la demandada tenía conocimiento de que el referido inmueble pertenecía también al actor en su calidad de cónyuge, conforme se verifica del contrato y lo declara en su contestación. Sin embargo, la Sala Superior revocó la sentencia apelada y declaró infundada la demanda, pues estima que si bien la no intervención del actor en el contrato de compra venta afectaría su validez, dicha sanción de nulidad podría ser “*tolerada*” por el ordenamiento jurídico, atendiendo a las circunstancias en que se desarrolla la relación conyugal, la magnitud del acto de disposición, así como al móvil o finalidad para el cual se realizó el acto de disposición patrimonial por sólo uno de los cónyuges con prescindencia del otro, por lo que a continuación analiza la declaración jurada de la hija de la finada esposa y las declaraciones de aquella y del abuelo (padre de la fallecida), dadas en la Audiencia de Pruebas y relativas a la separación de los cónyuges y al presunto abandono moral y económico del que fue víctima la finada vendedora, por lo que el Colegiado Superior concluye de que la conducta del demandante constituye el ejercicio abusivo de un derecho, pues una vez fallecida su cónyuge -sostiene-, éste pretende que se declare nulo el acto de disposición de la porción del inmueble para que revierta a la masa hereditaria y así poder beneficiarse, existiendo de parte de la vendedora la necesidad de disponer del bien

por su grave estado de salud, y de parte de la compradora buena fe y propósito de ayuda al prójimo, por lo que la demanda provoca una desarmonía social y una injusticia; **Cuarto.-** Que, la verdad jurídica objetiva, como uno de los sustentos de una sentencia justa, es una figura que se construye a partir de tres elementos: **a) *verdad***, que es la que expresan las partes respecto de los hechos -procurando su demostración en el curso del proceso- y, fundamentalmente, la que el Juez hace prevalecer en el mismo proceso. Como valor, la verdad debe ser el sustento axiológico de la conducta de las partes al alegar los hechos, y debe formar parte del contenido de la decisión razonablemente justa que emita el juez al final del proceso; **b) *jurídica***, pues la veracidad de los hechos establecidos en el proceso tendrá su connotación jurídica en tanto, tales hechos sean idénticos o similares a los supuestos fácticos de la norma jurídica, es decir, los hechos tendrán significación o trascendencia jurídica siempre que constituyan supuestos de los cuales se deriven consecuencias jurídicas; **c) *objetiva***, pues los hechos probados con trascendencia jurídica deben ser verificables por cualquier operador jurídico, pues no es suficiente que tales hechos y su comprobación existan en la mente del Juez (ámbito subjetivo), sino que deben ser hechos que se puedan constatar, esto significa que sean comprobables a través de los medios probatorios destinados para tal fin; **Quinto.-** Que, en tal sentido, una sentencia no puede sustentarse en apreciaciones subjetivas, si es que no existen elementos objetivos para su constatación. El Juez sólo alcanzará la certeza en un juicio jurisdiccional, cuando su decisión se sustente en hechos verificables con pruebas o elementos de convicción general que puedan ser constatados por cualquier operador jurídico; **Sexto.-** Que, en el caso de autos, la cuestión controvertida gira en torno a establecer si el contrato privado de compra venta es nulo, en razón a que se dispuso de un bien conyugal sin asentimiento de uno de los cónyuges, por lo que es lógico que la actividad valorativa de los hechos y de las pruebas que realice el Juez se dirija principalmente a determinar si, en efecto, el inmueble de mayor extensión fue adquirido y levantada la fábrica dentro de la vigencia del régimen de sociedad de gananciales, y si tal hecho era o no de conocimiento del comprador; **Sétimo.-** Que, es claro que tanto la sentencia de primera instancia como la de vista, concluyen que el contrato privado de compra venta objeto de litis carece de validez porque, en efecto, fue celebrado respecto de un bien de la sociedad de gananciales (que no genera copropiedad), y porque la compradora tenía perfecto conocimiento de que adquiriría un bien conyugal; sin embargo, lo que diferencia a ambos fallos es que el Colegiado Superior estima que dicha nulidad puede ser “tolerada” por el ordenamiento jurídico, atendiendo a determinadas circunstancias, que para el caso concreto han girado en torno a la relación entre los cónyuges y su posterior quebrantamiento, la magnitud del acto de disposición, así como al móvil o finalidad para el cual se realizó; sin embargo, estos tres aspectos supuestamente probados en autos únicamente se sustentan en dos elementos: una declaración jurada presentada por la hija de la vendedora, obrante a fojas ciento catorce, y la declaración testimonial brindada por ésta conjuntamente con su abuelo (padre de la finada), en la continuación de la Audiencia de Pruebas cuya acta obra a fojas ciento setenta y nueve; **Octavo.-** Que, salvo las declaraciones prestadas por aquellos testigos, la Sala Superior no se remite a documento alguno que acredite que la finada vendedora haya padecido de cáncer desde el año mil novecientos noventa y dos, tal como coincidentemente pretende establecer su hija Karin Janette León Salgado para justificar la suscripción del contrato privado de compra venta que data del veintitrés de diciembre de mil novecientos noventa y dos, por lo que es insuficiente considerar que fue precisamente la finalidad de subvencionar los gastos de esa enfermedad lo que conllevó a la vendedora a disponer de parte del bien social. Llama la atención de este Supremo Tribunal que la citada Karin Janette León Salgado, haya suscrito un contrato de compra venta con la demandada Cirila Huallpa Aguirre de Flores respecto del treinta y tres por ciento de los derechos que

le correspondían sobre el inmueble sub litis en su calidad de heredera, lo que motivó que la acotada emplazada presentara un escrito de fojas ciento setenta y cuatro, señalando que ya era propietaria de la porción que adquirió; sin embargo, dicho contrato fue declarado nulo y cancelada su inscripción registral por sentencia expedida el treinta de diciembre del dos mil cuatro, obrante a fojas cuatrocientos cuarenta y siete, por haberse enajenado un porcentaje mayor a los derechos que le correspondían sobre el citado inmueble, aspectos que deberá tomar en cuenta el Juez al valorar la conducta de las partes; **Noveno.-** Que, con respecto a la magnitud del acto de disposición, es cierto que “sólo” se habrían enajenado doce metros cuadrados de un inmueble cuya extensión alcanza los doscientos dos punto setenta y siete metros cuadrados, pero esta circunstancia, por sí misma, de ninguna forma podría justificar o convalidar la nulidad de un acto jurídico. La Sala Superior estima que la magnitud del acto de disposición está ligada al padecimiento del cáncer y a la urgencia de cubrir los costos para su tratamiento, de allí la enajenación de una mínima parte del bien conyugal; sin embargo, como se ha referido en el considerando anterior, no existe certeza respecto a la época en que le fue detectada a la vendedora dicha enfermedad, por lo que no es posible concatenarlo o relacionarlo en forma directa con el acto de disposición, en otras palabras, no es posible que con la simple declaración de la hija de la vendedora y del padre de aquella, pueda llegarse a la conclusión de que la disposición del bien conyugal haya respondido a un acto de urgencia o de necesidad; **Décimo.-** Que, con respecto a la relación conyugal, su deterioro y el presunto abandono sufrido por la vendedora, una vez más la Sala Superior se sustenta en las mismas declaraciones de la hija y del padre de la finada; mas no se remite a pruebas tangibles que acrediten que el supuesto abandono se haya producido en el año mil novecientos ochenta y cinco, esto es, un año después de adquirido el lote de terreno por la sociedad conyugal, siendo inexacto lo consignado en el segundo párrafo del sexto considerando de la sentencia de vista, pues en ningún extremo de la declaración jurada de fojas ciento catorce se alude a tal fecha de separación, además de que en la propia declaración de la hija prestada en la continuación de la Audiencia de Pruebas, cuya acta obra a fojas ciento setenta y nueve y siguientes, aquella señala que fue la madre quien impidió el ingreso del padre a la casa, por lo que el presunto abandono no habría existido como tal. Por lo demás, tampoco existen pruebas que acrediten que fuera la esposa quien, con su propio peculio, levantara la fábrica sobre el lote perteneciente a la sociedad conyugal (como supuestamente le habría referido aquella a la compradora), por lo que resulta insuficiente que la Sala Superior estime que, con la presente demanda, el actor pretenda la reversión del bien a la masa hereditaria para poder “beneficiarse”, o afirmar que está ejercitando abusivamente su derecho a demandar la nulidad de un acto jurídico que le agravia, pues ni uno ni otro se encuentran objetivamente acreditados; **Décimo Primero.-** Que, así expuestos los hechos, se llega a la conclusión de que la sentencia impugnada no cumple con el requisito de la motivación adecuada y suficiente, sustentada en hechos objetivos y constatables, pues contiene una decisión que no se sustenta en la valoración conjunta y razonada de los medios probatorios aportados al proceso, sino en apreciaciones subjetivas, carentes de fundamentación fáctica y jurídica, que impiden que se establezca la verdad jurídica objetiva en el caso concreto; por tanto, se trata de una resolución que no se ajusta al mérito de lo actuado, contraviniendo el inciso tercero del artículo ciento veintidós del antes anotado Código Procesal, así como el inciso quinto del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado; **Décimo Segundo.-** Que, en conclusión, al configurarse la causal de contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, el mismo debe declararse fundado, debiendo procederse conforme a lo normado en el numeral dos punto uno del inciso segundo del artículo trescientos noventa y seis del Código Procesal Civil; careciendo de objeto pronunciarse sobre la causal material alegada; por estos fundamentos: declararon

FUNDADO el recurso de casación interpuesto por Hebal Lelis León Luján mediante escrito de fojas quinientos sesenta y seis; **CASARON** la resolución impugnada, en consecuencia, **NULA** la sentencia de vista de fojas quinientos cincuenta, su fecha veintitrés de enero del dos mil siete; **MANDARON** que la Sala Superior emita nuevo fallo, con arreglo a derecho y a lo actuado; **DECLARARON** que carece de objeto pronunciarse sobre la causal de interpretación errónea de una norma de derecho material; **DISPUSIERON** se publique la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano; en los seguidos por Hebal Lelis León Luján contra Cirila Huallpa Flores sobre nulidad de acto jurídico y otros; y los devolvieron; interviniendo como Vocal Ponente el señor Ticona Postigo.- SS. TICONA POSTIGO, SOLÍS ESPINOZA, PALOMINO GARCÍA, CASTAÑEDA SERRANO, MIRANDA MOLINA **C-277703-41**

UNIDAD II: LA APLICACIÓN DE LOS ELEMENTOS DE ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA DETERMINACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 345-A DEL CÓDIGO CIVIL A PROPÓSITO DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL.

LECTURA OBLIGATORIA

- TABOADA CÓRDOVA, Lizardo (2001) Elementos de la responsabilidad civil: comentarios a las normas dedicadas por el Código civil a la responsabilidad civil contractual y extracontractual. Grijley, 2001. Capítulo Cuarto "El Daño y la Responsabilidad Civil". (pág. 53-74)

LIZARDO TABOADA CORDOVA

ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Comentarios a las normas
dedicadas por el Código Civil
a la Responsabilidad Civil
Contractual y Extracontractual



GRIJLEY

Capítulo Cuarto

EL DAÑO Y

LA RESPONSABILIDAD CIVIL

SUMARIO: 1. El daño causado como aspecto objetivo fundamental de la estructura de los hechos jurídicos ilícitos que originan una responsabilidad civil. 2. Las categorías del daño patrimonial. 3. El daño moral y el daño a la persona. 4. La indemnización por daños en casos de muerte.

1. El daño causado como aspecto objetivo fundamental de la estructura de los hechos jurídicos ilícitos que originan una responsabilidad civil

Como ya lo hemos comentado un aspecto fundamental de la estructura de los hechos jurídicos ilícitos que originan responsabilidad civil sin lugar a dudas *es el aspecto objetivo del daño causado*, pues solamente cuando se ha causado un daño se configura jurídicamente un supuesto de responsabilidad civil, produciéndose como efecto jurídico el nacimiento de la obligación legal de indemnizar, bien se trate del ámbito contractual o extracontractual, ya que en caso contrario no existirá ningún sustento para el nacimiento de dicha obligación legal de in-

demnizar. Como es evidente, en el caso de la responsabilidad civil extracontractual el daño debe ser consecuencia del incumplimiento del deber jurídico genérico de no causar daño a otro, mientras que en el campo contractual el mismo deberá ser consecuencia del incumplimiento de una obligación previamente pactada entre las partes. Sin embargo, en ambos casos el aspecto fundamental de la responsabilidad civil es el que se haya causado un daño, que deberá ser indemnizado. De no haber daño, no se configura un supuesto de hecho jurídico ilícito, contractual o extracontractual y por ende no se configura un supuesto de responsabilidad civil, por más que exista una conducta antijurídica o ilícita. El objetivo de los sistemas de responsabilidad civil no es el sancionar las conductas antijurídicas, sino el que se indemnicen los daños causados. Tal es la importancia del daño causado en los sistemas de responsabilidad civil que un sector de la doctrina moderna ha propuesto cambiar la denominación de "*Responsabilidad Civil*" por la de "*Derecho de Daños*". Sin embargo, nosotros pensamos que la cuestión de la denominación del sistema, aun cuando tiene importancia es un aspecto secundario. Más aún, nos parece más adecuado seguir hablando de responsabilidad civil, por tratarse pensamos de una denominación legitimada por la tradición jurídica local y también por nuestra jurisprudencia. Pues bien, no debe olvidarse que en el campo de la responsabilidad civil lo que se busca es indemnizar los daños causados a fin de resarcir a las víctimas, mientras que en el ámbito de la responsabilidad penal el objetivo central es sancionar a los autores de conductas ilícitas o antijurídicas. El objetivo de la responsabilidad penal es, pues, la represión de los hechos jurídicos ilícitos tipificados legalmente como *delitos*, sancionando a sus autores, mientras que el objetivo de la responsabilidad civil es indemnizar los daños causados consecuencia de los hechos jurídicos ilícitos típicos o atípicos. En tal sentido, puede haber de-

lito sin daño, mientras que no puede haber hecho jurídico ilícito que origina responsabilidad civil sin daño. *En los sistemas de responsabilidad civil lo fundamental es, pues, la reparación de los daños causados a las víctimas, bien se trate del ámbito contractual o extracontractual.*

Tampoco debe olvidarse que en el campo de la responsabilidad civil, desde nuestro punto de vista, en vez de hablarse simplemente de *daños*, sería más conveniente hablarse de *daños jurídicamente indemnizables*, por cuanto los daños para originar una responsabilidad civil deben ser producto de una conducta antijurídica o ilícita, según lo hemos visto en el Capítulo III dedicado al tema de la antijuricidad, ya que todos los daños que sean consecuencia de conductas permitidas por la ley, por ser realizadas en el ejercicio regular de un derecho, legítima defensa o estado de necesidad, no originan una responsabilidad civil, justamente por tratarse de daños consecuencia de conductas ajustadas al sistema jurídico. Por ello en el presente libro utilizaremos indistintamente los dos términos, pero cuando hagamos uso únicamente del término *daño*, lo haremos siempre con el significado de *daño jurídicamente indemnizable*.

2. Las categorías del daño patrimonial

Ahora bien, se han propuesto en la doctrina muchas definiciones o intentos de definir el daño que origina una responsabilidad civil. Sin embargo, la fórmula más exacta nos parece aquella que define el daño jurídicamente indemnizable como *toda lesión a un interés jurídicamente protegido*, bien se trate de un derecho patrimonial o extrapatrimonial. En tal sentido, los daños pueden ser patrimoniales o extrapatrimoniales. Serán *daños patrimoniales* las lesiones a los derechos patrimoniales y serán *daños extrapatrimoniales* las lesiones a los derechos de dicha naturaleza, como en el caso específico de los sentimientos con-

siderados socialmente dignos o legítimos y por ende merecedores de la tutela legal, cuya lesión origina un supuesto de daño moral. Del mismo modo, las lesiones a la integridad física de las personas, a su integridad psicológica y a sus proyectos de vida, originan supuestos de daños extrapatrimoniales, por tratarse de intereses jurídicamente protegidos, reconocidos como derechos extrapatrimoniales. En la doctrina existe unanimidad en que existen dos categorías de daño patrimonial, que son de aplicación tanto al campo contractual como extracontractual: el daño emergente y el lucro cesante. Se entiende por *daño emergente* la pérdida patrimonial efectivamente sufrida y por *lucro cesante* la renta o ganancia frustrada o dejada de percibir. Estas dos categorías de daño patrimonial se aplican con el mismo significado tanto al sistema de responsabilidad civil contractual como extracontractual, estando ambas reconocidas legalmente en nuestro Código Civil. En tal sentido, el artículo 1321° del Código Civil, con relación a la **responsabilidad civil contractual u obligacional**, nos dice lo siguiente: "Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. *El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución*". Del mismo modo, con relación a la **responsabilidad extracontractual** el artículo 1985° dispone en forma expresa: "*La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido*". Obviamente, cuando el artículo 1985° se refiere a las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño está aludiendo directamente a la pérdida patrimonial sufrida efectivamente

por la conducta antijurídica del autor o coautores, es decir, a la noción de daño emergente. De esta forma queda claramente demostrado que en el sistema jurídico nacional el daño patrimonial comprende las dos categorías antes mencionadas, bien se trate del ámbito extracontractual y contractual, teniendo en ambos casos el mismo significado. No debe olvidarse que el daño es el mismo en los dos campos de la responsabilidad civil y que la única diferencia se encuentra en que en un caso el daño es producto de una conducta que contraviene el deber jurídico genérico de no causar daño a los demás y en el otro caso de una conducta que contraviene una obligación previamente pactada.

Un ejemplo muy simple permitirá comprender perfectamente la diferencia entre el daño emergente y el lucro cesante: si como consecuencia de un accidente de tránsito, una persona pierde su vehículo que utilizaba como instrumento de trabajo para hacer taxi, el daño emergente estará conformado por el costo de reposición del vehículo siniestrado, mientras que el lucro cesante, por los montos que el taxista dejará de percibir por su trabajo como taxista con su vehículo.

Como es también evidente, y lo hemos explicado en los puntos anteriores, no basta la producción de un daño, pues es también necesaria la relación de causalidad y la concurrencia de los respectivos factores de atribución. Sin embargo, debe quedar claramente establecido que si no hay daño debidamente acreditado, no existirá ningún tipo de responsabilidad civil.

3. El daño moral y el daño a la persona

Ahora bien, a diferencia de lo que sucede con el concepto y las categorías del daño patrimonial, respecto al daño extrapatrimonial existen en la doctrina diversas orientaciones, lo que ha originado una gran discusión y enorme debate, has-

ta hoy no concluido, pues para algunos juristas la única categoría de este daño es el daño a la persona y para otros por el contrario existen dos categorías: el daño moral y el daño a la persona. Antes de dar a conocer brevemente las diferentes orientaciones, y a fin de poder tomar posición sobre este debate, es necesario explicar el concepto de daño moral y de daño a la persona. Por *daño moral* se entiende la lesión a los sentimientos de la víctima y que produce un gran dolor o aflicción o sufrimiento en la víctima. Así, por ejemplo, se entiende que en los casos de la muerte de una persona, los familiares sufren un daño moral por la pérdida del ser querido, bien se trate del cónyuge, hijos, padres y familiares en general. Sin embargo, la doctrina establece que para que se pueda hablar de daño moral no basta la lesión a cualquier sentimiento, pues deberá tratarse de un sentimiento considerado *socialmente digno y legítimo, es decir, aprobado por la conciencia social, en el sentido de la opinión común predominante en una determinada sociedad en un momento histórico determinado y por ende considerado digno de la tutela legal*. Así, por ejemplo, una mujer casada, no podría demandar por daño moral por la muerte de un hombre casado con el cual mantuvo una relación de convivencia de varios años. Como consecuencia de este concepto de daño moral como una lesión a los sentimientos considerados socialmente legítimos y aceptables, es que se restringe el ámbito de aplicación del daño moral a los sentimientos que tenemos por los integrantes de nuestra familia, en el sentido amplio de la palabra, por cuanto se considera que respecto de los mismos nuestros sentimientos son considerados socialmente dignos y legítimos y por ende merecedores de protección legal. Este requisito fundamental del daño moral fluye claramente del artículo 1984 del Código Civil, que señala lo siguiente: *"El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia"*. Sin embargo, nosotros pensamos que no, el daño mo-

ral no se agota jurídicamente en los sentimientos por los miembros de la familia, sino también en cualquier otro sentimiento considerado digno y legítimo, como podría ser el caso de un ahijado, de una novia, de un padrino de nacimiento, etc. En tal sentido, pensamos que se debe interpretar el sentido del artículo 1984°, que hace referencia tanto al menoscabo producido a la propia víctima como a su familia. Además pensamos que se debe interpretar sistemáticamente dicho artículo con el artículo 215° referido al tema de la violencia como vicio de la voluntad, pero que sin embargo nos evidencia la lógica de nuestro sistema jurídico de proteger los sentimientos por los miembros de nuestra familia, como por cualquier otra persona, siempre que lo justifiquen las circunstancias, por tratarse de sentimientos considerados dignos de tutela legal. Es por ello que el artículo 215° de nuestro Código Civil, señala textualmente lo siguiente: "Hay intimidación cuando se inspira al agente el fundado temor de sufrir un mal inminente y grave en su persona, su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o en los bienes de unos u otros. Tratándose de otras personas o bienes, corresponderá al juez decidir sobre la anulación, según las circunstancias. *Del mismo modo pensamos que los sentimientos que se protegen legalmente bajo el concepto de daño moral, no sólo son aquellos que tenemos por otras personas, sean miembros de nuestra familia o no, sino también por nosotros mismos, en función a nuestra propia identidad y escala de valores.* El daño moral es pues la lesión a cualquier sentimiento de la víctima considerado socialmente legítimo. En el ámbito de la responsabilidad civil obligacional o contractual, el artículo 1322° se limita a señalar que "El daño moral, cuando él se hubiere irrogado, también es susceptible de resarcimiento", sin hacer ninguna referencia al posible significado del daño moral. No obstante lo cual, pensamos que debe aplicarse el mismo significado del daño moral en la

responsabilidad civil extracontractual, por tratarse del mismo concepto en ambos casos.

Como se podrá comprender fácilmente la categoría del daño moral presenta dos grandes problemas: el primero de ellos referido a la forma de acreditarlo o probarlo y el segundo referido a la manera de cuantificarlo. Se entenderá también con facilidad que la prueba del daño moral será a veces muy difícil, dado que no todas las personas expresan sus sentimientos o emociones, o como sucede también es fácil a veces para algunas personas simular sufrimientos o lesiones a los sentimientos sin que existan realmente. Además sucede en muchos casos que los sufrimientos severos son resistidos con fortaleza sin ninguna alteración en la salud o aspecto físico del sujeto. Ante esta enorme dificultad, la jurisprudencia peruana ha optado por presumir que en los casos de fallecimiento de una persona, el cónyuge y los hijos sufren necesariamente un daño moral. Esta fórmula, que si bien nos parece saludable en un aspecto, nos parece perjudicial en el sentido que evita que se concedan sumas importantes en concepto de indemnización por daño moral, al prescindir de la prueba del mismo. Sin embargo, lo saludable de esta presunción es que se trata de una manera ingeniosa de evitar las dificultades en la probanza del daño moral.

Un segundo problema igualmente importante es el de la manera de cuantificar o medir y traducir económicamente el daño moral, pues como resulta lógico y evidente no existe suma alguna que pueda reparar el dolor por la pérdida de un ser querido, supongamos pues el caso de la pérdida de un hijo para un padre o la madre. Este segundo problema es mucho más serio y grave que el anterior y constituye sin lugar a dudas el obstáculo fundamental para la aceptación por toda la doctrina de la categoría del daño moral. El Código Civil pe-

ruano en el mismo artículo 1984° ha consagrado una fórmula, entendemos inteligente, cuando dispone que *el daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia*, que se traduce en el sentido que el monto indemnizatorio por daño moral deberá estar de acuerdo con el grado de sufrimiento producido en la víctima y la manera como ese sufrimiento se ha manifestado en la situación de la víctima y su familia en general, *fórmula bastante general y elástica que sin embargo no puede resolver del todo la enorme dificultad en la medición patrimonial del daño moral*. Como se podrá apreciar, también con facilidad el otorgamiento de indemnizaciones por daño moral representa para el poder judicial un problema enorme, que tiene que ser resuelto con criterio de conciencia y equidad en cada caso en particular, pues no existe fórmula matemática y exacta para cada supuesto.

En lo relativo al daño a la persona debemos señalar en primer lugar que a diferencia del daño moral, él mismo no se acepta literalmente en el ámbito de la responsabilidad civil contractual, sino únicamente en el campo extracontractual, según fluye del artículo 1985° que hemos mencionado anteriormente. El artículo 1322° del sistema contractual solamente hace referencia al daño moral. No obstante lo cual pensamos que el daño a la persona es también indemnizable en el campo de la responsabilidad civil contractual en nuestro sistema jurídico, pues no existe ninguna razón para limitar su aplicación únicamente al campo extracontractual. Por ello pensamos que en el Perú estará totalmente justificada legalmente una pretensión indemnizatoria por daño a la persona en el campo contractual. Pues bien, así como existen problemas relacionados con la admisión del daño moral, existen también problemas en primer lugar en cuanto al significado mismo de daño a la persona. Para un sector de la doctrina el daño a la persona es la

lesión a la integridad física del sujeto, por ejemplo la pérdida de un brazo, una lesión severa que produzca parálisis, etc., o una lesión a su aspecto o integridad psicológica, mientras que para otros el daño a la persona constituye la *frustración del proyecto de vida*. Así, por ejemplo, los casos típicos que utilizan estos autores de frustración del proyecto de vida, hacen referencia a la pérdida de uno o varios dedos para un pianista, de una pierna para una bailarina o jugador profesional de algún deporte rentado, etc.. Por nuestra parte, entendemos que la fórmula más sencilla y adecuada para entender el significado de daño a la persona es estableciendo que se produce dicho daño cuando se lesione la integridad física del sujeto, su aspecto psicológico y/o su proyecto de vida, todo lo cual deberá ser obviamente acreditado. No obstante lo cual, en lo relativo a la frustración del proyecto de vida, pensamos que no se trata de cualquier posibilidad de desarrollo de una persona, que puede ser incierta, sino que deberá tratarse de la frustración de un proyecto evidenciado y en proceso de ejecución y desarrollo que se frustra de un momento a otro. No se debe confundir proyecto de vida con cualquier posibilidad respecto de la cual no exista ningún tipo de evidencia comprobada. Como tampoco se debe confundir proyecto de vida con las simples motivaciones de los sujetos. Desde nuestro punto de vista, la fórmula integral que hemos planteado nos parece la más razonable y lógica para entender la noción de daño a la persona, por cuanto la persona no es únicamente un cuerpo, sino también una mente, y en muchos casos supone un proyecto de vida evidenciado por hechos y conductas concretas.

Muy bien, hechas estas precisiones por separado tanto sobre el daño moral como el daño a la persona, resulta evidente, por lo menos desde nuestro punto de vista, que se trata de categorías independientes, pues una cosa es la persona y su proyecto de vida, y otra muy distinta son sus sentimientos.

Nos parece muy interesante la fórmula que plantea la eliminación de la categoría del daño moral, para hacer referencia únicamente al daño a la persona, pero no nos parece convincente. Más aún, la regulación del Código Civil peruano mantiene la diferencia entre ambas categorías de daños, lo que significa que hoy por hoy no podemos adherirnos a la posición que sostiene que el daño moral debe desaparecer para referirnos solamente al daño a la persona. El hecho que sea muy difícil probar el daño moral y cuantificarlo no significa que deba ser eliminado como categoría de daño jurídicamente indemnizable.

Como es también evidente, en el caso del daño a la persona el problema fundamental no es tanto la prueba del mismo como su cuantificación, en cuyo caso el juez deberá acudir también necesariamente al criterio de conciencia y equidad.

Pues bien, sabiendo ya cuáles son las categorías de daños existentes que son indemnizables, y los problemas que originan las categorías del daño extrapatrimonial, corresponde ahora determinar los criterios para establecer los montos indemnizatorios tanto en el ámbito contractual como en el extracontractual. En tal sentido, debe señalarse que en el campo contractual se indemnizan los daños patrimoniales como el daño moral en cuanto sean consecuencia inmediata y directa del incumplimiento obligacional por parte del deudor. Ello es lógico por cuanto siempre se requiere que los daños sean consecuencia del incumplimiento absoluto o relativo de la prestación debida por parte del deudor, esto es, es necesario que exista una relación de causalidad inmediata y directa entre los daños causados al acreedor y el incumplimiento del deudor, bien sea por incumplimiento total, cumplimiento parcial, cumplimiento defectuoso, o por retraso en el cumplimiento de la prestación. Sin embargo, además de la relación causal, debe señalarse que en el campo contractual el monto indemnizatorio será

mayor o menor dependiendo del grado de culpabilidad del deudor. Así, si el incumplimiento es consecuencia de dolo o culpa grave del deudor, los daños y perjuicios a reparar son todos aquellos consecuencia inmediata y directa del incumplimiento que pudieran preverse o no al momento de contraerse la obligación. Por el contrario, si el incumplimiento obedeciere únicamente a culpa leve, sólo se indemnizarán los daños y perjuicios que sean consecuencia inmediata y directa del incumplimiento que podían preverse al momento de contraerse la obligación. Esto significa en consecuencia que en el campo contractual el monto indemnizatorio será mayor o menor, dependiendo del grado de culpabilidad del deudor. Lo que significa que el monto indemnizatorio no depende exclusivamente de la relación de causalidad, sino también del factor de atribución subjetivo, es decir, de la culpabilidad. Por ello el tercer párrafo del artículo 1321° del Código Civil señala lo siguiente: *"Si la inexecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída"*. Consiguientemente, en los casos de dolo o culpa grave o inexcusable el resarcimiento comprende los daños inmediatos y directos previsibles e imprevisibles al momento de contraer la obligación, mientras que en los casos de culpa leve los daños inmediatos y directos solamente previsibles al momento de asumir la obligación.

En el campo extracontractual, por el contrario, el monto indemnizatorio no depende del grado de culpabilidad del autor del daño, sino únicamente de la existencia de una relación de causalidad adecuada, en tanto y en cuanto se indemnizan todos los daños siempre que sean consecuencia de una relación de causalidad adecuada. Esto significa que en el ámbito extracontractual se indemnizan todos los daños y no interesa

la calificación de previsible e imprevisible, como tampoco el que sean consecuencia inmediata y directa o no de la conducta antijurídica. Este principio recibe la denominación de *reparación integral* y se encuentra claramente establecido en el artículo 1985° que hemos examinado anteriormente.

De esta forma, pues, llegamos a diferenciar claramente los criterios para cuantificar o calcular los montos indemnizatorios en ambos sistemas de responsabilidad civil, debiendo quedar muy en claro que en el campo contractual el monto indemnizatorio depende fundamentalmente del grado de culpabilidad, mientras que en el extracontractual depende exclusivamente de la relación de causalidad adecuada, siendo indiferente la calificación jurídica del daño y el grado de culpabilidad del autor de la conducta antijurídica.

4. La indemnización por daños en casos de muerte

Pues bien, habiendo examinado la problemática de los daños causados en el campo de la responsabilidad civil, sea esta contractual o extracontractual, corresponde ahora examinar un aspecto de fundamental importancia legal y práctica en nuestro sistema jurídico. Nos referimos a la responsabilidad civil extracontractual por daños en casos de muerte en el Código Civil peruano. Desde nuestro punto de vista, en los casos de muerte, la cuestión de los daños, se plantea de la siguiente manera:

- a) Como acabamos de verlo, de acuerdo a las normas sobre responsabilidad civil extracontractual contenidas en el Código Civil peruano, deben indemnizarse extracontractualmente los daños patrimoniales, bien se trate del lucro cesante y/o del daño emergente, y los daños extrapatrimoniales, tanto el daño moral como el daño a la persona. Esto significa que en el sistema jurídico peruano, al igual que en todos los derivados

del Código Civil francés, en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual son indemnizables los daños patrimoniales y los daños extrapatrimoniales.

Como es evidente, para que pueda ser exigible legalmente una indemnización por daños extracontractuales en la legislación peruana, al igual que en los otros sistemas jurídicos antes mencionados, es necesario que se acrediten los daños causados, la conducta del autor y la relación de causalidad entre dicha conducta y los daños producidos.

Ahora bien, como también acabamos de mencionar líneas arriba, a diferencia del ámbito de la responsabilidad civil contractual, o derivada del incumplimiento de una obligación pactada, en el campo extracontractual el Código Civil peruano ha establecido con precisión el denominado "*criterio de reparación integral*" en el artículo 1985°, según el cual en el ámbito extracontractual deben indemnizarse todos los daños causados a la víctima, sea presentes o futuros, previsibles o imprevisibles, bien se trate de daños patrimoniales o extrapatrimoniales, siempre y cuando se acrediten los mismos y se compruebe la relación de causalidad.

Como es evidente, se entiende en nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia por *daño emergente* la pérdida patrimonial efectivamente sufrida y por *lucro cesante* la ganancia o utilidad que dejará de percibir la víctima. En el ámbito extrapatrimonial, se entiende en nuestra doctrina por *daño moral* la lesión a los sentimientos o el dolor de afección que sufre la víctima y por *daño a la persona* la frustración al proyecto de vida de la víctima o el daño a su integridad física.

- b) Con relación al concepto del daño moral, el Código Civil peruano establece en su artículo 1984°, según hemos visto anteriormente, un criterio de medición del mismo en base a las circunstancias de cada caso en particular.

- c) De esta manera, queda claramente establecido, que tanto al nivel del Código Civil peruano, como en nuestra doctrina y jurisprudencia, se reconocen las categorías del daño patrimonial y extrapatrimonial dentro del criterio de reparación integral en el caso de la responsabilidad civil extracontractual.
- d) Ahora bien, con relación a la prueba de los daños nuestro Código Civil refiere en su artículo 1331° que los mismos deben ser probados por la víctima y en el artículo 1332° prescribe que si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa. Como se podrá observar, las reglas legales antes mencionadas son muy claras en el sentido de señalar que los daños deben ser probados por la víctima y que en caso los mismos no se pudieran probar en su monto exacto y preciso, deberá fijarlos el juez con valoración equitativa, es decir, en base a las reglas de la equidad.
- e) Con relación a las personas que pueden demandar o reclamar judicialmente indemnización por daños por muerte de una persona, nuestro Código Civil entiende y señala categóricamente que sólo son los miembros de la familia del fallecido, pues el artículo VI del Título Preliminar del mismo Código dispone que para ejercitar o contestar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral y que el interés moral autoriza la acción sólo cuando se refiere directamente al agente o a su familia. Esto significa en consecuencia que en el caso de daños por muerte de una persona, sólo los familiares pueden reclamar daños patrimoniales y daño moral. De esta forma, resulta claro que el cónyuge sobreviviente y los hijos de la víctima pueden solicitar indemnización por daño patrimonial y por daño extrapatrimonial.
- f) Más aún, nuestra jurisprudencia es uniforme en señalar que para poder reclamar daños por la muerte del cónyuge

o de alguno de los padres, es decir, que para reclamar indemnización por daños en caso de muerte, no basta con acreditar el parentesco, esto es, no basta con presentar la partida de matrimonio en el caso del cónyuge, o las partidas de nacimiento en el caso de los hijos, sino que es imprescindible acreditar la calidad de herederos de los mismos, bien sea a través de un testamento o de una declaración judicial en el caso de sucesión intestada.

- g) Nuestra jurisprudencia, en concordancia con lo dispuesto en el Código Civil es también uniforme en el sentido que los herederos pueden reclamar daños patrimoniales y daño moral en el caso de la muerte de una persona. El daño moral se entiende que es procedente por el dolor que causa a los familiares la pérdida del ser querido y el daño patrimonial por los gastos en que hubieran incurrido para el sepelio y en los casos que el fallecido hubiera sido el único sustento de la familia, bien sea del cónyuge, o de los hijos, o de ambos a la vez.
- h) Queda claramente establecido, en consecuencia, que tanto nuestra legislación, como nuestra doctrina y jurisprudencia, consideran que los familiares, bien se trate del cónyuge y/o hijos, están legitimados para demandar daños patrimoniales y daños morales, en la medida que acreditan su calidad de herederos del fallecido.
- i) En lo concerniente a la prueba de la existencia y la valoración de los daños, nuestra jurisprudencia se basa exclusivamente en el criterio de valoración equitativa, pues no exige la prueba absoluta y plena de la existencia y los montos de los daños ocasionados, sino que al amparo del artículo 1332° establece los montos indemnizatorios en base al criterio de equidad.

- j) Por regla general en el caso de muerte, a nuestra jurisprudencia le resulta suficiente la presentación de la partida de defunción, el testamento o la declaratoria de herederos en caso de sucesión intestada, y las pruebas que acrediten el evento que ha causado el daño. Así, por ejemplo, si se trata de muerte por un accidente de tránsito, será necesario presentar el atestado policial correspondiente que acredite el mismo accidente. Pero en modo alguno se solicita que se acrediten los daños morales en caso de muerte de un familiar, pues se sobreentiende o se presume, justamente en base al criterio de valoración equitativa, que la muerte ha causado un profundo daño moral a los familiares del fallecido. Del mismo modo, respecto del daño patrimonial sólo se solicita la presentación de los documentos que acrediten los gastos del sepelio del fallecido y en todo caso acreditar que el fallecido era el único sustento de la familia, pero en modo alguno se exige acreditar los daños causados técnica y precisamente.
- k) Como se podrá comprender, la jurisprudencia peruana no exige la prueba plena de los daños, sino que los valora equitativamente en la medida que se hubiera acreditado el evento que los ha causado. Con mayor razón en el caso del daño moral, pues en dicho supuesto el daño prácticamente se presume en la medida que se acredite la relación familiar y la vocación hereditaria. Es por ello justamente que no se toman en cuenta factores de ingreso, ni se utilizan fórmulas de cálculo, pues todo se calcula se hace en base a un criterio equitativo. Y es por ello también que los montos indemnizatorios que se conceden por regla general no son los adecuados.
- l) Más aún, cuando se decreta judicialmente el pago de una indemnización, no se señala en la resolución judicial qué

monto corresponde al daño patrimonial y cuál al daño moral, sino que se establece un monto indemnizatorio por todo concepto, globalmente. Incluso los mismos abogados cuando preparan demandas por responsabilidad civil extracontractual solicitan un monto único, para el caso de daños por muerte, que incluya los gastos de sepelio, una cantidad que sirva para compensar la pérdida patrimonial por la futura falta de sustento familiar a cargo del fallecido y una cantidad que sirva para compensar el sufrimiento de la familia por la pérdida del ser querido.

- m) Como es evidente, todo lo expuesto es para el caso que los daños sean indemnizados judicialmente, por cuanto también es posible la indemnización voluntaria, en cuyo caso los daños son reparados de acuerdo al pacto entre las partes.
- n) Ahora bien, corresponde examinar el tema de la indemnización de daños por muerte en el caso de los que conforman un hogar o una unión de hecho, es decir, en el caso de muerte de uno de los convivientes. De acuerdo al Código Civil peruano, específicamente a su artículo 326^{oo}, la unión de hecho, voluntariamente concertada por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una *sociedad de bienes* que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos. Este artículo del Código Civil peruano de 1984 ha sido ratificado por la Constitución Política del Perú, norma jurídica fundamental del Estado peruano, en su artículo 5^o cuando señala expresamente, siguiendo la misma línea y sentido del Código Civil, que: "La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a

una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable”.

- ñ) Como es evidente, ambas normas del sistema jurídico nacional nos indican con toda claridad que la unión de hecho, o el hogar de hecho, sólo son reconocidos por la ley para efectos de carácter patrimonial, constituyendo una *comunidad o una sociedad de bienes*, pero de ninguna manera da lugar a la existencia de una relación jurídico-familiar con deberes y obligaciones semejantes a los de los cónyuges. Respecto de los hijos concebidos por los convivientes, como es también evidente, no existe duda alguna sobre su filiación y sobre los deberes y derechos de los padres para con ellos, pues el Código Civil reconoce la filiación extramatrimonial, con el mismo status jurídico que la filiación matrimonial, a tal punto que tanto los hijos sean matrimoniales o no tienen los mismos derechos hereditarios. Sin embargo, en relación a los convivientes la relación jurídica que se genera entre ellos no es igual a la del matrimonio, sino únicamente una de carácter patrimonial, razón por la cual se dice con toda claridad en ambas normas que el hogar o la unión de hecho sólo da lugar a una sociedad o comunidad de bienes. El criterio legal es pues bastante claro. Como es evidente, existen algunos profesores peruanos que consideran que el hogar o la unión de hecho genera una relación familiar de carácter especial. Pero se trata, como es obvio, de una opinión muy respetable por cierto, pero de carácter estrictamente doctrinario que no puede modificar el sentido de ambas normas antes mencionadas. En consecuencia, la relación entre los convivientes en la legislación peruana no es una de carácter familiar, sino reconocida por la ley restringidamente para efectos patrimoniales.

- o) Es por ello, precisamente, que en el ámbito sucesorio el Código Civil peruano sólo le atribuye expresamente la calidad de heredero al cónyuge y no así al conviviente, según lo dispone el artículo 724.
- p) Por todo lo expuesto en los puntos anteriores, es evidente que el conviviente en caso que su compañero o compañera fallezcan por el hecho de un tercero, no se encuentra legitimado para reclamar daños morales por muerte, a pesar del enorme dolor que le origine la pérdida del conviviente fallecido. No debe olvidarse que con relación al concepto del daño moral, el Código Civil peruano establece en su artículo 1984° que el mismo es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia. El artículo en mención es bastante claro en el sentido de afirmar que sólo la víctima o su familia se encuentran legitimados para reclamar indemnización por daño moral y como ya lo hemos expuesto no existe ninguna relación familiar entre convivientes. Trátese de una solución injusta o no, ambas normas jurídicas son muy claras y sólo legitiman por daño moral a la propia víctima y a su familia, bien se trate del cónyuge o de los hijos. Criterio que por otro lado es ratificado por nuestra jurisprudencia según lo expusiéramos anteriormente.
- q) Ahora bien, debe también señalarse que de acuerdo al tercer párrafo del mismo artículo 326° la unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral y que en este último caso el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales. Esto significa, en consecuencia, que en caso de muerte de uno de los

convivientes, el mismo artículo 326° señala que al conviviente sobreviviente no le corresponde ninguna suma por concepto de indemnización, sino únicamente sus gananciales conforme al régimen de disolución de la sociedad de gananciales, pues ello sólo es posible en caso de abandono por decisión unilateral de uno de los convivientes. Esto se ha establecido de este modo justamente porque el Código Civil considera que la indemnización podrá pagarla el conviviente que ha hecho abandono del hogar de hecho y no en el caso de muerte por hecho de un tercero pues ello supondría legitimar al conviviente a demandar a dicho tercero y este supuesto es negado por el propio artículo. En otras palabras, sólo es posible una demanda contra uno de los convivientes, pero no de uno de los convivientes frente a un tercero por daño moral. En relación al daño patrimonial, la solución es exactamente igual, según se desprende de la tercera parte del mismo artículo 326° y teniendo en cuenta además que en caso de muerte corresponderá al sobreviviente sus gananciales por ser de aplicación el régimen de sociedad de gananciales.



UNIDAD II: LA APLICACIÓN DE LOS ELEMENTOS DE ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA DETERMINACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 345-A DEL CÓDIGO CIVIL A PROPÓSITO DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL.

LECTURA COMPLEMENTARIA

- LEON HILARIO, Leysser Luiggi (2004). La responsabilidad civil: líneas fundamentales y nuevas perspectivas. Capítulo III. Funcionalidad del "daño moral" e inutilidad del "daño a la persona" en el Código Civil peruano. (pág.181-236)

Leysser L. León

Profesor de Derecho Civil
Pontificia Universidad Católica del Perú

LA RESPONSABILIDAD CIVIL
LÍNEAS FUNDAMENTALES
Y NUEVAS PERSPECTIVAS

Prólogo de

Luigi Corsaro

Profesor de Derecho Privado
Università degli Studi di Perugia



CAPÍTULO III

FUNCIONALIDAD DEL “DAÑO MORAL” E INUTILIDAD DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

CONTENIDO: 1. Propósito y justificación.- 2. Premisa sobre la redacción de estudios jurídicos en el Perú.- 3. Daño moral y daño a la persona: primer deslinde.- 4. El sistema francés y su influencia en la normativa peruana: daño material e inmaterial (moral).- 5. Autonomía del sistema alemán: daño patrimonial y no-patrimonial.- 6. La evolución en el sistema italiano: historia oficial del daño a la persona.- 7. El problema en el Código Civil peruano: la informalidad legislativa y sus consecuencias.- 8. Alternativas de interpretación según la regulación vigente.- 9. Cómo no-hacer las leyes civiles: el Proyecto de Código Civil argentino de la Comisión Alterini.- 10. A manera de conclusión.

1. PROPÓSITO Y JUSTIFICACIÓN.

En dos de mis últimos trabajos¹ he dedicado amplios espacios al estudio del tema de la distinción entre el daño moral y el daño a la persona, de inevitable evaluación en todo estudio general sobre la

¹ LEÓN, Leysser L., “Consideraciones sobre los daños por homicidio de un ser querido y las técnicas para su resarcimiento”, en “Revista peruana de jurisprudencia”, año 4, núm. 18, Trujillo, 2002, págs. I y sgtes.; ID., “Cómo leer una sentencia. A propósito de los retos de la responsabilidad civil frente a los daños por violencia psicológica en el centro de trabajo (mobbing)”, en “Proceso & Justicia”, núm. 3, 2002, págs. 167 y sgtes. Ambos estudios forman parte del presente volumen: véase *retro*, parte tercera, capítulo II; e *infra*, parte cuarta, capítulo II.

responsabilidad civil que tenga como base la normativa de nuestra codificación de 1984.

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 precedentemente², 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.

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 seguidamente³.

² LEÓN, Leysser L., “Consideraciones sobre los daños por homicidio”, cit., págs. XXX y sgtes.; ID., “Cómo leer una sentencia”, cit., pág. 182.

³ Las máximas judiciales a las que me refiero, tomadas del volumen de la ASOCIACIÓN “NO HAY DERECHO”, *El Código Civil a través de la jurisprudencia casatoria*, Ediciones Legales, Lima, 2002, págs. 594-595, son las siguientes:

CAS. N° 949-95: “El daño moral es el daño no patrimonial inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica. El dolor, la pena, la angustia, la inseguridad, etc., son sólo elementos que permiten aquilatar la entidad objetiva del daño moral padecido, el mismo que puede producirse en uno o varios actos; en cuanto a sus efectos, es susceptible de producir una pérdida pecuniaria y una afectación espiritual. El legislador nacional ha optado por la reparación económica del daño moral, el que es cuantificable patrimonialmente, y su resarcimiento, atendiendo a las funciones de la responsabilidad civil (reparatoria, disuasiva y sancionatoria), debe efectuarse mediante el

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

pago de un monto dinerario, o en su defecto, a través de otras vías reparatorias que las circunstancias particulares del caso aconsejen al juzgador.

CAS. N° 1070-95: “Si bien no existe un concepto unívoco de daño moral, es menester considerar que este es el daño no patrimonial inferido en derecho de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica; en cuanto a sus efectos, es susceptible de producir una pérdida pecuniaria y una afectación espiritual”.

CAS. N° 1125-95: “La impugnada emite una errada apreciación conceptual del daño moral al señalar que este, no teniendo contenido patrimonial, no puede ser expresado en términos económicos, toda vez que el daño material no ha sido probado; por lo que, de esta manera, se desconoce la autonomía del daño moral como auténtico instrumento reparador del perjuicio ocasionado en la víctima cuando dicho daño efectivamente se ha irrogado”.

CAS. N° 31-96: “Si bien es cierto que en doctrina se discute la reparación económica del daño extrapatrimonial, aparece del texto de los artículos 1322, 1984 y 1985 del Código Civil vigente que el legislador optó por dicha solución, decisión a la que debe atenerse el Juzgador conforme a los artículos Séptimo del Título Preliminar del Código Procesal Civil y Séptimo del Título Preliminar del Código Civil”.

CAS. N° 231-98: “El daño moral es un daño extrapatrimonial que afecta a los derechos de la persona, el cual puede ser indemnizado atendiendo a su magnitud y al menoscabo producido a la víctima y a su familia. Para interponer demanda sobre indemnización de daño moral, la norma procesal no exige vía previa”.

CAS. N° 399-99: “Todo despido injustificado trae consigo un daño a la persona que lo padece, por cuanto de un momento a otro, en forma intempestiva, el trabajador deja de percibir su remuneración, razón por la que nuestra legislación laboral ha establecido una tarifa indemnizatoria equivalente a sueldo y medio por un año de servicio, con un tope máximo de remuneraciones. Este sistema tarifario es interpretado por la doctrina tradicional como aquel que cubre la totalidad de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales que se consigán directamente o indirectamente por la resolución del contrato.

Otro sector de la doctrina opina que la indemnización tarifaria sólo involucra el aspecto laboral, mas no el civil.

Las legislaciones modernas acogen restringidamente el daño moral por las dificultades que este presenta, como la de determinar el *quantum* de la reparación”.

Se pueden sumar dos sentencias de primera instancia, exhaustivamente analizadas por Juan ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de la responsabilidad civil*, 1ª. ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2002, en materia de daño moral por despido injustificado (16°. Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, 17 de diciembre de 1997), y de responsabilidad del fabricante de productos farmacéuticos (16°. Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, del 20 de julio de 1998). En la primera, aun cuando desvirtuada en la instancia superior, se lee: “corresponde indemnizar a la accionante porque ha sufrido un daño moral al habersele despedido injustificadamente y porque su reposición declarada judicialmente se determinó luego de seis años; habiéndole este hecho producido un daño afectivo y sentimental”. En la segunda, se precisa que el daño moral ocasionado se limita “al sufrimiento de la persona en el padecimiento de los efectos que produjo la ingesta mencionada”.

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.

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

Francesco Carnelutti (1879-1965) 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 magisterio⁴.

Creo que esta 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 Fernando de Trazegnies Granda, en el que se echa de ver, sin problemas, la influencia del método de organización (mas no necesariamente de la metodología de estudio)⁵ de los autores franceses, es especial, de René Savatier y de Boris Starck.

Era natural que el profesor De Trazegnies 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

⁴ CARNELUTTI, Francesco, "Dell'utilità delle opere giuridiche italiane per i lettori stranieri", en "Rivista internazionale di filosofia del diritto", año XXI, serie II, fasc. IV, 1941, pág. 307.

⁵ Por "metodología de estudio" me refiero al modo de ver y entender el derecho, que es más bien pluralista en todas las obras del profesor DE TRAZEGNIES GRANDA.

españoles, y ejemplo de magistrados, don Jaime Santos Briz, quien la cita en su tratado de responsabilidad civil⁶.

En la introducción a su reciente libro *Derecho de la responsabilidad civil*, Juan Espinoza Espinoza 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”⁷. 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.

2. 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

⁶ SANTOS BRIZ, Jaime, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y derecho procesal*, 7ª. ed., vol. 1, Montecorvo, Madrid, 1993, págs. 9, nota (1), y 20, nota (16), por ejemplo.

⁷ ESPINOZA ESPINOZA, *op. cit.*, pág. 13.

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 italianos⁸. 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.

⁸ Tengo a la vista la versión italiana de la 5ª. ed. (1857) del *Cursus der Institutionen* de Georg Friedrich PUCHTA (1798-1846), al cuidado de A. RUDORFF, traducida al cuidado de Carlo POLI, *Corso delle Istituzioni presso il popolo romano*, vol. I, Stabilimenti Civelli Giuseppe, Milán y Verona, 1858. En la *Avvertenza* que precede la obra, se reproduce el siguiente fragmento de la “Gazzetta dei Tribunali”, Milán, edición del 6 de febrero de 1858: “Sería deseable que la finiquitación de la obra de PUCHTA fuera ejecutada por italianos; sería, ciertamente, un trabajo digno de Italia, a la cual es hasta doloroso ver convertido prácticamente en extranjero aquel derecho romano que fue, por lo demás, trabajo de su civilización, y fruto, por decirlo así, de su territorio”.

Werner Flume (nacido en 1908), en su tratado dedicado a la teoría general del negocio jurídico puede representar una excepción, pues manifiesta gran consideración por las obras de Emilio Betti y Renato Scognamiglio.

Los italianos leen y citan sin problemas a los alemanes, franceses y, recientemente, a los iusfilósofos españoles y argentinos. Es de resaltar la difusión de los estudios de Gregorio Peces Barba, Luis Alchourrón, Eugenio Bulygin y, principalmente, Carlos Nino, cuya *Introducción al análisis del derecho* ha sido adoptada como lectura obligatoria en la Facultad de Derecho de la Universidad de Génova, debido a la iniciativa de Paolo Comanducci y Pierluigi Chiassoni.

Los españoles toman todo lo suministrado por los demás ordenamientos, y son los menos originales; traducen del italiano, del inglés, del francés y del alemán, y escriben sobre todo lo novedoso de otros ambientes.

Los portugueses, en fin, prefieren la doctrina italiana a la española, e ignoran la francesa. En Brasil, empero, existe una fuerte presencia del pensamiento jurídico alemán, además del italiano, que es consultado en su idioma original.

Dependiendo de su mayor o menor fortuna, el estudioso peruano, común y corriente, dispondrá de tales fuentes.

Carnelutti denunciaba que muchos consideraban el estudio del derecho extranjero como un "lujo de la cultura"⁹.

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.

⁹ CARNELUTTI, *op. cit.*, pág. 305.

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 aquéllas, el intérprete autóctono tiene plena libertad para crear y cubrir los eventuales vacíos con su sentido común, con sus propias contribuciones¹⁰.

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 caso¹¹.

¹⁰ Diferenciando las tesis de licenciatura (o "tesis de grado"), Alfredo BULLARD GONZÁLEZ, *Prólogo a J. P. CALLE, Responsabilidad civil por publicidad falsa o engañosa*, ARA Editores, Lima, 2002, pág. 23, identifica certeramente un tipo de investigación caracterizado por su especificidad: "Se centraron en un tema, casi en una pregunta a responder. Y suele ser a esta categoría que pertenecen las [tesis] creativas. Si les falta creatividad, se convierten casi en un «panfleto». No aspiran a ver ni a hacer una recopilación del íntegro de lo dicho sobre el tema. Buscan reflejar lo que piensa el autor. Tienen citas e información, pero sobre todo tienen ideas propias. Las mejores encontraron un buen tema, y una idea original que desarrollar, y una respuesta nueva, uno termina de leerlas y siente un «¿cómo no se me ocurrió antes?»".

¹¹ Un excelente modelo de redacción, si se quiere, es la obra de Julio COTLER, *Clases, Estado y Nación en el Perú*, 5ª. ed., IEP, Lima, 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 conjunciones¹².

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 "v." (véase) y "cfr." (confróntese). 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. Esto, como nos previene Alfredo Bullard González¹³, 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,

¹² En Italia existen colecciones de libros especialmente dirigidos a abogados, en los cuales se reúnen porciones de textos, muchos de los cuales solamente pueden consultarse, por su antigüedad, en bibliotecas universitarias. *Il diritto privato oggi* y la *Enciclopedia* (ambas de la Cedam, de Padua) dirigidas por el profesor de la Universidad de Trieste, PAOLO CENDON, son ejemplos al respecto. Lo mismo se puede afirmar, en el terreno de los estudios jurisprudenciales, de la serie *I grandi orientamenti della giurisprudenza*, dirigida por Francesco GALGANO (también para la Cedam). Debido a su propia naturaleza, libros como los citados no son considerados en los concursos de cátedra.

¹³ BULLARD GONZÁLEZ, "¿Qué es el análisis económico del derecho?", en "Scribas-Revista de Derecho", año II, núm. 3, Arequipa, 1998, pág. 172.

la carencia de información sobre el contexto en el que se generó; un defecto atribuible, y reprochable, a quienes la importaron de Italia.

3. DAÑO MORAL Y DAÑO A LA PERSONA: PRIMER DESLINDE.

El *daño moral* es el menoscabo del estado de ánimo que subsigue a la comisión de un hecho antijurídico generador de responsabilidad civil.

En palabras de Renato Scognamiglio, “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”¹⁴.

En un reciente caso resuelto por el Tribunale de Roma (sentencia del 20 de mayo del 2002), a fin de justificar la consideración del daño por luto al fijar el resarcimiento, el juez recuerda una famosa sentencia de Miguel de Unamuno, según la cual, lo que distingue al ser humano de los demás animales es que vela a sus muertos: “el sentimiento de desconsolada postración que surge de la pérdida de un ser querido es en tal medida fisiológico y connatural a la esencia humana, que el mito y el arte han forjado ejemplos inolvidables de ello: los mitos de Antígona, de Cástor y Pólux, de Orfeo y Eurídice, de Admeto y Alcestes; el *Lamento* de Jacopone da Todi, la *Pietà* de Miguel Ángel, la *Mamma Roma* de Pier Paolo Pasolini”¹⁵.

El *daño a la persona* es el detrimento de un derecho fundamental del individuo, debido a un hecho antijurídico generador de responsabilidad civil.

¹⁴ SCOGNAMIGLIO, Renato, voz “*Danno morale*”, en *Novissimo Digesto italiano*, vol. V, Utet, Turín, 1960, pág. 147.

¹⁵ El texto de la sentencia se reproduce en “*Danno e responsabilità*”, 2002, págs. 856 y sgtes. En este mismo número de la revista “*Danno e responsabilità*”, Pier Giuseppe MONATERI, “*Il brontosauo alla resa dei conti? «I Will Survive»*”, págs. 862 y sgtes., ha criticado el estilo del redactor del fallo, y de los jueces italianos en general, en atención a que demuestra una “ambición de comportarse como docentes en las sentencias”.

Sobre las implicancias de este modo de proceder de los jueces en la práctica de la llamada “*jurisprudencia literaria*”, remito a mi estudio “*Derecho y literatura. La cultura de los juristas y la llamada «jurisprudencia literaria»*”, en “*Revista peruana de jurisprudencia*”, Trujillo, 2004.

De modo más restringido, el daño a la persona sería “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”¹⁶.

Desde esta última perspectiva, la figura se identificaría con el daño a la salud¹⁷. En definitiva, sin embargo, su ámbito terminaría dependiendo de la concepción de “persona” y de “personalidad” por la que opte el intérprete.

En el ejemplo clásico que se propone para explicar esta figura, si alguien destruye un retrato que es considerado de gran valor por su propietario, además de las consecuencias económicas, que podrían ser ínfimas o nulas (porque ¿cuánto, al fin y al cabo, puede valer una pintura o fotografía vieja, que no porte la firma o imagen de algún notable?), 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.

El daño a la persona es mucho más sencillo de entender. Es un atentado contra la integridad de un derecho individual, o una lesión a la personalidad. Un individuo resulta herido a causa de la caída de un objeto desde la ventanilla de un edificio cerca del cual transitaba; estará legitimado, entonces, a ser indemnizado por los gastos médicos en que deberá incurrir: se ha infringido su integridad física (bien protegido según el artículo 2, 1.º 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

¹⁶ PORTIGLIATTI-BARBOS, Mario, voz “*Danno alla persona*”, en *Novissimo Digesto italiano*, vol. V, Utet, Turín, 1960, pág. 150.

¹⁷ DE GIORGI, María Vita, voz “*Danno III Danno alla persona*”, en *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. X, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1994, pág. 1 (de la separata): “con la expresión «daño a la persona» se hace referencia a las situaciones en las que un sujeto sufre una lesión a su integridad psicofísica”.

reputación (artículo 2, inciso 7, de la Constitución), que es parte de su personalidad.

Este segundo tipo de daño no tendría por qué generar problemas de comprensión. Si la responsabilidad civil, como unánimemente se admite, protege las situaciones jurídicas subjetivas¹⁸, es natural que se pueda reclamar una indemnización en caso de lesión a éstas. Más difícil de acreditar es el primero, porque los sentimientos no pueden ser examinados externamente, y porque no es fácil asignar un precio al dolor.

Esta distinción es común en nuestro medio¹⁹, pero urge de precisiones.

Para comenzar, hay que expresar que, históricamente, el daño moral ha abarcado siempre dos significados: “en *sentido estricto* y

¹⁸ CORSARO, Luigi, “*«Neminem laedere» y derecho a la integridad*”, trad. del italiano por Leysser L. LEÓN, en “Proceso & Justicia”, núm. 3, Lima, 2002, pág. 151.

¹⁹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “*El daño a la persona en el Código Civil de 1984*”, en *Libro homenaje a José León Bayandiarán*, Cultural Cuzco, Lima, 1985, págs. 211 y sgtes.; ID., “*El daño a la persona en el Código Civil de 1984 y en el Código Civil italiano de 1942*”, en *El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*, Cultural Cuzco, Lima, 1986, pág. 252; ID., *Protección jurídica de la persona*, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, 1992, págs. 168 y sgtes.; ID., “*Hacia una nueva sistematización del daño a la persona*”, en *Ponencias del I Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial*, 24, 25 y 26 de noviembre de 1993, Ediciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1994, págs. 23 y sgtes.; ID., “*Precisiones preliminares sobre el daño a la persona*”, en “*Thémis-Revista de Derecho*”, 2^a. época, núm. 34, Lima, 1996, págs. 177 y sgtes.; ID., “*El daño al proyecto de vida*”, en “*Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*”, núm. 50, Lima, 1996, págs. 57 y sgtes.; ID., “*Daño a la persona y daño moral en la doctrina y jurisprudencia latinoamericana actual*”, en “*Thémis-Revista de Derecho*”, 2^a. época, núm. 38, Lima, 1998, págs. 179 y sgtes.; ID., “*Daño moral y daño al proyecto de vida*”, en “*Cathedra*”, año V, núm. 8, Lima, 2001, págs. 7 y sgtes.; ID., “*El «proyecto de vida» y los derechos fundamentales en el Anteproyecto constitucional*”, en “*Revista jurídica del Perú*”, año LII, núm. 35, Trujillo, 2002, págs. 59 y sgtes.; ID., “*Nuevas reflexiones sobre el «daño al proyecto de vida»*”, en “*Revista jurídica del Perú*”, año LII, núm. 38, Trujillo, 2002, págs. 159 y sgtes.; DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “*De la responsabilidad no derivada de acto jurídico*”, en *Proyectos y Anteproyectos de la reforma del Código Civil*, t. I, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1980, págs. 413 y sgtes.; ID., *La responsabilidad extracontractual* (1988), reimpresión, t. II, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1990, págs. 107 y sgtes.; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos, “*Apuntes sobre el denominado daño a la persona*”, en ID., *Estudios de derecho privado*, I, Ediciones Jurídicas, Lima, 1994, pág. 113; TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, *Elementos de la responsabilidad civil*, Grijley, Lima, 2001, págs. 57 y sgtes.; ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las personas*, 3^a. ed., Huallaga Ed., Lima, 2001, págs. 269 y sgtes.; ID., *Derecho de la responsabilidad civil*, cit., pág. 159; LEÓN, Leysser L., “*Consideraciones sobre los daños por homicidio*”, cit., págs. XXIII-XXIV; ID., “*Cómo leer una sentencia*”, cit., pág. 182.

proprio, 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”²⁰.

Como se aprecia, tal concepción del 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, Carlo Francesco Gabba (1838-1920) 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, tanto *jure haereditatis* como *jure proprio*, [...]. Pero se deben resarcir sólo las consecuencias patrimoniales de aquellos daños,

²⁰ Así se expresaba Carlo Francesco GABBA, “*Risarcibilità dei danni morali*”, en *Quistioni di diritto civile*, vol. II, *Diritto ereditario e diritto delle obbligazioni*, Fratelli Bocca Editori, Turín, 1898, págs. 225-226. Aquí y en las citas siguientes reproduzco, con algunas integraciones, la traducción al castellano de Adolfo González POSADA, “*Indemnización de los daños morales*”, en GABBA, *Cuestiones prácticas de derecho civil moderno*, vol. II, La España Moderna, Madrid, s.f., págs. 241-242.

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 resarcirse²¹.

La reacción de Gabba, quien llega a sostener, en otro de sus estudios, que el “resarcimiento” del daño moral es, sencillamente un “imposible jurídico”²², es entendible.

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 *Schmerzensgeld*, *pretium doloris*)²³, y de la

²¹ GABBA, *op. cit.*, vol. II, págs. 247-248, y en la edición en castellano, vol. II, págs. 263-264 (las cursivas son del autor).

²² GABBA, “*Nuove considerazioni intorno al risarcimento dei cosiddetti danni morali*”, en ID., *Nuove questioni di diritto civile*, 2.^a ed., vol. I, Fratelli Bocca Editori, Milán, Turín y Roma, 1912, pág. 241: “la imposibilidad material, por decirlo así, y en consecuencia, la imposibilidad jurídica, de valorizar en dinero estos sufrimientos, la inmoralidad de la concepción de que el dinero enjuga las lágrimas, la ausencia de un criterio preciso en la determinación de las personas que pueden sobrelevar un daño moral causado por *sufrimiento de ánimo* por daño material sufrido por otra, son las principales razones con las que he combatido, y por las cuales considero antijurídica, la doctrina del resarcimiento de semejantes *daños morales*” (las cursivas son del autor).

²³ La expresión ya figura en el *Allgemeines Gesetzbuch für die Preussischen Staaten*, el “Código general para los Estados prusianos” de 1791, en vigor desde 1794 con la denominación de *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*, esto es, “Derecho común del territorio para los Estados prusianos”, o simplemente ALR. En efecto, en el § 113 de dicho texto se señala: “*Der Betrag dieses Schmerzensgeldes ist nach dem Grade der ausgestandenen Schmerzen, jedoch*

corriente jurisprudencial francesa del *dommage morale*. 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)”²⁴.

Coincidentemente, Wenceslao Rocés (1897-1992) alegaba que la función inseparable y característica de la “indemnización” era la función de “equivalencia”, porque ella “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 equivalencial. [...]. 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”²⁵.

nicht unter der Hälfte, und nicht über den doppelten Betrag der erforderlichen Kurkosten richterlich zu bestimmen” [“El monto del *pretium doloris* depende del grado del dolor sufrido; sin embargo, no puede ser menor que la mitad ni superior al doble del monto del costo del tratamiento judicialmente determinado”].

²⁴ La observación es de Emanuela NAVARRETTA, “Art. 2059 c.c. e valori costituzionali: dal limite del reato alla soglia della tolleranza”, en “Danno e responsabilità”, 2002, pág. 865.

²⁵ ROCÉS, Wenceslao, “Breves anotaciones sobre el régimen de reparación de daños en el derecho español”, apéndice a su traducción al castellano de la obra de Hans Albrecht FISCHER, *Der Schaden nach dem bürgerlichen Gesetzbuche für das deutsche Reich* (Jena, 1903), publicada con el título *Los daños civiles y su reparación*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1928, págs. 296-297.

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 quede convertida en un castigo”²⁶, 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 mayor 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”²⁷.

Estoy de acuerdo sólo 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)”²⁸. En castellano, en cambio, la primera acepción del vocablo

²⁶ DE TRAZEGNIES GRANDA, “De la responsabilidad civil no derivada de acto jurídico”, cit., pág. 414.

²⁷ DE TRAZEGNIES GRANDA, “Por una lectura creativa de la responsabilidad extracontractual en el nuevo Código Civil”, en AA.VV., *Para leer el Código Civil*, I (1984), reimpresión, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1990, pág. 210.

Ya José LEÓN BARANDIARAN, *Tratado de derecho civil*, t. IV, *Teoría general del contrato* (la obra es de 1952), WG Editor, Lima, 1992, pág. 420 advertía: “Hay dificultad -claro está- en precisar en términos pecuniarios un sentimiento, un afecto, un dolor. [...] Pero más grave que todo, más injusto, es dejar impune, en base a tales consideraciones objetantes, un daño, un mal que se ha padecido en lo más delicado y sagrado del existir humano: el sentimiento. Esta consideración fundamental aniquila la fuerza de sus contrarias, una de mero predicamento fáctico (la dificultad en la determinación del *quantum* de la reparación), otra de simple valor efectista (que los sentimientos no deban ser objeto de tráfico pecuniario), y la tercera, que apunta únicamente a una posibilidad circunstancial (la especulación, el que se explote, se haga chantaje o se engendren «codicias agresivas»”.

²⁸ *Micro-Robert. Dictionnaire de la langue française*, Dictionnaires Le Robert, París, 1998, pág. 854: “*Relatif à l'esprit, à la pensée (opposé à matériel)*”. Para la “ciencia del bien y del mal”, en cambio, se emplea el vocablo *morale*.

es “pertenciente o relativo a las acciones o caracteres de las personas, desde el punto de vista de la bondad o malicia”; en nuestro idioma, sólo la quinta acepción es “conjunto de facultades del espíritu, por contraposición a físico”²⁹. Por ello, no está equivocado aquel autor que insiste, elocuentemente, en que este daño no es “moral” (entendido como “ético”), sino “jurídico”³⁰. Si la “moral” es considerada como sinónimo de “estado de ánimo”, lo correcto sería hablar de daño “a la moral”.

¿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”³¹.

En aquel histórico fallo se lee:

“[E]l 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 consec-

²⁹ Así consta en la 22ª. ed. (2001) del *Diccionario de la lengua española* de la RAE.

³⁰ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por daños*, t. V, *El daño moral*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999, págs. 39 y sgtes. Lo curioso es que, a pesar de las críticas, el título del volumen sigue evocando la equívoca denominación, “a la espera de una reforma *de lege ferenda*. De un reconocimiento pleno de los «daños a la persona». Con o sin la presencia del dolor”, como el mismo autor señala (*ivi*, pág. 20).

³¹ La reseña del caso es de LUIS DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 96.

tarios naturales y lógicos, otros daños, esto es, los materiales y los sociales [...]»³².

Como quiera que sea, y he aquí mi discrepancia respecto de los señalado por el profesor De Trazegnies, el daño moral no es patrimonial, ni cambia de naturaleza como efecto de la cuantificación efectuada por el juez.

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 ésta no tendría relevancia jurídica como obligación³³.

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.

³² Citado por Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, *op. cit.*, pág. 97.

También ROCES, *op. cit.*, pág. 298, dedica algunas líneas al análisis de esta sentencia, y concluye: “[...] sabido es que el «valor de afección» representa un incidente extrapatrimonial de daños materiales irrogados en cosas. Cuando el quebranto causado a éstas o su destrucción o pérdida asuma figura delicto, no se eximirá el causante con la verdadera «indemnización»: resarciendo al lesionado el «interés», o sea, el valor que la cosa represente dentro de su patrimonio, sino que, en castigo y por modo excepcional, deberá reparar también en lo posible el quebranto afectivo que el perjudicado sufra. Mas aquí estamos ya fuera de la órbita conceptual del «daño civil» y del concepto genuino de «indemnización»”.

³³ Como señala C. Massimo BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione* (1990), reimpresión, Giuffrè, Milán, 1999, pág. 82: “el deber jurídico privado de contenido patrimonial no está comprendido en la noción normativa de obligación, pero siempre que tenga un válido título, legal o negocial, es siempre un deber jurídicamente vinculante y su regulación puede deducirse en vía analógica de la regulación dictada para las obligaciones”.

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)”³⁴; 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”³⁵; 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”³⁶.

Para el caso del daño moral, se ha sostenido que la función de la responsabilidad civil es más bien *aflictivo-consolatoria*, o sea, mitigadora del sufrimiento, debido a la imposibilidad de “reparar” éste, en sentido estricto: “La función eminentemente aflictivo-consolatoria del resarcimiento del daño extrapatrimonial queda así configurada como una manifestación de la función satisfactoria de la responsabilidad civil desde una perspectiva diádica, en detrimento de la afirmación de una función reparatoria de aquél”³⁷. Conforme-

³⁴ CORSARO, voz “Responsabilità civile I) Diritto civile”, en *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXVI, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1991, pág. 2 (de la separata).

³⁵ CORSARO, *loc. cit.*

³⁶ CORSARO, *op. cit.*, pág. 3.

³⁷ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, “Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil: La óptica sistémica (Análisis de las funciones de incentivar o desincentivar y preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del “civil law””, en ALPA, Guido; BIANCA, C. Massimo; CORSARO, Luigi; FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón; FRANZONI, Massimo; MONAGHERI, Pier Giuseppe; SAINI, Cesare; y Piero SCHLESINGER, *Estudios sobre la responsabilidad civil*, trad. y ed. al cuidado de Leysser L. LEÓN, ARA Editores, Lima, 2001, pág. 270. Por función “satisfactoria”, el autor entiende (*ibid.*, pág. 278) la “garantía de consecución de los intereses que merecieron

mente, Adolfo Di Majo 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”³⁸.

Por la misma razón, hay que admitir que es cuestionable hablar de “resarcimiento” o “indemnización” del daño moral³⁹, y que estamos más bien ante una mera satisfacción⁴⁰ “que el juez cree oportuno asignar al agraviado para mitigar el quebranto que el mal causado le produce –«los duelos con pan son menos»–”⁴¹.

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”.

juridicidad por el orden jurídico, incluida la reparación del daño, cuando éste se ha hecho presente, en su carácter de fenómeno exógeno al interés”.

Para un análisis de las tres posibles funciones del resarcimiento (punitivo-aflictiva, resarcitoria y consolatorio-satisfactiva), en el caso del daño no patrimonial, se puede consultar FRANZONI, Massimo, “*La función del resarcimiento del daño no-patrimonial*”, trad. del italiano de G. FERNÁNDEZ CRUZ y Leysser L. LEÓN, en “De Iure”, año 1, núm. 1, Lima, 1999, págs. 21 y sgtes. En opinión de CORSARO, “*Concetto e tipi di danno*”, en PERLINGIERI, Pietro, *Manuale di diritto civile*, ESI, Nápoles, 1997, pág. 656, la ley admite la conversión a una suma de dinero del daño no-patrimonial, “en virtud de las finalidades compensatorias que persigue el sistema resarcitorio”.

³⁸ DI MAJO, Adolfo, *La tutela civile dei diritti*, 3ª. ed., Giuffrè, Milán, 2001, pág. 249.

³⁹ En castellano, “indemnizar” es sinónimo de “resarcir” (siempre según la 22ª. ed. del Diccionario de la RAE). En alemán se distingue entre *Schadensersatz* y *Entschädigung*, y lo mismo, por derivación, en italiano, *indennità* y *risarcimento* (y también existe *indennizzo*). Esta es una distinción fundamental a tomar en cuenta en la consulta de textos alemanes e italianos. *Risarcimento* es todo cuanto se debe a título de responsabilidad por daños; *indennità* es de valor más general, porque abarca desplazamientos patrimoniales por los más diversos títulos, como la expropiación, el despido injustificado, etc.

⁴⁰ La segunda acepción de este vocablo es “Razón, acción o modo con que se sosiega y responde enteramente a una queja, sentimiento o razón contraria”, según la citada 22ª. ed., del *Diccionario* de la RAE.

⁴¹ Así se expresaba ROCES, *op. cit.*, págs. 298-299; y entre nosotros, sin citar el original, LEÓN BARANDIARÁN, *op. cit.*, t. IV, pág. 428.

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 anterior⁴².

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 morales⁴³. A fin de cuentas, en el artículo 1382 de dicho Código se menciona el término *dommage* a secas (“todo hecho del hombre que causa a otro un daño obliga a aquel por culpa del cual ha sucedido a repararlo”), y no existe impedimento para una interpretación amplia⁴⁴.

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”⁴⁵.

⁴² SAVATIER, René, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, 2ª. ed., t. II, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1951, pág. 92, anota “Entendemos por daño moral todo sufrimiento humano que no es resultado de una pérdida pecuniaria”. El ilustrado civilista francés define la figura en oposición al *dommage pécuniaire* (el daño “pecuniario”).

⁴³ MAZEAUD, Henri y Léon, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, vol. I, París, 1931, pág. 262. La cita es de Giovanni Battista FERRI, “*Il danno a la salute e l'economia del dolore*”, en *Iuris vincula. Studi in onore di Mauro Talamanca*, vol. III, Jovene, Nápoles, 2001, pág. 212.

⁴⁴ Es usual la cita del civilista e historiador belga François LAURENT (1810-1887), *Principes de droit civil*, t. XX, § 395, pág. 525: “El artículo 1382 habla de daño en términos absolutos, sin comportar ninguna distinción; así pues, todo daño debe ser reparado, tanto el daño moral cuanto el daño material. El espíritu de la ley no deja ninguna duda: se quieren salvaguardar todos los derechos del hombre, todos sus bienes; ¿o acaso nuestro honor, nuestra consideración, no son los más preciosos de los bienes? El pasaje es reproducido por FISCHER, *Los daños civiles y su reparación*, cit., pág. 242, y nota (9), y NAVARRETTA, *op. cit.*, pág. 871, nota (47).

⁴⁵ DE TRAZEGNIES GRANDA, *La responsabilidad extracontractual*, cit., t. II, pág. 98, y allí, importantes referencias al derecho romano. También FERNÁNDEZ SESSAREGO, “*El daño a la persona en el Código Civil de 1984*”, cit., pág. 189, brinda indicaciones al respecto.

A pesar de todo, luego de la entrada en vigor del *Code*, se desató “una serie de polémicas y discrepancias en la doctrina, las cuales dividieron a los estudiosos. Algunos negaron la posibilidad de resarcir un daño moral, dado que no parecía concebible dar una valorización en dinero a bienes (el honor, los sentimientos, etc.), que por su naturaleza «inmaterial» no daban la impresión de ser susceptibles de una valorización en términos pecuniarios. Otros, en cambio, afirmaban, sea la plena resarcibilidad de los daños morales, sea (según las llamadas teorías «mixtas») la posibilidad de su resarcimiento limitado a ciertas hipótesis”⁴⁶. Las teorías mixtas —refiere Giovanni Battista Ferri— admitían la reparación del daño moral sólo cuanto éste tenía un consecuencia material, pero era evidente que así se terminaba sosteniendo que el perjuicio moral no podía ser reparado, y que únicamente el daño moral concedía derecho a la indemnización⁴⁷.

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)⁴⁸, queda comprendido en el daño moral. Este es un sistema que ha funcionado sin inconvenientes por más de ciento cincuenta años.

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.

⁴⁶ FERRI, *op. cit.*, págs. 212-213.

⁴⁷ FERRI, *op. cit.*, pág. 213.

⁴⁸ A pesar de esta simple constatación, hay quien ve el daño a la persona, y nada más que el daño a la persona, en la doctrina y jurisprudencia francesa: FERNÁNDEZ SESSAREGO, “El daño a la persona en el Código Civil de 1984”, *cit.*, págs. 190-191.

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”⁴⁹.

5. AUTONOMÍA DEL SISTEMA ALEMÁN: DAÑO PATRIMONIAL Y NO-PATRIMONIAL.

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

El patrimonio es una de las primeras instituciones estudiadas en los tratados dedicados al *allgemeiner Teil* (a la “parte general”) del *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), y es así como se habla de “atribución patrimonial” (*Vermögenszuwendung*), de “negocios de atribución patrimonial” (*Zuwendungsgeschäfte*), de “patrimonialidad de la prestación” (*Vermögensleistung*) y de “patrimonialidad del interés en la prestación” (*Vermögensinteresse*), sólo por citar algunos ejemplos.

En palabras de Hans Albrecht Fischer, el patrimonio es “el conjunto de los derechos evaluables en dinero que corresponden a una persona”⁵⁰; para Andreas von Tuhr, constituye “un poder

⁴⁹ ALTERINI, Atilio Aníbal; AMEAL, Oscar José y Roberto LÓPEZ CABANA, *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, 1ª. ed., 2ª. reimpresión, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, págs. 216- 217. Para la enumeración de otros dislates de este sector de la doctrina argentina, me permito remitir a mi trabajo “Consideraciones sobre los daños por homicidio”, cit., págs. X-XI, y la nota (5).

⁵⁰ FISCHER, *op. cit.*, pág. 6.

económico, que ofrece los medios materiales para la consecución de los fines de la vida individual”⁵¹.

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 (*Vermögensschaden*) del daño no patrimonial (*nicht Vermögensschaden*).

Karl Larenz escribe que “el daño a indemnizar se determina normalmente *según la persona y el patrimonio del que tiene derecho a la indemnización*”⁵², 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 valorado en bienes patrimoniales*”⁵³.

⁵¹ TUHR, Andreas von, *Bürgerlichen Rechts. Allgemeiner Teil* (Berlín, 1923), trad. al castellano (*Derecho civil. Parte general*) de Wenceslao ROCES, Porrúa, México, 1945, pág. 46. Es así como se habla de derecho civil patrimonial, que es expresión conocida en castellano; recuérdese, si no, el título del famoso manual de DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del derecho civil patrimonial* (la 5ª. ed., para Civitas de Madrid, es de 1996).

Cesare SALVI, *La responsabilità civile*, en *Trattato di diritto privato*, al cuidado de Giovanni IUDICA y Paolo ZATTI, Giuffrè, Milán, 1998, pág. 40, observa que el paso de la concepción “material” a la concepción “patrimonial” acompaña la formación del moderno derecho de la responsabilidad, en consonancia funcional con la economía de mercado.

⁵² LARENZ, Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts* (2ª. ed., 1957), trad. al castellano de Jaime SANTOS BRIZ, *Derecho de obligaciones*, t. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, pág. 196. El resalto es del autor.

⁵³ LARENZ, *op. cit.*, t. I, págs. 194-195. El resalto es del autor, quien aclara, a renglón seguido (*ivi*, pág. 195) que “la infracción de uno de los bienes «ideales» indicados puede también tener por consecuencia mediata un daño patrimonial, aunque de ellos no derive directamente un daño valuable en dinero, p. ej., en forma de gastos para el restablecimiento de la salud, adquisiciones no hechas o pérdidas en los negocios que traen consigo los daños inferidos a la reputación a la fama o la solvencia. Por lo tanto, los daños patrimoniales no tienen siempre como presupuesto necesario la infracción de un bien patrimonial, sino que igualmente pueden derivarse, aunque únicamente en concepto de daños mediatos, de la infracción de un bien inmaterial, en cuanto ésta produzca consecuencias perjudiciales para el patrimonio del perjudicado”.

La distinción consta en el BGB, donde originalmente se hacía referencia explícita a los daños no-patrimoniales en los §§ 253, 847, 1^{er}. párrafo, y 1300⁵⁴.

“§ 253. Solamente en los casos previstos por la ley podrá reclamarse compensación (*Entschädigung*) en dinero, si el daño inferido es no-patrimonial”.

“§ 847. En caso de lesión al cuerpo o a la salud, y también en caso de privación de la libertad, el perjudicado puede reclamar una compensación equitativa en dinero, incluso por el daño que no sea daño patrimonial. Este derecho no es transmisible ni pasa a los herederos, a menos que sea reconocido contractualmente o deducido en juicio.

El mismo derecho asiste a la mujer contra quien abuse, con delito o falta de su moralidad o la seduzca, valiéndose de fraudes o amenazas o abusando de la superioridad de que goza sobre ella”.

“§ 1300. Si una mujer sin tacha se entrega a su prometido, concurriendo los requisitos de los §§ 1298 o siguientes, puede exigir que se le compense en dinero, en lo que sea justo, el daño no patrimonial sufrido por consecuencia de aquella acción.

Este derecho es personalísimo y no se transmite a los herederos, a menos que se halle reconocido contractual o deducido en juicio”.

Hace ya tiempo que el § 1300 fue derogado; en cuanto al § 847, su texto ha sido recientemente fusionado con el del § 253, conforme al *Zweites Gesetz zur Änderung Schadensersatzrechtlicher Vorschriften* (la 2^a. Ley modificatoria de las disposiciones en materia de indemnización), del 19 de julio del 2002, en vigor desde el 1 de agosto del 2002. En consecuencia, la nueva norma reza como sigue:

⁵⁴ En todos los casos, traduzco *Entschädigung* como “compensación”, para no confundirla con nuestra indemnización o resarcimiento (que sería *Schadensersatz*). Véase cuanto he referido, *retro*, nota (39).

“§ 253. Solamente en los casos previstos por la ley podrá reclamarse una compensación en dinero (*Entschädigung in Geld*), si el daño inferido es no-patrimonial.

En caso de que se debiera una indemnización (*Schadensersatz*) a causa de un daño por causa de una lesión al cuerpo, a la salud, a la libertad o a la autodeterminación sexual, se puede reclamar una compensación razonable en dinero (*eine billige Entschädigung in Geld*) aun por el daño no patrimonial”.

Lo importante es señalar que la terminología alemana fue acogida en el derecho italiano; primero por la doctrina, luego por la jurisprudencia, y finalmente por el legislador.

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”; y en el artículo 2059 del Código Civil se señala que “el daño no-patrimonial debe ser resarcido sólo en los casos establecidos por la ley”.

Salvatore Patti, 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 persona⁵⁵. Cesare Massimo Bianca 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”⁵⁶.

El mismo Patti 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

⁵⁵ PATTI, Salvatore, voz “*Danno patrimoniale*”, en *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione civile*, vol. V, Utet, Turín, 1989, pág. 91, también sobre la base de LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, t. I, 13ª. ed., C. H. Beck, Múnich, 1982, págs. 442 y sgtes., e ID., “*Der Vermögensbegriff im Schadensersatzrecht*”, en *Festschrift für Nipperdey*, t. I, Múnich-Berlín, 1965, págs. 489 y sgtes.

⁵⁶ BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità* (1994), reimpresión, Giuffrè, Milán, 1999, pág. 166.

sujeto”⁵⁷; 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.

Sin embargo, y como producto de la lectura poco atenta de la bibliografía francesa, alemana⁵⁸ e italiana, en Argentina se habla de daño patrimonial y extrapatrimonial (distinción alemana), intercalando elementos de la primigenia, y menos elaborada, clasificación entre daños materiales e inmateriales (francesa)⁵⁹, y de la versión italiana.

Bástenos citar, como ejemplo de esta mala lectura, a Eduardo A. Zannoni, 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*”⁶⁰.

⁵⁷ PATTI, *op. cit.*, pág. 90.

⁵⁸ Hay que recordar que el tratado de von TUHR dedicado a la parte general del BGB, *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts* (1910-1918), fue traducido al castellano por Tito RAVÁ para la editorial Depalma, de Buenos Aires, y se publicó entre los años 1946 y 1948. Allí hay referencias al patrimonio y a los daños patrimoniales y no-patrimoniales. Sin embargo, lo más probable es que la confusión terminológica se haya debido a la lectura de textos italianos.

⁵⁹ Aunque en la definición brindada por LARENZ se emplean las expresiones “material” e “inmaterial”, estas tienen un mero valor adjetivo, y no técnico, ni clasificatorio, como sí ocurre en la doctrina y jurisprudencia francesas. Como tengo escrito en otro lugar, “*Consideraciones sobre los daños por homicidio*”, cit., pág. XII, nota (9), en el diccionario jurídico de Carl CREIFELDS, 11^a. ed., C. H. Beck, Múnich, 1992, pág. 993, el “daño no-patrimonial” es adjetivado con las voces “ideal” o “inmaterial”.

⁶⁰ ZANNONI, Eduardo A., *El daño en la responsabilidad civil*, 2^a. ed., Astrea, Buenos Aires, 1987, págs. 60, 287-288.

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 Luigi Corsaro, 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”⁶¹.

Pero el “daño a la persona” no tiene ningún valor especial como categoría en el sistema italiano.

Yo me conformaría con repetir aquí una opinión de Davide Messinetti: “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»)»⁶², 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 Mario Portigliatti-Barbos⁶³ y Guido Gentile⁶⁴. A este último autor se debe la opinión de que “la valorización del daño a la persona plantea el más arduo de los problemas del vasto campo de la responsabilidad civil”.

⁶² MESSINETTI, Davide, “*Recenti orientamenti sulla tutela della persona*”, en “*Rivista critica del diritto privato*”, año X, 1992, pág. 189.

Esta línea de pensamiento es compartida por SALVI, *op. cit.*, pág. 57: “La unificación de los problemas del daño a la salud y de la protección resarcitoria de los derechos de la personalidad no es, empero, convincente, sobre todo por razones funcionales. [...] las funciones de la responsabilidad en los dos casos son diferentes: en la protección de la salud predomina la exigencia de solidaridad a la víctima; en el segundo campo impera una finalidad esencialmente satisfactoria-punitiva. Tampoco el argumento constitucional puede asumir idéntico peso, porque para los derechos de la personalidad, a diferencia de cuanto ocurre respecto de la salud, el interés típicamente subyacente a la conducta agresiva es de igual relevancia al de la víctima, y se concreta, sustancialmente, en la libertad señalada en el art. 21 Cost. Por otro lado, también la comparación muestra la predominancia de soluciones que diferencian netamente las dos hipótesis, en el sentido de aplicar la normativa ordinaria al daño (no patrimonial) a la salud, y de limitar, en cambio, la resarcibilidad del daño [no patrimonial] por lesión de los llamados derechos de la personalidad a las hipótesis en que subsista un particular grado o cualidad de culpabilidad de la conducta lesiva”.

⁶³ PORTIGLIATTI-BARBOS, voz “*Danno alla persona*”, cit. En este estudio puede verse alguna bibliografía previa, exclusivamente compuesta por escritos menores.

⁶⁴ GENTILE, Guido, voz “*Danno alla persona*”, en *Enciclopedia del diritto*, vol. XI, Giuffrè, Milán, 1962, págs. 634 y sgtes.

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, Pier Giuseppe Monateri⁶⁵ sostiene que el estudio del daño a la persona exige hacer referencia a cuatro tipos distintos de daño, sin importar si estos son asumidos como resarcibles o no:

- a) Daño a la salud psicofísica con reflejos pecuniarios: lesiones a la persona que se traducen en una serie de desembolsos pecuniarios, o que tienen, de alguna manera, repercusiones negativas en el rédito futuro del sujeto lesionado.
- b) Daños a la salud psicofísica independientes de reflejos pecuniarios: lesiones a la persona que se traducen en una serie de lesiones psicofísicas individuales, y por lo tanto, en una serie de minusvalías objetivas para el sujeto lesionado, en sí mismas consideradas, sin hacer referencia a sus reflejos negativos en el patrimonio o en el rédito de dicho sujeto.
- c) Daños por sufrimientos (considerados independientemente de las lesiones en sí mismas a la salud psicofísica) con reflejos pecuniarios: aflicciones, dolores, perturbaciones que se traducen en ganancias frustradas y que, de alguna manera, tienen una influencia negativa en el rédito monetario del damnificado.
- d) Daños por sufrimientos (del tipo *sub c*) independientes de reflejos pecuniarios: aflicciones, padecimientos de ánimo, dolores considerados en cuanto tales, que no se traducen en consecuencias monetarias negativas.

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

⁶⁵ Aquí y en adelante: MONATERI, Pier Giuseppe, *La responsabilità civile*, en *Trattato di diritto civile*, dirigido por Rodolfo SACCO, Utet, Turín, 1998, págs. 475-476.

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”⁶⁶.

Monateri 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 Vermögensschaden*. Sólo 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)”⁶⁷.

⁶⁶ MONATERI, *op. cit.*, págs. 476-477 (las cursivas son añadidas).

Entre otros autores, Giuseppe BRANCA, *Istituzioni di diritto privato*, 7ª. ed. (1992), al cuidado de Guido ALPA, reimpresión, Zanichelli Ed., Bologna, 1996, pág. 488, considera, justamente, que no es propio hablar de resarcimiento del daño moral, sino de *pena pecuniaria*, “es decir, de una sanción con carácter satisfactorio o reparatorio, que se paga a quien es ofendido (damnificado) en sus sentimientos, en su psique, en su espíritu”.

⁶⁷ MONATERI, *op. cit.*, pág. 296, nota (5). Esta interpretación sistemática ha quedado confirmada con la reciente modificación del § 253 BGB, que he citado líneas atrás.

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 lesionado⁶⁸.

Más que dar la razón o desmentir a Monateri, creo que es más útil explicar el contexto en el que se forja su visión crítica.

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 sólo a los daños derivados de la comisión de un delito, en concordancia con lo prescrito en el citado artículo 185 del Código Penal⁶⁹.

“Generalmente –apunta Massimo Franzoni– 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: «obliga a aquel que ha cometido el hecho a resarcir 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

⁶⁸ MONATERI, *op. cit.*, págs. 476-477.

⁶⁹ He tenido oportunidad de referir ello en mi trabajo “El daño existencial ¿Una idea valiosa o sólo un grito de la moda italiana en el campo de la responsabilidad civil?”, en “Ius et Veritas”, año XI, núm. 22, Lima, 2001, pág. 42, ahora integrado en el presente volumen.

casos se han identificado con el daño moral subjetivo del artículo 185 del Código Penal, salvo alguna rara excepción⁷⁰.

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.

Massimo Paradiso 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)”⁷¹.

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

⁷⁰ FRANZONI, “*Il danno esistenziale come sottospecie del danno alla persona*”, en “Responsabilità civile e previdenza”, año LXVI, 2001, pág. 779.

⁷¹ PARADISO, Massimo, *Corso di istituzioni di diritto privato*, vol. I, Giappichelli, Turín, 1996, pág. 446.

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 Constitución⁷².

Paolo Zatti y Vittorio Colussi⁷³ 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, sólo 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

⁷² El texto íntegro de la sentencia es reproducido en VISINTINI, Giovanna, *Materiali di giurisprudenza in tema di responsabilità extracontrattuale*, al cuidado de Matteo DELLA CASA, Giappichelli, Turín, 2000, págs. 6 y sgtes.

⁷³ ZATTI, Paolo y VITTORIO COLUSSI, *Lineamenti di diritto privato*, 7ª. ed., Cedam, Padua, 1999, págs. 655-656.

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”⁷⁴.

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 existencial”, que cuenta hasta con una sentencia de la Corte di Cassazione favorable al reconocimiento de su naturaleza resarcible⁷⁵.

Pero todas estas cuestiones son ajenas a nosotros.

7. EL PROBLEMA EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO: 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, y a menos que se incurra en un anacronismo, la expresión era ignorada. En el segundo de ellos (artículo 1148), se establecía que “al fijar el Juez la indemnización, puede tomar en consideración el daño moral irrogado a la víctima”. 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 deficientemente⁷⁶.

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

⁷⁴ ZATTI y COLUSSI, *op. cit.*, pág. 656.

⁷⁵ Aquí remito a lo que tengo escrito en mis trabajos “*El daño existencial*”, *cit., passim*, y “*Cómo leer una sentencia*”, *cit.*, págs. 177 y sgtes.

⁷⁶ La jurisprudencia citada por DE TRAZEGNIES GRANDA, *La responsabilidad extracontractual*, *cit.*, t. II, págs. 99 y sgtes., permitiría postular lo contrario.

“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”⁷⁷.

Respecto del Código Civil peruano vigente, la historia del “daño a la persona” consta en páginas que enaltecen a Carlos Fernández Sessarego, en cuanto expresivas de un propósito de enmienda ante un error cometido.

El excelso jurista sanmarquino relata: “Pocos días antes de la promulgación del Código, fijada para el 24 de junio de 1984, se celebró con fecha 3 del mismo mes en el despacho del ministro de Justicia de aquel entonces, profesor Max Arias Schreiber, una reunión de coordinación con los integrantes de la Comisión Revisora, con la finalidad de dar los últimos retoques al ya aprobado Proyecto de Código. A esta reunión fuimos invitados por el ministro junto con algunos pocos otros miembros de la Comisión Reformadora. Fue en aquella reunión del 3 de julio de 1984 –es decir, 21 días antes de la promulgación del Código– que se logró introducir en el artículo 1985 el daño a la persona al lado del daño emergente, del lucro cesante y del daño moral que aparecían en este numeral. No se pudo lograr lo más: eliminar del texto de este artículo, por

⁷⁷ Estas expresiones figuran en la *Exposición de Motivos del Libro Quinto del Proyecto de Código Civil*, publicada por Gil S.A. Editores, de Lima, fechada el 8 de octubre de 1936.

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. Preferimos, ante esta eventualidad y con sentido común lo bueno en lugar de lo óptimo”⁷⁸.

Desde ya, apuntaré que lo repetitivo fue más bien incluir el daño a la persona; y que me parece discutible aquello del “sentido común”.

Los primeros trabajos del profesor Fernández Sessarego 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”. 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. El daño no-patrimonial es el que lesiona a la persona en sí misma, estimada como un valor espiritual, psicológico, inmaterial”⁷⁹.

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

⁷⁸ FERNÁNDEZ SESSAREGO, “*El daño al proyecto de vida*”, cit., págs. 63-64. La triste anécdota, que refleja la informalidad de la redacción de la más importante de nuestras normas civiles, es confirmada por CÁRDENAS QUIRÓS, “*Apuntes sobre el denominado daño a la persona*”, cit., pág. 117.

⁷⁹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, “*Derecho de las personas*”, en COMISIÓN ENCARGADA DEL ESTUDIO Y REVISIÓN DEL CÓDIGO CIVIL, *Código Civil, IV, Exposición de motivos y comentarios*, al cuidado de Delia REVOREDO, Okura Ediciones, Lima, 1988, pág. 91.

del daño moral, y analiza comparativamente, entre otros, los sistemas de Francia, Alemania e Italia⁸⁰. 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.

Creo, y me bastan estas observaciones, que estamos frente a un caso de importación doctrinaria; sólo 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 acápitos 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:

Fernández Sessarego 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

⁸⁰ FERNÁNDEZ SESSAREGO, “*El daño a la persona en el Código Civil de 1984*”, *passim*, especialmente, págs. 189 y sgtes., y mucho más ampliamente en ID., “*Precisiones preliminares en torno del daño a la persona*”, cit., págs. 195 y sgtes.

Esta preferencia es verosíblemente atribuible a la estadia del citado autor en Italia, de la que da cuenta en su *Prólogo* a LEÓN BARANDIARÁN, *Tratado de derecho civil*, t. I, *Título preliminar y derecho de las personas*, WG Editor, Lima, 1991, pág. XXVIII. En sus “*Precisiones preliminares sobre el daño a la persona*”, cit., pág. 188, anota: “Cabe señalar que Italia es uno de los países donde, probablemente se ha discutido más extensamente el tema del daño a la persona y donde se han efectuado importantes aportes tanto doctrinarios como jurisprudenciales en lo que al tema se refiere. Es por esta razón que nos referiremos, preferentemente a su trabajosa elaboración, a su evolución, a sus hallazgos y aciertos y, lo que es digno de acotar, a la superación de trabas legislativas impuestas por el famoso y discutido artículo 2059 del Código Civil que impedía su debida y amplia reparación”.

la persona de carácter no patrimonial, a sólo los específicos casos previstos por ley”⁸¹.

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”⁸².

“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”⁸³.

“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”⁸⁴.

Más allá de tales pinceladas –conscientes, o tal vez no–, predisuestas para promocionar el “daño a la persona”, lo más censurable

⁸¹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, “El daño a la persona en el Código Civil de 1984”, cit., pág. 194.

⁸² FERNÁNDEZ SESSAREGO y CÁRDENAS QUIRÓS, “Estudio preliminar comparativo de algunos aspectos del Código Civil peruano de 1984 en relación con el Código Civil italiano de 1942”, en *El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*, cit., págs. 132-133.

⁸³ FERNÁNDEZ SESSAREGO, “El daño a la persona en el Código Civil de 1984”, cit., pág. 196 (las cursivas son añadidas).

⁸⁴ FERNÁNDEZ SESSAREGO, “Protección jurídica de la persona”, cit., pág. 96.

es la pretensión, que yo juzgo absurda y 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 sólo 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 sólo 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”⁸⁵; 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”⁸⁶; 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”⁸⁷.

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

⁸⁵ FERNÁNDEZ SESSAREGO, “Protección jurídica de la persona”, cit., pág. 182.

⁸⁶ FERNÁNDEZ SESSAREGO, “Precisiones preliminares sobre el daño a la persona”, cit., págs. 183-184.

⁸⁷ FERNÁNDEZ SESSAREGO, “El daño al proyecto de vida”, cit., pág. 55.

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, ridículamente, 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”⁸⁸.

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 Trazegnies⁸⁹. 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 Civil⁹⁰; 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”⁹¹.

⁸⁸ La observación es de Francesco Donato BUSNELLI, “*Danno biologico e danno a la salute*”, en *Tutela della salute e diritto privato*, pág. 8. La cita es de MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., pág. 477.

⁸⁹ Escuetamente, intenta alguna réplica en “*El daño a la persona en el Código Civil de 1984*”, págs. 212, 214-215.

⁹⁰ LEÓN BARANDIARÁN, “*Responsabilidad extracontractual*” en COMISIÓN ENCARGADA DE ESTUDIO Y REVISIÓN DEL CÓDIGO CIVIL, *Código Civil*, VI, *Exposición de motivos y comentarios*, al cuidado de Delia REVOREDO, Okura Ediciones, Lima, 1988, pág. 807: “El mismo artículo [1985] habla de daño moral, pero el asunto se trata en el artículo 1984. No se explica por qué en el artículo 1985 se habla usándose el giro de «el daño a la persona»”.

⁹¹ CÁRDENAS QUIRÓS, “*Apuntes sobre el denominado daño a la persona*”, cit., págs. 111-112, 117 y sgtes.

La denominación ha sido acogida por ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las personas*, cit., pág. 274; ID., *Derecho de la responsabilidad civil*, cit., pág. 160, quien pretende desarrollarla aun más, con la propuesta de la locución “daño objetivo”. Pero a esta última ya había hecho referencia FERNÁNDEZ SESSAREGO, “*Protección jurídica de la persona*”, cit., pág. 152.

Fernández Sessarego insiste en que el derecho privado ha sido objeto de una despatrimonialización⁹², en pro de una visión personalista, digna de todos los elogios; y ello ya le ha valido un mentís de un autor de la talla de Pietro Rescigno, 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”⁹³.

Uno de los autores italianos más citados, y tergiversados, en la artificiosa argumentación filosófica que se critica es Francesco Donato Busnelli⁹⁴.

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

⁹² FERNÁNDEZ SESSAREGO, “*Protección jurídica de la persona*”, cit., págs. 41 y sgtes.

⁹³ RESCIGNO, Pietro, *Intervención* en el panel de comentaristas de las ponencias sobre “El derecho de las personas”, en *El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*, cit., pág. 243.

⁹⁴ Véanse, si no, las páginas, nada originales y colmadas de erratas, de Gustavo ORDOQUI CASTILLA, “*Pautas y criterios para la evaluación judicial del daño a la persona*”, en *Diez años del Código Civil peruano: Balance y perspectivas*. Ponencias presentadas en el Congreso Internacional organizado por el Centro de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, del 12 al 16 de septiembre de 1994, WG Editor, Lima, 1995, t. II, págs. 411 y sgtes. Este autor uruguayo mezcla las citadas opiniones de BUSNELLI, que asimila íntegramente, con elementos de su propia invención (pág. 414): “la persona debe ser protegida no sólo por lo que tiene, y puede obtener, sino por lo que es, y en la integridad de su proyección debe jerarquizarse la esfera espiritual, biológica y social del hombre, sin dejar de tener en cuenta que los bienes materiales son necesarios para preservar su dignidad”. Como si fuera poco, se reproduce un juicio de Guido GENTILE, sin citarlo, (pág. 438): “La valorización del daño a la persona constituye sin lugar a dudas el tema más importante y grave dentro del denominado Derecho de Daños”.

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 diversas⁹⁵.

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 «pérdida económica que deriva para el lesionado de una determinada modificación negativa de su capacidad de trabajo», 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

⁹⁵ BUSNELLI, “*Problemi di inquadramento sistematico del danno alla persona*”, en “*Rivista critica del diritto privato*”, año V, 1987, pág. 30. Una versión resumida de este importante ensayo fue presentada como ponencia (“*La tutela civil de la persona humana: Una comparación entre el Código argentino de Vélez y el nuevo Código Civil peruano*”) al Congreso *Tendencias actuales y perspectivas del derecho privado y el sistema jurídico latinoamericano*, celebrado en Lima del 5 al 7 de septiembre de 1988, cuyas actas fueron publicadas por Cultural Cuzco Editores en 1990. En su ponencia citada (pág. 51), el profesor BUSNELLI destaca, con justicia: “El artículo 17 [del Código Civil peruano de 1984] a pesar que en su formulación definitiva ha perdido parte de aquella fuerza innovativa que Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO le había impreso en el proyecto preliminar, permanece todavía como una norma importante. Es, según me consta, la primera vez que un código otorga un alcance general a la acción inhibitoria en el cuadro de la tutela de los derechos de la personalidad, modificando la tradición codificadora - a la cual se uniforma también el vigente Código civil italiano- que concibe dicha acción como remedio ocasional y no siempre referido a la tutela de la persona”.

Estas consideraciones tienen que ver con el esquema original de protección de la persona que FERNÁNDEZ SESSAREGO proyectó cuando fue integrante de la Comisión Reformadora del Código Civil peruano de 1936, lamentablemente alterado en las revisiones previas a la aprobación del texto final.

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”⁹⁶.

Como se aprecia, Busnelli 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”⁹⁷.

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 mía, 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. Pero la categoría «daños a la persona»

⁹⁶ BUSNELLI, “*Problemi di inquadramento sistematico del danno alla persona*”, cit., págs. 28-29. El último enunciado citado corresponde a la sentencia de la Corte di Cassazione italiana, n° 2396, del 6 de abril de 1983, y no tiene nada que ver con ninguna evolución de pensamiento filosófico.

⁹⁷ BUSNELLI, *op. ult. cit.*, pág. 42.

no parece conllevar derechos u obligaciones diferentes a las que usualmente se atribuía a la categoría «daño moral» (en el sentido más puro del término, habiendo excluido de este concepto al daño patrimonial vago o impreciso)⁹⁸.

Todo ello es cierto.

La consecuencia de la informalidad legislativa que devino en 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: “Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”); el daño moral (artículo 1984: “El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia”) y el daño a la persona (artículo 1985: “La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño”).

8. 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 para la “responsabilidad civil no derivada de acto jurídico” (artículo 18) se establecía que “Sólo excepcionalmente el juez considerará el daño moral para efectos de establecer la procedencia de la indemnización y para fijar

⁹⁸ DE TRAZEGNIES GRANDA, *La responsabilidad extracontractual*, cit., t. II, pág. 110.

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”⁹⁹.

En el artículo 351, en materia de disolución del vínculo patrimonial, 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”¹⁰⁰.

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

⁹⁹ DE TRAZEGNIES GRANDA, “De la responsabilidad civil no derivada de acto jurídico”, cit., pág. 414.

¹⁰⁰ En CAS. N° 373-95 se lee: “Si bien se ha probado la causal de adulterio, no corresponde la reparación del *daño moral* del cónyuge inocente si no se acredita que los hechos comprometen gravemente su interés personal”. La Sala de Familia de la Corte Superior de Lima, por su parte, ha tenido oportunidad de expresar que “Existe legítimo interés personal, como cónyuge inocente, por haber sido víctima precisamente de los actos de violencia que configuran una de las causales de divorcio previstas en la ley” (Exp. 382-98, Resol. del 30 de abril de 1998); y que “a pesar de que el artículo 351° del Código Civil dentro del Capítulo de Divorcio, también puede ser aplicado para establecer el daño moral que provoque el demandado a su cónyuge e hijo al haber promovido una desestimada acción de negación de paternidad de su hijo habido dentro del matrimonio” (Exp. 1152-98, Resol. del 2 de julio de 1998).

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 ésta.

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 moral¹⁰¹.

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

¹⁰¹ TABOADA CÓRDOVA, *Elementos de la responsabilidad civil*, cit., págs. 58-59, postula que “daño moral no se agota jurídicamente en los sentimientos por los miembros de la familia, sino también en cualquier otro sentimiento considerado digno y legítimo, como podría ser el caso de un ahijado, de una novia, de un padrino de nacimiento, etc.”. Para avalar su posición, llama en causa el art. 215 del Código Civil, relativo a la intimidación como vicio de la voluntad, donde se permite al juez decidir la anulación, según las circunstancias, cuando la amenaza ha sido dirigida a “otras personas o bienes” (ni familiares, ni bienes de familiares).

La interpretación es errónea, porque la interpretación sistemática no puede conducir a alterar los presupuestos de las dos instituciones confrontadas: en el caso de la intimidación se busca anular los efectos de un negocio jurídico que no se habría celebrado de no haber existido la amenaza (la amplitud de las personas y bienes amenazables aspira a proteger íntegramente la esfera del contratante intimidado); en cambio, el daño moral, por su propia naturaleza y elaboración histórica, debe ser reconocido en la esfera de unos pocos, porque redundará siempre en una imposición patrimonial al responsable, y hay que procurar que ella sea justa.

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.

“¡Pero también está el daño a la persona, y a renglón seguido!” – se me podría replicar¹⁰².

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.

Sólo 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.

¹⁰² El mismo TABOADA CÓRDOVA afirma, correctamente esta vez (*Elementos de la responsabilidad civil*, cit., pág. 63): “Nos parece muy interesante la eliminación de la categoría del daño moral, para hacer referencia únicamente al daño a la persona, pero no nos parece convincente. Más aun, la regulación del Código Civil peruano mantiene la diferencia entre ambas categorías de daños, lo que significa que hoy por hoy no podemos adherirnos a la posición que sostiene que el daño moral debe desaparecer para referirnos solamente al daño a la persona. El hecho que sea muy difícil probar el daño moral y cuantificarlo no significa que deba ser eliminado como categoría de daño jurídicamente indemnizable”. El parecer ha recibido la adhesión de ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de la responsabilidad civil*, cit., pág. 161.

Por mi parte, “*Consideraciones sobre los daños por homicidio*”, cit., pág. XXXI, he señalado que el texto del artículo 1985 admite dos interpretaciones: a) Las consecuencias que derivan de la acción u omisión generadora del daño comprenden únicamente el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral; y b) Las consecuencias que derivan de la acción u omisión generadora del daño son “x, y, z” (no sabemos cuáles, porque el texto no lo señala), pero, “además”, hay que incluir el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral. Si se acepta la primera interpretación, contra toda lógica, queda fuera del ámbito de los daños susceptibles de indemnización el mismo “daño emergente”. Sólo la segunda, entonces, a pesar de no ser satisfactoria, es admisible.

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.

9. 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 Roitman¹⁰³.

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 preconcepción personal en aras de soluciones” que se han procurado adecuar “a los criterios de racionalidad y de justicia”.

¹⁰³ El texto se puede consultar vía Internet: <http://www.alterini.org>

Ya he tenido oportunidad de referirme a los defectos de este documento, en especial por su presentación en forma de tratado, excesivo en definiciones¹⁰⁴, 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. Él mismo tiene escrito que “las meras abstracciones, aunque estén dotadas de belleza argumental, suelen ser irrelevantes para la obtención de soluciones justas”¹⁰⁵. 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, trátese de adquirir, modificar o extinguir derechos” (ar-

¹⁰⁴ Paradójicamente se recuerda a JAVOLENO, pero para contradecirlo: “No hemos vacilado en incluir las definiciones que consideramos necesarias. Algunos suelen recordar a Javoleno (11 *epist.*, en *Digesto*, 50, 17, *De regulis juris*, 202), quien sostuvo que «en Derecho civil toda definición es peligrosa, pues es difícil que no tenga que ser alterada». Ese argumento de autoridad queda desvirtuado, por lo pronto, porque el Código Civil [argentino] emplea frecuentemente definiciones; y éstas tienen contenido normativo cuando también se prevé una consecuencia de Derecho vinculada a ellas, como en el caso de los artículos 523 y 524, que definen a la obligación accesoria y a los accesorios de la obligación, en tanto el artículo 525 asigna la correspondiente imputación normativa. En la nota al artículo 495 del Código Civil, Vélez Sársfield admite la definición, con tal «que sea legislativa, es decir, que tenga por objeto restringir la significación del término de que se sirva a las ideas que reúnan exactamente todas las condiciones establecidas en la ley». En el Derecho moderno las definiciones son de rigor, no sólo en las normas de origen anglonorteamericano que rigen los negocios internacionales, sino también en el Derecho continental europeo; «no se citará un ejemplo de una sola legislación civil, sin excluir las más adelantadas y recientes, que no contenga una serie de definiciones legales» (COLMO). Las palabras propias del lenguaje natural suelen adolecer de ambigüedad y de vaguedad y, cuando son empleadas en la ley, trasiegan esas fallas: el dolo, por ejemplo, está definido implícitamente en el artículo 1072 del Código Civil (acto obrado a sabiendas y con intención de dañar), pero es también mencionado, sin definirlo, por el artículo 506; esta omisión ha dividido a la doctrina entre quienes creen que se trata de una única figura, quienes consideran suficiente la intención deliberada de no cumplir, y quienes lo asimilan a la malicia. Una definición apropiada, esto es, la «proposición que expone con claridad y exactitud los caracteres genéricos y diferenciales de una cosa material o inmaterial» (Diccionario de la Lengua Española, 2ª acepción), clarifica la ley, evita los disensos inútiles y brinda certeza, afirmando de tal modo la seguridad jurídica”.

¹⁰⁵ ALTERINI, Atilio Aníbal, “La legislación desinsexatoria en la Argentina: Virtualidad de los intereses como mecanismo alternativo de ajuste”, en “Thémis-Revista de Derecho”, 2ª. época, núm. 25, Lima, 1993, pág. 118.

título 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 incomprensión 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, 1^{er}. 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 decreta por culpa exclusiva de uno de los cónyuges, éste puede ser condenado a reparar los *daños materiales y morales* que la separación causó al cónyuge inocente. La demanda por daños sólo 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 las clasificaciones francesa y 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 vida¹⁰⁶, 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 éstas 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

¹⁰⁶ En el artículo 968 del citado documento se lee que forman parte de las “estipulaciones prohibidas en los contratos predisuestos” aquellas que “limitan la responsabilidad del predisponente por daños al proyecto de vida” (i).

Yo no creo que ningún predisponente de un contrato, a menos que tenga a la mano un manual de “derecho de daños” del profesor ALTERINI, se vea tentado a anotar en su formulario una exoneración de responsabilidad “por daños al proyecto de vida”.

Según FERNÁNDEZ SESSAREGO, “*El daño a la persona en el Código Civil de 1984*”, cit., pág. 202, el daño al proyecto de vida, “el acto dañino que impide que el ser humano se realice existencialmente de conformidad con dicho proyecto libremente escogido, atendiendo a una personal vocación”, es “el más grave daño que se puede causar a la persona”; en otras palabras, no es el único. Pospongo, para una nueva ocasión el análisis de esta figura, que constituye un interesante desarrollo de la doctrina del jurista peruano.

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, “cualesquiera otras afecciones legítimas”, que es una expresión con la que el repertorio queda abierto.

Y si la intención de Alterini 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 éste, que como ya he tenido oportunidad de señalar, es del todo prescindible en una eventual reforma del Código Civil peruano¹⁰⁷, ahora reactivada mediante la Resolución Ministerial N° 460-2002-JUS. Pero además de sus falencias, no se le puede dejar de reprochar su infidelidad.

Infidelidad porque los doctores Atilio Aníbal y Jorge Horacio Alterini, 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 Carlos Fernández Sessarego. 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 desconceptos, 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

¹⁰⁷ En mi *Nota preliminar* a ALPA, Guido y otros, *Estudios sobre el contrato en general. Por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002)*, ARA Editores, Lima, 2003, pág. 37, nota (6).

ahora han sido puestos en el primer plano por las urgencias que derivan de la instalación de las economías de mercado”¹⁰⁸, o que “la idea promisorio 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”¹⁰⁹.

Para tener una idea de la falta de coherencia de Mosset Iturraspe, 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” (¡!)¹¹⁰.

Pero ahora resulta, además, que Mosset Iturraspe 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 reformado-

¹⁰⁸ ALTERINI, Atilio Anibal, “Caso fortuito y falta de culpa en el Código Civil peruano de 1984”, en *Diez años del Código Civil*, cit., t. II, pág. 402.

¹⁰⁹ MOSSET ITURRASPE, “El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad”, en “Revista de derecho privado y comunitario”, 1, *Daños a la persona*, Santa Fe, 1992, págs. 22-23. FERNÁNDEZ SESSAREGO (“El daño al proyecto de vida”, cit., págs. 62-63) ha correspondido con expresiones de este tenor: “[...] compartimos a plenitud el pensamiento de MOSSET ITURRASPE cuando sostiene que la expresión daño moral «es una antigualla, el daño moral es un resabio de otros tiempos que ha permanecido por nuestras debilidades, por nuestras torpezas, por nuestro aferrarnos a las tradiciones jurídicas». Obviamente, en este caso, el maestro argentino se refiere a aquellas tradiciones [...] que han perdido vigencia pues han surgido nuevas formas o modalidades de conductas humanas intersubjetivas diversas, sustitutorias o de signo contrario”. Pero los halagos del argentino desaparecen en su obra *Responsabilidad por daños*, t. V, *El daño moral*, cit., págs. 18-19.

¹¹⁰ MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, t. V, *El daño moral*, cit., págs. 10 y 11. Y allí (págs. 11-12) insiste en que “La perseverancia en el uso de la expresión «daño moral», pese a ser incorrecta, equívoca, verdadera antigualla, sólo encuentra justificación en el respeto por la tradición jurídica, por aquello que ha logrado una enorme difusión, un uso generalizado”.

ra 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”¹¹¹.

Y sin embargo, fue precisamente en Argentina, hacia 1992, donde Aída Kemelmajer de Carlucci, 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 sico-físico 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 al indemnización de daños análogos”¹¹².

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 deci-

¹¹¹ Todas estas pedanterías se pueden leer en su escrito “¿No a la reforma? ¿No a esta reforma? Sobre ciertas críticas al Proyecto de Código Civil de 1998”, que también se puede consultar en <http://www.alterini.org>. Desconozco si semejantes condecoraciones, inmerecidas y envaneecedoras, se han concretizado.

¹¹² KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “El daño a la persona. ¿Sirve al derecho argentino la creación pretoriana de la jurisprudencia italiana?”, en “Revista de derecho privado y comunitario”, 1, *Daños a la persona*, Santa Fe, 1992, págs. 69 y sgtes.

MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, t. V, *El daño moral*, cit., pág. 18, responde a la misma pregunta con estas palabras: “[...] la evolución pretoriana de la jurisprudencia italiana ha venido a iluminar, tanto en nuestro país como en Latinoamérica una concepción enriquecedora del «daño a la persona», mucho más generosa y rica que la esquemática del daño moral = sufrimiento”.

monónico, que se presta a las más coloridas interpretaciones), es negativa.

10. A MANERA DE CONCLUSIÓN.

La expresión “daño a la persona”, sacada de su entorno italiano de formación y desarrollo, y accidentadamente incluida en el lenguaje jurídico y en el Código Civil peruano, es repetitiva e inútil.

La llamada “guerra de etiquetas”, desatada desde la promulgación del Código Civil de 1984, ha hecho perder de vista una tarea de mucho mayor importancia, que siempre ha ido de la mano con el tema del daño moral, cual es la de perfeccionar la técnica para su cuantificación.

Es a este último objetivo que deberían dedicarse los modernos estudios de responsabilidad en el Perú.