UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO

ESCUELA DE POST-GRADO

MAESTRÍA CON MENCIÓN EN DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

"LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR EL NO RECONOCIMIENTO DE HIJOS EXTRAMATRIMONIALES"

PRESENTADA POR LA ABOG. RITA MERCEDES DEL MILAGRO CEPEDA HERRERA

LAMBAYEQUE – 2012

“LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR EL NO RECONOCIMIENTO DE HIJOS EXTRAMATRIMONIALES”

ABOG. RITA MERCEDES DEL MILAGRO CEPEDA HERRERA
AUTORA

MG. MARIANO LARREA CHUCAS
ASESOR

PRESENTADA A LA ESCUELA DE POST GRADO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

APROBADO POR:

PRESIDENTE DEL JURADO

SECRETARIO DEL JURADO

VOCAL DEL JURADO

LAMBAYEQUE, 25 DE ABRIL DE 2011

DEDICATORIA

A mis padres Manuel y Justina
que desde el cielo ilumina mis pasos
y cuyo amor aún está presente entre nosotros

A mi hija
por ser la inspiración constante para alcanzar
todas mis metas y proyectos en la vida

AGRADECIMIENTOS

A Dios, la razón en mi vida, por quien existo y todo lo puedo en él que me fortalece.

A José, motivador permanente en la culminación de la presente.

A la Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo por brindarme las facilidades necesarias para finalizar esta Tesis

A mis hermanos Mary, Carlos, Jorge y Pepe, por su apoyo constante en mis metas trazadas

A mi hermana Techy, por tu amor y confianza que me impulsan diariamente a un futuro diferente.

TABLA DE CONTENIDO (ÍNDICE GENERAL)

	Pág
DEDICATORIA	3
AGRADECIMIENTO	4
RESUMEN (ABSTRACT)	8- 9
INTRODUCCIÓN	10-11
ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO	12-13
MARCO TEÓRICO	

CAPÍTULO I
LA RESPONSABILIDAD CIVIL

1.	INTRODUCCIÓN	
2.	EVOLUCIÓN HISTÓRICA	15-18
2.1.	DERECHO ROMANO	18-24
2.2.	SISTEMA FRANCÉS	24-27
3.	DEFINICIÓN	28-30
4.	FUNDAMENTOS	
4.1.	FUNDAMENTOS JURÍDICOS	30-31
4.2.	FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS	31-34
4.3.	FUNDAMENTOS ECONÓMICOS	35-37
5.	FUNCIONES	
5.1.	FUNCIÓN DEMARCATORIA	38-39
5.2.	FUNCIÓN RESARCITORIA	40-41
5.3.	FUNCIÓN PUNITIVA	42-43
5.4.	FUNCIÓN DISTRIBUTIVA	43-44
5.5.	FUNCIÓN PREVENTIVA	44-45
6.	CLASES	
6.1.	RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL	47-49
6.2.	RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL	49-51
6.3.	POSICIÓN PERSONAL	51-57
7.	ELEMENTOS	
7.1.	ANTIJURICIDAD	56-60
7.2.	DAÑO	61-66
7.3.	RELACIÓN DE CAUSALIDAD	67-71
7.4.	FACTORES DE ATRIBUCIÓN	71-76

CAPÍTULO II
EL DAÑO MORAL

1. INTRODUCCIÓN
2. EL DAÑO MORAL COMO VARIANTE DEL DAÑO
2.1. NOCIÓN DE DAÑO → 77-78
2.2. DAÑO¿INTERÉS JURÍDICO O BIEN JURÍDICO VULNERADO? 79-81
2.3. REQUISITOS DEL DAÑO → 82
2.4. CLASIFICACIÓN DE DAÑO → 93-103
2.5. CONSECUENCIAS DEL DAÑO → 104-105
3. EL DAÑO MORAL
3.1. DEFINICIÓN → 105-108
3.2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS → 109-111
3.3. CONCEPCIONES → 112-118
3.4. CLASIFICACIÓN → 119-124
3.5. ¿DAÑO A LA PERSONA O DAÑO MORAL? → 125-127
3.6. CONSECUENCIA: REPARACIÓN → 127-135
3.7. PRUEBA DEL DAÑO MORAL → 135-154
3.8. CUANTIFICACIÓN → 155-161

CAPITULO III
LA FILIACIÓN

1. LA FILIACIÓN
1.1. INTRODUCCIÓN → 162
1.2. DEFINICIÓN → 163-165
1.3. FUENTES → 166
1.3.1. FILIACIÓN BIOLÓGICA → 167-168
1.3.2. FILIACIÓN LEGAL → 169-170
1.4. IMPORTANCIA → 171-172
1.5. CLASIFICACIÓN → 173
1.5.1. FILIACIÓN MATRIMONIAL → 174-176
1.5.2. FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL → 177
1.6. DETERMINACIÓN → 178
1.6.1. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN MATRIMONIAL 17 9-180
1.6.2. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL pág. 181-184
1.7. ACCIONES DE FILIACIÓN → 185
1.7.1. GENERALIDADES → 186
1.7.2. CONCEPTO → 186
1.7.3. OBJETIVO → 186-187

1.7.4. CARACTERÍSTICAS → 187-188
1.7.5. CLASES → 188-190

CAPITULO IV
RESPONSABILIDAD CIVIL POR EL NO RECONOCIMIENTO OPORTUNO DE HIJO EXTRAMATRIMONIAL

1. RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO DE FAMILIA
1.1. INTRODUCCIÓN → 191-194
1.2. TEORÍAS → 194
1.2.1. TEORÍA NEGATIVA → 194-195
1.2.2. TEORÍA POSITIVA → 195
1.2.3. POSICIÓN PERSONAL → 195-196
1.3. CARACTERES → 196-198
2. RESPONSABILIDAD CIVIL POR EL NO RECONOCIMIENTO OPORTUNO DE HIJO EXTRAMATRIMONIAL
2.1. PREMISA PRINCIPAL → 198-199
2.2. FUNDAMENTO → 199-201
2.3. REQUISITOS → 201
2.3.1. ANTIJURIDICIDAD → 202-203
2.3.2. DAÑO → 204-211
2.3.3. NEXO CAUSAL → 212-216
2.3.4. FACTOR DE ATRIBUCIÓ N → 217-223
2.4. ASPECTOS PROCESALES
2.4.1. LEGITIMACIÓN → 224-226
2.4.2. COMPETENCIA → 227

ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

CONCLUSIONES → 228-230

RECOMENDACIONES → 231-232

BIBLIOGRAFÍA → 233-238

RESUMEN (ABSTRACT)

Peruvian reality exposed daily cases in which an unknown father relationship with his illegitimate son, when not fulfilling its duty to recognize the affiliation, despite having full knowledge of consanguinity ties and family entrenchment.

Indeed, in Peru and in other countries we have seen that from the highest to the settler areas of lower economic status in society, cases of non-recognition of children born outside marriage are not isolated cases, a fact that perhaps social would go through everyday, but in the light of doctrine and legislation, mainly in comparative law, has noted the indifferent approach and treatment that is granted, it almost always has won an analysis and regulation from the family, rather than from a child's perspective, understood as human beings.

The man is naturally sociable person, is a political animal as Aristotle said, "and to enter into a relationship of otherness needs to protect the development of his personality, this universe hypostatic, as theologians say, inseparable unity of spirit and matter, where goods of freedom, which reside in his mind, the life, which is in its material reality, and work that expresses their personality, spiritual and material need to be defended to be respected and protected; and source of human rights there, before and above the constitutions and laws, in defense of their personal dignity and fundamental property: freedom, life and work.

The recognition of the human person as the main and essential purpose of society and thus, the legal system, raises the need to rethink the traditional approach to cases of non-recognition of paternity, trying to find a solution to one of the unquestionable truths that are presented in that sphere, such as unfair prejudice to the child.

This research focuses on the study of injury or detriment to the child, particularly in psychosomatic damage variant most widely recognized and obvious, such as moral damages.

The purpose of the thesis is not only making a detailed and concise description of the materials related to the subject, such as liability, descent and moral damage, but mainly, developing the arguments why we believe should be compensated the damage caused smaller due to the lack of recognition of a parent volunteer and timely and practical aspects of that premise, which may occur as a truism, but in our view and on the basis of professional practice in the Management System of Justice, we believe that even merit a specific legal regulation.

In conclusion, we believe that this thesis is a work of social impact as we postulate that through the imposition of a fine-as-liability can discourage this behavior as reprehensible ignorance of illegitimate filiation between a parent and your child.

The author

INTRODUCCIÓN

La realidad peruana expone a diario, casos en los cuales un padre desconoce la relación existente con su hijo extramatrimonial, al incumplir con su deber de reconocimiento de la filiación, pese a tener pleno conocimiento de los lazos de consaguinidad y el entroncamiento familiar.

En efecto, en el Perú así como en otros países hemos podido apreciar que desde las mas altas esferas hasta el poblador de la mas baja condición económica de la sociedad, los casos de no reconocimiento de hijos extramatrimoniales no constituyen casos aislados; hecho social que quizás pasaría por lo cotidiano, pero que a la luz de la doctrina y legislación, principalmente en el Derecho Comparado, ha permitido advertir el indiferente enfoque y tratamiento que se le concede, pues casi siempre ha merecido un análisis y regulación desde la familia, más que desde una óptica del menor, entendido como persona humana.

El hombre como persona es por naturaleza sociable, es un animal político -como decía Aristóteles-, y al entrar en relación de alteridad necesita proteger el desarrollo de su personalidad, este universo hipostático, como dicen los teólogos, unidad indisoluble de espíritu y materia, donde los bienes de la libertad, que residen en su espíritu; el de la vida, que está en su realidad material, y el del trabajo, que se expresa en su personalidad, espiritual y material, necesitan ser defendidos para ser respetados y protegidos; y allí nacen los derechos humanos, antes y por encima de las constituciones y las leyes, en defensa de su dignidad personal y sus bienes fundamentales: la vida, la libertad, y el trabajo.

El reconocimiento de la persona humana como principal y esencial fin de la sociedad y, por ende, del ordenamiento jurídico,

plantea la necesidad de replantear el enfoque tradicional de los casos de no reconocimiento de paternidad, tratando de dar una solución a una de las incuestionables verdades que se presentan en aquella esfera, como es el perjuicio injusto al menor.

La presente investigación se centra en el estudio del perjuicio o detrimento al menor, principalmente en la variante de daño psicosomático mas reconocido y evidente, como es el daño moral.

La finalidad del trabajo de tesis no sólo es efectuar una descripción detallada y concisa de las materias vinculadas al tema, como responsabilidad civil, la filiación y el daño moral, sino principalmente, desarrollar los argumentos por los cuales consideramos que debe ser resarcido el perjuicio ocasionado al menor como consecuencia de la falta de reconocimiento voluntario y oportuno del progenitor, así como los aspectos prácticos de aquella premisa, que puede presentarse como una verdad de Perogrullo, pero que a nuestro criterio y sobre la base del ejercicio profesional en el Sistema de Administración de Justicia, consideramos que, incluso, ameritaría una regulación legal expresa.

En conclusión, consideramos que la presente tesis es un trabajo de impacto social, pues, postulamos que a través de la imposición de una sanción pecuniaria –como es la responsabilidad civil- podemos desincentivar aquel comportamiento reprochable como es el desconocimiento de la filiación extramatrimonial entre un padre y su hijo.

La autora

ANÁLISIS OBJETO DE ESTUDIO

En cuanto a la **ubicación del objeto de estudio**, debemos señalar que el problema se ha identificado en el Distrito Judicial de Lambayeque. Empero, considerando que la realidad problemática surge de un hecho existente en todo el territorio, consideramos plenamente aplicable las conclusiones a las cuales se arribe en la presente investigación de manera general a todo el país.

En cuanto a la **descripción del problema**, debemos indicar que surge de nuestra realidad en donde se evidencian casos de no reconocimiento de hijos extramatrimoniales, empleando la terminología del Código Civil de 1984, que a diferencia del Código Civil de 1936 atribuía el termino “ilegítimos”. En efecto, desde las mas altas esferas hasta el menor status de la sociedad, los casos de no reconocimiento de hijos extramatrimoniales no constituyen casos aislados; hecho social que quizás pasaría por lo cotidiano, pero que a la luz de la doctrina y legislación, principalmente en el Derecho Comparado, ha permitido advertir el indiferente enfoque y tratamiento que se le concede, pues casi siempre ha merecido un análisis y regulación desde la familia, más que desde una óptica del menor.

En cuanto a la **metodología aplicada**, debemos precisar que este trabajo de investigación es de carácter descriptivo – explicativo, toda vez que se debe describir las características de la responsabilidad civil, y su aplicación al ámbito del derecho de familia, principalmente en cuanto a la filiación extramatrimonial.

En cuanto a los **métodos de investigación**, en la presente investigación se han empleado principalmente dos: la observación e inductivo.

- Respecto del **método de observación**, éste fue aplicado al

momento de observar, desde la perspectiva que hace un magistrado y que puede ser aplicado por parte de cualquier aplicador u operador jurídico, en diferentes procesos judiciales vinculados a las consecuencias negativas o dañosas de la falta de reconocimiento oportuno de un menor.

- Respecto del **método inductivo**, éste fue aplicado al momento de analizar los procesos judiciales de filiación extramatrimonial y sobre los cuales resulta evidenciada la producción de un perjuicio injusto al menor, plenamente resarcible.

- En cuanto al M**étodo Estadístico,** si bien este es de vital importancia en temas de investigación socio familiar y jurídico; empero, en caso de la presente tesis no deviene en trascendente, por cuanto la casuística sobre indemnizaciones por responsabilidad extracontractual sobre omisiones intencionales de reconocimiento paternal, figura en blanco en los diversos Juzgados de Familia de Chiclayo, por ende, dicho método queda implícito en la presente tesis. Como referencia de trabajo de campo, anotamos que en cambio, si existe un 10% de procesos judiciales de filiaciones extramatrimoniales tramitados en los 4 Jugados de Familia del Distrito Judicial de Lambayeque, registrándose a Diciembre del 2010, un total de 40% de Procesos. Un porcentaje similar de procesos se registran en los 28 Juzgados de Paz Letrado de este distrito, con la aplicación de la Ley Especial de la filiación signada con el número.28457, que regula como aspecto fundamental la realización de la prueba de ADN.

- En cuanto al Método Comparativo, es del caso señalar que, Argentina, es el único país que ha tratado el tema, tanto doctrinaria como jurisprudencialmente. Empero, las hipótesis de la que partimos, resulta obviamente diferente al tratado en el país gaucho

MARCO TEÓRICO

CAPÍTULO I

LA RESPONSABILIDAD CIVIL

1. INTRODUCCIÓN

La determinación de la procedencia de la responsabilidad civil por cualquier conducta requiere necesariamente efectuar un desarrollo de los elementos conceptuales de aquella fuente de obligaciones, como evolución histórica, definición, fundamento, funciones y elementos; aspectos estos que serán desarrollados en el presente capítulo.

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

En el estado actual de la evolución de la historia del hombre, la responsabilidad civil y la penal se han separado en casi todos los sistemas jurídicos del mundo. Pero no siempre el ilícito penal fue distinto del civil y las consecuencias de los hechos dañosos fueron muy distintas según el tiempo a que nos estemos refiriendo.

En los primeros tiempos de la humanidad no puede hablarse de responsabilidad civil, quizás hasta sea impropio hablar de derecho en el sentido actual. Pero aún en esas épocas ya el ser humano, gregario por naturaleza, vivía en primitivos clanes, con los lógicos desencuentros que la convivencia implicaba. El imperio de la fuerza

debe haber sido el primer instrumento de incipiente orden y es más que probable que las primeras discusiones terminaran a los golpes y con la muerte de uno de los adversarios. Cuando una persona sufría un daño, ese daño no era considerado personal sino que afectaba a todo el grupo, y las represalias se tomaban contra toda la otra tribu a la que pertenecía el ofensor. Esta venganza era un derecho primitivo que luego fue usado, aunque nos parezca extraño, para limitar las relaciones entre los miembros de los clanes. La venganza dice MARTÍNEZ SARRIÓN[1], "(…) *no se nutre, cual corrientemente se suele decir, en el odio, sino en la necesidad de tomarse justicia por su mano, ante la carencia de un organismo superior e imparcial instancia a la que ocurrir*". La venganza como sistema tenía el gran defecto de la falta de proporcionalidad y de individualidad como hemos señalado. Por una muerte podía quemarse una aldea entera, o por una violación cometerse un genocidio.

Más adelante se produce un gran avance jurídico en el momento en que la venganza sufre una limitación cuando se devuelve mal por mal, pero equivalente o proporcional. Este es un principio de proporcionalidad de la sanción con la falta cometida, en donde la fijación de la indemnización tiene relación con el daño causado. Se conoce como ley del Talión y está presente en el Código de Hammurabi, las leyes de Manú y la ley de Moisés[2] y se resume en la

[1] MARTÍNEZ SARRIÓN, Ángel, "La evolución del derecho de daños". Artículo publicado en "Derecho de Daños". Luis Ribó Durán Coordinador. Editorial Bosch. Barcelona – España. 1992. Pág. 13.

[2] En el libro del Exodo 21:23 dice: "Pero si resultare daño, darás vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, cardenal por

archiconocida frase que todos hemos escuchado más de una vez: ojo por ojo, diente por diente. El Talión fue tan importante que se dice que: "(…) *ha significado para el mundo jurídico una sacudida no menos enérgica que la que supuso para la humanidad el paso del paleolítico al neolítico y el descubrimiento de la agricultura. Detener la cadena de daños, limitar la venganza a una pieza concreta del organismo social vulnerador, sustraída a la elección del vengador, por cuanto está determinada por su acción, conlleva a reconocer una madurez intelectual y una valoración transcendente del hombre*."[3]

Así por ejemplo en el Código de Hammurabi se exigía que si un hombre robaba un buey, oveja, o cerdo de un templo o palacio pagara treinta veces lo robado, o si el robo se lo hacían a un hombre libre entonces debía pagar diez veces; o si se vendían artículos perdidos o robados el comprador podía cobrar doce veces el valor al vendedor; o por ejemplo si un mercader es engañado por su agente quien le niega haber recibido la mercadería enviada, será indemnizado con seis veces el valor de los bienes.

En la Biblia en el libro del Exodo 21:37 tenemos un ejemplo de estos daños múltiplos o talión: "*Si un hombre roba un buey o una oveja, y los mata o vende, pagará cinco bueyes por el buey, y cuatro ovejas por la oveja*".

---

cardenal

[3] MARTINEZ SARRIÓN, Angel.- Ob. Cit. Pág. 23. Más adelante el mismo va más allá y califica al Talión como un "giro copernicano" que "no sólo incide en el derecho, sino que deja sentir su benéfico influjo en la dulcificación de los sentimientos sociales, posibilitando un planteamiento más en consonancia con la adecuación delito=sanción=reparación, y con ello la ruptura del automatismo que impedía la apreciación de los factores modificativos de la responsabilidad."

Igualmente también se individualiza al autor del daño quien es responsable de la pena.[4]

Tiempo más tarde los hombres advirtieron que el sistema del Talión no era el mejor sobre todo porque a la víctima de nada le servía devolver el mismo mal al ofensor. Si había quedado ciego porque le habían vaciado su ojo, al vaciar el ojo del ofensor seguía quedando tan ciego como antes. Se pensó entonces que en algunos casos debía permitirse la indemnización por bienes equivalentes. Esta compensación en un primer momento fue voluntaria, fijada por acuerdo de partes[5].

En el **primitivo derecho germano**, también sucedió lo mismo aunque en el medio se legislaron ciertas penas infamantes, como ser cortar el cabello o marcar señales de fuego en la frente; someter a burlas o arrojar al causante al río cargado con piedras o un perro a sus espaldas. Como estas penas debían ejercer una gran presión social se permitía redimirlas con dinero.[6] Luego la autoridad fijó los valores y **se pasó del sistema de composición voluntaria a la reglada,** no permitiéndose ya la opción. El **quantum de la indemnización ya no se dejaba al libre arbitrio de las partes, sino que era fijado por un órgano superior**.

---

[4] Así por ejemplo el libro del Deteronomio 24,16 dice: "No serán ejecutados los padres por las culpas de los hijos ni los hijos por las culpas de los padres; cada uno será ejecutado por su propio pecado."
[5] En la ley de las XII Tablas, ley 2 de la tabla VII, se legisla "si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto" es decir que ante la lesión de una parte del cuerpo y no hay arreglo, recién se aplica el Talión
[6] MARTÍNEZ SARRIÓN, Angel.- Ob. Cit. Pág. 41. Incluso durante un tiempo parte de esta composición iba a parar a manos del municipio

Así fueron separándose lentamente la responsabilidad civil de la penal y así también fue gradualmente aceptándose la noción de que el daño privado debía ser indemnizado mediante el pago de nada más que los daños causados.

2.1. DERECHO ROMANO

A nuestro juicio el **derecho romano es el mayor legado que este pueblo extraordinario hizo a la humanidad.** Pensamos esto **porque creemos que la identidad cultural de Occidente se estructura en tres pilares básicos: la filosofía griega, la religión judeocristiana y el derecho romano.** Pertenecemos a Occidente y no seríamos quienes somos sin el derecho romano.

En el primitivo derecho romano **en la Ley de las XII Tablas**[7] también **se encuentran ejemplos de limitación de la venganza por intermedio de los daños múltiplos: por ejemplo el incumplimiento de una parte de su promesa, obligaba a esta a pagar el doble (Tab. VI.2); una víctima de usura podía recibir de un individuo el cuádruplo de la cantidad del interés usurario en la medida del**

[7] La ley de las XII tablas para los hermanos MAZEAUD "(…) representa una época de transición entre la fase de la composición voluntaria y la de la composición legal obligatoria: la víctima de un delito privado está en libertad, unas veces para satisfacerse mediante el ejercicio de la venganza personal o por la obtención de una suma de dinero, cuyo importe fija libremente; y obligada, en otras a aceptar el pago de la suma fijada en la ley. Pero esa suma sigue siendo esencialmente el precio de la venganza, una composición una pena; es una pena privada. El derecho romano no llegará nunca a librarse completamente de esa idea, a hacer de la condena civil lo que es en la actualidad: una indemnización." MAZEAUD Henri y León; TUNC André.- "Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual". Traducción de Alcalá-Zamora y Castillo. Tomo I. Editorial EJEA. Buenos Aires - Argentina. 1977. Pág. 39

exceso permitido (Tab. VII.18); o en el caso del depositario infiel debía indemnizarse el doble del valor depositado (Tab. VIII.19).

La ley Aquilia[8] es la gran unificadora de todas las leyes que hablan del daño injusto, a tal punto que en cualquier manual de texto se utiliza la expresión responsabilidad aquiliana como sinónimo de responsabilidad civil extracontractual. Debe su nombre al tribuno Aquilio quién realizó el plebiscito, según cuenta Ulpiano. Era sin embargo una ley que sobre todo reglamentaba la revancha o venganza, consistente en reconocer a un derecho a causar al responsable los mismos daños económicos sufridos. Era como lo dice un profesor europeo un talión económico[9], lo cual también era un gran avance.

Esta ley constaba de tres capítulos de los cuales nos interesa destacar el primero y el tercero, ya que el segundo como lo dice el mismo Digesto cayó pronto en desuso. El primer capítulo dice que "(…) *quien matare injustamente a un esclavo o esclava ajenos o a un cuadrúpedo o a una res, sea condenado a dar al dueño el valor máximo que tuvo en aquel año*".

El tercer capítulo dice: "(…) *respecto de las demás cosas, fuera del esclavo y res que hayan sido muertos, si alguien hiciere daño a otro porque hubiese quemado, quebrado o roto injustamente sea condenado a dar al dueño el valor*

[8] Digesto de Justiniano, 9.2.1

[9] JANSEN, Nils.d- "Estructura de un derecho europeo de daños. Desarrollo histórico y dogmática moderna". Working Paper N° 128, Barcelona – España. Abril 2002. Artículo publicado en www.indret.com

que la cosa alcance en los treinta días próximos[10]".

Tanto en el primer capítulo como en el tercero la palabra que se destaca es "injusto o injusticia". El Digesto explica que por "injusticia" debe entenderse "(…) *no como cualquier clase de ofensa, como respecto a la acción de injurias sino lo que se hizo en desacuerdo con el derecho, esto es contra el derecho, es decir, si alguien hubiese matado con culpa y así concurren a veces ambas acciones, pero habrá dos estimaciones, una la del daño, otra la de la ofensa. De ahí que entendemos aquí por injuria el daño ocasionado con culpa incluso por aquel que no quiso dañar*".[11]

Las vías procesales de hacer valer los derechos de la ley Aquilia eran las acciones útiles y las acciones in factum. Esta última acción la concedía el pretor en ejercicio de su imperium aunque no se encontraran garantizadas en su edicto o no coincidían con las exactas palabras de la ley, pero que correspondían en vista a las particularidades del caso. Por medio de las acciones útiles se extendió la acción a personas ajenas al propietario[12]. Se observa, salvando las distancias, una similitud en la concesión de las acciones in factum, con la concesión de acciones in equity (de equidad) del common law, como veremos más adelante.

Según DÍEZ PICAZO, quien sigue a Dernburg el panorama de los tipos

[10] Digesto de Justiniano, 9.2.27
[11] Digesto de Justiniano, 9.2.5
[12] DÍEZ PICAZO, Luis.- "Derecho de Daños". Editorial Civitas. Madrid - España. 1999. Págs. 66-67

de daños intencionales que reconocía el derecho romano puede ser resumido del siguiente modo. 1. Damnum iniuria datum: comprende todos los daños ocasionados a las cosas, que debía suceder por un hecho contrario a derecho. Si bien en un principio se admitía únicamente para daños intencionales luego se amplió para hechos culposos. 2. Lesiones corporales y muerte de una persona: el Digesto en un texto de Ulpiano dice que se reconoce acción a la persona libre, y no sólo al esclavo como en un principio, porque nadie es dueño de sus miembros. 3. Daños causados por animales: los daños que causaban los animales no estaban reconocidos únicamente por la ley Aquilia. Ya la ley de las Doce Tablas, que se deroga casualmente por la ley Aquilia, regulaba los daños causados por los cuadrúpedos ordenando entregar el animal que causó el daño u ofreciendo la estimación del daño. 4. Dolo: como la ley Aquilia sólo concedía acción en los casos de daños al cuerpo (corpore) los demás perjuicios sólo obligaban al autor del daño en caso de dolo, aunque tampoco se fijó con carácter general el principio de que todo daño causado con dolo debe ser reparado. 5. Injuria: esta acción tenía por objeto una pena privada, para un gran número de casos como ser algunos ataques al honor o la personalidad, pena que se medía en relación con el perjuicio experimentado.

Además de estos reseñados actos intencionales, el derecho Justiniano reconocía la categoría de cuasidelitos entre los que pueden

mencionarse: si iudex litem suam fecerit[13]; positum et suspensum[14]; effusum et deiectum[15]; receptum, nautae, cauponae et stabulari.[16]

Sin embargo y pese a todo el bagaje legislativo y doctrinario heredado de Roma, no puede decirse con propiedad que los romanos hayan establecido un principio general de responsabilidad. Los casos que se iban sucediendo según los hermanos MAZEAUD[17] se trataban uno a uno, "(…) *decidiendo que quien hubiere sufrido tal o cual daño podría exigir ésta o aquella suma*". Podemos decir sin temor a equivocarnos que se trataba de un sistema de tipicidad de daños.

En lo que nos interesa destacar los romanos también delinearon los conceptos de acto ilícito[18] y reparación integral.[19]

---

[13] Si el Juez hace suyo el proceso. Cuando el Juez no ha fallado conforme a derecho sino que su sentencia es inicua por su culpa o dolo, debe el magistrado indemnizar el daño. El error judicial como vemos ya era conocido y sancionado por los romanos

[14] Si en un edificio o casa hay objetos suspendidos o colgados de manera que si caen a la calle causan daños

[15] Si de algún edificio o casa caen a la calle objetos que dañan a los transeúntes. La acción se concedía no sólo contra el dueño sino contra el que habitaba la casa. Ver art. 1119 del C.C. Se distingue de la anterior en que no es necesario que el objeto estuviera suspendido o colgando

[16] Este es un antecedente de la responsabilidad de los hoteleros y posaderos. Protegía a quienes se hospedaban por los robos de las cosas introducidas, aunque el robo hubiese sido cometido por terceras persoonas.

[17] MAZEAUD al respecto señalan "Lo que sorprende desde un comienzo es que no se encuentre, ni en materia delictual, ni en materia contractual, un texto legal de alcances generales, que establezca el principio de que quien causa un daño a su prójimo, en determinadas condiciones, debe repararlo. Resulta suficiente para comprenderlo, con recordar cómo y por qué intervino el legislador. Se trataba de ponerle fin a la venganza corporal, de reemplazarla por el pago de una suma de dinero." MAZEAUD Henri y León; TUNC André.- "Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual". Traducción de Alcalá-Zamora y Castillo. Tomo I. Editorial EJEA. Buenos Aires - Argentina. 1977. Pág. 39"

[18] RABINOVICH-BERKMAN señala que "(…) el acto "ilícito", pues, era aquel hecho voluntario que no estaba permitido, que "no debía hacerse", ya fuera porque una concreta orden normativa así lo disponía (una constitución, una ley, etc.) o bien por ser contrario a las mores de los antepasados, o simple y sencillamente, a los principios del ius. Téngase presente que no es ni remotamente nuestro concepto actual del acto ilícito, que se reduce a las conductas expresamente prohibidas por las leyes (en la Argentina, conforme al art. 19 de la Const. Nacional). La idea romana era muchísimo

Cuando tiene lugar la caída de Roma y se produce en Europa lo que se conoce como el oscurantismo los textos romanos se pierden durante siglos y recién son redescubiertos en el siglo XI, en que comienzan a ser estudiados.

Coincide este descubrimiento con la fundación de la primera universidad en Bolonia en 1088 desde donde se empieza a interpretar y comentar estos textos. Los primeros comentaristas, además de realizar las correspondientes anotaciones a los casos que discutían, comenzaron a sintetizar sus discusiones en frases cortas, que son conocidas como glosas. De ahí el nombre de estos primeros comentaristas como glosadores. Los más conocidos son Bartolo y Baldo. Uno de los puntos más interesantes de este período es el intento por reelaborar la ley Aquilia, despojándola de su carácter penal.

También se comienza a limitar la indemnización de los daños al perjuicio o mal efectivamente sufrido[20].

---

más amplia, menos definida y técnica e infinitamente más rica en manos del jurista o del buen juez (y peligrosa en las del mal magistrado o del gobernante abusivo, que en el Lacio primero y en la hermosa Constantinopla después, los hubo por legiones). RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D.- “Derecho Romano”. Editorial Astrea. Buenos Aires - Argentina. 2001. Pág. 484

[19] RABINOVICH-BERKMAN señala que "El que había obrado ilícitamente, pues, tenía la obligación de indemnizar al que sufriera las consecuencias de su acción. "Indemnizar" era volver al otro "indemne". Esto es literalmente, "no condenado", "absuelto". Pero por el giro que fue tomando la expresión "daño", fue queriendo significar "sin perjuicio". Esta acepción ya se registra en el pasaje de la República al Principado, pues con ella aparecen los sustantivos "indemne" e "indemnidad" en Cicerón y Séneca. El ideal de la indemnización era la "restitución integral", que abarcaba la totalidad de los perjuicios." RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D.- Ob. Cit. Pág. 500

[20] DIEZ PICAZO sostiene que en esta limitación tuvieron mucho que ver los teólogos de la patrística. DIEZ PICAZO Luis.- Ob. Cit. Pág. 75

En la Edad Media también se nota la influencia de la Iglesia Católica y del derecho canónico, y en lo tocante a la responsabilidad civil se intenta dotarla de un sentido moral similar al pecado y la culpa pasa a tener un papel cada vez más importante. Así con posterioridad a los glosadores hace su aparición la escuela del derecho natural, con Grocio y Puffendorf que producen una profunda transformación en el derecho romano, siendo sus postulados recibidos por los franceses Domat y Pothier quienes directamente elaboran el concepto de que no hay responsabilidad sin culpa como veremos a continuación.

2.2. SISTEMA FRANCÉS

El gran mérito de DOMAT y POTHIER junto con otros autores de antes de la Codificación, según MAZEAUD y TUNC, fue "(…) *haber separado casi por completo la responsabilidad civil de la responsabilidad penal; y por lo tanto, haber estado en condiciones de establecer un principio general de responsabilidad civil; con la ayuda de las teorías de los jurisconsultos romanos, más o menos exactamente interpretados, consiguieron así un resultado que estos últimos no habían podido alcanzar. La etapa decisiva estaba despejada en lo sucesivo: a partir de ese día, ha surgido la responsabilidad civil; posee una existencia propia, y va a comprobarse toda la fecundidad del principio tan penosamente deducido y a entreverse su campo de aplicación casi ilimitado*."[21]

A su vez el derecho francés otorga a la culpa el lugar de elemento de la

[21] MAZEAUD Henri y León; TUNC André.- Ob. Cit. Pág. 58

responsabilidad civil que no había tenido en el derecho romano, en el que la iniuria implicaba la culpa.[22] Este lugar preeminente que ocupa la culpa hasta nuestros días se justificó en ese momento en dos hechos. En primer lugar la culpa es la expresión jurídica del principio económico del laissez faire, y además "cumple el mismo papel ideológico que desempeñan en otros sectores del ordenamiento el dogma de la libertad contractual y de los omnímodos poderes del propietario". En segundo lugar "(…) *el acogimiento, que con especial delectación ha dispensado la sociedad a la culpa* (…) *se ha debido a que ha constituido una noción arrebatada por el derecho a la moral. Culpa significa en el ámbito social lo que traduce el pecado en el moral* (…) *La culpa es, por consiguiente, un acto configurado como una mancha, que justifica la sanción y crea una responsabilidad*."[23] Además del aspecto moral de la culpa como llave maestra del sistema, no sólo fue este el único motivo que condujo a su total aceptación sino también la influencia de la naciente industrialización y el maquinismo, pues la principal implicancia de la culpa en el aspecto económico es que no limita el nivel de actividad siempre que se observe el nivel de diligencia requerido para no tener que responder. La regla objetiva, en cambio, limita el nivel de actividad cuando la obligación de cuidado pesa sobre una de las partes o es unilateral, (por ejemplo, un conductor de automóvil frente a un peatón, el explotador de una central nuclear frente a los vecinos, el explotador

[22] BUSTAMANTE ALSINA, Jorge.- Ob. Cit. Pág. 45. Sin embargo el autor a renglón seguido nos dice que "...en el fondo la noción de culpa se confunde con la de ilicitud, o sea que lo ilícito es culpable y lo culpable es ilícito. Ello resulta así porque no cumplir el deber de comportarse con diligencia es a la vez culpa (falta de diligencia) e ilicitud (violación de un deber legal)"
[23] MARTÍNEZ SARRIÓN, Ángel.- Ob. Cit. Pág. 64

de una aeronave frente a los que están en la superficie de la tierra) porque en estos casos la alegación de haber puesto toda la diligencia requerida no excusa el pago de los daños ocasionados, porque se responde por la sola causación, lo que es lo mismo que decir que para no responder hay que probar la ruptura del nexo causal y no la falta de culpa como en la regla subjetiva.

La Revolución Francesa no sólo marca el fin la monarquía, no es un mero cambio de gobierno, sino también él triunfo del Iluminismo, que pregonaba triunfo de la razón por sobre todas las cosas y la ilusión del hombre de poder dominar y conocer todo. Esta corriente de pensamiento tuvo en la Enciclopedia su correlato científico y en la Codificación el jurídico, y no hace falta decirlo que entre los Códigos dictados por la Revolución Francesa, el Código Civil es el código estrella. Someramente lo describimos a continuación porque fue la principal fuente legislativa de inspiración de Dalmacio Vélez Sársfield.

El Código Civil francés tiene las siguientes características en cuanto a la responsabilidad extracontractual (arts. 1382 a 1386): a) Obligación general de responder por el daño causado a otro; b) La imputabilidad del daño al autor del hecho no tiene otro fundamento que la culpa: no hay responsabilidad sin culpa; c) la culpa tanto puede ser intencional como por simple negligencia o imprudencia; d) Siendo la culpa la violación del deber genérico de no dañar a otro, ella convierte en ilícito el acto ejecutado en tales condiciones; e) sin daño no hay responsabilidad civil, f) la obligación de responder es una sanción

resarcitoria y no represiva del daño causado. En cuanto a la responsabilidad contractual (arts. 1137, 1147 y 1148) los principios son: a) El deudor debe responder de los daños y perjuicios que ocasiona al acreedor el incumplimiento de la obligación, b) el incumplimiento de la obligación importa la presunción de culpa del deudor. c) La culpa se juzga en abstracto, d) No existe graduación de la culpa en relación al mayor o menor provecho que el contrato reporta al deudor.

A la enumeración que realiza Bustamante Alsina nos permitimos agregar que el Código no menciona la posibilidad de reparar el daño moral, ni en forma extracontractual ni contractual, sin embargo esto no ha sido obstáculo para su reconocimiento jurisprudencial. Asimismo debemos resaltar que ni en los artículos 1382[24] y 1383[25] se menciona a la ilicitud como requisito, no obstante lo cual, jurisprudencia y doctrina la exigen.

Si tuviéramos que definir al Código Civil Francés en pocas palabras diríamos que es un sistema de atipicidad del ilícito, o con cláusula abierta, centrado en la culpa, y con dualidad de regímenes contractual y extracontactual.

[24] Artículo 1382 del Código Civil de Francia.- "Todo hecho del hombre que causa a otro un daño, obliga a repararlo a aquel por culpa del cual ha sucedido"

[25] Artículo 1383 del Código Civil de Francia.- "Cada cual es responsable del daño que haya causado no sólo por su hecho, sino también por su negligencia o por su imprudencia".

3. DEFINICIÓN

La palabra "responsabilidad" tiene un contenido de ancho espectro: existe una responsabilidad de tipo ético, una responsabilidad a nivel social, una responsabilidad de orden religioso, una responsabilidad de naturaleza jurídica.

La responsabilidad jurídica, según ALESSANDRI RODRÍGUEZ, consiste en que "(…) *en derecho civil la expresión responsabilidad no se define por su fundamento que puede variar, sino por su resultado, es decir, por las consecuencias jurídicas que el hecho acarrea para el autor. En este sentido se dice que un individuo es responsable cuando está obligado a indemnizar el daño. En derecho civil hay responsabilidad cada vez que una persona debe reparar el perjuicio o daño sufrido por otra. Puede definírsela diciendo que es la obligación que pesa sobre una persona de indemnizar el daño sufrido por otra*". [26]

La responsabilidad jurídica puede ser política, administrativa, penal o civil, según si su objetivo sea la mantención o modificación de alguna política pública o de quienes la ejecutan, la sanción de conductas tipificadas como inconvenientes o la reparación de los perjuicios causados. La variante de responsabilidad jurídica objeto de estudio será la responsabilidad civil: el resarcimiento del daño causado, tanto en el caso en que el ofensor sea un ente público dotado de poder,

[26] ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo.- "De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil". Imprenta Universal. Santiago de Chile – Chile. 1981. Pág. 10.

como en el caso de perjuicios originados en acciones privadas.[27]

MAZEAUD señalan que "(…) *una persona es responsable civilmente cuando queda obligada a reparar un daño sufrido por otro*". Agregan que "(…) *la responsabilidad civil no supone ya un perjuicio social, sino un daño privado. Por eso ya no es cuestión de penar, sino solamente de reparar. La responsabilidad civil es una reparación*".[28]

PLANIOL y RIPERT sostienen que "(…) *existe responsabilidad en todos los casos en que una persona queda obligada a reparar un daño sufrido por otra*."[29]

ALESSANDRI RODRÍGUEZ al respecto señala que "(…) *la responsabilidad civil es la que proviene de un hecho o de una omisión que causa daño a otro. Puede ser contractual, delictual, cuasidelictual o legal. Para que exista responsabilidad es indispensable que se haya causado un daño en la persona o propiedad de otro*".[30]

MARTÍNEZ RAVE señala que la responsabilidad jurídica "(…) *transciende al campo externo del sujeto. Afecta su vida de relación, su vida referida al grupo en el cual actúa y por lo tanto tiene repercusiones jurídicas.*

---

[27] FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo.- "Derecho Civil de la persona - Del genoma al nacimiento". Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile – Chile. 2001. Págs. 21 - 22

[28] MAZEAUD, Henri – León – Jean.- "Lecciones de Derecho Civil". Parte Segunda. Volumen II. La responsabilidad civil. Los cuasicontratos. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires – Argentina. 1960. Pág. 7.

[29] PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges.- "Tratado práctico de Derecho Civil Francés". Tomo Sexto. Las Obligaciones (primera parte). . Editorial Cultural, S.A, La Habana – Cuba. 1936. Pág. 664.

[30] ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo.- "De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil". Imprenta Universal. Santiago de Chile – Chile. 1981. Pág. 10.

Esta responsabilidad es la que regulan las normas que garantizan el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas, o pautas de los componentes de la sociedad.".[31]

LIZARDO TABOADA por su parte, sostiene que "(...) *la responsabilidad civil está referida al aspecto fundamental de indemnización por daños ocasionados en la vida de relación a los particulares, bien se trate de daños producidos como consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria (principalmente contractual), o como resultado de una conducta, sin que exista entre los sujetos ningún vínculo de orden obligacional*".[32]

Por nuestra parte, **la responsabilidad civil es la fuente de obligaciones generada por la obligación de resarcir el daño injustamente causado como resultado de una conducta antijurídica**.

4. FUNDAMENTOS

4.1. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

La explicación tradicional del fundamento de la responsabilidad civil, la basan los autores "(…) *en el principio de justicia que impone la necesidad de*

[31] MARTÍNEZ RAVE, Gilberto.- "La responsabilidad civil extracontractual en Colombia". Cuarta Edición. Biblioteca jurídica Diké. Medellín – Colombia. 1988. Pág. 11.
[32] TABOADA CÓRDOVA, Lizardo.- "Elementos de la Responsabilidad Civil". Segunda Edición. Editora Jurídica Grijley. Lima – Perú. 2003. Pág. 34.

restablecer el estado anterior a la lesión causada injustamente"[33], o en que "(…) *la sanción jurídica de la conducta lesiva responde a una elemental exigencia ética*"[34], afirmaciones que son todas correctas no pudiéndose discutir su acierto dada su obviedad.

Sin embargo, si bien es justo y ético indemnizar cuando se causa un daño, esas fundamentaciones resultan complementadas con cuestiones filosóficas y económicas.

4.2. FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS

La justicia conmutativa y la distributiva dan sólido basamento a la obligación de indemnizar, sobre todo porque en el siglo XXI ya se encuentra totalmente afianzada la responsabilidad sin necesidad de demostración de culpa, también llamada objetiva.

WRIGTH[35] sostiene la existencia de dos grandes teorías monistas que inspiran al derecho de daños: a) teoría utilitaria; y, b) teoría aristotélico kantiana del derecho o la justicia

4.2.1. TEORÍA UTILITARIA

La teoría utilitaria, derivada principalmente de las enseñanzas de

[33] BUSTAMANTE ALSINA, Jorge.- "Teoría General de la responsabilidad civil". Octava Edición. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires - Argentina. 1993. Pág. 79
[34] ÁNGEL YÁGÚEZ, Ricardo.- "La responsabilidad civil". Segunda Edición. Pág. 21.
35 WRIGHT, Richard W, "Rigth, Justice and Tort Law". Artículo publicado en "Moral Foundations of the law of Torts". Oxford University Press, 1995.

BENTHAN y MILL, se basa en que la norma principal de maximizar el bienestar social agregado (aggregate social welfare) se aplica al derecho de daños imponiéndole como fin la eficiente compensación y disuasión (compensation and deterrence). Para los utilitaristas el bienestar individual puede y debe ser sacrificado cuando haciéndolo se produzca una suma total de más alto bienestar agregado.

El claro ejemplo de estas teorías lo encontramos en las limitaciones de responsabilidad para ciertas actividades sumamente riesgosas, por ejemplo, navegación aeronáutica, en las que se realiza un cálculo según el cual quienes sufran daños por estas actividades deben percibir una indemnización no integral. De no ser así esas actividades directamente pueden no desarrollarse y esto trae aún mayores inconvenientes que la indemnización no integral. En estos casos la merma de indemnización que sufren estas personas se justifica solamente por la suma de bienestar general que se produce por los beneficios del desarrollo de estas actividades. Funciona en estos casos la responsabilidad civil como un instrumento de redistribución de riqueza, como un seguro.

4.2.2. TEORÍA ARISTOTÉLICO KANTIANA DEL DERECHO O LA JUSTICIA

La otra gran teoría para Wrigth es la teoría aristotélico kantiana del derecho o la justicia, que se basa en la igual libertad de todos los hombres. Para esta teoría el derecho de daños tiene como fin no una

eficiente compensación, sino una “justa” compensación y disuasión (just compensation and deterrence).

Para KANT la doctrina del derecho (doctrine of Right) enfoca hacia el aspecto externo del ejercicio de la libertad y tiene como principio a la máxima “(…) *actúa externamente de manera que el uso de tu libertad coexista con la libertad de todos en concordancia con una ley universal*”. Esta doctrina es la que da sustento a que ciertas obligaciones morales son también obligaciones legales cuyo cumplimiento puede ser obtenido coactivamente.

La concepción de Aristóteles al igual que la de Kant es igualitaria y basada en la igualdad absoluta de la dignidad de todos los hombres por el sólo hecho de ser seres racionales libres. Aristóteles es el creador de las expresiones conmutativa o correctiva y distributiva para designar a los dos tipos de justicia. Esta distinción fue desarrollada con más refinamiento por los primeros pensadores de la Iglesia, conocidos como la patrística hasta llegar a Santo Tomás de Aquino.

La justicia distributiva para Aristóteles tiene que ver con la interacción de los individuos y el Estado, y se basa en la sola condición de la persona como integrante de la comunidad, abarcando potencialmente a todos los individuos. Los recursos o bienes existentes en la comunidad deben ser distribuidos de manera igualitaria en proporción al mérito o a las necesidades. Se relaciona la justicia distributiva con un

aspecto positivo a tener acceso a esos recursos.

En materia de daños esto tiene numerosas aplicaciones, por ejemplo quien causa un daño por incurrir en actividades riesgosas pero socialmente útiles, debe responder de los daños que causa aunque no se demuestre su culpa (responsabilidad objetiva). Es este tipo de justicia el fundamento también de la responsabilidad por el hecho de otro, conocida en el common law como respondeat superior o vicarious liability.

La justicia conmutativa o correctiva, en cambio tiene que ver con la interacción entre individuos y sin tener en cuenta su posición relativa en la sociedad, méritos, riqueza o poder. Si una persona afecta o amenaza los recursos de otra a través de una acción que es incompatible con el principio de la absoluta e igual libertad, la segunda tiene derecho a un reclamo contra la otra. Al revés de la justicia distributiva, la justicia conmutativa se relaciona con un aspecto negativo que da derecho al individuo a que nadie interfiera en sus derechos. Este tipo de justicia se corresponde claramente con la función compensatoria.

El punto donde ambas clases de justicia convergen al igual que en la teoría kantiana es que todas parten de la absoluta igualdad y libertad de los hombres. La igualdad, como la libertad es uno de los principios rectores del derecho privado.

4.3. FUNDAMENTOS ECONÓMICOS

Es una respuesta complementaria al porqué de la obligación de indemnizar lo hemos encontrado en el análisis económico del derecho[36], corriente de pensamiento nacida en Estados Unidos e Inglaterra, extendida ahora por todo el mundo y que sostiene que es posible analizar las reglas jurídicas en consonancia con las económicas, y demostrar en la mayoría de los casos su eficiencia económica y en los casos en que esto no sucede, proponer su reformulación.

El análisis económico del derecho parte de la base de que el individuo es un ser racional, pero que esa racionalidad la aplica al ámbito económico y guía sus pasos en la asignación de recursos[37]. En ese sentido la hipótesis de que se parte es conocida como individualismo metodológico, definido como la suposición de que todos los hombres persiguen sus propios intereses, la mayoría de las veces egoístamente y que proceden racionalmente para la consecución de su objetivo.

[36] Se señalan como antecedentes del análisis económico del derecho a las obras del penalista italiano Beccaria y del filósofo inglés Bentham, pero lo cierto es que los antecedentes más próximos datan de los años 60 cuando Ronald Coase publica su famoso teorema en The problem of social cost, Gary Becker su artículo Crime and punishment: an economic approach; Guido Calabresi, The cost of accidents, y más tarde Richard Posner, The economic analysis of law. Tanto Coase como Becker recibieron el reconocimiento de la academia sueca con el premio nobel

[37] Una definición muy simple de racionalidad la brinda Posner cuando dice que consiste en "elegir los mejores medios para conseguir los propios objetivos buscados". POSNER, Richard, "Rational choice, behavioral economics and the law". Artículo publicado en “Stanford Law Review”. Volumen 50. Pág. 1551.

Además el daño es visto como un costo que alguien debe asumir, y según cual sea esa regla, quien lo soportará será la víctima, el victimario, ambos si hay culpa concurrente, o un tercero como puede ser el seguro, el estado o el principal o garante. Cuando este costo que significa el daño no es soportado por el causante, los partidarios de esta escuela hablan de una externalización, es decir, que el daño es transferido a otro patrimonio, como sucede cuando una empresa contamina el medio ambiente en el que los costos de contaminación[38], al ser difusos y no reclamados por las víctimas no entran dentro del cálculo de costos. Cuando el daño es indemnizado, el costo se internaliza, es decir es asumido por quien causa el daño.

Como vemos en un caso el dañador toma algo que no le corresponde sin pagar lo que vale (externalización), y en el otro caso debe hacerlo (internalización). ¿Cuál es la diferencia? El análisis económico del derecho parte de la base que la situación óptima es la que se produce cuando las partes negocian privadamente entre sí y que cuando menos costos y trabas legales existan la negociación arrojará resultados óptimos[39]. La diferencia es que cuando se produce un daño las partes pudiendo, al menos muy teóricamente, haber negociado su costo de antemano no lo hicieron, debe entonces recurrirse a una ficción de lo

[38] La limpieza del aire o el agua, las enfermedades respiratorias, u otras enfermedades que se producen para dar algún ejemplo

[39] Esto es lo que descubrió RONALD COASE, premio Nobel 1991, autor del famoso teorema que lleva su nombre según el cual cuando los costos de transacción (de negociación, identificación del responsable, costos judiciales, dificultad de estimar el valor de cosas o daño moral por ejemplo) son igual a cero, cualquiera sea la regla de responsabilidad (responsabilidad objetiva, subjetiva) el resultado es siempre el mismo. Como se ve tienen obvias vinculaciones con la teoría liberal según la cual mientras más directa y con menos intervenciones sea la actividad y negocien las partes, tanto mejor.

que hubiera sido la transacción en el mercado[40]. Corresponde entonces al Juez al valuar el daño calcular por cuanto hubiera estado una persona dispuesta a desprenderse de tal bien, sea material o inmaterial. Es el mismo sistema que tenemos visto desde otro ángulo.

Así por ejemplo en los ilícitos culposos (y más aún en los intencionales) los costos de transacción son altos. El conductor de un automóvil no sabe muy bien a qué peatón puede atropellar, pero aún suponiendo que en un pueblo hubiera pocos peatones y que este conductor los conociera, se encontraría con otro fundamental escollo como es saber a qué valor están dispuestos los peatones a vender las lesiones de sus piernas, su brazos, o su vida misma; y aún si este increíble contrato se diera habría todavía que sortear el obstáculo de la ejecución judicial donde el contrato podría ser declarado nulo por violación del orden público. Es imposible que el conductor internalice voluntariamente estos costos mediante acuerdos privados, entonces estas externalidades deben ser internalizadas, perdón por la redundancia, por los victimarios indemnizando a sus víctimas por sus actos. COOTER, por ello, señala que "(…) *la esencia de la responsabilidad de los ilícitos culposos es que utiliza la responsabilidad para internalizar las*

[40] BUSTAMANTE al respecto señala "Cuando la economía analiza un sistema de responsabilidad civil lo hace teniendo en ese modelo de mercado para intentar "mimetizarlo" a través del derecho, que suple así una negociación que no fue posible por los prohibitivos "costos de transacción". El análisis económico intenta ofrecer un método para determinar cuáles deberían ser los criterios jurídicos para alcanzar el mismo resultado que hubiese sido convenido a través de una negociación previa, pues este acuerdo hubiera realmente reflejado los costos y beneficios de cada parte y lo que cada una hubiera pedido de la otra para llevar a cabo la actividad que, en definitiva, se realizó unilateralmente, imponiendo costos no aceptados a la víctima. BUSTAMANTE, Jorge Eduardo.- "Análisis económico de la responsabilidad civil". Artículo publicado en "Responsabilidad por Daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina". Director: Alberto Bueres. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires - Argentina. 1990. Pág. 172

externalidades creadas por los costos de transacción elevados" [41].

5. FUNCIONES

5.1. FUNCIÓN DEMARCATORIA

En primer lugar la responsabilidad civil tiene una clara función demarcatoria entre aquello que está permitido, es decir dentro del libre ámbito de actuación y aquello que está prohibido por la norma, que no necesariamente tiene que estar tipificada, sino que normalmente en los sistemas del civil law, es una norma fundamental de comportamiento o norma de civilidad como dice VINEY, en el caso de la responsabilidad por culpa, o una norma de distribución de riesgos como sucede con la responsabilidad objetiva.

Este principio de libertad, básico de derecho privado, en Perú está expresamente consagrado en el artículo 24 acápite "a" de la Constitución, cuando dice que "*A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe*.".

Queda claro que es un requerimiento de justicia que las personas conozcan de antemano las probables consecuencias de sus acciones,

[41] COOTER, Robert y ULEN Thomas.- "Law & economics". Tercera Edición. Addison Wesley Longman, New York – EEUU. 2000. Pág. 290

mucho más si deberán desembolsar dinero para pagar daños[42]. En derecho penal esto está garantizado de manera clara con los tipos legales. En materia civil el principio, que si bien no exige tipificación, sí exige reglas claras que eviten la paralización de actividades o el desconocimiento de los costos de los riesgos, si se trata de actividades empresarias; o la evitación de sorpresas desagradables si se trata del hombre común. Quien es encontrado responsable de un daño inmediatamente adquiere la certeza de que lo que hizo está mal, aún si esa responsabilidad es objetiva. Su condena debe servirle de ejemplo a él y a los demás.

Se trata en definitiva de conocer el costo de la libertad de actuar y de saber que si no hay una buena razón es el individuo mismo quien tiene que cargar con esos costos. Esto ya fue expresado hace más de cien años por uno de los juristas más importantes del common law, OLIVER WENDELL HOLMES JR.: "(…) *es de buena política dejar que las pérdidas queden allí donde se producen, excepto cuando una razón especial que pueda*

[42] SALVADOR CODERCH al respecto señala que "(…) hay que empezar por afirmar la necesaria función de demarcación del derecho de daños dejar de un lado los daños no resarcibles -la mayoría- y del otro, aquéllos cuya producción da lugar a una pretensión recarcitoria es la más básica de las funciones de todo derecho de daños: uno ha de saber si el dolor causado por una ruptura de una relación amorosa o simplemente de amistad da lugar o no a una pretensión indemnizatoria (STS) 16.12.1996, Ar 9020); si las revistas electrónicas como Indret arruinarán impunes a las publicadas en soporte papel; si lo propio puede sostenerse en el caso de una inevitable infección hospitalaria contraída por quien fue contagiado de un virus trece o catorce años antes de que la ciencia médica identificara su existencia (STS 9.3.1999, Ar. 1368),o, más sencillamente si surge o no una pretensión resarcitoria por las infecciones que, hoy por hoy, están irremediablemente asociadas con el ingreso en una unidad de cuidados intensivos de cualquier hospital español". SALVADOR CODERCH, Pablo.- "Lecturas recomendadas, Luis Díez Picazo y Ponce de León". Artículo publicado en www.Indret.com

ser demostrada justifica interferir"[43].

Por último siempre que una persona ejerce un derecho tiene además una expectativa de comportamiento ajeno respetando ese ejercicio. La función demarcatoria del derecho debería permitir a toda la sociedad saber como debe comportarse para no interferir en la esfera de libertad del prójimo. SUZANNE CARVAL, por su parte, señala que la función demarcatoria, que ella denomina normativa, sería la función originaria de la responsabilidad civil porque precisamente es la que permite la elaboración de reglas de conducta sin las cuales la vida en sociedad sería imposible.

5.2. FUNCIÓN RESARCITORIA

La función primaria de todo sistema de responsabilidad civil es proporcionar a quien sufre un daño injusto los medios jurídicos necesarios para obtener una reparación o una compensación. En efecto, la responsabilidad civil cumple el importante papel de comprender una serie de dispositivos destinados a resarcir el daño causado, para lo cual se requiere un hecho antijurídico imputable a un autor.

La función resarcitoria[44], también llamada compensatoria[45] o

[43] "Sound policy lets losses lie where they fall, except where a special reason can be shown for interference", POSNER, Richard.- "The essential Holmes". The University of Chicago". Press, Chicago, Chicago, 1992. Pág. 128.

[44] Resarcir de acuerdo al mismo diccionario tiene por única acepción: indemnizar, reparar, compensar un daño, perjuicio o agravio.

indemnizatoria[46], es para algunos autores la única función o la más importante de la responsabilidad civil[47]. Para otros, como MARKESINIS[48] la función no es monopolizante de esta rama del derecho, porque también compensan la seguridad social o el seguro[49]. Con esta función el derecho de la responsabilidad civil interviene después (ex post) de que el ilícito ha ocurrido para restablecer las cosas al estado anterior (ex ante).

Corolario de esta función es el principio que se denomina de reparación integral, conocido en inglés como full compensation, que siempre se asocia con la función resarcitoria de la responsabilidad civil. Ambos, es justo decirlo son expresiones de lo que se conoce como con la justicia correctiva o conmutativa. La responsabilidad objetiva en cambio, está asociada siempre con la justicia distributiva.

---

[45] Compensar de acuerdo al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española en su primera acepción es "igualar en opuesto sentido el efecto de una cosa con el de otra". Su segunda acepción es Dar alguna cosa o hacer un beneficio en resarcimiento del daño, perjuicio o disgusto que se ha causado"

[46] Indemnizar también de acuerdo al mismo diccionario tiene una sola acepción: resarcir un daño o perjuicio. Como podemos apreciar, compensar, resarcir e indemnizar son sinónimos.

[47] PANTALEÓN PRIETO, Fernando.- "Comentario al art. 1902". Artículo publicado en “Comentario del Código Civil”. Edición del Ministerio de Justicia. Pág. 1971

[48] MARKESINIS y DEAKIN al respecto señalan: "Tort textbooks must openly admit that compensation has an important role to play in the law of torts. But it is not a monopolistic one". (Los manuales de derecho de daños deben abiertamente admitir que la compensación debe tiene un papel importante que jugar en el derecho de la responsabilidad civil. Pero no es un rol monopólico." MARKESINIS, Basil y DEAKIN, Simon.- “Tort Law”. Cuarta Edición. Pág. 41.

[49] Otros autores también critican la preeminencia de la compensación: "According to the justice theory the basic goal of tort law is not and never has been efficient deterrence, efficient compensation (spreading all losses), retribution of public wrongs, or the identification or morally faulty injurers, but rather the prevention and rectification of injuries to individual's persons and property that are the result of nonrightful conduct by others, which is conduct that is objectively inconsistent with the equal freedom of all. As such, tort liability is based on individual moral responsibility, rather tant moral fault or blame for having injured another". WRIGHT, Richard W.- "Principled adjudication: tort law and beyond". Artículo publicado en http://papers.ssrn.com/sol3/delivery.cfm/9909291

El código civil peruano en su actual artículo 1969 de inspiración en el artículo 1382 del Código Civil Francés habla de una obligación de "reparar" el daño[50]. Creemos que es la palabra justa para describir el objetivo de la responsabilidad civil, ya que reparar en su tercera acepción según el diccionario de la Real Academia es "desagraviar, satisfacer al ofendido" y según la sexta acepción es "remediar o precaver un daño o perjuicio".

Está en duda asimismo que esta sea la función más importante del derecho de daños, al igual que está cuestionado que el derecho de daños sea el único instrumento o el mejor para compensar[51]. Hay otros que también lo hacen, aunque no en forma integral, pero sí más rápida y económica, como la seguridad social o el seguro personal o contra terceros (first party insurance o third party insurance).

---

[50] El proyecto de Unificación del Código Civil Argentino, en sus Fundamentos, se hace eco de la postura de tomar como principal función de la responsabilidad a la compensatoria, tomando una frase de Lambert-Faivre: "el concepto de responsabilidad civil evolucionó de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización". Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio". Abeledo Perrot, Buenos Aires – Argentina. 1999. Pág. 98.

[51] CANE dice que de los tres millones de personas que sufrieron daños cada año, solo 215.000 (aproximadamente el 6 ½% recibieron una compensación en la forma de tort damages. Sin embargo el valor total de lo pagado a ese 6 1/2% fue casi la mitad del total del valor de los pagos de la seguridad social hechos a un millón y medio de beneficiarios de esos pagos". CANE, Peter.- "Atiyah's Accidents, compensation and the law". Sexta Edición. Butterworths, Londres, 1999. Pág. 16. Otra opinión coincidente dice: "El derecho de daños es de gestión muy costosa. Típicamente por cada euro que cuesta mover la máquina de la justicia sólo medio llega a la víctima". SALVADOR CODERCH, Pablo.- Ob. Cit. Otro autor señala que por cada dólar que recibe la víctima se gasta en el sistema otro dólar o más en costos de administración del sistema de responsabilidad civil. KAPLOW, Louis; Shavell, Stephen "Economic Analysis of law" en, NBER working papers n° 6960, febrero de 1999. Artículo publicado en www.nber.com. Finalmente podemos citar a ATIYAH, quien dice que el sistema de indemnización de daños por vía judicial, refiriéndose a Inglaterra es costoso e ineficiente. Menciona los datos aportados por la Pearson Commission que estableció que para pagar £ 200.000.000 el costo administrativo fue de £ 175.000.000. ATIYAH, Patrick The damages Lottery, Oxford, Hart Publishing 1997. Pág. 153

5.3. FUNCIÓN PUNITIVA

La responsabilidad civil pretende, desde sus orígenes, sancionar al culpable de un acto moralmente censurable'. Esta finalidad que tuvo un protagonismo menor en los últimos años, retoma un lugar en varios ámbitos en los que la noción de "pena civil" sirve para censurar conductas represensibles, como en los daños ambientales, los causados por productos elaborados, y en general, en los daños masivos.

5.4. FUNCIÓN DISTRIBUTIVA

La función distributiva tiene lugar cuando la sociedad toma la decisión, mediante el establecimiento de una regla de responsabilidad objetiva, de permitir ciertas actividades lícitas, pero riesgosas o peligrosas y lesivas sin que deba demostrarse en todos los casos la existencia de culpa, para tener el derecho a una indemnización, o por ejemplo cuando establece la responsabilidad del principal por el hecho de su dependiente[52]. Por ello siempre que existe responsabilidad objetiva se

[52] La responsabilidad del empleador por el hecho de su empleado es un ejemplo del tránsito de la función compensatoria a la distributiva. Si bien en los códigos, tanto en el francés, como en el argentino, influídos por el viejo principio de derecho canónico qui facit per alium facit per se, se estableció la responsabilidad del principal por el hecho de su dependiente, el fundamento de esta responsabilidad en un primer momento se entendió por los autores, como basado en la culpa, ya fuera in vigilando, por falta de control, o in eligendo, por haberse equivocado al elegir a un empleador que causa daños. Existía en ambos casos una presunción de culpa de parte del empleador, lo que era totalmente consecuente con el espíritu individualista de la época.

La teoría de la culpa presunta del empleador (in eligendo o in vigilando) ha sido abandonada en el civil law (Viney, Geneviève, Jourdain Patrice Traitè de Droit Civile. Les conditions de la responsabilité, 2ª ed. Cit. Pág. 862) e incluso en el common law que también la seguía en cierta manera (Markesinis, Basil y Deakin, Simon, Tort Law,

desarrolla paralelamente un mercado de seguros, las más de las veces obligatorio, que permite distribuir los infortunios entre muchísimas personas.

Se sostiene con acierto que ambas funciones, la compensatoria y la distributiva tienen su fundamentación en superiores principios de justicia, correctiva o conmutativa y distributiva respectivamente.

5.5. FUNCIÓN PREVENTIVA

La función preventiva de la responsabilidad civil es también denominada “tutela inhibitoria”, consiste en una serie de acciones (medidas cautelares inhibitorias, injuctions, daños punitivos, etc.) destinadas a actuar antes que el daño se produzca.

La función preventiva modifica el elemento central y tradicional de la responsabilidad, que está basada en el daño, para actuar con anterioridad, ante la mera amenaza, lo cual Importa reconstruir uno de los principios básicos del sistema: no hay

---

4ª ed, cit. Pág. 532). Las teorías que se han buscado para llenar el vacío son múltiples, pero ninguna ha logrado imponerse del todo, Carbonnier (Carbonnier, Jean, Droit civil, Tome 4, Les obligations, 22ª ed., Puf, París, 2.000. Pág. 446). Viney después de mencionar al riesgo, la equidad, la garantía, o el interés social, no toma partido por ninguna de ellas, sino que dice que este tipo de responsabilidad es la resultante de "muy muchas razones entre las cuales, ... la idea de una garantía de solvencia a las víctimas de daños causados por las personas presumiblemente insolventes, ha jugado un rol muy importante... pero convendría sustituir esas explicaciones para construir un régimen adaptado a las necesidades de la sociedad contemporánea que contemple a la responsabilidad del principal desde una óptica nueva que considere sobre todo como un medio de imputar a la empresa la carga de los riesgos que ella ha creado" (Op. Cit. Pág. 859).

responsabilidad sin daño. En este sentido o se considera que la tutela es una rama diferente, o bien se la considera incluida dentro de la responsabilidad, que no será solamente por daños, sino genérica: responsabilidad civil. En realidad si nos atenemos a la letra del principio alterum non laedere, lo que este ordena primero es precisamente no dañar al otro, lo que puede perfectamente entenderse como actuar antes de que se dañe. El principio no está formulado "siempre hay que indemnizar" o "procura indemnizar", poniendo el énfasis en la compensación ex post, en vez de la prevención ex ante. El dicho popular "más vale prevenir que curar" tiene aquí plena aplicación.

La tutela inhibitoria, tanto definitiva como cautelar, ha sido reconstruida a partir de sus orígenes romanos, vinculados a la defensa de la propiedad. Actualmente proponemos proveer de instrumentos inhibitorios para la defensa de los derechos fundamentales, dentro de los que se encuentra la protección del consumidor, del ambiente, de la persona.

La tutela inhibitoria tiene finalidad preventiva ya que el elemento activante es la posibilidad de un ilícito futuro; es la amenaza de violación. El aspecto señalado determina la configuración de determinados rasgos característicos de la presente función:

- La prescindencia de la verificación del daño en la esfera jurídica del titular, siendo suficiente la mera amenaza.
- El acto ilícito es normalmente una actividad continuativa o bien por

una pluralidad de actos susceptibles de repetición, o bien por la inminencia de un acto ilícito.

- La acción ilícita debe ser susceptible de ser detenida en sus efectos futuros, ya sea evitando que se produzcan nuevos daños o disminuyendo el ya producido.
- La culpa no tiene ninguna relevancia en la disciplina inhibitoria, puesto que no es posible evaluar el elemento subjetivo de una conducta antijurídica futura.
- El perjuicio que se concretiza por lo general no es monetizable.
- La amenaza de perjuicio por lo general está referida a bienes no fungibles porque en ellos se revela claramente la necesidad de prevención.

La observación de que la responsabilidad civil no debe tener por función prevenir los daños porque para ello están otras ramas del derecho que lo pueden hacer mejor, como el derecho penal o el derecho administrativo, implica concebir a la ciencia del derecho no como el todo unitario que es, sino como ramas o compartimentos incomunicados entre sí. Creemos en la universalidad del conocimiento al igual que en la unidad del fenómeno jurídico. Que otras ramas del derecho, o incluso que otras ciencias, tengan por función la prevención de daños no quiere decir que el derecho de daños no sirva como instrumento preventivo o reductor de los daños o lo que es peor, que no deba aspirar a serlo. Si empíricamente se puede constatar que a la par de la compensación la condena de daños tiene un efecto de

prevención, ¿porqué no hacer uso de esta herramienta?.

6. CLASES

Tradicionalmente, se ha clasificado la responsabilidad civil en contractual y extracontractual. La responsabilidad es contractual si el deber de conducta violado o incumplido ha sido establecido previamente en un contrato que generó alguna obligación de dar, hacer o no hacer, y la parte obligada incumplió o violó esa obligación o deber de conducta. La responsabilidad extracontractual se configura si el deber de conducta violado o incumplido ha sido establecido de alguna otra forma que por medio del acuerdo de voluntades que fundamenta los contratos.

LIZARDO TABOADA al respecto señala que "(...) *cuando el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, se habla en términos doctrinarios de responsabilidad civil contractual, y dentro de la terminología del Código Civil peruano de responsabilidad derivada de la inejecución de obligaciones. Por el contrario, cuando el daño se produce sin que exista ninguna relación jurídica previa entre las partes, o incluso existiendo ella, el daño es consecuencia, no del incumplimiento de una obligación voluntaria, sino simplemente del deber jurídico genérico de no causar daño a otro, entonces nos encontramos en el ámbito de la denominada responsabilidad civil extracontractual*.".[53]

[53] TABOADA CÓRDOVA, Lizardo.- "Elementos de la Responsabilidad Civil". Segunda Edición. Editora Jurídica Grijley. Lima – Perú. 2003. Pág. 34.

Analicemos a continuación, las dos variantes de la responsabilidad civil, partiendo su reconocimiento tradicional doctrinario y legislativo.

6.1. RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL

La responsabilidad contractual, según ALESSANDRI RODRÍGUEZ, consiste en que "(…) *supone una obligación anterior, se produce entre personas ligadas por un vínculo jurídico preexistente y cuya violación sirve de sanción. Es la que proviene de la violación de un contrato: consiste en la obligación de indemnizar al acreedor el perjuicio que le causa el incumplimiento del contrato o su cumplimiento tardío o imperfecto. Si todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, justo es que quien lo viole sufra las consecuencias de su acción y repare el daño que así cause*". [54]

MAZEAUD definen la responsabilidad contractual como "(…) *es aquella que resulta del incumplimiento de una obligación nacida de un contrato. Cuando el contratante no cumple la obligación puesta a su cargo por el contrato, puede causar un perjuicio al otro contratante, acreedor de la obligación. En ciertas condiciones, está obligado a reparar ese perjuicio*".[55]

---

[54] ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo.- "De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil". Imprenta Universal. Santiago de Chile – Chile. 1981. Pág. 10.

[55] MAZEAUD al respecto señalan "Lo que sorprende desde un comienzo es que no se encuentre, ni en materia delictual, ni en materia contractual, un texto legal de alcances generales, que establezca el principio de que quien causa un daño a su prójimo, en determinadas condiciones, debe repararlo. Resulta suficiente para comprenderlo, con recordar cómo y por qué intervino el legislador. Se trataba de ponerle fin a la venganza corporal, de reemplazarla por el pago de una suma de dinero." MAZEAUD Henri y León; TUNC André.- "Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual". Traducción de Alcalá-Zamora y Castillo. Tomo I. Editorial EJEA. Buenos Aires -

MARTÍNEZ RAVE señala que la responsabilidad contractual "(…) *es aquella que "nace para una persona que ocasiona un daño por el incumplimiento, demora o desconocimiento de determinadas obligaciones, adquiridas a través de un contrato o convención*".[56]

ORDOQUÍ y OLIVIERA al respecto señalan que "(…) *la responsabilidad contractual no es la emanada de un contrato, sino la derivada de obligaciones determinadas, emergentes del acto lícito o de la ley, con exclusión de las que tienen causa en actos ilícitos como los delitos y cuasidelitos*".[57]

MARTY sostiene que la responsabilidad contractual es aquella que "(…) *siempre que el deudor contractual no cumpla por su culpa las obligaciones que el contrato le impone y que ese incumplimiento culpable causa daño al acreedor. Esta responsabilidad es reglamentada por el contrato pues la voluntad de las partes es soberana*".[58]

ROCA al respecto señala que "(…) *cuando se produce el incumplimiento de una obligación derivada de un contrato, surge la necesidad de exigir el cumplimiento de un interés individual, el del acreedor, que puede pedir al*

Argentina. 1977. Pág. 39"

[56] MARTÍNEZ RAVE, Gilberto.- "La responsabilidad civil extracontractual en Colombia". Cuarta Edición. Biblioteca jurídica Diké. Medellín – Colombia. 1988. Pág. 11.

[57] ORDOQUÍ, Gustavo y OLIVERA RICARDO.- "Derecho Extracontractual". Volumen II, Compendio de Responsabilidad Extracontractual. Ediciones Jurídicas Amalio M Fernández. Montevideo – Uruguay. 1974. Pág. 47.

[58] MARTY, G.- "Derecho Civil, Teoría General de las Obligaciones". Volumen I. México. Editorial José M. Cajica Jr. Puebla, Puebla – México. 1952. Pág. 270

deudor incumplido el resarcimiento de los perjuicios que el incumplimiento le ocasionó. Existe, por tanto, un deber previamente pactado, una relación jurídica previa y el sistema de responsabilidad derivado del contrato tiene como finalidad asegurar al perjudicado la obtención del beneficio que se buscó con la obligación pactada".[59]

6.2. RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

La responsabilidad extracontractual, según ALESSANDRI, es "(…) *aquella que proviene de un hecho ilícito intencional o no que ha inferido injuria o daño a la persona o propiedad de otro* (…) . *No hay relación entre el autor del daño y la víctima y si la hay el daño se produjo al margen de ella* (…). *Supone la ausencia de obligación, se produce entre personas jurídicamente extrañas por lo menos en cuanto al hecho de que deriva y es ella la que crea la obligación de reparar el daño*".[60]

MAZEAUD definen la responsabilidad extracontractual o delictual como aquella en que "(…) *no existía ningún vínculo de derecho entre el autor del daño y su víctima antes de que hayan entrado en juego los principios de la responsabilidad*".[61]

---

[59] ROCA, Encarna.- "Derecho de Daños, Textos y materiales". Segunda Edición. Tirant lo Blanch. Valencia – España. 1998. Pág. 33

[60] ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo.- "De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil". Imprenta Universal. Santiago de Chile – Chile. 1981. Pág. 10.

[61] MAZEAUD al respecto señalan "Lo que sorprende desde un comienzo es que no se encuentre, ni en materia delictual, ni en materia contractual, un texto legal de alcances generales, que establezca el principio de que quien causa un daño a su prójimo, en determinadas condiciones, debe repararlo. Resulta suficiente para comprenderlo, con recordar cómo y por qué intervino el legislador. Se trataba de ponerle fin a la

JOSSERAND sostiene que se está en presencia de responsabilidad delictual cuando "(…) *un individuo causa a un tercero directa o indirectamente por su hecho activo o por su negligencia, un daño que no se reduce a la inejecución de una obligación contractual preexistente* (…). *Si el autor del daño debe repararlo su responsabilidad delictual está comprometida*"[62].

MARTY señala que la responsabilidad delictual es "(…) *la proveniente del delito se aplica a propósito de los daños que sobrevienen entre personas que no están ligadas por ningún contrato, entre terceros*".[63]

MARTÍNEZ RAVE define la responsabilidad extracontractual como "(…) *la obligación de asumir las consecuencias patrimoniales de un hecho dañoso*". 6465

---

venganza corporal, de reemplazarla por el pago de una suma de dinero." MAZEAUD Henri y León; TUNC André.- "Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual". Traducción de Alcalá-Zamora y Castillo. Tomo I. Editorial EJEA. Buenos Aires - Argentina. 1977. Pág. 39"

[62] JOSSERAND, Louis.- "Derecho Civil". Tomo II. Volumen I. Teoría General de las Obligaciones. Ediciones Jurídicas Europa-América Bosch y Cía. Editores. Buenos Aires – Argentina. 1951. Pág. 291

[63] MARTY, G.- "Derecho Civil, Teoría General de las Obligaciones". Volumen I. México. Editorial José M. Cajica Jr. Puebla, Puebla – México. 1952. Pág. 270

[64] En esta definición el autor no hace referencia alguna al hecho de que las partes de la relación dañosa, es decir, la víctima y el autor del daño tengan o no relación o vínculo jurídico anterior, pero en la misma obra en páginas anteriores al referirse a la responsabilidad en general, consagra lo que tradicionalmente se ha entendido por responsabilidad extracontractual como "la que nace para la persona que ha cometido un daño en el patrimonio de otra y con la cual no la liga ningún nexo contractual legal. Es decir, que nace para quien simple y llanamente ocasiona un daño a otra persona con la cual no tiene ninguna relación jurídica anterior"

[65] MARTÍNEZ RAVE, Gilberto.- "La responsabilidad civil extracontractual en Colombia". Cuarta Edición. Biblioteca jurídica Diké. Medellín – Colombia. 1988. Pág. 11.

6.3. POSICIÓN PERSONAL

La gran diferencia entre la responsabilidad contractual y extracontractual radica en el origen de una y otra, origen que influye notoriamente en la prueba del hecho que produjo el daño. Las demás diferencias y efectos de ambos tipos de responsabilidad resultan de menor cuantía en comparación con esta diferencia fundamental. En efecto, en la responsabilidad contractual existe una obligación preexistente, que las partes conocen perfectamente por haber emanado de su propia voluntad. Al incumplirse la obligación contractual se genera este tipo de responsabilidad. Si la parte diligente logra probar la existencia del contrato, quedará acreditada automáticamente la obligación generada por el mismo. Y como, según las reglas de la prueba, incumbe probar el cumplimiento de las obligaciones a quien debió cumplirlas (6), quedará acreditado de partida el incumplimiento, con la sola exhibición del contrato, cargando el presunto infractor con todo el peso de la prueba de su cumplimiento o del caso fortuito que le impidió cumplir.

No sucede lo mismo con la responsabilidad extracontractual, en que el infractor violó la regla general y abstracta de no causar daño a terceros, y en que es la víctima la llamada a probar que el hechor actúo con negligencia o con dolo, y que en virtud de alguna de estas conductas se le causó el daño respecto del cual reclama. Muchas veces no resulta fácil probar la culpa o negligencia con que una

persona realizó alguna acción. Más difícil aún es acreditar el dolo.

La doctrina clásica mayoritaria acepta la distinción básica entre responsabilidad civil contractual y extracontractual, fundamentada en el origen de una y otra[66]. Sin embargo, como ambas responsabilidades comparten el objetivo común de resarcir a la víctima del daño, además de contar con elementos o requisitos comunes, idénticos o similares, no han faltado serios y profundos esfuerzos para unificarlas[67].

Pese a no ser objetivo de la tesis preguntarse por el éxito o las dificultades de estas iniciativas, consideramos que la responsabilidad contractual, según los tratadistas clásicos, exige los siguientes elementos esenciales para que ella dé origen a la indemnización buscada por la víctima: a) Un contrato que genere una obligación que resulte incumplida por la parte llamada a darle cumplimiento; b) Que ese incumplimiento sea imputable a la parte incumplidora; c) Que el incumplimiento haya causado perjuicios a la contraparte, y d) Que exista un nexo causal entre el incumplimiento y el perjuicio. Algunos agregan el requisito de que la parte incumplidora se encuentre constituida en mora, pero en verdad esta última exigencia es irrelevante al momento en que el acreedor diligente reclame judicialmente la indemnización de los perjuicios que se le han causado,

[66] BAUDRY-LACANTINERIE, Précis de Droit Civil; COLIN Y CAPITANT, Cours Elémentaire de Droit Civil Français; LALOU, La Responsabilité Civile; JOSSERAND, Cours de Droit Positif Français; HUC, Commentaire Théorique et Pratique du Code Civil; AUBRY ET RAU, Cours de Droit Civil Français, y GAUDEMET, Théorie Générale des Obligations.

[67] PLANIOL, Traité Élémentaire de Droit Civil y a DÉMOGUE, Traité des Obligations en Général.

puesto que -trabada la litis- el deudor demandado estará necesariamente en mora: la mora existe desde el momento en que se haya notificado la demanda.

La responsabilidad extracontractual, por su parte, exige requisitos muy parecidos a los recién referidos para la responsabilidad contractual, si se sigue la línea subjetivista de los autores clásicos. En efecto, los elementos señalados en las letras b), c) y d) de la enumeración anterior se repiten en este tipo de responsabilidad, como se verá a continuación: b) El hecho ilícito que causó el daño extracontractual debe ser imputable a quien lo produjo; c) El hecho referido debe haber causado un daño a quien reclama del mismo, y d) Debe existir un nexo entre la conducta indebida, culpable o dolosa, y el perjuicio causado.

Como se ve, imputabilidad, perjuicio y nexo son elementos de ambas responsabilidades, si bien pueden diferir entre una y otra en aspectos más puntuales. Como ya se dijo, la diferencia esencial entre ambos tipos de responsabilidad está en su origen: el contrato previo, que generó la obligación incumplida, en el caso de la responsabilidad contractual, y el hecho ilícito que causó el perjuicio, en el caso de la responsabilidad extracontractual. Y es precisamente por las semejanzas que existen entre ellas, que algunos autores han pensado en unificar ambas responsabilidades en una sola institución jurídica, sujeta a reglas generales comunes.

Lo señalado hasta aquí corresponde al pensamiento de la escuela

subjetivista o clásica de la responsabilidad, que dominó en los Códigos Civiles decimonónicos, encabezados por el Código Civil francés. Conforme a esta escuela, es la actuación culpable o dolosa del hechor la que justifica su obligación de resarcir perjuicios. Quien incumple una obligación o causa un daño por caso fortuito no queda obligado a indemnizar perjuicios. "A lo imposible, nadie está obligado". Se ha dicho que esta posición clásica corresponde a una economía predominantemente agrícola, como era la de Francia en la época en que se dictó el Código de Napoleón.

Más tarde, sin embargo, con el desarrollo explosivo de la industria, se ha postulado la superación del requisito de la imputabilidad en ambas responsabilidades, para encontrar una concepción más objetiva que -excluyendo el elemento de la culpa o del dolo, así como la eximente de responsabilidad del caso fortuito o fuerza mayor- haga posible cobrar perjuicios simplemente a quien los causó, sin entrar a discernir respecto de su comportamiento personal. Esta escuela postula, así, que el que crea un riesgo, debe responder de los perjuicios que pueda causar. La responsabilidad se determina, según esta escuela, por la causalidad y no por la imputabilidad, y es claro que sus postulados resultan más beneficiosos para las víctimas, que aquellos postulados de la escuela clásica, puesto que cualquier daño que ellas sufran será siempre reparado, sin necesidad de probar la culpa o el dolo del hechor, y aunque ese daño se deba a un imprevisto imposible de resistir.

En el panorama civil general, esta nueva escuela denominada "del riesgo creado" no ha logrado hasta ahora una aceptación absoluta, ni la derogación de las exigencias de imputabilidad requeridas por la escuela clásica. Sólo ha logrado una aceptación parcial para casos específicos relacionados con ciertas actividades industriales o peligrosas. En el Perú, se admite, por ejemplo, la responsabilidad objetiva en la Ley Genera de Transporte.

La situación de responsabilidad civil contractual o extracontractual, y responsabilidad civil subjetiva u objetiva, puede alterarse en caso que alguno o todos los que resulten involucrados hayan recurrido a la institución del seguro en prevención de los daños que puedan ocurrir. En este caso, el riesgo y el daño consecuente son asumidos contractualmente por un tercero (el asegurador), liberando así al hechor del pago que -de no mediar la institución del seguro- habría tenido que soportar. Por su parte, la compañía aseguradora que asumirá el costo aminora el riesgo con el pago que recibe de otros asegurados que no incurrirán en igual falta, y por medio de la institución del reaseguro, que le permite difundir ese riesgo entre varios aseguradores, disminuyendo el impacto que un siniestro pudo haberle causado, si hubiere debido enfrentarlo por sí sola.

LIZARDO TABOADA al respecto señala que "*El arduo debate doctrinario sobre la unidad de la responsabilidad civil como sistema normativo, cuyo mayor argumento a favor constituye el de contribuir a la solución de*

conflictos entre particulares como consecuencia de la producción de daños, escape a las propósitos del presente trabajo, no obstante a lo cual queremos manifestar nuestra adhesión a la posición que plantea que si bien existen elementos comunes, como a continuación se indicaran, igualmente concurren diferencias que justifican su distinción, como es el caso de su origen, pues mientras la responsabilidad civil extracontractual surge del incumplimiento de un deber jurídico genérico, la responsabilidad civil contractual es producto del incumplimiento de un deber jurídico especifico denominado relación jurídica obligatoria. El Código Civil de 1984 adopta esta posición, al haber regulado por separado ambos aspectos de la responsabilidad civil, aunque desde luego esto no debe ser una atadura a las intenciones de su cuestionamiento, como lo evidencia la doctrina moderna que desde hace mucho tiempo es unánime en que la responsabilidad civil es única, y que existen solamente algunas diferencias de matiz entre la responsabilidad contractual y la extracontractual.".[68]

Por nuestra parte, nos adherimos a la posición del jurista nacional en el sentido que si bien existen muchas semejanzas en materia de la responsabilidad contractual y extracontractual, igualmente debemos reconocer las divergencias entre ambas, pues presentan ámbitos propios y particulares en las cuales no encajan los presupuestos fácticos ni la propia previsión legal, siendo la más palpable evidencia de ello la regulación normativa separada de ellos.

[68] TABOADA CÓRDOVA, Lizardo.- "Elementos de la Responsabilidad Civil". Segunda Edición. Editora Jurídica Grijley. Lima – Perú. 2003. Pág. 34.

7. ELEMENTOS

Los elementos de la responsabilidad civil, según TRIGO REPRESAS, y casi la totalidad de autores[69], son "(...) *hecho antijurídico, daño, relación de causalidad entre aquél y este último, y un factor atributivo de responsabilidad*.[70]

REGLERO CAMPOS[71] señala que "(...) *Los elementos que, según la tradición, deben concurrir para que nazca una obligación de indemnizar son los siguientes:*

- *Una conducta activa y omisiva de la persona a quien se reclama la reparación*
- *Un criterio de imputación (culpa, riesgo, beneficio, ...)*
- *La existencia de una daño injusto que lesione un derecho jurídicamente tutelable.*
- *La existencia de una relación causal entre aquella conducta y el daño*".

7.1. ANTIJURICIDAD

La conducta antijurídica, según VÁSQUEZ FERREIRA, "(...) *supone una contradicción con el ordenamiento jurídico, comprensivo éste de*

---

[69] ALTERINI, Atilio Aníbal; AMEAL, Oscar José y LÓPEZ CABANA, Roberto M.- "Derecho de obligaciones. Civiles y comerciales". Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires – Argentina. 1995. Págs. 158, Nº 371, y 689, Nº 1691. BORDA, Guillermo A.,-- "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones". Quinta Edición Editorial Perrot. Buenos Aires – Argentina. 1983. Tomo II. Pág. 236, Nº 1309. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge.- "Teoría general de la responsabilidad civil". Novena Edición. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires – Argentina. 1997. Págs. 108, Nº 170, y 323 y ss., Nº 730 y ss. REZZÓNICO, Luis María.- "Estudio de las obligaciones". Novena Edición. Editorial Depalma, Buenos Aires – Argentina. 1961. Tomo II. Pág. 1242. VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A.- "Responsabilidad por daños (Elementos)". Editorial Depalma. Buenos Aires – Argentina. 1993. Págs. 11 y ss., Nº 9.

[70] TRIGO REPRESAS, Félix A.- "La prueba del daño emergente y del lucro cesante". Artículo publicado en http://www.rubinzal.com.ar/revistas/danos/pruebadeldano1-e.htm.

[71] *REGLERO CAMPOS, L. Fernando y Otros.- Ib. Ídem. Págs. 34-35.*

las leyes, las costumbres, los principios jurídicos estrictos dimanantes del sistema y hasta las reglas del orden natural".[72] Agrega el autor argentino que "*De vital importancia resulta calificar de antijurídico al acto que contraríe los principios generales del Derecho, porque en materia de responsabilidad por daños la antijurídicidad se manifiesta en la violación del "alterum non laedere", principio que es común a cualquier orbita del derecho de daños*".

BELTRÁN PACHECO define la antijurídicidad como "(...) *aquella que implica la violación de los elementos extrínsecos e intrínsecos del ordenamiento jurídico*"[73]; categoría que comprende "(...) *los hechos ilícitos, los hechos abusivos y los hechos excesivos*".

TABOADA CÓRDOVA señala que la conducta antijurídica se configura "(...) *no sólo cuando contraviene una norma prohibitiva, sino también cuando la conducta viola el sistema jurídico en su totalidad, en el sentido de afectarlos valores o principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico*".

La conducta antijurídica se equipara a la conducta ilícita, por cuanto, en nuestro ordenamiento jurídico el comportamiento humano que genera la sanción de resarcir el detrimento producido se encuentra previsto en la ley: 1°) el incumplimiento de la obligación

[72] VÁSQUEZ FERREYRA, Roberto A.- "El acto ilícito: significado, estructura y evolución". Artículo publicado en "Derecho Privado. Libro homenaje al profesor doctor Alberto J. Bueres". Editorial Hamurabi. Buenos Aires – Argentina. Pág. 1005.

[73] BELTRÁN PACHECO, Jorge Alberto.- "Teoría General de la Responsabilidad Civil". Material del Diplomado de Responsabilidad Civil con mención en Mala Praxis y Responsabilidad Profesional". Chiclayo – Perú. Abril – 2008. Pág. 4.

voluntaria se encuentra previsto en el artículo 1321 del Código Civil[74] [75]; y, 2°) la vulneración de la norma genérica de no causar un daño injusto se encuentra en los artículos 1969 y 1970 del Código Civil[76] [77] [78].

VÁSQUEZ FERREYRA al respecto señala "(...) *cualquiera de estos términos* (antijuridicidad e ilicitud) *da igual a los fines del análisis de la responsabilidad por daños. Ello por cuanto las diferencias que se apuntan entre los diversos términos y sus significados son irrelevantes a los efectos de la responsabilidad civil. Sin perjuicio de ello, y por una cuestión de costumbre, preferimos utilizar el termino "antijuricidad" como abarcativo de cualquier acto contrario al orden jurídico*".[79]

La conducta antijurídica o ilícita puede ser típica o atípica,

---

[74] Artículo 1321 del Código Civil.- 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.
Si la inejecución 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.

[75] La legislación argentina contiene una norma especifica referida a la ilicitud como elemento de la responsabilidad civil, como es el artículo 1066 del Código Civil cuyo texto señala "Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito, si no fuere expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía; y a ningún acto ilícito se le podrá aplicar pena o sanción de este Código, si no hubiere una disposición de la ley que la hubiese impuesto".

[76] Artículo 1969 del Código Civil.- 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.

[77] Artículo 1970 del Código Civil.- Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo.

[78] La legislación argentina contiene una norma especifica que consagra el principio general de responsabilidad por el hecho propio al imponer la obligación de indemnizar el daño que se causa cuando se ejecuta un hecho por culpa o negligencia, como es el artículo 1109 del Código Civil cuyo texto señala "Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio".

[79] VÁSQUEZ FERREYRA, Roberto A.- "El acto ilícito: significado, estructura y evolución". Ob. Cit. Pág. 1001.

dependiendo de la regulación expresa y precisa de los hechos que generan la obligación de resarcimiento.

- La conducta antijurídica típica se presenta en el ámbito contractual y extracontractual, aunque con mayor despliegue en el primer escenario por cuanto el hecho generador del daño (incumplimiento) se encuentra descrito en el contrato o en la ley. Por ejemplo, en el caso de un contrato de arrendamiento en el cual se halla fijado como merced conductiva la suma de S/. 400.00 pagaderos en forma mensual y adelantada, el no pago puntual genera la inejecución de la obligación.

- La conducta antijurídica atípica, en cambio, sólo se admite en el ámbito extracontractual, debido a que a través de la consagración positiva del principio general de no causar un daño injusto o *alterum non laedere*, pueden incluirse innumerables supuestos fácticos no específicamente delineados por algún precepto legal.

TABOADA CORDOVA al respecto señala "*La antijuricidad-típica contractual se encuentra expresamente prevista en el artículo 1321 del Código Civil, mientras que la antijuricidad-atípica, es decir, antijuricidad en sentido amplio y materia (no formal), fluye de los artículos 1969 y 1970 del acotado código, pues en ambos se hace referencia únicamente a la producción de un daño, sin especificar el origen del mismo o la conducta que lo hubiera podido ocasionare causar; entendiéndose que cualquier conducta, con tal que cause un daño siempre que sea antijurídica, dará lugar a la obligación legal del pago de*

una indemnización".[80]

7.2. DAÑO

El daño es el menoscabo, deterioro, lesión; dañar es maltratar, estropear, perjudicar, lesionar. La voz proviene etimológicamente del latín *damnum*, daño, pérdida, multa, y del indoeuropeo *dap-no*, pérdida, gasto. En términos generales el daño es la lesión o menoscabo que experimenta una persona en bienes, cuerpo o alma, quien quiera que sea su causante y cual sea la causa, incluso inferida por el propio lesionado o acontecida sin intervención del hombre.

BUERES define el daño como "(...) *la lesión a un interés jurídico, patrimonial o extrapatrimonial, susceptible de ser reparado*"[81]

VÁSQUEZ FERREYRA define el daño como "(...) *la lesión a un interés jurídico*".[82]

FISCHER define el daño como "(...) *todo detrimento o lesión que una persona experimente en el alma, cuerpo o bienes, quien quiera que sea su causante y cualquiera que la causa sea, aunque se lo infiera el propio lesionado*

[80] TABOADA CORDOVA, Lizardo.- "Elementos de la Responsabilidad Civil". Ob. Cit. Págs. 25-26.
[81] BUERES, Alberto J.- "El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta". Artículo publicado en "Derecho de Daños. Libro homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe". Editorial La Rocca. Buenos Aires – Argentina. 1989. Págs. 141 y ss.
[82] VÁSQUEZ FERREYRA, Roberto A.- "El daño en la responsabilidad civil". Artículo publicado en la Revista Jurídica "Gaceta Jurídica. Sección de Actualidad Jurídica". Tomo 62-B. Gaceta Jurídica. Lima Perú. Enero-1999. Pág. 48.

o acontezca sin intervención alguna del hombre."[83]

TRIGO REPRESAS define el daño como "(...) *todo detrimento o menoscabo, ya sea que afecte a bienes de los seres humanos con contenido económico -daño material (arts. 519 y 1069, Cód. Civ.)-, o bien a la propia persona en su ser individual y existencial, o en sus atributos: vida, integridad psicofísica, privacidad, honor, honra, sagrados afectos -daño moral (arts. 522, 1078 y concs. del mismo Código)*"[84]

LIZARDO TABOADA define el daño – desde una perspectiva amplia- como "(...) *la lesión a todo derecho subjetivo, en el sentido de interés jurídicamente protegido del individuo en su vida de relación, que en cuanto protegido por el ordenamiento jurídico, se convierte justamente en derecho subjetivo, esto es un derecho en el sentido formal y técnico de la expresión*".[85]

ESPINOZA ESPINOZA respecto de la definición del daño señala "*El daño no puede ser entendido solo como la lesión de un interés protegido, por cuanto ello resulta equívoco y sustancialmente impreciso: el daño incide más bien en las consecuencias, aquellos efectos (negativos) que derivan de la lesión del interés protegido. En sustancia, interés lesionado y consecuencias negativas de la lesión son momentos vinculados entre sí, pero "autónomos conceptualmente, cuanto al contenido y a la naturaleza". Es por ello que de*

[83] FISCHER, Hans A.- "Los Daños Civiles y su Reparación" Traductor W. Roces. Madrid-España. 1982. Pág. 14.
[84] TRIGO REPRESAS, Félix A.- "La prueba del daño emergente y del lucro cesante". Artículo publicado en http://www.rubinzal.com.ar/revistas/danos/pruebadeldano1-e.htm.
[85] TABOADA CORDOVA, Lizardo.- "Elementos de la Responsabilidad Civil". Ob. Cit. Págs. 25-26.

una lesión patrimonial pueden resultar consecuencias (al lado de aquellas patrimoniales) no patrimoniales y viceversa. Así tenemos que se habla de un daño-evento (lesión del interés tutelado) y de un daño consecuencia (daño emergente, lucro cesante y daño moral). Estas dos acepciones de daño pueden, como no, coincidir. Sin embargo, confundir estos conceptos diversos de daño equivale a mezclar problemas jurídicos diversos: el problema de la injusticia de la lesión, aquel de la individualización del responsable o el de la selección de los perjuicios resarcibles.".[86]

Por nuestra parte, ***el daño es toda afectación a los intereses de los individuos en su vida de relación social que el Derecho ha considerado merecedores de la tutela legal***.

El daño es concebido en la actualidad como el elemento fundamental, aunque no único, de la responsabilidad civil, debido a que en ausencia de daño no cabe reparación o indemnización alguna y, por ende, la ausencia de problemática de responsabilidad civil.[87]

El daño resarcible, según VÁSQUEZ FERREYRA debe reunir los siguientes requisitos "*En primer lugar, la lesión debe recaer sobre un interés propio. Nadie discute que sólo puede reclamar indemnización aquel que ha*

[86] ESPINOZA ESPINOZA, Juan.- "Derecho de la Responsabilidad Civil". Segunda Edición. Gaceta Jurídica. Lima – Perú. Septiembre – 2003. Pág. 32.

[87] La legislación argentina consagra la preponderancia del daño como elemento de la responsabilidad civil, según lo evidencia el artículo 1067 del Código Civil cuyo texto señala " No habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código, si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar, y sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia".

sufrido el daño. Por ello se dice que debe tratarse de un daño propio. (...) *En segundo lugar, el daño ha de ser cierto. La certeza se refiere a su existencia, y no a su actualidad o a la determinación de su monto*. (...) *Por último, el daño debe ser subsistente, es decir, subsistir al tiempo del resarcimiento. Esto significa que el perjuicio no haya sido reparado por el obligado a resarcir*".[88]

Por nuestra parte, el daño será resarcible o indemnizable cuando detente los siguientes rasgos: 1°) ***existente o cierto***, es decir, que debe ser constatado o susceptible de constatación por el Juez, dado que no se indemniza el daño eventual, hipotético o conjetural. A su vez el daño cierto puede ser actual (daño emergente) o futuro (lucro cesante o pérdida de chance); 2°) ***subsistente***, es decir, siguiendo a VÁSQUEZ FERREIRA, que el perjuicio no sea reparado por el responsable civil; 3°) ***propio***, es decir, que el reclamante halla soportado el detrimento. A su vez el daño propio puede ser directo (afecta a la persona o bienes del damnificado) o indirecto (cuando afecta al damnificado y repercute en el patrimonio de otro que resulta damnificado indirecto); y, 4°) ***afectar un derecho subjetivo o un simple interés de hecho protegido por la ley***, con lo cual recogemos la observación del autor nacional ESPINOZA ESPINOZA.

El daño presenta dos categorías: 1°) el daño patrimonial, que a su vez comprende el daño emergente y el lucro cesante; y, 2°) el daño extrapatrimonial, que a su vez comprende el daño moral y daño a la

[88] VÁSQUEZ FERREYRA, Roberto A.- "El daño en la responsabilidad civil". Ob. Cit. Pág. 52.

persona.

- El ***daño emergente*** o *damnum emergens* es el empobrecimiento del patrimonio a raíz de la pérdida o disminución de valores preexistentes como consecuencia de la conducta antijurídica.

BORAGINA define el daño emergente como "(...) *la disminución o empobrecimiento patrimonial provocados como consecuencia de dicha lesión (la cual, según llevando dicho, puede ser producto del menoscabo a un bien patrimonial o no patrimonial, ya que no hay necesaria identificación entre bien afectado e interés lesionado)*".[89]

VICENTE DOMINGO define el daño emergente como "(...) *coste de la reparación necesaria del daño causado y a los gastos en los que se a incurrido con ocasión del perjuicio.*"[90]

- El ***lucro cesante***, según TRIGO REPRESAS, es "(...) *la frustración de ganancias esperadas o pérdida de un enriquecimiento patrimonial previsto, que el damnificado razonablemente habría podido obtener, de no haber acaecido el suceso dañoso*".[91]

---

[89] BORAGINA, Juan Carlos.- "El Daño". Artículo publicado en "Derecho Privado. Libro homenaje al profesor doctor Alberto J. Bueres". Editorial Hamurabi. Buenos Aires – Argentina. Pág. 1146.
[90] VICENTE DOMINGO, Elena y Otros.- "Lecciones de Responsabilidad Civil". Editorial Arazandi. Navarra - España. 2002. Pág. 75.
[91] TRIGO REPRESAS, Félix A.- "La prueba del daño emergente y del lucro cesante". Artículo publicado en http://www.rubinzal.com.ar/revistas/danos/pruebadeldano1-e.htm.

DE TRAZEGNIES define el lucro cesante como "(...) *aquello que ha sido o será dejado de ganar a causa del acto dañino*"[92]

HEDEMANN señala que el *damnum emergens* es el que hace más pobre al perjudicado, en tanto que el *lucrum cessans* es lo que le ha impedido volverse más rico[93].

- El ***daño moral***, según TABOADA CORDOVA, es "(...) *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*".[94]

Por nuestra parte, ***el daño moral es la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimiento físicos, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas, y en general toda clase de padecimientos no susceptibles de apreciación pecuniaria***.

- El ***daño a la persona***, es aquel cuyos efectos recaen en el ser humano, considerado en sí mismo, en cuanto sujeto de derecho, desde la concepción hasta la muerte.

---

[92] DE TRAZEGNIES, Fernando.- "La Responsabilidad Extracontractual". Tomo I. Cuarta Edición. Biblioteca para Leer el Código Civil. Volumen IV. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Lima - Perú. Julio - 1990. Pág. 37.

[93] HEDEMANN, Justus Wilhelm.- "Tratado de Derecho Civil. Derecho de obligaciones". Traducción de Jaime Santos Briz. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid – España. 1958. Tomo III. Pág. 124.

[94] TABOADA CORDOVA, Lizardo.- "Elementos de la Responsabilidad Civil". Ob. Cit. Págs. 58-59.

7.3. RELACIÓN DE CAUSALIDAD

La relación de causalidad es el nexo de causalidad adecuado que debe existir entre la conducta antijurídica del infractor y el daño injustamente producido a la victima.

TABOADA CORDOVA al respecto señala "(...) *si no existe una relación jurídica de causa a efecto entre la conducta típica o atípica y el daño producido a la víctima, no habrá responsabilidad de ninguna clase.*"[95]

La determinación de la relación de causalidad es prioritaria respecto de los factores de imputación, por cuanto, recién desde la causación de un daño, se averigua si concurre algún motivo para que alguien deba responder. Si a partir de un hecho era objetivamente previsible el resultado, se reputa al sujeto como autor. Si además el resultado era subjetivamente previsible, se concluye en que el autor es culpable.

La causalidad puede ser física o material y jurídica o formal; la primera estudia la relación de los hechos con otros hechos antecedentes o consecuentes, estableciendo cuando un daño fue empíricamente ocasionado por un hecho; y la segunda, se interesa por la relación de los hechos con los sujetos, y así determina cuando un daño fue jurídicamente producido por un hecho humano[96].

---

[95] TABOADA CORDOVA, Lizardo.- "Elementos de la Responsabilidad Civil". Ob. Cit. Págs. 30-31.

[96] La sentencia del Tribunal Supremo de España de Diciembre de 2002 permite advertir con claridad la distinción entre causalidad física y causalidad jurídica. A través de dicho decisorio el tribunal ratifica la responsabilidad del Estado en los puntos negros de las carreteras. Dejando de lado -en el

La doctrina ha estructurado diversas teorías sobre la relación de causalidad, destacando la teoría de la equivalencia de las condiciones o "*condicio sine qua non*"; la teoría de la causa próxima; la teoría de la causa eficiente; la de la causa preponderante y la teoría de la causa adecuada.

- La ***Teoría de la Causa Única o de Equivalencia de Condiciones*** postula la consideración de todas y cada una de las diversas concausas que hayan contribuido a la producción del resultado dañoso, siempre y cuando éste no hubiera acaecido de faltar algunas de las condiciones o circunstancias que hayan estado presentes en el supuesto de hecho.

La presente tesis se identifica, empleando términos escolásticos, con la de la *conditio sine qua non*; esto es, sólo se tendrán en cuenta aquellas circunstancias cuya concurrencia ha sido determinante en el resultado dañoso o, dicho de manera negativa, que de no haberse dado hubieran provocado la ausencia de resultado dañoso alguno o, sencillamente, otro resultado dañoso distinto al afectivamente ocurrido.

SAGARNA señala que según la presente teoría "(...) "(...) *no destaca una de las condiciones del iter causal para elevarla a la categoría de causa, sino que*

análisis de la relación causal- la causalidad física o material representada por el exceso de velocidad del automóvil conducido por la víctima (causa inmediata), circunstancia que fuera detectada por la Guardia Civil española y comprobada en juicio por los informes periciales; haciéndose responsable a la Administración Pública (Estado) por no tomar medidas preventivas en dicho lugar (se trataba de una curva muy cerrada ubicada peligrosamente a la salida de una autopista y que no contaba con el guard-rail o baranda de defensa correspondiente). Es decir, el Alto Tribunal fue mucho más allá y entendió que en el caso concreto la relación de causalidad jurídica adecuada, es decir, aquella relevante para el derecho, se daba entre la omisión del Estado y el daño ocasionado.

para la misma todas las condiciones -inmediatas y mediatas- que provocan un resultado constituyen la "causa" a la cual debe atribuirse el mismo."[97]

- La ***Teoría de la Causa Adecuada***, aceptada por la doctrina mayoritaria, considera que la causa origen del daño solo puede determinarse atendiendo a la adecuación entre aquella y éste. Si el daño objetivamente contemplado era de esperar como una derivación natural del curso de los acontecimientos, en tal caso podrá hablarse de relación causal.

SAGARNA señala que según la presente teoría "(...) *para determinar cuál de todas las condiciones que colaboraron en el resultado dañoso es la que debe considerarse su "causa", debe recurrirse a las reglas de la experiencia diaria, a lo que acaece regularmente, a lo que acostumbra suceder según el curso natural y ordinario de las cosas, es decir se basa en un juicio de probabilidad a realizar examinando una multiplicidad de hechos. El resto de los antecedentes que no producen normalmente ese resultado son condiciones, hechos concurrentes, irrelevantes, indiferentes-o absolutamente extraordinarios*."[98]

- La ***Teoría de la Causa Próxima***, aplicada con relativa frecuencia por la jurisprudencia inglesa, postula la necesidad de que entre el daño y la serie de concausas haya una relación de proximidad, de forma tal que las posibles causas de origen remoto deban ser desechadas.

SAGARNA señala que según la presente teoría "(...) *destaca como*

[97] SAGARNA, Fernando.- "La relación de causalidad". Artículo publicado en "Derecho Privado. Libro homenaje al profesor doctor Alberto J. Bueres". Editorial Hamurabi. Buenos Aires – Argentina. Pág. 1251.
[98] SAGARNA, Fernando.- "La relación de causalidad". Ob. Cit. Págs. 1264-1665.

condición generadora del daño a la más próxima temporalmente a éste. Es decir, que la última condición se considera como causa del perjuicio, evitándose así el examen de las distintas condiciones que produjeron el nacimiento, no siendo causas las remotas en el tiempo".[99]

- La ***Teoría de la Causa Eficiente***, aplicada con relativa frecuencia por la jurisprudencia española, postula la no exclusión de las causas menos próximas, por cuanto en ellas pueden estar presentes las verdaderamente determinantes del resultado dañoso.

SAGARNA señala que según la presente teoría "(...) *causa del perjuicio* (sería) *aquella condición con más poder intrínseco de causación del resultado*".[100]

El ordenamiento jurídico ha adoptado diferentes criterios para determinar la relación de causalidad, los cuales dependen del ámbito de responsabilidad civil. En efecto, nuestro Código Civil para la esfera de la responsabilidad extracontractual ha adoptado la ***Teoría de la Causa Adecuada***[101], mientras que para el ámbito de la responsabilidad contractual ha adoptado la ***Teoría de la Causa Inmediata y Directa***[102].

---

[99] SAGARNA, Fernando.- "La relación de causalidad". Ob. Cit. Pág. 1253.
[100] SAGARNA, Fernando.- "La relación de causalidad". Ob. Cit. Pág. 1253.
[101] Artículo 1985 Código Civil.- 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. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.
[102] Artículo 1321 Código Civil.- 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

La relación de causalidad también desprende dos figuras concurrentes en ambas clases de responsabilidad civil: 1) la concausa, que se presenta cuando el daño es el resultado del actuar conjunto del imputado y de la víctima, pero que origina la exención de resarcir cuando prevalece la participación de éste último, y, b) la fractura causal, que se presenta cuando concurre una conducta productora del daño que fractura el eventual nexo de causalidad de la otra conducta del imputado. Las fracturas causales en el ámbito extracontractual son cuatro: el caso fortuito, la fuerza mayor, el hecho de la víctima y el hecho de un tercero.

7.4. FACTORES DE ATRIBUCIÓN

Los factores de distribución, también denominados factores de atribución legal de responsabilidad, constituyen el fundamento que da el legislador para imputar responsabilidad a un sujeto que ha causado un daño o, dicho de otro modo, el por qué la ley hace responsable a una persona del daño que ha ocasionado.

Los factores de atribución presentan variantes, dependiendo del sistema de responsabilidad civil imperante, el cual puede ser subjetivo u objetivo.

---

defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.

- El ***sistema subjetivo*** esta determinado por el hecho que la obligación de resarcimiento surge cuando el autor a cometido una conducta antijurídica con culpa (culpa leve, culpa grave o inexcusable y dolo). El factor de atribución subjetivo será entonces la ***culpa***.

- El ***sistema objetivo*** esta determinado por el hecho que la obligación de resarcimiento surge cuando el autor a cometido una conducta antijurídica como consecuencia de la infracción de una diversidad de supuestos normativos no fundados en la culpa, destacando el riesgo creado. El factor de atribución objetivo será entonces el ***riesgo***.[103]

El ordenamiento jurídico nacional ha optado por la recepción de los dos sistemas de responsabilidad (subjetivo y objetivo), y, por ende, de los dos factores de imputación que conllevan (culpa y riesgo), variando por la esfera de aplicación (contractual o extracontractual).[104]

---

[103] REGLERO CAMPOS señala que el fundamento del sistema objetivo radica en la "(...) función social de asegurar a la víctima la existencia de un sujeto responsable (...)" y "(...) en la de hacer socialmente soportable el daño a través de una amplia repartición del mismo". REGLERO CAMPOS, L. Fernando y Otros.- "Lecciones de Responsabilidad Civil". Editorial Arazandi. Navarra - España. 2002. Pág. 59.

[104] La culpa como factor de responsabilidad tiene un indiscutible sentido moral, pues la conducta humana debe juzgarse según el querer del individuo y en función de pautas valorativas de tipo ético. Sin duda que tiende a lograr la perfección del hombre, contribuyendo por ello mismo a organizar y mantener un orden social impregnado de justicia. Si la seguridad, el orden, la paz y la solidaridad se logran a veces con sacrificio de algunos principios éticos, el paradigma del valor justicia no se alcanza fuera de la moral y con desprecio de lo esencialmente humano, subestimando lo más valioso que el individuo posee: la conciencia. Si el derecho no fuera más que un conjunto de reglas que no tuvieren otro objetivo que establecer el límite de la acción de cada uno, se convertiría en una física de las relaciones humanas. Las reflexiones esgrimidas de alto valor moral nos inducen a afirmar que la responsabilidad debe asentarse primordialmente en la culpa, y ella constituye el principio general de todo sistema imputativo.
Empero, no se puede dejar de admitir que al lado de la culpa y dentro de sectores determinados de la responsabilidad deben funcionar otros factores que, marginando aquélla y considerando el daño

En efecto, en el ***ámbito contractual*** rige el sistema subjetivo, aplicándose el ***factor de atribución culpa*** (culpa leve, culpa grave o inexcusable y dolo), mientras que en el ***ámbito extracontractual rige el sistema subjetivo*** aplicándose el ***factor de atribución culpa*** (culpa o dolo) ***y el sistema objetivo*** aplicándose el ***factor de atribución riesgo creado***.

PIROTA al respecto señala "*Los factores de atribución pueden ser subjetivos en los que se tiene en cuenta la voluntad del sujeto (culpa -omisión de las diligencias que exigiera la naturaleza de la obligación, en sus versiones de imprudencia-hacer más de lo debido-, negligencia-hacer menos de lo debido- o impericia-desconocimiento o no cumplimiento de las reglas y métodos propios de la actividad o profesión- o dolo -hecho ejecutado a sabiendas y con intención de dañar a otro en su persona o bienes) u objetivos, en los que se prescinde de la culpa, o sea que no es imputable moralmente al sujeto autor del daño (riesgo creado o provecho*".[105]

A continuación analicemos los factores de imputación subjetivo (culpa)

---

en una relación meramente objetiva, conduzcan a mantener la seguridad y el orden, que son también valores jurídicos, por el camino de la solidaridad social.
La fuerza invencible de la realidad histórica ha planteado la exigencia de que las legislaciones admitan universalmente un tipo de responsabilidad sin culpa. Es la llamada responsabilidad objetiva, porque prescinde del factor de imputación subjetiva constituido tradicionalmente por la idea de culpa. Ello no quiere decir que basta que exista un daño para imponerle responsabilidad a quien aparezca directa o indirectamente en relación de causalidad material con aquél. Este régimen excepcional de responsabilidad requiere que el daño se conjugue con algún otro factor que el derecho positivo ha erigido en elemento de ciertos actos y que imponen el deber de indemnizar.

[105] PIROTA, Martín Diego.- "Responsabilidad Civil: evolución y presupuestos. Nuevos daños jurídicos". Artículo publicado en www.martindiegopirota.com.ar

y objetivo (riesgo)

- La culpa contractual según DIEZ PICAZO y GULLON, "(...) *consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar*"[106]

La culpa contractual presenta tres grados: culpa grave, culpa leve y dolo.

a) La culpa grave "(...) *es el no uso de la diligencia que es propia de la absoluta mayoría de los hombres, es decir, quien ha tenido una conducta tal no ha hecho lo que todos los hombres hacen comúnmente*"[107]. La culpa grave esta regulada en el artículo 1319 del Código Civil[108].

b) La culpa leve "(...) *es el no uso de la diligencia propia de las personas de capacidad media*"[109]. La culpa leve esta regulada en el artículo 1320 del Código Civil[110].

c) El dolo "(...) *coincide con la voluntad del sujeto de causar el daño*"[111].

---

[106] DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio.- "Sistema de Derecho Civil". Volumen II. Novena Edición. Segunda Reimpresión. Editorial Tecnos. Madrid – España. Junio 2001. Pág. 199.
[107] ESPINOZA ESPINOZA, Juan.- "Derecho de la Responsabilidad Civil". Primera Edición. Gaceta Jurídica. Lima – Perú. Junio – 2002. Págs. 90-91.
[108] Artículo 1319 Código Civil.- Incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación.
[109] ESPINOZA ESPINOZA, Juan.- Ob. Cit. Pág. 91.
[110] Artículo 1320 Código Civil.- Actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.
[111] ESPINOZA ESPINOZA, Juan.- Ib. Ídem. Pág. 95.

El dolo esta regulada en el artículo 1318 del Código Civil[112].

- La culpa extracontractual, según REGLERO CAMPOS, consiste en "(...) *la omisión, sin animo de dañar, de la diligencia exigible*".[113]

La culpa extracontractual presenta dos grados: culpa y dolo.

La determinación del sistema de responsabilidad aplicable (subjetivo u objetivo) y, por ende, de los factores de imputación, es relevante por el tema de la carga probatoria.

- La carga de la prueba en el sistema subjetivo recae sobre el perjudicado quien tiene que probar que el imputado actuó con culpa, sin la diligencia ordinaria (Artículo 1330 Código Civil[114]). El deudor quedará liberado de la obligación de resarcimiento si prueba que actuó con la diligencia ordinaria (Artículo 1314 Código Civil). Pero además, por caso fortuito, fuerza mayor y hecho de tercero.

- La carga de la prueba en el sistema objetivo recae sobre el perjudicado quien tiene que probar el daño y el riesgo creado (por actividad o por bienes), pero en ningún momento que el imputado actuó con culpa, sin la diligencia ordinaria. El deudor quedará liberado de la obligación de resarcimiento si prueba que el daño se ha producido por caso fortuito, fuerza mayor, hecho de tercero o hecho de

[112] Artículo 1318 Código Civil.- Procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación.
[113] REGLERO CAMPOS, L. Fernando y Otros.- Ob. Cit. Pág. 63.
[114] Artículo 1330 Código Civil.- La prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

la víctima.

PIROTA al respecto señala "(...) *si se trata de factores subjetivos (nos movemos dentro de la culpabilidad) por lo que al demandado le basta acreditar su falta de culpa para liberarse de responsabilidad; mientras que si se trata de factores objetivos (nos movemos dentro de la causalidad) el demandado debe demostrar la ruptura del nexo causal, es decir, el caso fortuito, o la culpa de la víctima o la de un tercero por quien no deba responder civilmente, siempre que estas dos últimas eximentes reúnan los requisitos de imprevisibilidad e inevitabilidad del caso fortuito, o que la cosa fue usada en contra de su voluntad expresa o presunta. En definitiva, en los factores de imputación subjetivos la tarea probatoria de la víctima es más intensa que en los factores objetivos; mientras que en lo que hace a la tarea probatoria del demandado para eximirse de responsabilidad ocurre a la inversa, la misma es más intensa en los factores objetivos que en los subjetivos*". [115]

[115] PIROTA, Martín Diego.- "Responsabilidad Civil: evolución y presupuestos. Nuevos daños jurídicos". Artículo publicado en www.martindiegopirota.com.ar

CAPÍTULO II

EL DAÑO MORAL

1. INTRODUCCIÓN

El desarrollo del tema del daño moral, requiere en forma previa una ubicación del tema dentro del marco de la Teoría General del Derecho de Daños, por lo que en forma previa desarrollaremos determinados aspectos de ésta para ubicar al daño moral:

2. EL DAÑO MORAL COMO VARIANTE DEL DAÑO

2.1. NOCIÓN DE DAÑO

El "daño", que proviene del latín "demere" que significa "menguar", que es entendido como "el detrimento" o menoscabo a un interés jurídicamente tutelado por el ordenamiento jurídico (que en un primer momento corresponde al interés jurídico general de "no verse dañado por la conducta de otro sujeto", tornándose luego en un interés específico de la victima).

El daño constituye uno de los presupuestos o requisitos sustanciales de la responsabilidad civil. En este sentido, resultan acertadas las palabras de

ALESSANDRI, quien señala que "(…) *sin daño o perjuicio no hay responsabilidad civil, puesto que el objetivo primordial de la misma es precisamente la indemnización o resarcimiento del daño causado. Conforme a las reglas procesales normalmente aceptadas, a las que ya se hizo mención, la prueba del daño incumbe a la víctima, y se entiende por tal "todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos o creencias*".[116]

VON THUR[117], por su parte, señala que "*Entendemos por daño, el menoscabo sufrido por un patrimonio. Las lesiones inferidas a los bienes jurídicos de la personalidad no tiene concepto legal de daños, mientras no afecten el patrimonio, y la suma de dinero que en ciertos casos se ha de abonar por haberlas causado constituye verdadera indemnización, sino una satisfacción que se ofrece a una persona lesionada*."

El menoscabo, el deterioro, la pérdida o destrucción, la privación o avería, el estropicio o impedimento, el malogro o la lesión son algunas de las acepciones del vocablo daño que FISCHER explica de la siguiente manera: "*En términos vulgares, llámese daño a todo detrimento o lesión que una persona experimente en el alma, cuerpo o bienes, quien quiera que sea su causante y cualquiera que la causa sea, aunque se lo infiera el propio*

[116] ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo.- "De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno". Imprenta Universitaria. Santiago – Chile. 1943.
[117] TOMASELLO, LESLIE, HART, El Daño Moral en la Personalidad Contractual, Santiago de chile, 1969, Pág. 15

lesionado o acontezca sin intervención alguna del hombre". [118]

2.2. DAÑO: ¿INTERÉS JURÍDICO O BIEN JURÍDICO VULNERADO?

La doctrina permite advertir una discrepancia en relación a aquello que motiva la aplicación de las reglas de responsabilidad civil, es decir, si lo que motiva el daño resarcible es el interés jurídico o el bien jurídico.

RIPERT, DEMOGUE y SAVATIER sostiene que aquello que es materia de afectación y generador de la obligación de resarcimiento es un bien jurídico.

La idea de que el daño es el menoscabo a un bien, implica dar un concepto demasiado amplio y general que le resta trascendencia. Entonces se debe relacionar este menoscabo con el derecho para así lograr precisarlo. En efecto, desde estas acepciones se parte para identificar el concepto jurídico que inicia su concreción eliminando notas inadecuadas para este ámbito, como son los hechos meramente naturales y luego los que se causa la persona a sí misma[119].

De esto resulta que a la idea del menoscabo a un bien se le agregue la

[118] FISCHER, Hans A.- "Los Daños Civiles y su Reparación" Traducción W. Roces, Madrid – España. 1982. Pág. 13.
[119] FUEYO LANERI, Fernando.- "Derecho Civil, De las Obligaciones". Tomo IV. Santiago de Chite – Chile. 1958. Pág. 69.

de que sea producido en violación a una norma jurídica (antijuridicidad) y la de hacer nacer la responsabilidad de la persona. Empero, la presente idea de la lesión a un bien, aunque ampliada y mejorada, sigue siendo errónea, pues produce un efecto multiplicador en relación a la cantidad de bienes lesionados (físico - patrimonial - espiritual - psíquico - estético - lucro cesante - emergente - privación de uso en si mismo - etc...).

En este sentido, decir que daño es la lesión a un bien a un derecho subjetivo también es erróneo porque es algo muy difuso. Hay derechos subjetivos que no dan al resarcimiento, pues son solo interés de hecho.

Descartando la idea del daño como la lesión a un bien, nos quedan dos posturas a analizar: 1°) la primera es aquella que sostiene que daño es toda lesión a un interés jurídico, siendo el interés, según BUERES, el núcleo sobre el que gira el derecho subjetivo. Donde interés es la facultad para lograr satisfacer cierta necesidad; y, 2°) la segunda es la que apunta al efecto o secuela del daño (sobre la que se amplía en el punto del daño extrapatrimonial), sin definir a este con precisión; fundándose sobre los resultados o consecuencias de la acción antijurídica, cualquiera fuera la naturaleza patrimonial o no del derecho lesionado. Si lo que se quiere clasificar es el daño resarcible, no hay que atender a la naturaleza de los derechos lesionados, sino al daño en sí mismo, esto es, a los efectos y consecuencias de la lesión. Y dice BUERES sobre esto que no se puede definir algo por sus consecuencias, y las secuelas o efectos que pueden ser tanto

patrimoniales como espirituales no son el daño mismo, son parte del daño.

STIGLITZ, BORDA, BUERES, MANCHINI criticando el enfoque clásico, sostienen que el daño es un menoscabo a un interés jurídicamente tutelado la indemnización debe perseguir "no una sanción" sino una "satisfacción" de dicho interés conculcado.

La idea que el "interés" es el centro de estudio de la Responsabilidad Civil la podemos extraer de la siguiente cita de DE CUPIS, "*El objeto del daño se identifica siempre con el objeto de la tutela jurídica (un interés humano*)".[120]

Este menoscabo a un interés jurídicamente tutelado se va a manifestar en una afectación a la esfera personal y/o patrimonial de un sujeto en virtud de un hecho antijurídico o no antijurídico (según lo hemos establecido en el estudio del anterior elemento).

Es así que, ZANNONI considera que debemos postular una diferencia entre lo que entendemos por "bien jurídico" y lo que se concibe como "interés jurídico". Para este autor "bien jurídico" es el objeto de satisfacción (cosas, bienes inmateriales, cuerpo, salud, integridad física, etc.) e "interés jurídico" es un poder de actuar, reconocido por la ley, hacia el objeto de satisfacción.

[120] ZANNONI, Eduardo.- "El daño en la responsabilidad civil". Ediciones de Palma. Buenos Aires - Argentina. Pág.

A partir de estas ideas consideramos que la naturaleza del daño está determinada no por la naturaleza de los bienes afectados sino por aquella que corresponde al interés conculcado. Por ejemplo: "Un sujeto x de forma intencional destruye el vehículo de otro sujeto el que había pertenecido anteriormente a sus ascendientes. Si bien es cierto el vehículo pertenece a la esfera patrimonial del sujeto perjudicado, no es cierto que el daño que se ha ocasionado sólo sea un daño "patrimonial", puesto que también se ha ocasionado al sujeto un "daño moral", puesto que el vehículo tenía un valor sentimental para el propietario al haber pertenecido a sus ascendientes".

Es por ello que ZANNONI establece que: "(…) *es incorrecto calificar la naturaleza del daño en razón de la naturaleza del bien u objeto de satisfacción, que ha sufrido menoscabo, por ende, no es verdad que el daño es patrimonial porque el bien dañado es un objeto de satisfacción patrimonial ....y viceversa*".[121]

2.3. REQUISITOS DEL DAÑO

Doctrinariamente, se exige que el daño sea cierto o real, esto es, efectivo. El daño futuro también es indemnizable, en la medida en que sea real, esto es, que necesariamente se tenga que producir. En cambio, el daño eventual no es indemnizable porque no es cierto. Se entiende por daño eventual el hipotético, aleatorio, fundado en suposiciones o conjeturas. El

[121] ZANNONI, Eduardo.- "El daño en la responsabilidad civil". Ediciones de Palma. Buenos Aires - Argentina. Pág.

daño indemnizable debe ser directo, esto es, debe provenir directamente del hecho del autor o del incumplimiento de la obligación contractual. El daño indirecto no se indemniza jamás porque no existe nexo causal entre el incumplimiento contractual o el hecho dañoso por un lado, y el daño por el otro. Finalmente, el daño moral es indemnizable en ambas responsabilidades (contractual y extracontractual), entendiéndose por tal toda molestia, angustia, dolor o sufrimiento de la víctima, aunque no tenga una apreciación pecuniaria.

2.3.1. CERTEZA

Todo daño a efecto de ser indemnizado debe ser "cierto" esto implica, tal como lo establecen autores como ACUÑA ANZORENA, que quien alegue haber sufrido un daño debe demostrar su ocurrencia.

El carácter “directo” del daño, remite al nexo de causalidad, otro elemento sine qua non de los regímenes de responsabilidad. La relación de causalidad es el enlace que se reconoce entre dos fenómenos jurídicos: la causa y el efecto jurídico. Se trata del “*nexo etiológico material (es decir, objetivo o externo) que liga un fenómeno a otro, que en cuanto concierne al daño, constituye el factor de su imputación material al sujeto*”.

El análisis de la certeza del daño discurre en dos sentidos: uno referido a la certeza fáctica y otro vinculado con el estudio de la certeza lógica.

- La "certeza fáctica" es la constatación material que el analista realiza de los hechos vinculados a un resultado dañoso, así como la observación de las características del "perjuicio" a efectos de realizar una pre-determinación de los daños a ser indemnizados.

En nuestro país son las autoridades policiales quienes realizan el primer estudio de los hechos vinculados a un resultado dañoso, formando lo que se conoce como "atestado policial" (que es el resultado de las investigaciones efectuadas por los agentes policiales quienes se han apoyado en las conclusiones extraídas de las pericias realizadas, de la evaluación de las pruebas materiales, de la información prestada en los testimonios de los sujetos intervinientes en los hechos que generaron los daños así como de los testigos, entre otros).

Es oportuno señalar, como idea final en torno a la certeza fáctica, que el presente "atestado policial" nos será útil como material orientador y por ello debemos valorarlo como un documento que postula presunciones de responsabilidad no siendo determinante en nuestro análisis.

- La "certeza lógica" nos introduce al análisis de la "relación causal". Aplicando así el criterio lógico y necesario de la Teoría de la Causa Adecuada, recogida en el artículo 1985 del Código Civil de 1984, debemos delimitar aquellos daños que sean "relevantes" para un posterior análisis, dejando de lado todo supuesto que no resulte una consecuencia "general y regular" de los hechos desarrollados.

MOSSET ITURRASPE[122] se refieren a la certeza lógica de la siguiente manera: "(…) *la certidumbre del daño, en suma, constituye siempre una constatación de hecho actual que proyecta, también al futuro, una consecuencia necesaria. (…) La certidumbre por ende existe cuando: se trata de consecuencias del hecho dañoso que aparecen como la prolongación inevitable o previsible del daño actual ya sucedido*".

En el estudio de la certeza del daño se nos presentan dos daños que relativizan los criterios antes enunciados mereciendo ser analizados de forma particular. Aquellos daños serán analizados posteriormente.

2.3.2. AFECTACIÓN PERSONAL

Según lo establecen autores como MAZEAUD y TUNC, "(…) *sólo puede reclamar reparación del daño aquel que lo haya sufrido*"

En efecto, en todo supuesto indemnizatorio se verifica la existencia de una relación entre el sujeto responsable y la victima, siendo esta última la llamada a solicitar el pago de la indemnización respectiva al haberse perjudicado su interés.

La presente idea se complementa con la exigencia establecida en el

[122] MOSSET ITURRASPE, Jorge. "Introducción a la Responsabilidad Civil. Argentina.

artículo 424 del Código Procesal Civil de identificar al sujeto demandante y demandado, debiéndose precisar que en la medida que no hemos agotado el análisis de imputabilidad de la Responsabilidad Civil se considerará a estos como "presuntos" intervinientes en el supuesto dañoso.

El daño se va a concebir como el menoscabo a un interés (diferenciándolo con el bien jurídico que es concretamente afectado), por ende, la víctima no necesariamente va a ser "el sujeto" que es afectado de forma concreta sino también aquel cuyo interés se ve perjudicado, así por ejemplo, un sujeto es atropellado perdiendo las extremidades inferiores. Este sujeto antes del accidente era chofer de una empresa, percibiendo un ingreso suficiente para cubrir sus necesidades y las de sus hijos (quienes aún dependían económicamente de él). Con el presente accidente no sólo es victima el sujeto quien fue atropellado, sino también los hijos quienes no podrán continuar estudiando ni cubrir sus necesidades puesto que la remuneración de su padre era lo único que les proporcionaba ingresos.

Es así como ZANNONI establece que hay que diferenciar entre los sujetos damnificados, considerando que pueden existir "damnificados directos" (que son los que se ven afectados de manera directa con el resultado dañoso al haber participado de forma concreta en el evento) y "damnificados indirectos" (que son aquellos que ven afectados sus intereses sin que hayan participado de manera concreta en el evento).

La responsabilidad civil actualmente enfrenta una serie de cambios en sus

postulados teóricos los que también se han visto reflejados en el tratamiento del daño. Estos cambios se han producido como consecuencia, en mayor medida, de los fenómenos económicos. SANTOS BRIZ al respecto señala que "(…) *los fenómenos de orden económico son los que principalmente han transformado las circunstancias fácticas originadoras de responsabilidad civil*".

Aquellos fenómenos han traído como consecuencia el replanteamiento del tratamiento tradicional de la satisfacción de los intereses dañados postulándose la existencia de los denominados "intereses supraindividuales" que son la base de la indemnización de los "daños colectivos o difusos". A propósito de este tema GABRIEL STIGLITZ pone de relieve que "*Corresponde acoger la categoría de los daños colectivos o difusos, consagrando una apertura legitimatoria en favor de las pertinentes formaciones sociales y cuerpos intermedios, para el ejercicio de la acción indemnizatoria con proyección hacia la totalidad del perjuicio producido a la comunidad representada. Ello sin menoscabo de la opción que cabe a cada miembro del grupo para reclamar individualmente el daño proporcional a la propia fracción del interés lesionado, cuando, esa porción del perjuicio satisface por sí el requisito de certeza*".

El estudio de estos "intereses supraindividuales" ha llevado a postular la "Socialización de la Responsabilidad Civil", girando este fenómeno en la indemnización de los intereses perjudicados a partir de los seguros obligatorios que permiten la "difusión social del riesgo".[123]

[123] La Teoría en torno a los Seguros Obligatorios ha sido objeto de una serie de planteamientos

Otro aspecto relacionado con la "afectación personal de la víctima", es el vinculado con la indemnización de los "daños a intereses difusos" donde no podemos determinar con precisión quién es el sujeto responsable y quien es la víctima. Por ejemplo pensemos en los casos de contaminación ambiental producto del uso de un "aerosol", ¿Quién(es) es (son) el(los) responsable(s)? ¿todos aquellos que usen el aerosol así como la sociedad entera que lo permite ? y ¿Quién(es) es(son) la(s) victima(s)? ¿la propia sociedad que se ve afectada por los rayos "ultravioletas" producto de un deterioro en la capa de ozono ?.

En este caso vemos que no podemos encasillar el supuesto de responsabilidad en una relación diádica (un responsable y una victima singular) llevándonos la Doctrina al estudio de los "daños a intereses difusos" a fin de solucionar el problema que se nos presenta, la que finalmente nos postulará la indemnización mediante la utilización de lo que denominamos "difusión social del riesgo".

---

entre los que tenemos al denominado "Sistema de Seguro Puro de Accidentes" en el que los partícipes recibirían sin retraso la protección requerida, prescindiendo de la concurrencia de culpas o de riesgos y de si el suceso fue inevitable. De postularse un Sistema como el descrito se experimentaría un predominio de éste sobre el de la Responsabilidad, lo que conllevaría una disminución del sentido de la responsabilidad individual, como lo establece SANTOS BRIZ. Por otro lado, consideramos que la adopción de este Sistema desincentivaría la realización de determinados comportamientos riesgosos así como la " creación de Seguros para los mismos" puesto que siempre la Compañía de Seguros asumiría el peso económico del daño. Asimismo dicho desincentivo perjudicaría los intereses de los consumidores dado que al asumir la Compañía toda indemnización ello se traduciría en el costo del servicio manifestándose en un "precio" más alto para el consumidor. Una propuesta diferente a la antes esbozada la constituye la de EIKE VON HIPPEL quien establece que "(…) el seguro obligatorio de responsabilidad civil debe concluir su evolución transformándose en seguro de accidentes a favor del perjudicado , debiendo continuar siendo privados sin prescindirse del criterio clásico de la culpa, pues esta se tendrá en cuenta para que, según su grado, la aseguradora pueda ejercitar o no su derecho de regreso contra el culpable, o para llegar incluso a privarle de concertar estos seguros o limitárselos, o para calcular el importe de las primas, cumpliendo así una función educadora e intimidante".

MONTERO AROCA define los "intereses difusos" como "(…) *aquellos intereses pertenecientes a un grupo de personas absolutamente indeterminadas, entre las cuales no existe vínculo jurídico alguno, sino más bien se encuentran ligadas por circunstancias de hecho genéricas, contingentes, accidentales y mutables, como habitar en una misma región, ser consumidores de un mismo producto, ser destinatarios de una campaña de publicidad, etc*".[124]

El carácter "difuso" de este interés se debe, tal como lo establece PELLEGRINI GRINOVER[125], a la imposibilidad de determinar a sus titulares (criterio subjetivo) y a la naturaleza del bien necesario para que ese grupo indeterminado pueda satisfacer sus necesidades (criterio objetivo).

El punto de discusión en la presente materia gira en torno a la "legitimidad para obrar". Es así que se ha generado un debate en la Doctrina, tal como lo señala PRIORI POSADA[126], respecto a quién puede demandar la pretensión indemnizatoria y en qué situación procesal.

MONROY GALVEZ señala que el acceso a la jurisdicción para la tutela de

---

[124] MONTERO AROCA, Juan. "La legitimación en el Código Procesal Civil del Perú". Artículo publicado en “Ius et praxis. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima. Nº 24.

[125] PELLEGRINI GRINOVER, Ada. "Acciones colectivas para la tutela del ambiente y de los consumidores". Artículo publicado en “Estudios en Homenaje al Doctor Héctor Fix Zamudio en sus 30 años como investigador de las Ciencias Jurídicas”. Tomo III. Derecho Procesal. México: Universidad Autónoma de México, 1988.

[126] PRIORI POSADA, Giovanni. "La tutela jurisdiccional de los derechos difusos: una aproximación desde el derecho procesal constitucional". Artículo publicado en “Ius Et Veritas” Nº 14. Pág. 97

los intereses difusos no es un caso de legitimidad para obrar sino de representación, sosteniendo que "(…) *en la sociedad contemporánea se han desarrollado cierto tipo de derechos respecto de los cuales no hay posibilidad de identificar con algún nivel de precisión a los sujetos a quienes se les puede reconocer como titulares de tales derechos. Por ejemplo, los derechos del consumidor, los derechos del medio ambiente o ecológicos. Por esa razón, la doctrina reconoce una institución como el medio a través del cual estos derechos pueden ser ejercidos, garantizando así la defensa procesal de sectores importantes de la sociedad que bien pueden considerar que tales derechos les pertenecen. Se trata del "Patrocinio de los intereses difusos". Como resulta evidente, se trata de un mecanismo de representación de un grupo humano indiferenciado, razón por la cual es imposible que se puedan usar las formas tradicionales de otorgamiento de representación procesal voluntaria. Regularmente, la norma procesal que acoge este instituto le concede capacidad procesal a las instituciones sin fines de lucro, afines al derecho que se pretende proteger*."[127]

MONTERO AROCA[128], por su parte, establece que el acceso a los órganos jurisdiccionales para la tutela de los derechos difusos es un caso de legitimidad para obrar extraordinaria. BUJOSA VADELL comparte aquella opinión, sosteniendo que estamos ante un caso de "(…) *legitimación ordinaria sui generis con algunos rasgos de legitimación*

[127] MONROY GÁLVEZ, Juan.- "Introducción al Proceso Civil". Tomo I. Santa Fe de Bogotá: Temis-De Belaunde & Monroy, Abogados, 1996. Pág.

[128] MONTERO AROCA, Juan. "La legitimación en el Código Procesal Civil del Perú". Artículo publicado en "Ius et praxis. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima. Nº 24.

extraordinaria" pero legitimación al fin.[129]

Por nuestra parte, nos adherimos a la segunda posición que establece la existencia de una legitimación extraordinaria en los intereses difusos habiendo por ende una permisión legal expresa a determinadas personas o instituciones a fin de que sean éstas las que puedan plantear determinadas pretensiones en un proceso.

Si bien la posición adoptada nos parece la más apropiada no podemos negar que el legislador opta por la primera de las posiciones considerando la existencia de una "representación". Así el artículo 82 del Código Procesal Civil, ubicado dentro del Capítulo IV sobre "Representación judicial por abogado, procuración oficiosa y representación de los intereses difusos", establece que "*Interés difuso es aquel cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas respecto de bienes de inestimable valor patrimonial tales como la defensa del medio ambiente, de bienes de valores culturales o históricos o del consumidor.*

Pueden promover o intervenir en este proceso, el Ministerio Público y las asociaciones o instituciones sin fines de lucro que según la ley o el criterio del Juez, ésta última por Resolución debidamente motivada, estén legitimados para ello.

En estos casos, una síntesis de la demanda será publicada en el Diario Oficial "El Peruano" y en otro de mayor circulación del distrito judicial. Son aplicables a los procesos sobre intereses difusos, las normas sobre acumulación subjetiva de pretensiones en lo que sea pertinente.

[129] BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo . "La protección jurisdiccional de los intereses de grupo". Barcelona: Bosch,1995.

La sentencia, de no ser recurrida, será elevada en Consulta a la Corte Superior. La sentencia definitiva que declare fundada la demanda, será obligatoria además para quienes no hayan participado del proceso".

Si bien el presente trabajo no tiene por finalidad discutir a profundidad aspectos procesales consideramos que nuestra legislación es precaria al tratar aspectos vinculados a los procesos en los que se persiguen tutelar intereses difusos.

2.3.3. SUBSISTENCIA

El presente requisito establece que a efectos de solicitar una indemnización el interés dañado a reparar debe no haber sido objeto de un resarcimiento previo que haya dado lugar a su satisfacción, puesto que de permitir su indemnización se estaría incurriendo en un supuesto de enriquecimiento indebido.

2.3.4. ANTIJURIDICIDAD

La antijuridicidad exigida responde al hecho que el daño debe haberse producido por efectos de un hecho generador de un supuesto de responsabilidad civil, en otras palabras un daño cuya realización no sea "justificada" por el ordenamiento jurídico (debemos remitirnos a lo

desarrollado a propósito de los hechos dañosos justificados)

El daño se nos presenta como la lesión de un derecho patrimonial o extrapatrimonial legítimo. Se exige que el derecho vulnerado esté protegido por el ordenamiento. Desde luego, no todos los daños que se verifican en la vida en sociedad son jurídicamente reparables. En nuestras sociedades encontramos diferentes perjuicios que no son objeto de reparación alguna. Pensemos, por ejemplo, en los perjuicios económicos y morales que pueden sufrir los profesionales, comerciantes, agricultores y empresarios por los diferentes actos de competencia leal, propuestos en el mercado o en los daños padecidos, dentro de los límites del caso, por un deportista que se expuso voluntariamente a una actividad riesgosa.

2.4. CLASIFICACIÓN DE DAÑO

El daño puede ser materia de clasificación sobre la base de dos criterios: a) de acuerdo a la naturaleza del bien lesionado; y, b) de acuerdo a las consecuencias del evento dañino.

2.4.1. EN CUANTO A LA NATURALEZA DEL BIEN LESIONADO

En cuanto a la naturaleza del bien lesionado, el daño se clasifica en daño subjetivo, o “daño a la persona”, y en daño objetivo, o daño a las cosas del mundo; de conformidad con la clasificación moderna postulada por FERNÁNDEZ SESSAREGO.

La clasificación del daño en cuanto a la naturaleza del ente dañado no es ociosa u obvia, como pudiera dar la impresión. Por el contrario, ella cumple una importante función, sobre todo en las primeras décadas del desarrollo conceptual del “daño a la persona”. Su interés radica en que debe tenerse presente que la naturaleza o calidad ontológica del bien lesionado exige un determinado tratamiento en cuanto a su protección y a la reparación de las consecuencias del daño que pueda ocasionársele. No es por ello lo mismo reparar un daño a un ente único, que consiste en “una unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad”, que un objeto o cosa del mundo exterior al ser humano.

2.4.1.1. DAÑO SUBJETIVO

El daño subjetivo es aquel que afecta el plano de subjetividad de la persona.

La denominación empleada tiene por objeto comprender tanto el daño al “sujeto de derecho” concebido como a la persona natural. No obstante, la costumbre ha hecho que se emplee en su lugar la expresión de “daño a la persona”, haciéndose la aclaración que comprende tanto a la persona por nacer como a la nacida.

La presente referencia es correcta, puesto que también existen en el "ordenamiento jurídico" otros sujetos de derecho diversos a la "persona" como son: el concebido y la denominada "persona jurídica irregular", que

también pueden ser pasibles de daños a ser indemnizados.

El daño subjetivo presenta las variantes siguientes: a) daño psicosomático; y, b) daño a la libertad

a) **El daño psicosomático** es aquel que recae en la esfera psicológica y/o somática del sujeto, que son aquellas que determinan la "salud" del mismo. Debe señalarse que la doctrina concibe a la "Salud" como un estado de equilibrio "psicosomático" en un espacio temporal determinado.

El daño psicosomático a su vez puede consistir en un daño biológico y en un daño a la salud.

- El daño biológico está constituido por la lesión, considerada en si misma, inferida a la persona víctima del daño. Por ejemplo: una pierna quebrada por un golpe.

- El daño a la salud está constituido por el conjunto de repercusiones que el daño biológico produce en la salud del sujeto. Por ejemplo: Producto de la lesión surge un tumor que genera la amputación del miembro.

El daño moral debe asimilarse a un daño psicosomático, puesto que no existe una afectación patrimonial. Así establece: "***El llamado daño moral, en cambio, no compromete la libertad del sujeto sino que es un***

daño sicosomático que afecta la esfera sentimental del sujeto en cuanto su expresión es el dolor, el sufrimiento. Es, por lo tanto, un daño que no se proyecta al futuro, que no está vigente durante la vida de la persona. Por el contrario, las consecuencias del daño moral tienden a disiparse y a desaparecer, por lo general con el transcurso del tiempo".

b) **El daño a la libertad** es el daño que afecta el proyecto de vida, esto es, aquel daño que recae sobre la persona del sujeto que le impide realizar su actividad habitual que es aquella que efectuaba para proveerse los bienes indipensables para su sustento así como en la que estaban plasmadas aquellas metas que le permitirían su realización personal. Por ejemplo: un futbolista que sufre una amputación de un pie; un pianista que le cortan la mano, etc.

FERNÁNDEZ SESSAREGO sostiene que la libertad si bien es una puede tener dos instancias. La primera, que es de carácter subjetiva, supone el instante de la íntima decisión de la persona en cuanto a un determinado proyecto de vida, mientras que la segunda es fenoménica. Es decir, se refiere a la efectiva realización del proyecto.

2.4.1.2. DAÑO OBJETIVO

El daño objetivo es aquel que afecta la esfera patrimonial del sujeto, es decir, aquel que incide sobre los objetos que integran su patrimonio.

Las variantes del daño objetivo son: lucro cesante y daño emergente.

a) **El daño emergente** es aquel que genera el egreso de un bien del patrimonio de la víctima. Por ejemplo: Un sujeto "x" incendia el vehículo de un sujeto "y". Esta conducta va a generar que el bien "automóvil" salga del patrimonio de "y".

b) **El lucro cesante** es aquel que genera que la víctima deje de percibir por efecto del daño un determinado bien, es decir, que por efectos del daño no ha ingresado un determinado bien en el patrimonio de la víctima.

2.4.2. EN CUANTO A LAS CONSECUENCIAS GENERADAS POR EL DAÑO-EVENTO

La segunda de las clasificaciones atiende ya no a la naturaleza del ente dañado, determinante de los criterios y técnicas a emplear para su reparación, sino al tipo de consecuencias que pueden derivarse del daño producido. Los daños, según sus consecuencias, se pueden dividir en daños patrimoniales o no personales y daños extrapatrimoniales o personales.

2.4.2.1. DAÑOS PATRIMONIALES

Los daños patrimoniales son los que generan consecuencias apreciables en dinero o cuando el objeto dañado puede ser sustituido por otro de

idéntica naturaleza.

El daño patrimonial es el que recae sobre el patrimonio, ya sea en forma directa sobre las cosas que lo componen o indirecta como consecuencia o reflejo de un daño causado a la persona misma, en sus derechos o facultades: así, es daño material o patrimonial directo el que sufren bienes económicos destruidos o deteriorados; y daño patrimonial indirecto, por ejemplo, los gastos realizados (daño emergente) para la curación de las lesiones corporales, o las ganancias que se frustran (lucro cesante) por la incapacidad para el trabajo sobrevenida a la víctima, así será daño patrimonial y no moral, el perjuicio económico por las lesiones deformantes sufridas en el rostro por una modelo, o las lesiones en la capacidad física de un deportista profesional.

2.4.2.2. DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES

El daño extrapatrimonial requiere para su explicación un desarrollo más profundo, para lo cual recurriremos a SANTOS CIFUENTES, quien explica en forma breve, clara y completa el tema pasando por las tres teorías del daño.

- **La teoría del derecho sostiene que el daño deriva de la clase de derecho subjetivo lesionado, protegido por el ordenamiento**. Esto significa que si el ataque y consiguiente detrimento recae sobre un derecho subjetivo extrapatrimonial, es decir, sobre los derechos personalísimos que por naturaleza son extrapatrimoniales, es daño

moral. Por este camino se llega a que el daño mas que la violación a un derecho del sujeto lo es de la norma que reconoce el derecho subjetivo inherente a la personalidad. Lo ofendido es el ordenamiento mismo, como perjuicio in iure, aún cuando tales derechos o bienes que no tienen mensura económica por origen y destino, estén dirigidos con exclusividad a obtener ganancias lucrativas.

Esta teoría se aleja del elemento que es soporte de los efectos del acto, para considerar una cobertura de ese elemento que está en el orden jurídico mismo, en la envoltura jurídica que da cauce al goce del algo sufrido: el derecho. Pero lo dañado no es el derecho que sigue incólume frente al ataque, sino el objeto ofendido o disminuido por ese ataque. El derecho, sea personalísimo o no, se reduce a un goce y una reacción para defender ese goce. Luego, no puede ser soporte del daño, el cual se produce sobre el objeto dañado y no sobre el derecho subjetivo - normativo que protege a ese objeto.

La teoría no puede explicar por qué un derecho patrimonial, puede derivar en un daño moral para el sujeto, y sin embargo, hay cosas que contienen ambos valores, también los extrapatrimoniales de afección, además de sus valores intrínsecos propios de la materialidad y valoración dineraria. Debe recurrir como subterfugio para comprender este supuesto, a la idea del daño indirecto.

- **La teoría del interés afectado, sosteniendo que tal interés viene a ser un poder actuar reconocido por la ley hacia el objeto de**

satisfacción, sería un interés legítimo o jurídico que vendría a importar el contenido de un derecho subjetivo. Con una visión mas amplia se admite el interés simple, el cual vendría a ser la expectativa de continuar obteniendo el objeto de la satisfacción.

Esta teoría es una variante casi inapreciable de la anterior y con igual defecto en la medida, desde ya, que ciña la noción de interés al aspecto referido de poderse obtener el objeto de satisfacción (facultad del sujeto), se conciba este poder como un derecho o no. Rebasa también aquí el problema del daño y del algo dañado, para hacer residir el efecto del ataque en una consideración exterior y no para asimilar lo que precisa y directamente soporta la ofensa. El interés, concebido de esta manera, no puede ser dañado, pues persiste antes y después del ataque incólume, tal como el derecho subjetivo. Ese derecho no es menos derecho ni derecho desmedrado, si en su objeto concurre un daño; ese interés tampoco es menos poder o poder reducido a partir de la ofensa o perjuicio. Ellos no son, por tanto, los menoscabados. A menos que se halla perdido completamente el objeto y por lo tanto el derecho y el interés - facultad.

La tercera de la satisfacción se ubica en el resultado o la consecuencia de la acción dañosa, y en ese resultado con toda propiedad concentra las miras de su caracterización. De modo que si el detrimento producido por la ofensa disminuye o hace perder un bien (en sentido general y no jurídico) inmaterial y no valuable en dinero, es daño moral; si patrimonial y mensurable en moneda, es daño

material.

El daño jurídico (teorías del derecho y del interés, poder de satisfacción), no conforma en las expectativas de la realidad del análisis como el daño de hecho, al cual MOSSET ITURRASPE[130] se refiere, que es disminución o pérdida de idoneidad para satisfacer necesidades del lesionado. Pero no podría ser tal, la supresión de alguno de esos bienes.

En el derecho privado, su faz extracontractual separa los elementos que la conforman: la relación de causalidad, antijuridicidad, voluntariedad, imputabilidad y daño. De igual modo en el área contractual, la teoría de la reparación destaca el daño, independientemente de la norma incumplida (antijuridicidad), del incumplimiento o de la mora y de la culpa dolo (imputabilidad). El que está en juego es el elemento daño no algún otro (antijuridicidad, voluntariedad). Por ello se habla de daño material o moral. A diferencia del privado, el derecho penal puede prescindir del daño; puede no haber un objeto dañado.

Es así que SANTOS CIFUENTES considera a la primera de las teorías inapropiada desde que se adscribe al elemento antijuridicidad, olvidándose del daño. Se llegaría al extremo, en el orden probatorio, de acreditar simplemente la acción contraria al derecho, sin necesidad de comprobar la existencia de algo dañado que permite establecer la

[130] MOSSET ITURRASPE, "Daño de Hecho y Daño Jurídico", LL 19982-D-171,ap.I.

entidad del daño.

Por el mismo razonamiento no comparte la teoría del interés, tal como se la ha concebido en los estrechos límites del poder de satisfacción. En realidad el poder de satisfacción del derecho se adscribe al sujeto que lo tiene conferido por el derecho subjetivo. Es parte de ese derecho, como una de sus fases. El daño se acarrea no a ese poder del sujeto, sino a un bien o soporte, materia o inmaterial, del sujeto. No se menoscaba el señorío del sujeto, sino su patrimonio o manifestaciones personales que le acompañan como persona (honra, libertad, cuerpo, intimidad).

El poder de satisfacción del derecho no tiene entidad mayor o menor. Si la tiene el daño sobre el objeto dañado. Y estos puntos de mira, encadenados con la relación de causalidad, son las pautas comparativas de la entidad de los daños que permitan evaluarlos en mas o en menos según su gravedad.

Según esta visión la tercera teoría sería la mas completa jurídicamente hablando pues se detiene y saca provecho del elemento Daño que la ley hace imprescindible en la reparación del derecho civil o privado. ¿Qué es lo que se daña o perjudica con el hecho ilícito?. Ni el derecho que protege el objeto (éste se viola o contradice, no se daña); ni el poder actuar hacia el objeto o hacia la expectativa de satisfacción (éste se neutraliza o paraliza, no se daña), sino el objeto mismo dañado. De modo que cuando el detrimento recae sobre uno de los modos de ser

espirituales y todas y cada una de las manifestaciones personalísimas, es daño extrapatrimonial.

2.5. CONSECUENCIAS DEL DAÑO

La consecuencia de todo daño a un derecho lesionado requiere una indemnización “a fin de que se conserve la armonía en la convivencia social”. Desde luego, esta indemnización debe ser integral. Esto es, debe extenderse respecto de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales.

Cuando un derecho patrimonial se ve lesionado o afectado negativamente, nos encontramos frente a un daño patrimonial, directamente susceptible de evaluación pecuniaria o patrimonial. Por su parte, si lo que se ve afectado es un derecho extrapatrimonial, el daño recibe el nombre de extrapatrimonial.

Sobre el particular, aclaramos que en el Perú los daños patrimoniales son referenciados como materiales y los extrapatrimoniales como inmateriales. Pensamos que estas expresiones no son afortunadas toda vez que la inmaterialidad no es sinónimo de extrapatrimonialidad.

Antes bien, una variedad muy importante de los bienes, respecto de los cuales se reconocen derechos patrimoniales, son los denominados bienes inmateriales, como las obras literarias, artísticas y científicas, signos distintivos –v.gr. marcas, lemas comerciales y nombres comerciales–, invenciones industriales –v.gr. patentes y diseños

industriales–, la prestación misma, etc.

La indemnización en cuanto a los daños patrimoniales se trata de una verdadera reparación, mientras que respecto de los daños extrapatrimoniales se consagra una mera compensación.

3. EL DAÑO MORAL

3.1. DEFINICIÓN

El daño moral, según LIZARDO TABOADA "(…) *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*".[131]

SCOGNAMIGLIO señala que "(…) *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*".[132]

FERRER VICENTE define el daño moral desde dos aspectos: un sentido amplio y uno estricto. "*En un sentido amplio se entiende el concepto*

131 TABOADA CORDOVA, Lizardo.- "Elementos de la Responsabilidad Civil". Editorial Grijley. 2001. Lima-Perú. Págs. 58-59.

132 SCOGNAMIGLIO, Renato.- "Voz Danno morale, en Novissimo Digesto italiano". Volumen V, Turín, Utet, 1960. Pág. 147.

de daño moral, como todo sufrimiento psíquico que padece una persona como consecuencia de una multitud de hechos muy difíciles de enumerar; de variada magnitud y que no son objeto de valoración económica, puesto que su valoración es incalculable, ya que su resarcimiento eco nómico no es suficiente para reparar dicho sufrimiento psíquico del correspondiente daño. En un sentido menos amplio, ese daño psíquico se prolonga al físico, dando origen a, mediante un procedimiento legal, obtener una resolución judicial traducida en un resarcimiento económico". Agrega que "*Desde otro punto de vista se puede conceptuar el daño moral como el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades, comportamientos o determinados resultados. Incluye bienes y los correspondientes intereses jurídicos de contenido no patrimonial. Así se compren den no solo por los ataques a bienes o derechos de la personalidad, sino también las repercusiones en el ámbito psíquico afectivo*".[133]

RENÉ ABELIUK define el daño moral como "(…) *el sufrimiento que experimenta una persona por una herida, la muerte de una persona querida, una ofensa a su dignidad u honor, la destrucción de una cosa de afección, etc. Como han dicho otras sentencias, es el dolor, pesar, angustia y molestias psíquicas que sufre una persona en sus sentimientos a consecuencia del hecho ilícito; un hecho externo que afecta la integridad física o moral del individuo*".[134]

---

[133] FERRER VICENTE, José María.- "La cuestión de los daños morales". Editor Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. Madrid – España. 2007. Pág. 24.

[134] ABELIUK MANASEVICH, René.- "Las Obligaciones. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1993. Pág. 204.

CARMEN DOMÍNGUEZ al respecto señala que "(…) *la determinación de los bienes o intereses cuyo atentado se ha de considerar constitutivo de un daño moral corresponderá, en definitiva, a la conciencia social imperante en el momento en que se efectúa esa calificación. Es entonces este último el único parámetro fijo con que puede contarse en esta materia*".[135]

Por nuestra parte, **el daño moral como aquel que se produce por la violación de los derechos inherentes a la personalidad, así como cualquier tipo de afectación o perturbación que sufra el ser humano en sus intereses, aspiraciones, sentimientos o capacidades intelectuales como consecuencia de un acto ilícito**.

El daño moral implica la vulneración de los sentimientos de una persona. Empero, 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

[135] DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen.- "El daño moral". Tomo I. Primera Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago - Chile. 2000. Pág. 85.

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*". Empero, pensamos que el 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. 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 el 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.

3.2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Etimológicamente el término "injuria" (insulto, afrenta, agravio, injusticia) es un término utilizado para significar todo aquello contrario al Derecho o la Justicia[136]. El término "injuria" evolucionó conceptualmente en el Derecho Romano ya que comenzó siendo contemplado en las

[136] GUZMÁN, Ricardo Franco.- "Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México". Tercera Edición. Editorial Porrúa. México, 1989. Pág. 1726.

primitivas y casuísticas XII Tablas (Tablas VIII y IX) para englobar casos de daños en la persona física y en la propiedad ajena, esto es, sin mencionar el daño moral y no sería sino el Pretor quien más tarde se encargaría de incluir en el término injuria, también el daño moral causado a una persona. Puede afirmarse por lo tanto que la tendencia del Derecho Romano, concretamente en las XII Tablas, fue la de regular casuísticamente y sin extraer un principio general, los daños ocasionados tanto sobre cosas ajenas como sobre la persona física de los demás. Es decir, los efectos de las injurias fueron primeramente enumerados de manera casuística y primitiva por la Ley de las XII Tablas y después modificados por la equidad del Pretor, desmaterializando poco a poco el concepto. Las XII Tablas eran ciertamente deficientes en tal materia desde el momento en que no distinguían entre el dolo y la culpa por parte del infractor (no sería sino hasta la "Lex Aquilia de Damno" del 286.a.C, que se regularía el daño partiendo de un comportamiento antijurídico del agente: el hecho cometido comprende el elemento subjetivo de la acción, esto es, dolo o culpa). Este aspecto, unido a las multas irrisorias (a causa de la devaluación de la moneda) fijadas por las XII Tablas, hizo necesaria la mencionada intervención pretoria. Lo importante de la intervención pretoria, más flexible y acorde con las circunstancias del momento, es que fijó una reparación pecuniaria directamente relacionada con la gravedad de la lesión ocasionada. La figura del Pretor contribuyó así a pasar de un concepto materialista de daño en el cuerpo o lesión corporal o patrimonial a una noción más inmaterial del concepto "injuria" al incluir en el mismo lesiones de carácter moral inferidas sobre

personas libres, en su integridad personal tanto física como moral. El Derecho Clásico contribuyó a una transición entre la venganza limitada por el principio de igualdad entre daño y pena o la pena pecuniaria fija, por una acción penal "in factum" que permitía al juez fijar una pena pecuniaria tomando en consideración las circunstancias particulares del caso concreto y a las personas afectadas: la "Actio Iniuriarum"[137].

En virtud de la "Actio Iniuriarum", el ofendido estimaba ante el Pretor el importe reclamado como compensación y era el Juez quien fijaba la cuantía de acuerdo a la equidad y tomando en cuenta las circunstancias del caso concreto, en el entendido de que la estimación de la pena no quedaba referida a un daño material sino a la ofensa moral producida por la injuria. Lo anterior, aun tratándose de lesiones corporales ya que éstas se consideran inestimables. El juez podía reducir la cuantía de la indemnización según su leal saber y entender así como aumentar la cuantía de la pena en proporción a la dignidad afectada de la víctima, pero generalmente se sujetaba a lo fijado por el Pretor. En algunos supuestos el ofendido podía optar entre la "Actio iniuriarum" o intentar la acción criminal correspondiente para obtener el castigo del ofensor, ya que no quedaba excluida la responsabilidad penal.[138]

Con la "Lex Cornelia de Iniuriis" (de la época de Sila), los casos de injuria que facultaban a la víctima a seguir la acción criminal eran tres:

[137] D'ORS, Álvaro.- "Derecho Privado Romano". Editorial Eunsa, 1986. Pág. 430
[138] D'ORS, Álvaro.- "Derecho Privado Romano". Editorial Eunsa, 1986. Pág. 431

violación de domicilio, difamación o golpes[139]. Esto indica que para otros tipos de injuria, la vía correcta era la civil. No se trata de dos penas sancionadoras de un mismo hecho, sino que se podía escoger entre la "Actio Iniuriarum" a la que se podía sumar además la "Actio legis Aquilia", si a las ofensas se sumaba la lesión física, y una persecución criminal pero sólo en los casos mencionados (violación de domicilio, difamación o golpes). Es muy importante destacar entonces, que aunque los romanos no sistematizaron conceptos tales como el honor y la dignidad, sí lograron una eficaz y casuística defensa de los Derechos de la Personalidad, haciendo además una clara distinción entre conceptos tan importantes como los son el dolo y la culpa y el daño material y el moral.

3.3. CONCEPCIONES

El daño moral presenta distintos enfoques en cuanto a su concepción; enfoques pueden ser resumidos en las siguientes visiones: a) como pretium doloris; b) como lesión de derechos subjetivos extrapatrimoniales; y, c) como lesión a los intereses extrapatrimoniales de la persona.

3.3.1. DAÑO MORAL COMO PRETIUM DOLORIS

[139] HUBER OLEA, Francisco José.- "Diccionario de Derecho Romano". Editorial Porrúa. Distrito Federal – México. 2000. Pág. 264.

La mas elemental y básica noción de daño moral es aquella que la homologa al pretium doloris, sostenida arduamente por la jurisprudencia nacional, que reduce el daño moral tan sólo al dolor, afección física o espiritual, a la angustia, molestia, humillación, y en general, a todo tipo de agravio que pueda sufrir el sujeto lesionado producto del evento nocivo.

Se trata, por consiguiente, de un daño de afección, donde la persona natural que sufre el dolor o molestia, como consecuencia del hecho ilícito, ve lesionados y disminuidos sus atributos o facultades morales, por lo cual debe ser indemnizado

ALESSANDRI RODRÍGUEZ al respecto señala que "(…) *el daño moral consiste exclusivamente en el dolor, pesar o molestia que sufre una persona en su sensibilidad física o sentimientos, creencias o afectos. De ahí que la indemnización que lo repare se denomina pretium doloris.*"[140]

La concepción del daño moral como pretium doloris se enfrenta a los cuestionamientos siguientes:

- En primer lugar, la principal objeción que se plantea a la presente concepción es la reducción que se hace del concepto de daño moral, por cuanto deja fuera del contenido de este daño, a una serie de perjuicios que no implican dolor en el sentido estricto del término, pero que constituyen un atentado contra valores de la personalidad. Es por

[140] ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo.- "De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno". Imprenta Universitaria. Santiago – Chile. 1943. Pág. 128.

ello que nuestra jurisprudencia ha fallado -no en pocas ocasiones- que las personas jurídicas no son entes susceptibles de ser sujetos pasivos de daño moral, ya que como ente ficticio creado por la ley, no es sujeto de sufrimiento, dolor o afección de sentimientos, propios de una persona natural, por lo que no es posible experimentar daño moral.

- En segundo lugar, otra crítica que plantea la doctrina a esta concepción, es la confusión que exhibe entre las consecuencias del perjuicio producido al sujeto y el perjuicio o daño en sí mismo. En este sentido DOMÍNGUEZ HIDALGO señala que "(…) *el dolor o sufrimiento son las repercusiones que la lesión tiene en el espíritu o en el cuerpo, pero de ninguna manera constituyen su esencia. El daño viene, por el contrario, determinado por el atentado de ciertos derechos, bienes o intereses que el Derecho reconoce en favor de la persona*."[141] La confusión es peligrosa porque puede hacer excluir la concesión de indemnizaciones por daño moral cuando no hay un daño o lesión material.

3.3.2. DAÑO MORAL COMO LESIÓN A DERECHOS SUBJETIVOS EXTRAPATRIMONIALES

Una segunda concepción en torno al concepto de daño moral es aquella que lo vincula a la lesión de derechos subjetivos extrapatrimoniales. DIEZ SCHWERTER señala que la "(…) *distinción*

[141] DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen.- "El daño moral". Tomo I. Primera Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago - Chile. 2000. Pág. 85.

entre daños materiales y morales se efectúa precisando la naturaleza de los derechos subjetivos lesionados, los que pueden ser de dos órdenes diversos: 'patrimoniales' o 'extrapatrimoniales o inherentes a la personalidad', el agravio a los primeros origina un daño patrimonial, en tanto que el atentado a los segundos engendra un daño extrapatrimonial o moral".[142] Esto significa que si el ataque y consiguiente detrimento recae sobre un derecho subjetivo extrapatrimonial el daño sería moral, en cambio cuando el agravio lo sufre un derecho de índole económica, el daño sería patrimonial.

FUEYO LANERI al respecto señala que "(…) *los derechos son patrimoniales o extrapatrimoniales; de la agresión a estos últimos, que constituyen el bien jurídico protegido, nace el daño extrapatrimonial que deberá repararse*".[143]

VERGARA BEZANILLA, bajo la presente noción, define al daño moral como la "(…) *lesión o detrimento que experimenta una persona en su honor, su reputación, su integridad física o sicológica, su libertad, sus afectos, estabilidad y unidad familiar, esto es, en general, en los atributos o cualidades morales de la persona, con las consiguientes repercusiones en la normalidad de su existencia*."[144]

---

[142] DIEZ SCHWERTER, José Luis.- "El Daño Extracontractual. Jurisprudencia y Doctrina". Primera Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago – Chile. 1997. Pág. 85.
[143] FUEYO LANERI, Fernando.- "Instituciones del Derecho Civil Moderno". Editorial Jurídica de Chile. Santiago – Chile. 1990. Pág. 52.
[144] VERGARA BEZANILLA, José Pablo.- "Mercantilización del daño moral". Artículo publicado en "Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado". N°1. Año 2000. Santiago – Chile. 1990. Pág. 70.

La concepción del daño moral como la lesión de derechos subjetivos extrapatrimoniales nace como reacción a la identificación que la tesis del pretium doloris tiene respecto a la persona natural, logrando de esa forma abarcar dentro del daño moral el menoscabo a bienes jurídicos como el honor, la reputación, intimidad personal, etc., con independencia de si originan o no un dolor o sufrimiento psíquico o espiritual al sujeto lesionado. De esa forma, las personas jurídicas podrían ser sujetos pasivos de daño moral, al ser titulares de derechos subjetivos extrapatrimoniales.

Empero, la presente posición no esta exenta de críticas, procediendo a señalar las siguientes:

- En primer lugar, la doctrina señala que "(…) *no es efectivo que la lesión de un derecho extrapatrimonial o de un derecho de la persona desencadene exclusivamente un daño moral, único caso en que la definición sería correcta, puesto que en múltiples ocasiones a ese tipo de perjuicio se une uno de tipo patrimonial*."[145] Vale lo dicho, para la situación inversa, es decir, el daño patrimonial puede –a menudo- causar daño moral, como sería el caso de la pérdida o menoscabo de un bien material de nuestra propiedad ante el cual estábamos unidos por lazos de afectos.

- En segundo lugar, y como crítica fundamental, es que no logra otorgar protección a la lesión de los intereses legítimos extrapatrimoniales, de

[145] DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen.- "El daño moral". Tomo I. Primera Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago - Chile. 2000. Pág. 61.

los cuales no todos participan del carácter de derechos subjetivos. En efecto, como lo señala VON THUR "(…) *existen derechos en cuyo destino y estructura puede faltar un interés del sujeto (....) a la inversa hay intereses que tienen protección jurídica, pero no son objetos de derechos subjetivos, porque su protección no se funda en un poder de voluntad de los interesados*."[146]

Es perfectamente posible afirmar la existencia de intereses legítimos extrapatrimoniales que no coincidan con derechos subjetivos; por lo mismo, asimilar el daño moral a la lesión de derechos subjetivos, significa dejar sin protección a todos los intereses legítimos extrapatrimoniales que no tenga el carácter de derechos subjetivos. Y a la inversa, significa proteger derechos subjetivos que carecen de un interés de parte de su titular.

3.3.3. DAÑO MORAL COMO LESIÓN A INTERESES EXTRAPATRIMONIALES

Una última idea en torno al concepto del perjuicio moral es aquella que concibe el daño moral como la lesión a los intereses extrapatrimoniales de la persona, que serían aquellos insustituibles por un valor de moneda o cambio.

Aquí la certeza del perjuicio moral pasa por la naturaleza de los

[146] VON THUR, Andreas.- "Derecho Civil. Los derechos subjetivos y el patrimonio". Volumen I. Tomo I. Editorial Marcial Pons., Madrid – España. 1998. Págs. 62 - 63.

intereses afectados por el evento nocivo, los cuales determinan la presencia del daño moral o patrimonial, o ambos, dado que "(…) *existe la posibilidad de que un hecho ilícito origine a la vez daños materiales y morales, desde que los intereses por él vulnerados pueden ser tanto patrimoniales como extrapatrimoniales*".[147]

Así, el daño moral no es más que la lesión, detrimento o menoscabo que sufre una persona –natural o jurídica- en sus intereses legítimos de índole extrapatrimonial, es decir, aquel atentado en contra de los beneficios o ventajas lícitas no mensurables pecuniariamente del cual una persona es titular. Bajo esta nomenclatura no resulta resarcible cualquier tipo de dolor, humillación, aflicción o padecimiento, sino que sólo aquellos que deriven inmediatamente de la lesión de intereses legítimos extrapatrimoniales del damnificado por el evento dañoso.

3.3.4. POSICIÓN PERSONAL

Por nuestra parte, nos adherimos a la posición última de considerar que el daño moral como una lesión de intereses legítimos extrapatrimoniales, entendiendo por tal toda ventaja, provecho o beneficio no cuantificable económicamente que produce una satisfacción o goce, aunque ese goce se proyecte en el plano patrimonial.

[147] DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen.- "El daño moral". Tomo I. Primera Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago - Chile. 2000. Pág. 308.

El interés legítimo extrapatrimonial puede estar o no tutelado adicionalmente con un poder de la voluntad configurado como derecho subjetivo. De la misma forma, la existencia de un derecho subjetivo no hace suponer un interés legítimo. Al ordenamiento le interesa la protección de los intereses extrapatrimoniales lícitos independiente de su configuración particular; por lo mismo, el menoscabo a los derechos subjetivos que no son intereses del sujeto no puede dar lugar a la producción del daño moral.

Esta concepción nos permite otorgar mayor certeza al contenido del perjuicio moral al quedar circunscrito específicamente a la naturaleza del interés lesionado. Así, estaremos en presencia de daño moral cuando el hecho ilícito lesione intereses extrapatrimoniales o no patrimoniales del sujeto. Por el contrario, estaremos en presencia de daño material cuando se lesionen intereses patrimoniales.

3.4. CLASIFICACIÓN

3.4.1. DAÑO MORAL SUBJETIVO Y OBJETIVO

MAZEAUD y TUNC, distinguen la parte social y la parte afectiva del patrimonio moral. Separan los daños que atentan contra la parte social del patrimonio moral "(…) *que afectan al individuo en su honor, en su*

reputación y en su consideración", y los daños que atentan contra la parte afectiva del patrimonio moral "(…) *que alcanzan al individuo en sus afectos*"[148]. Esta clasificación parte de la base de reconocer en el sujeto una esfera biológica –física y sicológica- y un aspecto social configurado por las interrelaciones humanas establecidas entre los particulares que persigue su desarrollo, económico y afectivo, en cuanto ser social.

3.4.1.1. DAÑO MORAL SUBJETIVO

El daño moral subjetivo, según AMPUERO, "(…) *el daño moral interno es aquel conocido como "pretium doloris" o "precio del dolor", donde se lesiona la esfera interna del sujeto, esto es, el plano de los sentimientos y/o de la autoestima, sin que existan ramificaciones a la esfera patrimonial. En otras palabras daño moral subjetivo es el dolor, molestia y humillación que sufre una persona en su individualidad. Esta clase de daño moral ha sido reconocida sistemáticamente por nuestra jurisprudencia*.".[149]

El daño moral subjetivo es aquel conocido como el "pretium doloris" o "precio del dolor", donde se lesiona la esfera interna del sujeto, esto es, el plano de los sentimientos y/o de la autoestima del sujeto no transcendiendo el daño al plano externo de la productividad (o del

[148] MAZEAUD Y TUNC: Tratado teórico y práctico de responsabilidad civil delictual y contractual, tomo I, volumen 1, pp. 425 y 426

[149] AMPUERO, Iván Hunter.- "La prueba del daño moral". Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales". Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile. Valdivia – Chile. 2005. Pág. 25.

desarrollo conductual del sujeto). En este caso tenemos por ejemplo a los daños generados por los insultos.

La indemnización de este daño moral se realizará a partir de una "estimación" buscando cumplir con ello una función consolatoria dado que no podrá verificarse la "satisfacción" del interés dañado puesto que no es posible su determinación.

En este caso hacemos referencia a una función consolatoria dado que se considera que el ser humano tiene la capacidad natural de controlar sus emociones, pudiendo mitigar sus penas a partir de "distracciones", es así que se establece que se busca mediante la indemnización comprar el dolor mediante distracción, persiguiendo que el sujeto logre controlar su padecimiento.

3.4.1.2. DAÑO MORAL OBJETIVO

El daño moral objetivo, según AMPUERO, "(…) *el daño moral objetivo sería aquel que sufre el individuo en su consideración social, donde se lesionan intereses extrapatrimoniales como el honor, la reputación y el buen nombre*".[150]

El daño moral objetivo es aquel que no se limita a un menoscabo en la

[150] AMPUERO, Iván Hunter.- "La prueba del daño moral". Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales". Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile. Valdivia – Chile. 2005. Pág. 25.

esfera interna del sujeto (en los sentimientos o afectos del sujeto) puesto que los efectos del daño transcienden a la esfera de productividad, es decir, va a afectarse la actividad que el sujeto realizaba, el desarrollo normal de su vida, etc.

En este caso la indemnización no sólo deberá cubrir el daño a la esfera interna del sujeto sino también aquellas repercusiones en la conducta del sujeto (la Doctrina considera que estas generan un daño patrimonial indirecto).

Consideramos que con el presente caso se puede estar disfrazando una suerte de "daño social" que la doctrina no ha desarrollado. Cuando nos referimos a "daño social" queremos hacer referencia al aspecto "social de la vida humana". La vida, según se establece en la Doctrina actual, es una unidad "bio-psico-social" (ver capítulo primero) por ende tiene tres niveles. En el presente estudio nos referimos al tercer nivel: " la vida social", esto es, "el desarrollo de la vida humana (del ser humano) a partir de sus vinculaciones con terceros". En muchos daños que los particulares sufren vemos que este nivel es afectado (el de la vida social) no solicitándose indemnización alguna por la falta de desarrollo doctrinario que genera un desconocimiento en los particulares y en los jueces. Consideramos que debe realizarse un estudio independiente de este supuesto para poder evitar caer en salidas "facilistas" de adecuar casos nuevos a "supuestos antiguos".

3.4.2. DAÑO MORAL PURO, DAÑO MORAL CON CONSECUENCIAS PATRIMONIALES Y DAÑO MORAL DERIVADO DE DAÑO MATERIAL

La presente clasificación separa el evento dañoso de sus consecuencias. El evento dañoso es la lesión del interés protegido, en sí mismo considerado, que puede ser patrimonial o extrapatrimonial, en cambio las consecuencias de tal evento, son aquellos perjuicios posteriores, de orden económico o moral, que derivan de la lesión al interés.

Alguna doctrina, sin entrar a reconocer esta clasificación, prefiere hablar de daño moral directo e indirecto, poniendo el acento en la génesis del daño moral, el cual "(…) *se produce o puede producirse directamente cuando se lesiona un derecho extrapatrimonial, e indirectamente cuando se lesiona un derecho patrimonial*."[151]

3.4.2.1. DAÑO MORAL PURO

El daño moral puro sería entonces aquel que se agota en el simple menoscabo o detrimento de un interés legítimo extrapatrimonial, sin tener ramificaciones o consecuencias inmediatas o mediatas en la esfera patrimonial económicamente mensurable del sujeto que lo sufre.

[151] RODRÍGUEZ GREZ, Pablo.- "Responsabilidad extracontractual". Primera Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago – Chile. 1999. Pág. 313.

3.4.2.2. DAÑO MORAL CON CONSECUENCIAS PATRIMONIALES

El daño moral con consecuencias patrimoniales sería aquel que vulnera los intereses extrapatrimoniales lícitos del sujeto y que produce como consecuencia mediata o inmediata una disminución del patrimonio. Infracciones a valores como el honor o la reputación muy frecuentemente pueden afectar el plano económico del damnificado.

3.4.2.3. DAÑO MORAL DERIVADO DE DAÑO MATERIAL

El daño moral derivado del daño patrimonial, consistiría en la lesión a un interés tendiente a la satisfacción o goce de bienes jurídicos patrimoniales, cuando éste produce además un atentado a los intereses extrapatrimoniales. Esta clase de daño se produce en todos aquellos casos en que la lesión recae sobre bienes patrimoniales con los cuales su titular estaba ligado por vínculos de afecto.

PIZARRO al respecto señala que "(…) *nada obsta a la existencia de intereses no patrimoniales, de afección, vinculados a bienes patrimoniales, cuya minoración (por destrucción, pérdida o deterioro) puede generar un detrimento*

espiritual a su titular."[152]

3.5. ¿DAÑO A LA PERSONA O DAÑO MORAL?

Un tema discutible, en el cual no se ha logrado consenso, es el de la delimitación de las fronteras conceptuales entre el tradicional "daño moral", en cuanto pretium doloris, y el "daño a la persona". La reciente aparición del concepto "daño a la persona" ha encontrado desprevenido a un sector de juristas que, desconcertados ante las novedades, no se detienen a reflexionar, en profundidad y sin prejuicios, sobre la naturaleza y alcances de esta nueva figura jurídica que ha venido a revolucionar el mundo de la responsabilidad civil. Algunos, o muchos de ellos, prefieren lo que, a nuestro juicio, es el fácil expediente de incorporar los nuevos daños cometidos contra el ser humano dentro de un restringido concepto de "daño moral" que, tradicionalmente, denota dolor y sufrimiento. El catálogo de los daños a la persona es, lamentablemente, muy nutrido, por lo que no se agota en el dolor o el sufrimiento humanos.

Frente a la aparición de nuevos daños que inciden sobre la persona humana, antes no contemplados ni por la doctrina ni por la jurisprudencia, consideramos que hay que aguzar la imaginación y el ingenio para crear conceptos que denoten, con la mayor precisión posible esta nueva materia. Es decir, que sean descriptivos del objeto al cual se refieren, sin necesidad de recurrir a antiguas nociones que, tradicionalmente, tienen

[152] PIZARRO, Ramón Daniel.- "El Daño Moral. Prevención, Reparación y Punición". Editorial Hammurabi. Buenos Aires – Argentina. 1996. Pág. 61.

un diverso significado jurídico creando, innecesariamente, indeseables y nada constructivas confusiones que atentan contra la transparencia y tersura que debe existir cuando nos referimos a la institucionalidad jurídica, la que exige claras delimitaciones conceptuales.

En efecto, y tal como lo sostenemos, el antiguo y tradicional concepto de "daño moral", que históricamente se reduce al mundo de la subjetividad de los dolores y sufrimientos que experimenta el ser humano (pretium doloris), no es descriptivo del objeto a que se refiere la nueva noción de "daño a la persona". Este nuevo concepto se refiere a nuevas situaciones que no se reducen al dolor o sufrimiento, pues abarcan "todos" los daños que se pueden causar a la persona, ya sea que incidan en algún aspecto de su estructura psicosomática o agravien su "proyecto de vida". La significación que denota el concepto "daño moral" no comprende cualquier daño psicosomático, el que se puede comprobar objetivamente mediante un peritaje médico-legal, así como tampoco resulta adecuado para describir un daño a la libertad fenoménica, al "proyecto de vida".

Por ello, debemos hacer el esfuerzo de buscar nuevos conceptos que puedan dar cuenta, lo más fielmente posible, de una imprevista nueva realidad, la que no aparece en la literatura jurídica en la que hemos bebido los que nos dedicamos al estudio del Derecho. Dentro de esta línea de pensamiento somos del parecer que el concepto "daño moral" debe seguir denotando aquello a lo que históricamente se ha referido: al dolor o sufrimiento humanos (pretium doloris), experiencia de carácter subjetivo, ya que se contrae a emociones psíquicas no patológicas.

MOSSET ITURRASPE, en relación con lo expresado, resume con precisión el problema planteado cuando, categóricamente, afirma que para el Derecho el "(…) *centro de la cuestión no es más "el dolor", es el hombre, la persona humana, su dignidad, sus virtualidades, sus apetencias*"[153].

Por nuestra parte, y conforme hemos señalado al manifestar nuestra adherencia a la moderna clasificación del maestro FERNÁNDEZ SESSAREGO, el daño moral constituye un daño psicosomático y, por ende, constituye una variante del daño subjetivo.

3.6. CONSECUENCIA: REPARACIÓN

El concepto de daño moral o extrapatrimonial como también le llama la doctrina, cae dentro del género daño como una especie al lado de otros conceptos, tales como daño actual y daño futuro, daño directo y daño indirecto, daño patrimonial y daño moral, todos sobre la base de la existencia de derechos individuales.

Ahora bien, para adentrarse en el tema de la reparación, es menester dejar precisado el tipo de derecho, si lo hay, que resulta lesionado. Ya se ha indicado que el daño es moral cuando afecta puramente al individuo en su personalidad y no en su patrimonialidad, sea ésta tan

[153] MOSSET ITURRASPE, Jorge.- "El daño a la persona en el Código Civil peruano". Artículo publicado en "Los diez años del Código Civil peruano: balance y perspectivas", Tomo I. Lima Perú. Pág. 213.

extensa como se quiera, siempre que no se trate de valores pecuniarios. En efecto, el daño moral puede, indirecta o directamente tener un resultado económico en los ejemplos que cita la doctrina; pérdida del ser querido que además es el sostén de la familia, pérdida de un miembro que además es indispensable para el artista y así por el estilo. Lo que se intenta identificar es que la lesión recae en algo que no tiene precio, aunque por su causa (daño futuro) se pierda una profesión, un empleo o la fuente de recursos familiares.

Hay consenso en dejar establecido que lo lesionado es un interés jurídico o jurídicamente protegido, porque de otra manera no se tendría base para hablar del resarcimiento. Lo que ahora se busca es determinar la fuente de esos derechos lesionados y por ello se encuentra en la doctrina la inquietud que se concreta de la siguiente manera: "En lo que se refiere al otro grupo de derechos que hemos caracterizado por ahora en forma negativa llamándolos extrapatrimoniales, las opiniones se hayan divididas. Algunos autores, que constituyen minoría, comienzan por negar a los mismos el carácter de verdaderos derechos subjetivos. Se aduce, asimismo, que los distintos atributos de la personalidad no pueden ser objeto de derechos porque ella (la personalidad) es el sujeto de todo derecho. Por último, se hace hincapié también sobre la indeterminación existente en la doctrina sobre cuales son los derechos que deben ser incluidos entre los citados derechos inherentes a la personalidad. En cuanto a la primera objeción, el punto crucial estriba en determinar previamente el concepto de derecho subjetivo. Si por tal se entiende "la posibilidad de

determinar jurídicamente en ciertas situaciones previstas por la regla jurídica el deber de una especial conducta en otra u otras personas, no puede menos de concluirse que el grupo de facultades que protegen a aquellos bienes originarios del hombre constituyen verdaderos derechos subjetivos. La vida, integridad física, honor, etc., son verdaderos derechos en el sentido indicado, pues el titular de los mismos posee la facultad de determinar jurídicamente al grupo impreciso de personas que integran el resto de la sociedad el deber de observar una determinada conducta, o sea, la de no lesionar y respetar tal categoría de bienes personales. Si se niega el carácter de derechos subjetivos a los derechos inherentes a la personalidad en razón de que los mismos no imponen un deber de carácter específico a los demás sujetos, deben negarse igualmente tal carácter a los derechos reales y, en especial, al derecho de propiedad, puesto que esta clase de derechos patrimoniales no imponen un determinado modo de obrar a otras personas con respecto al titular del derecho, salvo el que se le respete en el ejercicio del mismo. Y no puede argumentarse, como lo hace el ilustre civilista argentino precedentemente citado, que en los casos de los llamados derechos inherentes a la personalidad "*no hay ninguna facultad específicamente concedida por el derecho objetivo en favor de las personas, nada que éstas puedan o no hacer a su arbitrio, nada que depende en su realización de su exclusiva voluntad. Pues tal cosa también sucede con respecto a los derechos reales y nadie ha pretendido negarles el carácter de derechos subjetivos a tales derechos. El derecho del propietario a que se le respete su dominio sobre una cosa, al igual que el derecho que posee toda*

persona a mantener su integridad física, sólo quedan al descubierto y evidenciados cuando tales derechos son desconocidos, pero no significa esto que los mismos adquieran el carácter de derechos subjetivos recientes al ser conculados. La objeción de que los atributos de la personalidad no pueden ser objetos de derechos, porque ella es, al contrario, sujeto de todo derecho, descansa a nuestro criterio, en un equívoco. La personalidad no es de manera alguna el objeto de toda esta clase de derechos; la vida, integridad física, libertad, etc., no constituyen la personalidad, sino presupuestos o facultades de la misma, que hemos llamado bienes personales. Esos bienes personales o facultades constituyen los atributos que el derecho de los países civilizados reconoce a los seres humanos, únicos substratos y obligaciones. Ahora bien, esos presupuestos de la personalidad, bienes personales, como quiera llamárseles, que los seres humanos poseen por el solo hecho de hallarse considerados como personas en los sistemas de Derecho, constituyen el objeto o fin de la protección que acuerdan los derechos inherentes a la personalidad, de la misma manera que los derechos patrimoniales, que en conjunto constituyen el patrimonio jurídico de una persona, protegen los bienes con valor pecuniario que integran dicha universalidad."[154]

La idea del derecho subjetivo, que tantas complicaciones y equivocaciones trajo a partir de su expresión con sentido sistemático, ha tenido que ser rebasada para alcanzar solución, no sólo al tipo de relaciones jurídicas en que la conducta obligada no tiene como pareja

[154] ORDAZ, Alfredo.- "El Daño Moral y los Delitos de Derecho criminal". Buenos Aires – Argentina. 1948. Pág. 128.

un derecho específico de otro sujeto, sino en el caso particular y de la mayor importancia del daño moral.

IHERING al respecto señalaba que "*Todo derecho privado existe para asegurar al hombre un bien cualquiera, socorrer sus necesidades, defender sus intereses y concurrir al cumplimiento de los fines de su vida. El destinatario de todos los derechos es el hombre. El objeto es el mismo para todos los derechos, ya conciernan a las cosas, ya se refieran a las personas. Todos deben procurarnos un servicio, una utilidad, una ventaja; tanto la libertad como la propiedad, el matrimonio y la obligación. No hay derecho sin objeto y sin utilidad; el bien y el derecho nunca se combaten (Ahrens). Llamamos bien a toda cosa que nos pueda servir de algo. Sábese que los romanos limitaban esta expresión a los bienes en sentido económico. El contenido de todo derecho consiste pues, en un bien, cualquier definición del derecho que no parta de la idea del bien, en su amplio sentido, pecaría en mi opinión de falta de base. A la idea de bien se unen las nociones del valor y del interés. La del valor en su relación particular con el sujeto y sus fines. Un derecho, que por sí mismo tiene un valor, puede no tenerlo para un determinado sujeto. Por ejemplo, la servidumbre de vista para un ciego, la entrada en un concierto facilitada a un sordo. Mejor que a la idea del bien, esas dos nociones están exclusivamente limitadas al orden económico; sólo que en esa esfera es donde la idea del valor saca su interés práctico. El interés, en efecto, existe en condición de poder representarse en dinero, y en medida del valor se aplica sólo a los objetos que pueden procurarse a costa de dinero. La libertad, la vida, el honor, son inestimables. A menudo, sin embargo, el Derecho Romano ha castigado la*

violación de esos bienes con el pago de una suma de dinero impuesta como pena."[155]

Se advierte que aun en los autores en los que el concepto de derecho subjetivo afloraba con nociones económicas, la tutela de la vida, de la integridad física, de la libertad se explicó como reparación. El problema, entonces, se reduce a dos términos: el primero consiste en saber qué naturaleza jurídica tienen los bienes, los valores o los conceptos tutelados por la idea del daño moral, y el segundo estriba en encontrar la proporción de la reparación.

Si la vida, la integridad física, la libertad no son derechos subjetivos porque falta esa relación directa, inmediata y precisa entre la pretensión de vivir, la pretensión de mantener la integridad corporal o la pretensión de seguir siendo libre y sendas prestaciones de personas determinadas, entonces es muy probable que el error radique en el concepto de derecho subjetivo.

A través de la idea del derecho subjetivo se ha buscado describir la interferencia necesaria de dos conductas. Quien pretende y quien esta obligado determinan un derecho, establecen un esquema de conducta interferida cuya calidad de obligado o debido se justifica, al menos inicial y naturalmente, por su nacimiento o constitución voluntaria. Este es el campo normal, cotidiano y reiterado del que se denomina derecho

[155] IHERING, Rudolf Von.- "La Dogmática Jurídica". Traducción Enrique Príncipe y Satorres. Buenos Aires – Argentina. 1946. Págs. 181 - ss

privado. Todo el ámbito de las conversaciones y los contratos, todos los pactos celebrados espontánea y llanamente responden a los datos que JHERING señala de interés económico y valor.

Pero al lado de lo querido y formado bilateralmente, ha existido siempre el conjunto igualmente amplio y rivalizante de las relaciones jurídicas impuestas a los gobernados. En cualquiera sociedad, en toda comunidad, el acervo de relaciones individuales heterónomamente surgidas compite y pugna, muchas veces con ventaja con el derecho subjetivo considerado como el resultado del pacto privado. Así se tuvieron en Roma y en toda la antigüedad las obligaciones nacidas de la ley, y los llamados cuasicontratos y cuasidelitos.

Las dificultades que se han visto enfrentadas a la doctrina para ubicar el daño moral dentro del derecho, han sido dobles porque, en un sentido han tropezado los investigadores con la carencia de un objeto susceptible de ser concebido como un bien, sobre todo, un bien en el comercio; y en el otro ha faltado apoyo para establecer la proporcionalidad entre el menoscabo y su reparación.

Con todo, la doctrina alcanza una orientación convincente, cuando estima que "(…) *lo que caracteriza jurídicamente la noción de daño no es la lesión a un bien, sino la transgresión a la tutela otorgada por la norma al sujeto poseedor del bien menoscabados*".

En esta descripción, que por desgracia quedó en atisbo, se encuentra el fenómeno jurídico buscado; no es un derecho subjetivo sinónimo de pacto, ni entendido como pretensión tutelada o derivada de la relación objetiva lo que se protege, sino la situación o estado personal que señala la ley.

Si un atributo, una calidad del sujeto no se encuentran protegidos por la ley, podrá pugnarse porque ésta los tutele, pero entre tanto ello no suceda, atributos y calidades serán indiferentes, ajenos para el derecho.

Para establecer la vinculación entre el daño y la reparación pueden seguirse diversos caminos, el más transitado ha sido el de la satisfacción. No se trata de una equivalencia, dice la doctrina, no es una compensación, sino una satisfacción, que el propio artículo citado determina en dinero con el carácter de indemnización.

Esta indemnización no podrá ser materialmente reparadora cuando se esté frente a un daño somático, ni naturalmente restitutoria cuando el daño haya sido algo anímico. Pero si no se retribuye, ni se compensa, si no se devuelve ni se remedia siempre lo dañado y hasta destruido, al menos cabe creer que con el pago de dinero se resarce compensado el agravio de la víctima con un desagravio como se mira en el último párrafo.

La idea que el daño moral es estrictamente extrapatrimonial y por ende

no tiene una traducción adecuada en dinero, no puede ser impedimento para la reparación, como no lo ha sido la conversión de la obligación de no hacer o la de hacer por el obligado y no por otro, en obligación de dar. Después de todo, el derecho positivo no ha sido ni necesita ser un sistema de trueque matemáticamente equivalente y ni siquiera económicamente compensante.

Tal vez las dificultades que ya superó la doctrina en primer lugar y luego la legislación, se debieron a la perniciosa influencia de los criterios de analogía entre daños y reparación, como si de manera constante y con perpetua consistencia, el sistema jurídico positivo hubiera buscado asimilar derecho y obligación, hubiera establecido una correspondencia forzosa entre pretensión y prestación. Lo cierto es lo contrario: en las relaciones jurídicas la disimilitud en los términos enlazados permite el movimiento, el comercio y la vida sociales. De otra manera, en lugar de hablar de relaciones jurídicas se tendría que atender a las ecuaciones sociales de problemática consecución.

3.7. PRUEBA DEL DAÑO MORAL

La prueba dentro del proceso de daños es uno de los temas de mayor complejidad e importancia. El propósito de mantener la pulcritud e indemnidad del patrimonio del litigante busca a su mejor aliada: la prueba. Sólo a través de ella se podrá persuadir al juez, y demostrar el verdadero detrimento de su patrimonialidad, justificar el por qué reclama y por cuánto se reclama.

Tratándose del daño patrimonial, es decir, aquel económicamente mensurable, la actividad probatoria del afectado será objetiva o imprescindible (acreditar la existencia del daño) y numérica o dependiente (acreditar el monto del daño), con las dificultades que representa el ejercicio probatorio en sí mismo.

Este escenario probatorio del derecho de daños, desde ya dificultoso y complejo, se vuelve aun más, cuando nos referimos a la prueba del daño moral, lo que a nuestro juicio resulta sumamente lógico desde el instante que no existe consenso doctrinal y jurisprudencial sobre el contenido del mismo. Solo después de saber qué se entiende por daño moral se puede estar en condiciones de establecer lo que debo probar para obtener su resarcimiento.

En orden a los sistemas probatorios del daño moral, destaca la discusión sobre la existencia de un daño moral evidente. Las opiniones sobre el asunto son disímiles y los argumentos heterogéneos. Entre las posibles respuestas hay que destacar a los que niegan la evidencia de perjuicio moral por razones sustantivas aduciendo criterios de carga probatoria en relación a los elementos de la responsabilidad civil, o alegan razones adjetivas dogmáticas para requerir su certeza material en el proceso. Otros propugnan la exención probatoria del daño moral sin contrapesos atendida su naturaleza subjetiva e intrínseca.

Cualquiera sea la situación, se trata de un extremo de suyo complejo

en la prueba de los elementos que estructuran la responsabilidad contractual y aquiliana, que lamentablemente no ha tenido el profundo interés que reclama la práctica judicial, donde no todos los operadores jurídicos han constatado la brecha existente entre lo que la dogmática del derecho daños propugna y lo que por años han resuelto nuestros Tribunales de Justicia.

Un enfoque adecuado sobre el tema debería partir asumiendo que no existe en el ámbito normativo un régimen probatorio especial que lo regule.

En principio, esta conclusión nos debería llevar a afirmar que el daño moral tiene que sujetarse en toda su dimensión a las reglas probatorias generales que rigen al derecho de daños en nuestro país, por consiguiente, cualquiera sea su naturaleza o el hecho que lo genera, el actor que pretende obtener una indemnización fundada en la existencia del daño moral, aun cuando alegue que se trata de un perjuicio evidente, debe establecer su certeza en el proceso de acuerdo a las reglas generales. Esta solución ha sido sustentada por la mayoría de la dogmática del derecho de daños.

Sin embargo, este escenario que podríamos denominar romántico, se aparta de la doctrina impuesta por nuestros Tribunales, para quienes el daño moral no requiere ser demostrado empíricamente en el pleito, regla de oro casi absoluta e indesmentible. Nadie se atrevería a afirmar, por efectivo que ello sea, que la víctima directa de una lesión o

muerte, no ha sufrido daño moral por la ocurrencia del ilícito, y si pretende hacerlo, deberá cargar con la prueba de su negación. Así concebido el daño moral resulta un hecho evidente, que se presume de las circunstancias que envuelven el ilícito, cuya prueba se reduce a la demostración del hecho dañoso.

Los extremos que se han producido en torno a la prueba del daño moral demuestran la necesidad de identificar criterios que permitan a los Tribunales la adopción de decisiones y parámetros uniformes, no sólo a la hora de fijar el quantum indemnizatorio, sino que al momento de examinar los elementos de convicción de un proceso para establecer la existencia del daño moral.

A continuación se expondrán y analizarán las dos grandes corrientes que a nuestro juicio han informado a la prueba del daño moral en nuestro sistema, donde se puede advertir una fuerte brecha, y en algunos casos, contradicción, entre lo sustentado por largos años en la práctica judicial de nuestro país y la doctrina que pretende imponer la dogmática jurídica del derecho de daños.

3.7.1. DOCTRINA DEL DAÑO MORAL EVIDENTE

La doctrina del daño moral evidente postula que el daño moral no requiere ser acreditado en el proceso como elemento autónomo de la responsabilidad civil, bastando tan sólo la prueba del hecho ilícito fundante de la acción indemnizatoria del cual el juez pueda presumir su

existencia.

El sistema del daño moral evidente prescinde de la acreditación de un hecho objetivo que haga exteriorizable su padecimiento, siendo necesario lograr la convicción del sentenciador sobre la ocurrencia de ciertos hechos, en los que, según la regla de normalidad fácilmente constatable en la vida común u ordinaria, el perjuicio moral resulta consecuencia normal del hecho ilícito. El juez apelará al normal desenvolvimiento de la dinámica de las cosas lo que le permitirá presumir daño moral una vez verificada su causa inmediata.

Los argumentos desarrollados para afirmar la existencia del daño moral evidente son de distinta naturaleza, siendo compatibles uno del otro en toda su extensión. Estimamos necesario exponer las corrientes sobre esta materia que estimamos de mayor relevancia.

3.7.1.1. EL DAÑO MORAL EVIDENTE Y LA PRUEBA IN RE IPSA

Para esta vertiente la misión del sentenciador será realizar una estimación y valoración de los factores que rodearon las circunstancias del hecho generador y la naturaleza de los intereses legítimos o derechos extrapatrimoniales conculcados, para de esa forma alcanzar el convencimiento acerca de la idoneidad del hecho dañoso para producir daño moral.

En otras palabras, el perjuicio moral se demuestra por la sola

concurrencia del acto u omisión dañosa, es decir, se trata de una prueba que surge inmediatamente de los hechos. MOSSET ITURRASPE señala al respecto que "(…) *en principio, el daño moral se prueba in re ipsa, vale decir se tiene por acreditada (sic) por el solo hecho de la acción antijurídica y la titularidad del accionante, (…) surge inmediatamente de los hechos ocurridos, sin que tenga que guardar proporción con los perjuicios admitidos*"[156]

Aquí la acreditación del daño moral pasa por la demostración de la idoneidad del hecho antijurídico, y no precisamente por la afectación de los elementos que conforman el contenido de dicho perjuicio, el cual puede incluso mantenerse incólume ante determinadas situaciones.

Con todo, se puede observar que la labor del juez deja de ser marginal como en todo esquema dispositivo, teniendo un papel fundamental y crucial para el éxito de las pretensiones de las partes. Será él quien, con el criterio que ocuparía un hombre medio razonable, mediante un proceso de lógica deductiva, colegirá la existencia del daño moral a partir del establecimiento del hecho antijurídico, en forma general y abstracta, sin atender a las particularidades o singularidades de la víctima o victimario, a las que sólo recurrirá para enervar la existencia del perjuicio moral o para reafirmar su existencia jurídica.

[156] MOSSET ITURRASPE, Jorge.- "La prueba en el proceso de daños". Artículo publicado en "Derecho de Daños". Tercera Parte. Ediciones La Rocca. Buenos Aires – Argentina. 1996. Págs. 376-377.

3.7.1.2. EL DAÑO MORAL EVIDENTE Y LOS HECHOS NOTORIOS

Otra parte de la doctrina dentro de esta misma corriente, justifica la presunción del daño moral a través de la notoriedad de los efectos del hecho ilícito, especialmente cuando se está en presencia de daño a la persona, ya sea se produzca la muerte de la víctima, o lesiones físicas, síquicas e incluso estéticas. "*En todos estos casos, y en otros en los que la alteración del bienestar sea notoria (delitos contra el honor, la honestidad o la libertad, etc.), rige la regla general que excluye la prueba de los hechos notorios, y por ende el daño moral se presume, eximiéndose al actor de la carga de demostrar lo que ha sufrido*."[157]

Las consecuencias inmediatas de la acción –daño moral- no necesitan demostración empírica alguna, por cuanto corresponden a hechos notorios, eventos lógicos que procesalmente no requieren de actividad probatoria, por ende, exentos de prueba.

Si bien es cierto esta noción del hecho notorio no difiere en términos sustanciales de la prueba in re ipsa, aquí no se pone el acento en la idoneidad del hecho, sino que en la notoriedad de las secuelas de la acción antijurídica.

[157] STIGLITZ, Gabriel y GANDOLFO, Ana.- "Resarcimiento del daño moral civil, comercial y laboral". Pág. 158.

3.7.1.3. EL DAÑO MORAL EVIDENTE Y LOS HECHOS QUE EXCLUYEN SU EXISTENCIA

La presunción de daño moral desarrollada en el acápite precedente no es absoluta y reconoce situaciones en las cuales el victimario puede exonerarse de su obligación indemnizatoria. Se trata de la prueba de alguna circunstancia objetiva que permita excluir, en el caso concreto, la existencia del daño moral, logrando la convicción del sentenciador de la existencia hechos excepcionales que no obedezcan al curso natural y ordinario de las cosas. Al autor del agravio sólo le cabe apelar a la ruptura de la cadena de consecuencias normales que se le imputa para enervar la acción indemnizatoria.

PIZARRO señala que uno de los aspectos que se pueden computar para determinar la ausencia de daño moral son las llamadas circunstancias reveladoras con las cuales se puede establecer "(…) *la inexistencia de un interés espiritual conculcado, y de la consiguiente falta de detrimento subjetivo*."[158]

Estas circunstancias reveladoras no hacen que el hecho en que se funda la presunción de daño moral deje de ser idóneo o apto bajo circunstancias de normalidad, sino que la conducta específica del ofendido posterior a la acción antijurídica demuestra un estado del espíritu contrario a los efectos del daño moral. Quien después de la

[158] PIZARRO, Ramón Daniel.- "El Daño Moral. Prevención, Reparación y Punición". Editorial Hammurabi. Buenos Aires – Argentina. 1996. Pág. 61.

muerte de un ser querido participa de una fiesta o celebración no puede estar legitimado para demandar daño moral.

El hecho objetivo o la circunstancia reveladora como elementos exculpatorios traen importantes consecuencias dentro de lo que podríamos denominar la dinámica subjetiva del onus probandi. El ofendido –originalmente beneficiado con la presunción de daño moralserá quien asuma la necesidad de probar que dicha circunstancia reveladora u objetiva no obedece a un estado incompatible o contrario a la producción del agravio moral, o bien, asumir la actividad lisa y llana de probar que ha sufrido daño moral.

3.7.2. DOCTRINA DE LA NECESIDAD DE PRUEBA DEL DAÑO MORAL

En contraposición a la doctrina del daño moral evidente encontramos la tesis que postula la necesidad de la plena acreditación del daño moral para fines resarcitorios. Para esta vertiente, no existen daños morales evidentes ni aún respecto de los afectados directos o inmediatos, y será quien pretenda obtener una indemnización fundada en el daño moral quien deberá establecer su existencia dentro del proceso de daños de acuerdo a las reglas generales sobre la prueba.

La dogmática del derecho de daños ha sido una fiel defensora de esta doctrina. Sin embargo, no ha existido un desarrollo sistemático y

acabado sobre el tema, examen que se ha caracterizado por la liviandad al momento de desplegar los argumentos para sustentar esta escuela. Su tratamiento marginal en la literatura nacional y la falta de un desarrollo que integre las distintas ramas del derecho que inciden en la problemática del daño moral, ha imposibilitado una reflexión profunda que sea capaz de influir en el criterio jurídico que se impone en las decisiones judiciales, cuya regla sobre la materia ha sido latamente desarrollada.

Dentro de los argumentos expuestos por la dogmática jurídica y por cierta parte – mínima por cierto- de la jurisprudencia nacional, destacan puntos de común conexión que rescatan la necesidad de probar los elementos que estructuran la existencia de la responsabilidad civil, en especial, al daño moral como una especie o clase de daño.

Otros postulan la asunción por parte de los litigantes de las denominadas cargas procesales, dentro de ellas al onus probandi o peso de la prueba, carga mínima para el sujeto de derecho que pretende que se le reconozca su derecho a ser resarcido.

A continuación expondremos los argumentos desarrollados por la doctrina para postular y fundamentar la necesidad de la plena acreditación del daño moral dentro del proceso de daños.

3.7.2.1. DAÑO MORAL COMO ELEMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

El perjuicio moral dentro de la responsabilidad civil en general no es más que una especie o clase de daño, al igual que el daño emergente, lucro cesante, daño directo e indirecto, previsto e imprevisto, todos ellos exteriorizaciones del daño material. La dogmática jurídica nacional y comparada, suele abordarlo en contraposición al daño patrimonial, no por existir una incompatibilidad en relación a su resarcimiento, sino por la opción de reconocer en él diferencias en su naturaleza y origen que justifican su tratamiento particular.

Esto no significa desconocer las cualidades especiales que tiene este rubro, sino que tan sólo afrontar al daño moral desde la perspectiva que ocupa dentro de la responsabilidad civil, lo que significa afirmar su sometimiento tanto a los parámetros probatorios que gobiernan la prueba de los demás elementos de la responsabilidad civil, como a los requisitos o presupuestos establecidos para el resarcimiento del daño en general.

Corresponderá, entonces, al actor acreditar la existencia del daño moral como un elemento o presupuesto de su acción resarcitoria por responsabilidad civil, carga que asume desde el instante que interpone su acción, toda vez que tiene que demostrar al sentenciador que se dan los requisitos para acceder a su demanda, especialmente el daño moral, que muchas veces puede determinar el interés legítimo del actor en el ejercicio de su acción.

Como sintéticamente lo afirma CORRAL TALCIANI "(…) *el daño moral como requisito de la acción de responsabilidad debe ser acreditado legalmente*"[159]; palabras de escaso contenido argumentativo pero sumamente gráficas para ilustrar la forma en que se inserta el daño moral en la responsabilidad civil.

En este lineamiento el hecho antijurídico es tan sólo un presupuesto de la indemnización de perjuicios, su sola ocurrencia no puede justificar la existencia de un daño moral, cualquiera sea su índole o naturaleza, sosteniéndose en toda su extensión el principio general que todo daño debe ser acreditado para ser indemnizado.

Esta prueba del daño en la responsabilidad civil se podría calificar de indispensable o necesaria. Esto significa que toda falta o insuficiencia de prueba del perjuicio que invoca el actor como sustento de su demanda, trae como consecuencia el rechazo de su pretensión en sede judicial.62 El actor debe romper con el estado de normalidad de las cosas y demostrar que la acción u omisión le ha causado un daño y que dicho daño puede ser reparado. En otras palabras, debe constatar el estado fáctico que se enmarca en los presupuestos de hecho de las normas jurídicas aplicables al caso concreto.

Podríamos afirmar en este sentido que con cada uno de los elementos de la responsabilidad aquiliana el demandado goza de cinco

[159] CORRAL TALCIANI, Hernán.- "Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual". Primera Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago – Chile. 2003. Pág. 166.

presunciones formuladas en sentido negativo, presunciones que sólo pueden ser destruidas con la producción de prueba necesaria o indispensable, por lo que será el actor quien asuma la carga de acreditar los presupuestos de la responsabilidad, principalmente, el daño.

Esto significa que las consecuencias de la falta o insuficiencia de prueba deben ser soportadas por el demandante. "*La grave imprecisión de la prueba de los daños cuya reparación reclama el actor, constriñe a resolver a favor del obligado en cuanto a las deudas que de ello se sigan*."[160] Si el juez, después de analizar el mérito del proceso, no logra una convicción plena y satisfactoria sobre la ocurrencia del daño moral, deberá decidir el litigio a favor del deudor negando la demanda.[161]

El trazado que hemos expuesto hasta el momento nos demuestra que el daño moral no puede escapar a su verdadera posición dentro de los elementos que estructuran y dan vida a la responsabilidad civil, lo que significa que como daño que se trata debe satisfacer la necesidad práctica de la carga de la prueba dentro del proceso de daños, por lo mismo, debe ser acreditado por quien alega su existencia.

De lo expuesto podemos afirmar que el presupuesto sine qua non para

[160] FUEYO LANERI, Fernando.- "Instituciones del Derecho Civil Moderno". Editorial Jurídica de Chile. Santiago – Chile. 1990. Pág. 52.

[161] PAILLÁS afirma acertadamente que "(…) la conciencia que el juez se forme en el proceso acerca del facta probandi debe ser plena, esto es, debe llegar a la convicción adquirida por los medios de prueba legal. Esta es una evidencia subjetiva que producirá la certeza moral del hecho." PAILLÁS, Enrique.- "Estudios de derecho probatorio". Primera Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago – Chile. 1979. Pág. 21.

que el juez pueda proceder a la reparación del daño, sea patrimonial o extrapatrimonial, lo constituye su acreditación de acuerdo a los medios que establece nuestro ordenamiento, "(…) *lo que equivale a sostener que deberán existir en el proceso antecedentes que revelen inequívocamente su existencia y, a lo menos, las bases esenciales de su extensión*."[162] Sólo así el juez puede estar en condiciones de ordenar la reparación del daño.

3.7.2.2. CARÁCTER EXCEPCIONAL Y RESTRICTIVO DEL DAÑO MORAL

El daño entendido como un menoscabo o disminución en el patrimonio mensurable o moral del sujeto, distinto a la acción u omisión ilícita, constituye una situación de producción excepcional en el orden normal de las cosas, y por ende, excepcional también para el derecho.

Los parámetros de normalidad vienen otorgados por la ausencia de perjuicios con la realización de acciones u omisiones. Es decir, sólo excepcionalmente éstas serán capaces e idóneas para modificar el status quo vigente y provocar una disminución del patrimonio.

Desde el punto de vista del onus probandi, el que alega la existencia de un daño, ruega por el reconocimiento de una obligación -derecho personal- cuyo vínculo jurídico es de por sí excepcional. Las

[162] RODRÍGUEZ GREZ, Pablo.- "Responsabilidad extracontractual". Primera Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago – Chile. 1999. Pág. 343.

obligaciones no pueden ni deben presumirse porque el estado normal de las cosas propugna lo contrario, y será quien alega la existencia de ella quien asume la carga de probar en toda su extensión cada uno de sus elementos.

Lo expuesto hasta el momento nos permite concluir en el plano dogmático que el daño, cualquiera sea su especie o naturaleza, tiene una ocurrencia de carácter excepcional, por ende, su aplicación a todo ámbito debe ser restrictiva y de derecho estricto, pudiendo el juez rechazar una pretensión indemnizatoria cuando tenga dudas sobre la real existencia del daño.

La dogmática jurídica de nuestro país ha sido la principal sostenedora de esta postura como uno de los fundamentos para exigir la acreditación del daño moral.

Así DIEZ SCHWERTER señala que "*si tenemos presente que todo daño (sea de índole material o moral) es en sí excepcional y por ende de aplicación restrictiva, surge, como lógica consecuencia, que su existencia deberá ser acreditada por quien sostenga haberlo sufrido a consecuencia de un hecho ilícito y demande su reparación*" [163]. Concluye el autor afirmando que "(…) *no existen daños morales evidentes, ni aun respecto de víctimas directas, por cuanto todo daño es excepcional y de aplicación restrictiva, no escapando a estas características el de índole moral. Su existencia, por ende, deberá ser*

[163] DIEZ SCHWERTER, José Luis.- "El Daño Extracontractual. Jurisprudencia y Doctrina". Primera Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago – Chile. 1997. Pág. 141.

acreditada, no obstante las dificultades que ello pueda generar."[164]

FUEYO LANERI, por su parte, señala de manera clara y categórica, aunque no muy fundamentada, "(…) *que todo daño debe probarse, sea patrimonial, sea extrapatrimonial. El método y el objeto sobre que recae la prueba, y su extensión, serán diferentes según la clase de daños; pero ésa es una cuestión aparte y no hace excusable la prueba que se ha de rendir en todo caso. A mayor abundamiento, el daño es en sí excepcional y de aplicación restrictiva; mucho mas el daño extrapatrimonial o moral*."[165]

La metodología o forma en que se producirá la prueba, el objeto sobre el cual debe recaer la actividad probatoria y la extensión de la misma, serán diferentes según se trata de daño moral o patrimonial.

Sin embargo, esta cuestión no se debe confundir ni mucho menos asimilar con la prueba de la existencia del daño, la cual siempre será indispensable o necesaria. En efecto, dentro de lo que podríamos denominar el iter probatorio, la exención de acreditación del daño moral tan solo se produce en la segunda fase de la prueba, o etapa de demostración del quantum indemnizatorio. Ahí no será necesario que el actor rinda prueba alguna. "*Es posible que esta etapa final de regulación discrecional y subjetiva de cantidad haya hecho pensar erróneamente a muchos que 'en el caso de daño moral no hay prueba'. Es simplemente una*

[164] DIEZ SCHWERTER, José Luis.- "El Daño Extracontractual. Jurisprudencia y Doctrina". Primera Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago – Chile. 1997. Pág. 141.
[165] FUEYO LANERI, Fernando.- "Instituciones del Derecho Civil Moderno". Editorial Jurídica de Chile. Santiago – Chile. 1990. Pág. 106.

confusión."[166]

La diferenciación de las etapas de la prueba es notoria. La convicción de la prueba necesaria será una cuestión de Derecho cuando se encuentren en juego normas reguladoras de la prueba (determinar si los hechos constituyen o no daño), en contraposición a la prueba del monto resarcitorio que constituye siempre una cuestión de hecho privativa de los jueces de la instancia sustraída del recurso de casación.

3.7.2.3. NORMAS ADJETIVAS APLICABLES A LA PRUEBA DEL DAÑO MORAL.

Un tratamiento serio y adecuado sobre la problemática que estructura la prueba del daño moral reclama la integración e intervención de todos los elementos que pueden confluir en su acreditación. Las normas adjetivas, directamente aplicables al proceso de daños, nos orientan a pronunciarnos sobre la solución expuesta por la doctrina, es decir, afirmar la plena acreditación del daño moral.

El estudio de la prueba se relaciona con la dogmática civil y procesal, ocupando una posición mixta o intermedia entre ambos extremos. "*Es así como caen bajo el ámbito del derecho civil las disposiciones relativas a la*

[166] FUEYO LANERI, Fernando.- "Instituciones del Derecho Civil Moderno". Editorial Jurídica de Chile. Santiago – Chile. 1990. Págs. 106-107.

*determinación de los medios probatorios, su admisibilidad, su valoración y el onus probandi, al paso que se preocupa el derecho procesal de todo lo que dice relación con la producción o modo externo de ofrecer y rendir la probanza*s."[167]

Por ello el derecho de daños no puede ni debe escapar de la dogmática normativa procesal, que está llamada a ser un instrumento del derecho material que se reclama en el pleito, el cual debe estar ligado y, muchas veces sometido, al derecho procedimental. La ficción de daño moral, o la llamada doctrina del daño moral evidente, como hemos expresado, presume la existencia de uno de los elementos que configuran la responsabilidad civil, a partir de otro elemento de la misma, sin tener respaldo empírico procesal del cual el juez pueda sustentarse.

3.7.2.4. EL ONUS PROBANDI Y LA CARGA PROBATORIA DINÁMICA

La decisión judicial requiriere de la apreciación y valoración de circunstancias que no se encuentran a disposición del juez sino que de las partes del proceso o en poder de terceros ajenos al mismo. Esto determina que los litigantes deban asumir determinadas cargas dentro del proceso acordadas por el ordenamiento ex ante según sus pretensiones, dentro de las cuales –y quizás la mas importante- se

[167] RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio.- "La Prueba ante la jurisprudencia". Tomo I. Cuarta Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago – Chile. 2002. Pág. 22

encuentra la carga de la prueba, también conocida como el onus probandi.

En sencillas palabras, se entiende por onus probandi o peso de la prueba "(…) *la necesidad en que se encuentra un litigante o interesado, de probar los hechos o actos que son el fundamento de su pretensión*."[168] Esta actividad de las partes no implica un deber de probar –necesidad jurídica- sino más bien una carga, tomando los litigantes sobre sí el riesgo de la prueba y asumiendo las consecuencias adversas propias del interés que conlleva la inactividad probatoria. La parte que no logra la convicción del sentenciador sobre un determinado hecho sobre el cual tenía que rendir prueba se expone a una virtual e inminente derrota en la litis.

Desde antiguo se ha venido intentando reglar adecuadamente el difícil tema de la carga de la prueba. Este ha constituido en nuestro derecho un principio invariable; las partes tienen la carga de aportar la prueba de sus afirmaciones o, en caso contrario, soportar los resultados de la omisión de ese imperativo del propio interés. El actor tiene la carga de probar los hechos constitutivos del derecho que invocaba, y el demandado los extintivos, impeditivos o modificativos que oponía a aquéllos.

3.7.3. POSICIÓN PERSONAL

[168] PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel.- "La prueba sustantiva en materia civil". Primera Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago – Chile. 2002. Pág. 51.

Por nuestra parte, consideramos que la teoría que debe regir en materia de la cuestión del daño moral es la referida a la exigencia de la prueba, pues existe la carga de la prueba en relación a la producción de un daño injusto. Empero, y sobre la base de las afirmaciones señaladas en el escrito de demanda de daños, el juez debe de disponer la actuación de las pruebas respectivas para verificar la producción efectiva del daño moral, y ello, a efectos de evitar la producción de perjuicios no resarcidos en toda su dimensión, pese a existir la obligación de indemnizarlos.

3.8. CUANTIFICACIÓN

Una de las cuestiones más afligentes en la teoría del derecho de daños es la que ahora nos ocupa: la cuantificación del daño moral. El mayor problema al que se enfrentan diariamente los operadores del derecho, abogados y jueces, es el de la cuantificación del daño moral.

El tema de la cuantificación del daño moral presenta dos cuestiones: a) la aplicación misma del dinero como mecanismo de reparación: y, b) los criterios para su determinación.

- En cuanto a la primera cuestión, sin duda alguna que **el daño moral nos plantea la complejidad de aceptar su resarcimiento mismo a**

través del dinero, a diferencia de lo que sucede en el ámbito del daño patrimonial.

PIZARRO[169] explica que en materia de daño moral el dinero cumple una función distinta, por lo que la valoración del perjuicio y su cuantificación deben efectuarse en concreto, en función del interés conculcado y del perjuicio que deriva de tal situación.

Mientras que en el daño patrimonial la valuación se realiza mediante una relación de equivalencia y proporción entre el daño ocasionado y la consiguiente reparación, la cual ingresa en lugar del perjuicio, en el daño moral la indemnización se fija sin ningún elemento que permita traducir la entidad de aquel en la magnitud de ésta, que se coloca a su lado[170]. Estas reflexiones resultan mas efectistas que verdaderas, porque como también se explica que no media nexo demostrable entre la entidad del daño y la importancia de la condena, porque no puede haberlo entre un mal espiritual y un bien dinerario, lo cierto es que así ocurre porque no se ponen en la misma dimensión los dos aspectos.

No siempre han coincidido dos elementos integrantes de una misma cuestión, y para conseguir la necesaria armonía se utilizan distintos aspectos y procedimientos. Uno de ellos, tomando al azar sería el caso de la reproducción de los hechos o circunstancias que dieron lugar a la

[169] PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos G.- “Instituciones de derecho privado. Obligaciones”. Tomo III. Editorial Hammurabi. Buenos Aires – Argentina. 1999. Pág.188.
[170] ZABALA DE GONZÁLEZ, Matilde.- “Resarcimiento de daños”. Tomo IV. Editorial Hammurabi. Buenos Aires – Argentina. 1999. Pág. 511.

responsabilidad consiguiente, o sea el análisis de la relación casual que provocó el daño, que no es otra cosa que el ajuste en esta relación del hecho y sus consecuencias, que por virtud de la ley debe haber un nexo adecuado entre ambos elementos.

Si bien la preocupación de la doctrina en esta materia es no poder concederse una reparación exacta, y de ello concluir que no cabe ninguna reparación. Tampoco cabe que pueda concederse cualquiera. El problema por lo tanto es relativo, pero no absoluto.

La doctrina ha producido muchos documentos propiciando soluciones, que al parecer hasta ahora no han colmado las expectativas.

Un aspecto, que por cierto no ha escapado de la doctrina, es la determinante de la situación de la víctima, a la que por cierto se le ha dado un valor relativo, tal vez más relativo del que correspondía.

Así no correspondería asignarle a este enfoque solución circunstancial, es decir que únicamente se la tomaría en cuenta si la misma aparece en la secuela del caso. Un ejemplo podría ser la ubicación de la victima antes y después de la muerte del causante, que determinaría que en la reparación de los daños tendría que compartir la reparación entre los herederos (antes un solo heredero; después: tres los herederos).

Si bien el dinero es algo muy diferente a los sentimientos, a lo espiritual de la persona, no es un fin en si mismo sino un medio, tal vez el mas

apto para conseguir otros bienes que hagan a la comodidad, satisfacción o felicidad de las personas. En esa dimensión debe estar el dinero integrando la reparación del daño.

Como medio que es el dinero, no será suficiente que se lo fije en una cantidad determinada, y que este sea el resultado de la cuantificación del daño moral. Ello no servirá o no tendrá relevancia para cumplir la finalidad de la reparación, porque no existe armonía alguna entre la parte espiritual de la persona y esos valores. Se tendrá que evaluar cual ha sido la pérdida sufrida por la victima, y en que situación ha quedado luego del acontecer luctuoso, para entrar a dilucidar en que medida el dinero puede servir para restablecer, en todo o en parte, la situación perdida.

En medio de estas reflexiones cabe incorporar la secuencia de los acontecimientos, para que los hechos que dieron origen al daño no sean extraños a la situación sobrevenida, que será la determinante de la reparación del daño moral. Con ello ajustaremos el proceso reflexivo a lo que ocurrió. Tendremos en consecuencia un plano cierto del destino del dinero, que determinará el quantum necesario para otorgarle a la victima la reparación adecuada , que no será otra cosa que la cantidad de dinero suficiente para situarla en su anterior esquema socio ambiental y familiar.

Se nos dirá que en esto puede haber excesos como retracciones, y se estará en lo cierto, en la medida que no se cumpla con la aplicación de

la suma de dinero suficiente para devolverle a la victima su situación perdida o disminuida espiritualmente, porque esta perspectiva será la que se tendrá en cuenta para fijar su monto.

Por otra parte, el juez que dinamizará estas cuestiones debe estar capacitado para apreciar con prudencia y certeza las eventualidades del acontecer, así como las adaptaciones de las circunstancias operativas que mejor aconsejen una determinación adecuada.

En cuanto a la segunda cuestión, **surge la necesidad de establecer criterios para una correcta determinación del daño moral**; lo cual plantea en forma previa la necesidad de diferenciar entre la valoración y la cuantificación del daño moral, dos operaciones diferenciadas, aunque necesariamente interrelacionadas. PIZARRO al respecto señala que "(…) *valorar el daño es determinar su entidad cualitativa (aestimatio) o, lo que es igual, "esclarecer su contenido intrínseco o composición material, y las posibles oscilaciones de agravación o de disminución, pasadas o futuras"; supone, en el caso del daño moral, indagar sobre la índole del interés espiritual lesionado y sobre las proyecciones disvaliosas en la subjetividad del damnificado que derivan de dicha minoración. Una vez que el daño ha sido valorado, corresponde ponderar su repercusión en el plano indemnizatorio, a cuyos efectos se debe proceder a determinar su valor y cuantificar la indemnización (taxatio). El proceso de cuantificación del daño procura determinar cuánto debe pagarse en concepto de indemnización, para alcanzar una justa y equilibrada reparación del detrimento. A través de ella se*

liquida la indemnización, operación que ha sido considerada por un sector de la doctrina italiana como de fijación o accertamento del monto pecuniario debido por el responsable al damnificado" [171]. ZAVALA agrega que "*Mientras que en el daño patrimonial la valuación se averigua mediante un vínculo de equivalencia con la indemnización, la cual ingresa "en lugar" del perjuicio; en el daño moral la indemnización se decide sin ningún elemento que permita traducir la entidad de aquél en la magnitud de ésta, que se coloca "a su lado". No media nexo demostrable entre la entidad del daño y la importancia de la condena, porque no puede haberlo entre un mal espiritual y un bien dinerario (debe afrontarse un salto sin puente que una los extremos)*" [172]

La importancia de la determinación del quamtum del daño moral es de suma relevancia. GONZÁLEZ ZAVALA al respecto señala que "*Desde hace tiempo, los juristas vienen insistiendo acerca de la necesidad de lograr mayor certeza a la hora de indemnizar los perjuicios de naturaleza espiritual. En efecto, de poco valen las elaboraciones teóricas sobre su resarcimiento si el monto permanece como una incógnita que sólo se revela al final del proceso*"[173]
.

En este contexto advertimos dos posiciones: a) la libre determinación del juez del daño moral; y; b) la tarifación del daño moral.

[171] PIZARRO, Ramón Daniel.- "El Daño Moral. Prevención, Reparación y Punición". Segunda Edición. Editorial Hammurabi. Buenos Aires – Argentina. 2004. Pág. 418.
[172] ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde.- "Resarcimiento de daños". Tomo IV. Editorial Hammurabi. Buenos Aires – Argentina. 1999. Pág. 511.
[173] GONZÁLEZ ZAVALA, R.- "Desde la valoración del daño moral hacia la valuación de su indemnización". Foro de Córdoba, Nº 29. Págs. 41 y ss.

Así, y en aras de tener un sistema que brinde mayor seguridad se ha pensado en la conveniencia de una tarifación, la cual para algunos debía ser rígida, para otros meramente indicativa. Ello afianzaría el valor procesal de la predictibilidad, como objetivo deseable y conveniente, especialmente en un ámbito en el que reina la más absoluta anarquía, permitiendo de tal modo que "(…) *los litigantes y sus defensores puedan barruntar -por lo menos con un cierto grado de aproximación - cuál va a ser el sentido y contenido de la futura sentencia dirimente, para así estar en condiciones de calibrar la conveniencia de demandar, de allanarse o la de concertar algún acuerdo transaccional*".[174]

Nosotros consideramos que no puede establecerse una tarifación rígida, ni legal ni judicial, que sea vinculante para el juez, ya que siempre la cuantificación del daño moral será por esencia una actividad intelectual del juez que debe realizar utilizando su prudentia iuris, sino la definición misma del daño moral dejaría de tener vigencia.

En este sentido se ha pronunciado el legislador del Código Civil de 1984 quien ha consagrado una fórmula, entendemos inteligente, cuando en el artículo 1984 del cuerpo legal 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

[174] PEYRANO, Jorge Walter.- “De la tarifación judicial "iuris tantum" del daño moral”. Buenos Aires – Argentina. 1993. Pág. 877.

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 efecto, el problema de la prueba del daño moral y, sobre todo, su cuantificación es la mayor dificultad con la que podemos encontrarnos ante una reclamación, por la dificultad de asignar una suma de dinero que se corresponda realmente con el daño sufrido, a esto debemos añadir que en ocasiones es difícil probar la existencia del daño en sí, no sólo su cuantificación. Son los jueces y tribunales los encargados de fijar el quamtum indemnizatorio, a partir de los elementos aportados al proceso por las partes.

CAPITULO III
LA FILIACION

INTRODUCCIÓN

Los lazos de parentesco son variados y múltiples, de diverso origen e intensidad. Se extienden como un vínculo o conexión familiar existente entre dos o mas personas en virtud de la naturaleza (consanguinidad), de un acto jurídico matrimonial (afinidad) o de la propia voluntad del hombre (reconocimiento, adopción o posesión constante de estado).

De todas estas relaciones parentales la más importante y la de mayor jerarquía es la filiación (del latín: filius, hijo) entendida como la relación jurídica parental yacente entre el hijo y su padre.

Consustancial del ser humano, la filiación forma parte del derecho a la identidad habiendo surgido nuevos derechos que tienden a su protección y determinación, como el derecho a la individualidad biológica y el derecho a conocer el propio origen biológico, prerrogativas estas que son innatas en el hombre (jus eminis naturae).

1.1. DEFINICIÓN

A nivel doctrinal existen diversas acepciones de filiación, tomando en

consideración su trascendencia en la persona, familia y la sociedad.

Así tenemos, la filiación en sentido genérico es aquella que une a una persona con todos sus ascendientes y descendientes y, la filiación en sentido estricto la que vincula a los hijos con sus padres y que establece una relación de sangre y de derecho entre ambos.

Veamos a continuación algunos aportes de juristas en torno a la noción de filiación.

PLANIOL Y RIPPERT definen la filiación como "(…) *la relación que existe entre dos personas, de las cuales una es el padre o la madre de la otra*".[175]

MÉNDEZ COSTA define la filiación como "(…) *el estado de familia que deriva inmediatamente de la generación con respecto del generado*".[176]

CICU define la filiación como "(…) *el estado cuya característica es que forma parte de una serie de relaciones que unen al hijo, no sólo con sus padres, sino con todos los parientes de sus padres*".[177]

LÓPEZ DEL CARRIL define la filiación como "(…) *la relación biológica que une a una persona con el padre que lo engendró y con la madre que lo*

[175] PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges: Traité élémentaire de droit civil, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1948, I, No.1280. Pág. 454.
[176] MÉNDEZ COSTA, María Josefa.- "La filiación". Editorial Rubinzal y Culzoni. Santa Fe – Argentina. 1986. Pág. 13.
[177] CICU, Antonio.- "La filiación". Primera Edición. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid – España. 1930. Pág. 18.

alumbró".[178]

BARBERO define la filiación como "(…) *el hecho de la generación por nacimiento de una persona, llamada 'hijo', de otras dos personas, a quienes se llama progenitores*".[179]

ZANNONI define la filiación como "(…) *el conjunto de relaciones jurídicas que, determinadas por la paternidad y maternidad, vinculan a los padres con los hijos dentro de la familia*".[180]

DIEZ PICAZO Y GULLÓN define la filiación como "(…) *aquella que se establece entre personas a quienes el Derecho coloca en la condición de padre y madre y las que sitúa en la de hijos*".[181]

ESPÍN CÁNOVAS, partiendo de que la procreación es obra del padre y de la madre, define la filiación como "(…) *la relación existente entre una persona de una parte, y otras dos, de las cuales una es el padre y otra la madre de la primera*".[182]

AVELEDO DE LUIGI define la filiación como "*La relación de filiación, es la*

[178] LOPEZ DEL CARRIL, Julio J.- "La filiación". Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires - Argentina. 1976. Pág. 11.
[179] BARBERO, Doménico.- "Sistema del Derecho Privado". Tomo II. EJEA. Buenos Aires - Argentina. 1967. Pág. 105.
[180] ZANNONI, Eduardo.- "Derecho de Familia". Tomo II. Segunda Edición. Editorial Astrea. Buenos Aires - Argentina. 1989, t.II. Pág. 283.
[181] DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio.- "Sistema de Derecho Civil". Tomo IV. Derecho de Familia. Editorial Tecnos. Madrid – España. 1992. Pág. 247.
[182] ESPIN CANOVAS, Diego.- "Manual de Derecho civil español". Volumen IV. Séptima Edición. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid – España. 1982, Pág. 338.

que se da entre padres e hijos, ósea, entre generantes y generados. Constituyen un hecho natural, como es la procreación de un hecho jurídico, puesto que determina consecuencias jurídicas, de aquí que pueda distinguirse entre filiación biológica y filiación jurídica.".[183]

CORNEJO CHÁVEZ define la filiación como "*Desde este punto de vista, la relación parental se denomina más propiamente, paterno filial, pues si desde el ángulo del hijo se llama filiación, desde el punto de vista de los progenitores se denomina paternidad o maternidad.*".[184].

Por nuestra parte, ***la filiación es el nexo establecido de acuerdo a criterios biológicos o legales entre progenitores (padres) y descendientes (hijos) que determinan una situación jurídica que conlleva derechos y obligaciones recíprocas entre ambos***.

1.2. FUENTES

La doctrina señala que la filiación presenta dos planos en cuanto a su contenido: a) biológico; y, b) legal. La primera surge del hecho natural de la procreación (aunque actualmente también como resultado de la manipulación genética). El segundo es el referido al reconocimiento que efectúa el ordenamiento jurídico de aquella situación preexistente y

[183] AVELEDO DE LUIGI, Isabel Crisante.- "Lecciones de Derecho de Familia". Séptima Edición. Vadell Hermanos Editores. Valencia – Venezuela. 1990. Pág. 325.
[184] CORNEJO CHÁVEZ, Héctor.- "Derecho Familiar Peruano". Sexta Edición. Librería Studium. Tomo II. Lima – Perú. 1987. Pág. 90.

natural, es decir, de la filiación biológica.

Por nuestra parte, si bien coincidimos en la denominación de las fuentes (biológico y legal), discrepamos de su contenido y ubicación, pues partiendo del reconocimiento expreso del sistema legal de discrepancias entre el plano biológico y jurídico de la filiación propugnada por la doctrina, admitir aquella postura conlleva una contradicción inherente.

En este contexto, consideramos que la situación jurídica de la filiación surge de factores biológico y legal, pero en dos planos excluyentes: por un lado, el biológico, basado en el resultado de una actividad natural entre los progenitores como es la procreación y que será tal en la medida que existe plena correspondencia con la declaración legal y la realidad biológica; y, por otro lado, la legal, basada en el mandato de la ley, en ausencia de la realidad biológica. DÍAZ DE GUIJARRO al respecto sostiene que "(…) *siempre existen estos dos elementos en el establecimiento del vínculo familiar, el jurídico y el biológico. Lo que debe tomarse en cuenta en definitiva es la confrontación de los principios del máximo beneficio y la menor afectación de los hijos*".[185]

Así, nuestra posición más bien se asemeja a la del jurista RUBIO CORREA[186] quien considera que existen tres formas de producir la

[185] DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique.- "Tratado Derecho de Familia". Tomo I. Editorial TEA. Buenos Aires - Argentina. 1953. Pág. 18.
[186] RUBIO CORREA, Marcial.- "Las reglas del amor en probetas de laboratorio". Biblioteca de Derecho contemporáneo. Volumen 2. Fondo Editorial Pontificia Universidad de Católica del Perú.

relación paterno-filial: a) la consanguinidad, como regla general, b) la adopción y, c) la voluntad del marido de asumir la paternidad del hijo de su cónyuge que no sea hijo suyo, y la voluntad de quien declara ser padre o da la condición de hijo a alguien que no tiene vínculo genético con él. La única divergencia es en relación a la voluntad, pues consideramos que es la ley quien le atribuye efectos a dicha manifestación de voluntad.

1.2.1. FILIACIÓN BIOLÓGICA

La filiación biológica es aquella que surge de la procreación entre los padres cuyo resultado es el descendiente con el cual se genera el vínculo o nexo jurídico.

CICU al respecto señala "*El hecho de la procreación interesa al Derecho solamente en cuanto da lugar a una relación social especial. Por la procreación se produce un sujeto de derecho que se relaciona con los demás individuos y con el Estado. Pero se origina también una relación especial entre procreantes y procreado, lo cual significa que hay una actividad particular que deriva de tal cualidad, que hay deberes y derechos que se refieren a ella*."[187]

VARSI ROSPIGLIOSI al respecto señala que "(…) *todo ser humano cuenta con una filiación por el solo y único hecho de haber sido engendrado,*

Lima – Perú. 1996. Págs. 45 y 46.
[187] CICU, Antonio.- "La filiación". Ob. Cit. Pág. 1.

esta es la denominada filiación biológica (hecho físico o natural) que surge del acto propio de la concepción en relación a los progenitores". [188]

SOTO LAMADRID al respecto señala "(…) *la filiación humana está basada, pues, en la aportación de material genético con el que se produce la fecundación*".[189]

VILA-CORO BARRACHINA al respecto sostiene que "*La filiación está determinada por la paternidad y la maternidad de manera tal que, el título de adquisición del estado de hijo tiene su causa en la procreación, constituyendo ésta el presupuesto biológico fundamental en la relación jurídica paterno filial*"[190].

La filiación biológica cuenta con mecanismos legales para su declaración, como por ejemplo a través de las presunciones de paternidad y maternidad dentro de la relación matrimonial o las acciones de filiación en los casos de hijos extramatrimoniales (reconocimiento y declaración judicial de filiación).

La plena correspondencia entre la realidad biológica y el resultado de los mecanismos de declaración, determinan una inalterabilidad y

[188] VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique.- "Hacia una filiación biológica". Artículo publicado en Revista Jurídica del Perú. Editorial Normas Legales. Trujillo – Perú. Abril - Junio 1997. Año XLVII Nº 11. Pág. 49.
[189] SOTO LAMADRID, Miguel Ángel.- "Biogenética, Filiación y Delito". Editorial Astrea. Buenos Aires - Argentina. 1990. Pág. 72.
[190] VILA-CORO BARRACHINA, María Dolores.- "Introducción a la biojurídica", Universidad Complutense de Madrid. Madrid – España. 1995. Pág. 154.

perpetuidad de aquella situación jurídica, salvo los vasos de las propias excepciones legales.[191]

1.2.2. FILIACIÓN LEGAL

La filiación legal es aquella que surge no sobre la base de una realidad biológica, sino más bien sobre la base de la voluntad de la ley.

La adopción y el reconocimiento de hijo ajeno (ya sea a través de la aplicación de las presunciones dentro del matrimonio o el reconocimiento propiamente dicho de hijo extramatrimonial) constituyen los mecanismos de determinación de la presente filiación, considerada legal pues se encuentran expresamente previstos y regulados por el ordenamiento jurídico.

DÍAZ DE GUIJARRO al respecto señala que "(…) *esta relación puede constituirse sin hecho biológico (filiación sin procreación: adopción*"[192]

En este contexto, disentimos de la posición de LÓPEZ DEL CARRIL[193]

---

[191] El caso de la adopción constituye un supuesto que modifica la situación biológica, constituyéndose en una fuente de filiación no basada en una cuestión biológica sino legal, pues carece precisamente del sustrato biológico.

[192] DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique.- "Tratado Derecho de Familia". Tomo I. Editorial TEA. Buenos Aires - Argentina. 1953. Pág. 18 y ss., No.3.

[193] CECILIA GROSMAN siguiendo el esquema de la filiación genética dice que: "en el caso de la inseminación artificial, sea mediante semen del marido o de un tercero, ya no es posible hablar de una presunción de paternidad, por que el responsable de la procreación no surge por inferencia de las relaciones sexuales habidas entre el hombre y la mujer durante la época de la concepción, sino por verificación directa de cual ha sido el semen fecundante. Por lo que no puede aplicarse un

quien sostiene que "(…) *el vínculo jurídico no es el elemento creador de la filiación, sino que es el elemento calificador y condicionante de la misma*"; discrepancia por cuanto aún sin respaldo biológico el sistema legal puede establecer una situación jurídica de filiación entre una determinada persona con otro, por ejemplo, a través de la adopción, del reconocimiento de hijo nacido mediante técnicas de reproducción asistida, entre otros supuestos.

1.3. IMPORTANCIA

La importancia que tiene para el Derecho la determinación del nexo entre el engendrado y sus progenitores es esencial ya que del mismo surge una vasta gama de derechos, deberes y obligaciones.

LAFAILLE al respecto señala que "*Esa relación de causa a efecto origina el estado civil de las personas y al mismo tiempo el vínculo que puede ligar a un individuo determinado con el grupo, fuente de todas las ventajas que tal situación comporta, como ser los derechos sucesorios, la prestación de alimentos y otras consecuencias jurídicas*".[194]

El nexo causal entre padres e hijos se llama filiación. Cuando existe la calidad que una persona tiene de hijo, con respecto a otra que es su

---

esquema ideado para un determinado desarrollo histórico-científico, a una situación originada en otra etapa de la evolución de la ciencia". GROSMAN, Cecilia.- "Acción de impugnación de la paternidad del marido". Editorial Abaco de Rodolfo Depalma. Buenos Aires - Argentina. 1982. Pág. 101.

[194] LAFAILLE, Héctor.- "Derecho de Familia". Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires - Argentina. 1930. Pág. 302.

padre o su madre. Contrario sensu, paternidad o maternidad, la calidad de padre o madre, respectivamente, con relación al hijo. Sin embargo, el término paternidad se utiliza como comprensivo de ambos, confundiendo su valor semántico y naturaleza jurídica.

ESCRICHE[195] señala que los términos paternidad y filiación expresan calidades correlativas esto es, aquella la calidad de padre y ésta la calidad de hijo. HUC, por su parte, sostiene que "(…) *los dos términos paternidad y filiación son correlativos; el uno no se puede concebir sin el otro. Pero la palabra filiación presenta un sentido más extenso. Ella corresponde no solamente a la paternidad sino también a la maternidad. El parentesco reposa sobre el hecho de la filiación*".[196]

A pesar de las marcadas características de cada uno de estos términos, la corriente jurídica que postuló la igualdad entre los hijos ha llevado a abolir toda diferencia entre paternidad y filiación[197] a efectos de no determinar el modo, circunstancias, tiempo y forma como ha sido concebida una persona.

De ello tenemos que la filiación es consubstancial e innata al ser humano en el sentido que el status filii es un atributo natural, siendo

[195] ESCRICHE, Joaquín.- "Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia". París, Librería de Ch. Bouret, 1884. Pág. 203.
[196] HUC, Th.: Commentaire theorique et pratique du Code Civil, Cit. LOPEZ DEL CARRIL, Julio.- Ob. Cit. Pág. 9.
[197] SILVA RUIZ, Pedro: "El Derecho de familia y la inseminación artificial 'in vivo' e 'in vitro'". Artículo publicado en "Revista de Derecho Privado". Madrid – España. Editorial Derecho reunidas, 1987, enero-diciembre. Tomo LXXI. Pág. 326.

aceptado y fomentado actualmente que toda persona debe conocer su filiación (derecho a conocer su propio origen biológico) no sólo para generar consecuencias legales sino para permitir la concreción y goce de su derecho a la identidad.

SOTO LAMADRID al respecto señala que "(…) *la filiación, como categoría jurídica, es más que un hecho jurídico, es un acto jurídico familiar, porque el surgimiento de la filiación no existe hasta que haya una manifestación de voluntad del reconociente, y sólo a falta de tal voluntad, surge la declaración judicial que atribuye, ahora sí, las consecuencias de lo biológico*".[198]

Finalmente, concluimos en señalar que la importancia de la filiación estriba en el hecho de ser la condictio sine qua non para conocer la situación en que se encuentra una persona como hijo de otra. Es una forma de estado de familia. De allí que se diga que la filiación implica un triple estado:

1) Estado jurídico. Asignado por la ley a una persona, deducido de la relación natural de la procreación que la liga con otra.

2) Estado social. En cuanto se tiene respecto a otra u otras persona.

3) Estado civil. Implica la situación jurídica del hijo frente a la familia y a la sociedad.

[198] SOTO LAMADRID, Miguel Ángel.- Ob. Cit. Pág. 68 y 69.

1.4. CLASIFICACIÓN

MARTÍNEZ HAGUE[199] postula que la filiación, atendiendo a los hechos o actos que lo originan, puede ser de tres clases: a) **La filiación legítima o matrimonial**, que supone el hecho de la procreación y que esa procreación se haya efectuado cuando los padres se encontraban ligados por el vínculo matrimonial, hecho jurídico, que da lugar al parentesco legítimo (matrimonial); b) **La filiación natural**, ilegítima o extramatrimonial; en donde sólo existe la procreación (hecho material): pero, no el acto jurídico del matrimonio de los padres; da lugar al parentesco ilegítimo (extramatrimonial); y c) **La filiación adoptiva**, que difiere profundamente de las dos anteriores, no supone ni procreación ni matrimonio, sino que es producto de una convención o acto jurídico que se celebra entre adoptante y adoptado y que el legislador acepta gustoso, porque con ello se tiende a dar una familia a quienes carecen de ella y un hijo a aquellos a quienes la naturaleza u otros factores les ha negado.

La clasificación tradicional, que data desde el Derecho Romano[200], es de la filiación matrimonial y extramatrimonial, la misma que seguiremos en el presente trabajo de investigación.

---

[199] MARTÍNEZ HAGUE, Carlos.- "La filiación ilegítima en el derecho civil peruano". Editorial Rímac. Lima – Perú. 1951. Pág. 19.

[200] BUENO RINCÓN señala que es en Roma donde el advenimiento de la prole se consideró como un beneficio de los dioses y su falta como un castigo, lo cual se explicaba porque, con la perpetuación de la prole, se procuraba la existencia de seres que rindiesen culto a sus antepasados. BUENO RINCON, Enrique Fabio.- "La investigación de la filiación y las pruebas biológicas". Segunda Edición. Editorial Gustavo Ibáñez. Santa Fe de Bogotá. 1996. Pág. 36.

1.4.1. FILIACIÓN MATRIMONIAL

Denominada en Roma filiación legítima, era la derivada por efectos del matrimonio otorgando a los hijos ex iusto matrimonio la condición de libres con todos sus derechos civiles y políticos.

Esta filiación es una institución que se encuentra unida al matrimonio entre los progenitores, siendo su causa esencial. Sin embargo, el solo acto matrimonial es insuficiente para establecer una filiación, hecho por el cual han surgido teorías que tratan de determinar qué hijos son matrimoniales y cuáles no.

1.4.1.1. TEORÍA DE LA CONCEPCIÓN

La teoría de la concepción postula que son hijos matrimoniales los engendrados por los padres casados, sea que nazcan dentro del matrimonio, o sean alumbrados después de disuelto o anulado el vínculo. Es decir, los concebidos antes del matrimonio serán extramatrimoniales, aún cuando su nacimiento ocurra una vez realizado el casamiento.

Esta teoría establece una diferencia muy marcada entre los hijos de los mismos padres.

La teoría de la concepción es seguida por los Códigos civiles de Francia (articulo 312), Italia (articulo 231) y Nicaragua (artículo 199).

1.4.1.2. TEORÍA DEL NACIMIENTO

La teoría del nacimiento postula que serán hijos matrimoniales los nacidos en el momento en que sus padres estén casados, no importando el momento en que hayan sido engendrados.

La presente teoría postula que los concebidos con anterioridad a la celebración de las nupcias serán matrimoniales si nacen cuando aquellas hayan sido ya contraídas, contrario sensu no lo serán los nacidos después de la disolución del casamiento, a pesar que la procreación se produjo durante su vigencia.

Esta teoría hace depender de manera ventajosa la calidad de la filiación de tres hechos:

- La celebración del matrimonio
- El parto
- La disolución o anulación de aquel

1.4.1.3. TEORÍA MIXTA

También denominada del nacimiento-concepción, es adoptada por el

Código civil peruano (artículos 1, 243 inciso 3, 361 y 363 incisos 1 y 2) sustentándose en los siguientes postulados:

- La vida humana se inicia con la concepción.
- El marido de la mujer se presume padre del hijo del esta
- La no permisibilidad del matrimonio de la viuda en tanto no transcurran 300 días de la muerte de su marido, salvo que diera a luz, disposición que se amplia para la mujer divorciada.
- La facultad del marido de impugnar la paternidad del hijo de su mujer.

Es importante para atribuir una paternidad matrimonial tanto el hecho propio de la concepción como del nacimiento siempre que se respeten los plazos legales determinados por la ley (que sea concebido 180 días antes del matrimonio o que nazca a los 300 días de su disolución).

1.4.2. FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

Tradicionalmente, la doctrina ha distinguido la filiación "legítima" de la "ilegítima", determinando para aquella un trato privilegiado y degradando a ésta última.

Sus antecedentes históricos los tenemos en el Derecho de la Roma Clásica donde se estimulaba la unión matrimonial dando fijeza, certidumbre y estabilidad a los derechos y obligaciones emergentes de la procreación y a las relaciones parentales derivadas de la unión matrimonial.

La protección a las relaciones matrimoniales trajo como consecuencia la sanción de las uniones sexuales extramatrimoniales, de tal manera que constituían delito la unión sexual de dos personas libres (delito de estupro) o la unión de una persona libre con una que no lo fuese (delito de contubernio).

En los casos antes mencionados el fruto de la concepción no era considerado ni siquiera como hijo natural.

Tratativa diferente mereció la figura del concubinato, ya que el vínculo que derivaba del mismo configuraba similar certeza que la del matrimonio. Sin embargo, este criterio de paridad de la relación vincular que surgían del matrimonio o del concubinato, sólo tuvo vigencia hasta que el Derecho Canónico afianzó el nexo matrimonial monogámico, basándose en el axioma jurídico señalado es de hecho aquel que non nasce de casamiento derecho[201].

En la filiación extramatrimonial, los progenitores carecen de un estado legal vinculante con respecto a su descendencia, de allí que la voluntad (reconocimiento) o la imposición legal (declaración judicial) son los medios de establecerla.

[201] CORNEJO CHÁVEZ, Héctor.- "Derecho Familiar Peruano". Sexta Edición. Librería Studium. Tomo II. Lima – Perú. 1987. Pág. 90.

1.5. DETERMINACIÓN

La determinación de la filiación es "(…) *la afirmación jurídica de una realidad biológica presunta*"[202].

1.5.1. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN MATRIMONIAL

Para los hijos matrimoniales la filiación se acredita conjuntamente respecto del padre y de la madre. Al demostrar la maternidad se manifiesta, propiamente y siempre, la paternidad del marido (principio de la indivisibilidad de la paternidad matrimonial), a pesar que luego pueda ser impugnada[203].

La filiación matrimonial sienta sus bases en la presunción pater est (artículo 361 del Código civil) y en la presunción reafirmatoria de paternidad (artículo 362: el hijo se presume del marido así la mujer niegue la paternidad de su cónyuge o esta sea condenada como adúltera[204]) atribuyéndose legal o automáticamente el vínculo paternal

---

[202] LACRUZ BERDEJO, José y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís.- "Derecho de Familia". Bosch. Barcelona – España. 1982. Pág. 606.

[203] Inicialmente el principio de protección de la familia no admitía otro supuesto de impugnación que la imposibilidad física del marido (impotencia o infertilidad). Ejemplos ilustrativos. GROSMAN redacta que el marido blanco no podía desconocer al hijo mulato de mujer blanca, si previamente no demostraba el adulterio u ocultamiento de parto. PEÑA BERNALDOZ DE QUIROZ dice que no procedía la indagación paternal aún cuando el hijo tuviera las características del amante de la mujer, aunque las pruebas de sangre excluyan al marido de la mujer y no así al amante. ALBADALEJO, establece que la afirmación legal de paternidad matrimonial es inatacable, aunque la madre y el marido sean blancos, el hijo mulato, la madre haya sido condenada por adulterio cometido por un negro y, además, la prueba de los grupos sanguíneos demuestre que el ser dado a luz por la mujer no puede ser hijo del marido.

[204] El planteamiento legal de la presunción de paternidad y el adulterio de la mujer son recogidos de un aforismo latino: Quum possit mater adultera esse, et impubes maritum patrem habuisse: La mujer

(atribución de paternidad ministerio legis u ope legis).

El establecimiento de la paternidad matrimonial se sustenta en el denominado período de la concepción y gestación de manera tal que, legalmente, la gestación tiene una duración mínima de 180 días y máxima de 300, mientras que la concepción se produce dentro de los primeros 121 días de los 300 anteriores al nacimiento[205].

La presunción de paternidad "(…) si *bien dispensa de probar el hecho biológico, no descansa sino en un presupuesto de regularidad social que se traduce en contenidos éticos que dan sentido a la institución del matrimonio mismo*"[206], tales como la fidelidad y la cohabitación que como decía MAZEAUD, son los pilares de la unión monogámica o presunciones vitales como las llamaba JOSSERAND, de las que se deriva una presunción negativa de infidelidad y una presunción positiva de contacto, como considera PUIG PEÑA.

En sentido concreto y práctico la presunción de paternidad descansa no tanto en la fidelidad sino en la convivencia matrimonial, presentándose

---

puede ser adúltera y el hijo tener por padre al marido. Así también de un viejo precedente considerado en Las Partidas: "ensáñanse la mujeres a las vegadas tan fuertemente, que por despecho que han de sus maridos, dizen que los fijos que tienen en los viemtres o que son nacidos, que non son dellos, más de otros..; por tales palabras, que el padre, o la madre dixessen, non deve el fijo ser desheredado, nin le empece en ninguna manera" (Part.III, tít.14, ley 9). El antecedente local de esta norma es el artículo 300 del Código civil de 1936 y es un rezago del delito de adulterio del derogado Código Penal de 1924.

[205] Este es el postulado omni meliore momento por el cual la ley contempla una etapa de la fecundación y no el momento en que se produce la concepción.

[206] BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo.- “Hijos legítimos”. Editorial Astrea. Buenos Aires - Argentina. 1981. Pág. 246.

ésta última como su principal fundamento[207].

Sin embargo, la presunción páter est tiene un carácter de historicidad que deberá dar paso o andar a la par con una información técnica pues su carácter histórico desmedra su eficacia y no le otorga valor absoluto.

ÁLVAREZ con pensamiento moderno ya señalaba que "*Lo que hasta aquí fue invulnerable presunción de legitimidad debe dar paso a los hechos de la vida; porque, por razonable que sea esta presunción, después de todo no es más que una apariencia que puede ser destruida por la prueba en contrario. Las presunciones deben ser consideradas, según expresión de un juez norteamericano, como murciélagos de la ley, volando en el crepúsculo, pero desapareciendo bajo el sol de los hechos reales; mientras que el examen de los grupos sanguíneos, rayo de luz en la delicada, difícil de aprehender y engañosa cuestión de paternidad, disuelve aquella presunción erigida artificialmente*".[208]

1.5.2. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

Frecuentemente el hijo extramatrimonial goza de hecho de status filii pero no del status familiae, es decir tendrá un nombre pero no las

[207] Espín Cánovas indica que "la jurisprudencia ha limitado acertadamente el alcance de la intrascendencia del adulterio de la mujer para la determinación de la paternidad declarando que el art. 109 (362 en nuestro Código civil) sólo es aplicable cuando existe convivencia matrimonial, que es cuando rige la presunción del 108 (para nosotros artículo 361) (Sentencia 16 de abril de 1968)" (Cfr.Op.cit. Pág. 349).

[208] ALVAREZ, José de Jesús: "El examen de los grupos sanguíneos como medio de prueba jurídica" (Tesis doctoral de la Universidad Autónoma de Santo Domingo), en: Revista de Derecho y ciencias políticas, Trujillo, 1968, No.9. Pág. 163.

relaciones familiares completas.

Cuando se trata de los hijos concebidos fuera del matrimonio y a falta de emplazamiento, sea por reconocimiento o declaración judicial, la filiación materna puede ser acreditada con independencia de la paterna, sin que por establecer la una se induzca la existencia de la otra.

En sentido básico tenemos que los presupuestos de la filiación extramatrimonial son la maternidad y la paternidad de ambos hechos biológicos de los progenitores.

1.5.2.1. LA FILIACIÓN MATERNA

El axioma tomado por PAULO del DIGESTO mater semper certa est etiam si vulgo concepterit[209] nos decía que la maternidad era siempre indubitable y que su prueba era sencilla, directa y demostraba un hecho simple y común: el sólo ver en estado gestante a una mujer, el hijo que luego viéramos llevara en sus brazos entendíamos que era de ella (partus séquitur ventrem, INSTITUTA: 2,1,19).

El sustento es que tanto la gestación como el nacimiento son hechos biológicos que pueden ser probados de manera más segura a través del parto[210], no así la concepción[211].

[209] DIGESTO: Ley 5, Título 4, Libro 2

[210] Las modernas técnicas de reproducción humana asistida vulneran este principio, de allí que el

El primer alcance legal sobre el tema lo dio la Ley de las XII Tablas[212], estableciendo lo siguiente: "4.- Una mujer conocida por su indiscutida honestidad dio a luz en el undécimo mes de la muerte de su marido; y se originó cuestión respecto la concepción, que se reputó posterior a la muerte de aquél; pues los decenviros establecieron que los partos legales debían tener lugar dentro del décimo mes; no, del undécimo".

En la práctica este sistema ofrece dificultades, como lo adelantó VÉLEZ SARFIELD, pues es justamente en los casos de pleito cuando la maternidad no puede presentarse como indubitable, salvo que el juez (solución que plantea como lógica para demostrar su aseveración) haya asistido al parto.

De esta manera, los supuestos de simulación de embarazo o de parto, inscripción registral indebida, maternidad disputada, transcurso del tiempo que posibilite el examen de parto, etc. son casos en los cuales sólo podrá determinarse la maternidad con ayuda de las pruebas heredobiológicas.

Código de familia Búlgaro refiera que: "Artículo 31.- La maternidad es determinada por el parto. La misma regla se aplica al niño concebido con el uso de material genético proveniente de otra mujer".

[211] La Corte Colombiana ha dicho que: "el parto significa que la mujer es la madre, pero no significa jamás con la misma evidencia quien es el padre. Débase ello a que la paternidad no la determina el nacimiento, sino un hecho anterior, o sea, la concepción. Esta implica siempre la participación de un hombre, consistente en haber cohabitado con una mujer y ser la concepción el efecto de la cohabitación". BUENO RINCON, Fabio Enrique.- Ob. Cit. Pág. 32.

[212] VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique : "La Ley de las XII Tablas (Su vigencia en el Código Civil peruano de 1984)", en: Ratio Iuris Internet (http://www.ulima.edu.pe/ul.doc/ iuristexto/REVOO3/ varsihtml), Lima, 1995 y en Revista jurídica del Perú, Trujillo, Ed. Normas Legales S.A., 1997, Año XLVII, No.12. Pág. 75.

1.5.2.2. LA FILIACIÓN PATERNA

Como antípoda al criterio pauliano se nos presenta el páter semper incertus, que tiene como base originaria el carácter inextricable de las relaciones sexuales y el momento de la fecundación. Así, "el fenómeno de la generación está, en cuanto al padre rodeado de un misterio casi impenetrable y pocas veces propicio a la justificación mediante prueba directa, razón por la cual es preferible establecer situaciones objetivas, solemnes y comprobables fácilmente que, por otra parte, sirvan de base para instaurar una presunción, allí donde no es posible instaurar una demostración"[213].

En base a ello desde la normativa romana se establecieron ciertas presunciones (praesumptio hominis) para determinar la paternidad (demostración etérea) que han perdurado hasta nuestros días sumiéndonos en un sistema cerrado y social de paternidad.

Conforme avanza la ciencia bio-médica en las investigaciones para determinar biológicamente la paternidad (demostración plena) y en tanto sean debidamente aceptadas por nuestro Derecho como pruebas positivas tendrán, las presunciones, un lugar importante en la declaración del vínculo paterno filial.

[213] FERNÁNDEZ CLÉRIGO, Luis.- “El Derecho de familia en la legislación comparada”. Editorial Hispano-Americana. México. 1947. Pág. 179.

El carácter de relevancia que tienen en nuestro medio las presunciones de paternidad han relegado el desarrollo científico y admisibilidad judicial de las pruebas heredobiológicas. ARCE LARRETA al respecto señala que "*El páter semper incertus del Derecho Romano y el Código de Napoleón, con sus criterios de irresolubilidad para los problemas de la paternidad y la filiación, han sido influencias poderosas para relegar, poco menos que al olvido, éste problema que hoy atrae nuevamente a biólogos y a juristas*".[214]

Tender a la verdad biológica dejando de lado la verdad social es ponernos al día legislativamente remozando los conceptos que tradicionalmente han primado en el Derecho de familia referido a esta materia. Admitir, simplemente, las pruebas biológicas no es la solución exacta. Brindarle adecuada regulación jurídica es lo conveniente, reafirmando el principio natural que la filiación tiene su causa iuris en la concepción.

1.6. ACCIONES DE FILIACIÓN

1.6.1. GENERALIDADES

La investigación de la paternidad es de interés fundamental para el Estado de allí que se preste especial cuidado a la estructuración y

[214] ARCE LARRETA, Jorge: "Investigación biológica de la paternidad (aplicaciones prácticas de la serología constitucional)". Artículo publicado en “Boletín del Instituto Nacional del Niño”. Lima. Enero 1934, N°1. Pág. 1.

ubicación de las acciones de filiación dentro del Derecho Público, a efectos de brindar las máximas seguridades y cautela a estas medidas judiciales destinadas a encontrar la relación de familia.

Como se dice, las acciones de filiación son acciones dirigidas a la afectación del estado civil del sujeto pues sus resultados pueden variar completamente los atributos de la persona y su identidad personal, justificándose su denominación como acciones de estado.

1.6.2. CONCEPTO

Las acciones o pretensiones de filiación están referidas al estado de familia y buscan el establecimiento del verdadero status filii o calidad de hijo a través de un emplazamiento (iniciado por quien lo carece) o un desplazamiento (cuando la filiación establecida no coincide con la real).

1.6.3. OBJETIVO

El objeto de las acciones de filiación es facilitar la adecuación entre la filiación como hecho y la filiación como relación jurídica.

El fundamento de estas acciones reside en la prueba de un hecho: la correspondencia entre la verdad biológica (procreación) y el estado

filial (situación de hecho). De allí que sea de la realidad biológica que se establezca (determinación) o quede sin efecto (impugnación) el vínculo filiativo respecto del hijo y sus progenitores.

En otras palabras, las acciones de filiación buscan la adecuación entre la verdad formal y la verdad biológica.

1.6.4. CARACTERÍSTICAS

Las acciones de filiación tienen como principales características el ser:

- Imprescriptibles: El paso del tiempo no influye en su admisibilidad o requerimiento.
- Inalienables: No pueden ser limitadas ni restringidos sus efectos.
- Personales: Sólo pueden ser utilizadas por un número limitado de personas.
- Intransmisibles: No pueden ser transferidas bajo ningún título.
- Irrenunciables: El goce natural de estas acciones limita la posibilidad de que pueda renunciarse a la acción, no obstante que si podrá renunciarse al derecho a ejercitarlas.
- Eficacia erga omnes: Sus efectos son generales respecto a las personas que están vinculadas filiativamente. No cabe el establecimiento de una filiación in diminuto.

1.6.5. CLASES

1.6.5.1. ACCIÓN DE RECLAMACIÓN.

Se le conoce como acción de declaración positiva o vindicación de estado civil. Es una acción de emplazamiento, es decir busca establecer una filiación a quien no la tiene.

1) Matrimonial.- Se da a falta de una inscripción regular. Tales son los casos: inscripción sin mención a los padres, inscripción como hijo extramatrimonial de otras personas, inscripción como hijo matrimonial de otros.

2) Extramatrimonial.- Se sustenta en el principio de la investigación de la filiación y permite su determinación respecto de quien no la tiene legalmente, por haber nacido fuera de matrimonio y sus padres biológicos se niegan a reconocerlo. Lógicamente es exigible al padre o a la madre, teniendo: 1°) Paternidad.- Acreditado los supuestos sociales o la vinculación de genética. 2°) Maternidad.- Acreditado los supuestos biológicos o la vinculación de genética.

1.6.5.2. ACCIÓN DE DESCONOCIMIENTO

Llamadas acciones de declaración negativa o de repudio filial. Es una acción de desplazamiento, es decir busca dejar sin efecto la filiación de

quien la goza fuera de los supuestos permitidos por ley.

1) Paternidad matrimonial: 1.1) **Impugnación**.- Denominada desconocimiento riguroso. En este caso el marido ataca la paternidad que tiene con el hijo concebido por su mujer durante el matrimonio. En ella está vigente la presunción páter est, existe una verdad biológica probable. Se presume que el hombre tenía relaciones sexuales con la madre en la época de la concepción; y, 1.2) **Negación,** Denominada desconocimiento simple o negación ad nutum. En este caso no existe la presunción de paternidad, no hay una verdad biológica probable. Se presume que el hombre no tenía relaciones sexuales con la madre en la época de la concepción.

2) Maternidad matrimonial: 2.1) **Impugnación**.- Es menos frecuente que el de la paternidad. Sin embargo, es más necesaria e importante que otras acciones ya que, si falta el vínculo de la madre deberá faltar el del padre. Este es un caso relacionado con los delitos de alteración del estado civil, permitiéndose repudiar este tipo de filiación en los casos de parto supuesto o suplantación de hijo. Vg. Ostentar la calidad de hijo matrimonial de una mujer que biológicamente no lo es.

3) Casos especiales: 3.1°) **Impugnación de legitimidad**.- Esta acción busca probar que el hijo no es matrimonial. A pesar de que su paternidad legal coincida con la biológica, el hecho de haber sido concebido o alumbrado cuando sus padres no estaban casados motiva

la impugnación. Es una acción propia de los padres. 3.2°) **Repudio de la filiación legítima**.- Busca dejar sin efecto una filiación matrimonial a efectos de declararse hijo extramatrimonial. Es una acción propia del hijo. Estas acciones ya no tienen aplicación, son infrecuentes y han sido desplazadas por el principio de unidad de la filiación y el de igualdad entre los hijos.

CAPITULO IV

RESPONSABILIDAD CIVIL POR EL NO RECONOCIMIENTO OPORTUNO DE HIJO EXTRAMATRIMONIAL

1. RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO DE FAMILIA

1.1. INTRODUCCIÓN

Durante el siglo XIX y hasta bien avanzado el siglo XX no se admitía ningún tipo de indemnización entre los miembros de la familia por daños producidos entre ellos, motivados por los diferentes conceptos que se tenían tanto de la responsabilidad civil, como del derecho de familia.

El derecho de familia estaba basado en la autoridad del pater, el estado tenía poca injerencia en el seno de la familia, los poderes patriarcales y maritales eran cuasi omnimodos, la mujer no tenía igual derecho que el hombre, los niños eran considerados personas solo en la letra de la ley, la patria potestad era concebida como un conjunto de derechos, no existía la posibilidad de contratación entre cónyuges y la autonomía de la voluntad no tenía ninguna cabida en la organización familiar. Con esa concepción de la familia era muy difícil admitir que se conminara a la reparación del daño producido por uno de sus miembros a otro de ellos, ya sea a consecuencia de un ilícito extracontractual o de un daño

surgido de una relación contractual (que no se establecía).

Si bien todo el derecho privado ha evolucionado en estos últimos años, el derecho de familia es uno de los que particularmente ha sufrido mas transformaciones, derivado en gran medida de la evolución de las costumbres, y del cambio en las reglas morales.

Uno de los cambios mas importantes es la evolución de una estructura familiar jerarquiza basada en el dominio del pater familia a una estructura igualitaria, en la cual la mujer y el marido se encuentran colocados en una posición igualitaria tanto en el gobierno de la familia como en la contribución a su sostenimiento.

Por otra parte existe un menor énfasis en la idea de concebir a la familia como una estructura unitaria, mientras se pone el acento sobre la autonomía individual década uno de los integrantes de la familia, a partir del reconocimiento de la personalidad singular como individuos. Esta circunstancia en el ámbito conyugal permite que los cónyuges contraten entre si, y por lo tanto que se le apliquen las reglas de la responsabilidad contractual, y al mismo tiempo que respondan con sus propios bienes o con los gananciales de su administración por las obligaciones por ellos contraídas.

El pasaje de la familia patriarcal a la familia nuclear, ha requerido de infinidad de normas que establecieran la igualdad de los cónyuges, en los diferentes aspectos familiares, pero hay otros supuestos que no

están dados por normas específicas sino que se deducen de tal principio y que tienen importancia a los fines de nuestro estudio, entre ellos se encuentra el valor dado al trabajo doméstico

Durante años el trabajo doméstico de la mujer ha sido considerado a título gratuito o sin valor, hoy sin que exista una norma específica sobre el valor del trabajo doméstico, este se lo acepta con un contenido económico que influye a la hora de la reparación de los daños.

En definitiva la existencia de una familia patriarcal ha llevado a que durante años se privilegiara la estructura familiar y se impidiera la aplicación de las normas sobre la responsabilidad civil en el seno de la familia.

Por otra parte el fin de la responsabilidad era el castigo del responsable que se fundaba en la existencia de culpa, noción que tal cual es desarrollada en los siglos XII y XIII viene a coincidir con la idea de moral cristiana que han de elaborar los canonistas; en otras palabras, la culpa llega a ser concebida como una “falta moral”, distinta del dolo que da lugar al delito, hasta que DOMAT en el siglo XVIII desarrolla la idea de que todo el por su culpa causa un daño debe responder.

En esta concepción de la familia y del sistema de la responsabilidad civil era impensable la reparación del padre que dañaba a su mujer o a sus hijos ya que no existía culpa en estos actos, sino el cumplimiento del deber de corrección derivado del ejercicio de la autoridad marital y

de la patria potestad.

Si a ello le agregamos que el derecho de familia era concebido como una rama del derecho autosuficiente advertimos porque fue tan difícil que se abriera paso la obligación de reparar de los daños causados entre los miembros de la familia.

En la actualidad la evolución del derecho de familia ha conducido a privilegiar la personalidad y la autonomía del sujeto familiar respecto a la existencia de un grupo organizado en sentido jerárquico. El sujeto familiar es por sobre todas las cosas una persona y no existe ninguna prerrogativa familiar que permita que un miembro de la familia cause daño dolosa o culposamente a otro y se exima de responder en virtud del vínculo familiar.

La reparación de los daños entre los miembros de la familia emerge así como un principio aceptado después de una lucha de años, y que se abre paso, no sin dificultad en el ámbito jurídico.

1.2. TEORÍAS

La doctrina no es pacifica en relación a la admisión de la responsabilidad civil en el derecho de familia, advirtiendo dos claras posiciones, configurada por aquellos que se inclinan por la admisión o por la prohibición de la reparación del daño causado en el seno familiar.

1.2.1. TEORÍA NEGATIVA

En una primera instancia, se consideraba al derecho de daños como un área ajena al derecho de familia. El fundamento se apoyaba en la protección de la estructura familiar, la cual podía resultar vulnerada ante la exteriorización de daños producidos entre sus integrantes en el mundo íntimo. Entre sus defensores se destacan BORDA y LLAMBIAS.

1.2.2. TEORÍA POSITIVA

En cambio, los partidarios de admitir la responsabilidad civil en las relaciones de familia tienen en consideración las características de la familia actual, dentro de la cual sus miembros se relacionan en un plano de libertad e igualdad y, bajo el respeto de dos valores fundamentales, el amor y la humanidad. En consecuencia, no es válido impedir la reparación del daño injusto causado a cualquiera de sus miembros, con fundamento en la protección de la integridad familiar. Entre los juristas defensores de esta postura, se encuentran ZANNONI, MÉNDEZ COSTA, BELLUSCIO, MOSSET ITURRASPE, KEMELMAJER DE CARLUCCI, ALTERINI, LÓPEZ CABANA, BREBBIA, BARBERO.

1.2.3. POSICIÓN PERSONAL

Por nuestra parte, nos inclinamos por admitir la reparación del daño en

el Derecho de Familia con el fin de resguardar y respetar los derechos de cada miembro de la familia. Sin embargo, la aplicación de los principios generales de responsabilidad civil debe guardar armonía con el ordenamiento jurídico familiar. Así, será posible arribar a soluciones respetuosas del interés individual de la persona afectada y, al mismo tiempo, del interés familiar.

1.3. CARACTERES

La responsabilidad civil derivada de relaciones familiares presenta los siguientes rasgos particulares, los mismos que son de suma relevancia pues nos permitirá su aplicación al caso concreto de la falta de reconocimiento de hijo extramatrimonial.

- En primer lugar, la responsabilidad civil derivada de relaciones familiares se ubica dentro de la **responsabilidad extracontractual** o aquiliana, puesto que se origina por el incumplimiento de un deber legal (alterum non laedere) y no en virtud de un contrato. En este sentido, debemos precisar que incluso adoptando la teoría contractualista de la familia, la naturaleza de la responsabilidad civil en el ámbito familiar no se vería desvirtuada.

BREBBIA al respecto señala que "*La responsabilidad civil de orden familiar se ubica dentro del dominio de la responsabilidad extracontractual o aquiliana en razón de que proviene de la violación de un deber legal y no del*

incumplimiento de un contrato. Esta aseveración se mantiene para los daños derivados de la nulidad o disolución del matrimonio, por cuanto este instituto, como así también el de la sociedad conyugal, no son contratos en el sentido técnico jurídico".[215]

- En segundo lugar, la responsabilidad civil se encuentra regida por un **sistema subjetivo**, pues el factor de atribución es la culpa o dolo. Así, no se admite la existencia de un sistema de riesgo creado u objetivo, pues necesariamente se requiere el elemento volitivo para determinar el nacimiento de la obligación de resarcimiento.

BREBBIA al respecto señala que "*En el derecho de la responsabilidad civil familiar predomina en forma absoluta el principio de la culpa como factor de atribución de responsabilidad civil, quedando excluida la responsabilidad por riesgo. Esta preeminencia del factor subjetivo se explica en razón de que dentro del derecho de familia la norma exige una reprochabilidad real y no inferida, en la conducta del agente del daño, para determinar su responsabilidad civil y penal.*"[216]

En tercer lugar, la responsabilidad civil en materia de familia genera daños patrimoniales y extrapatrimoniales o subjetivos y objetivos, de acuerdo a la clasificación efectuada en el Capítulo II de la presente tesis.

[215] BREBBIA, Roberto H.- "Derecho de Familia". Libro homenaje a María Josefa Méndez Costa. Rubinzal Culzoni Editores. 1990. Pág. 356.
[216] BREBBIA, Roberto H.- "Derecho de Familia". Libro homenaje a María Josefa Méndez Costa. Rubinzal Culzoni Editores. 1990. Pág. 356.

BREBBIA al respecto señala que "*La vulneración de los derechos y deberes de orden familiar es susceptible de originar daños patrimoniales y morales, según la naturaleza del derecho avasallado. Las relaciones familiares personales, según ya se ha visto, son de un rango superior a las patrimoniales, pues en aquéllas se encuentra en juego de manera directa el interés familiar y social, que predomina sobre el interés individual.*".[217]

2. RESPONSABILIDAD CIVIL POR EL NO RECONOCIMIENTO OPORTUNO DE HIJO EXTRAMATRIMONIAL

2.1. PREMISA PRINCIPAL

El sistema normativo establece obligaciones de padres frente a hijos, de hijos frente a los padres, y entre padres. Una de las principales obligaciones es el del reconocimiento de filiación, y ello a efectos de garantizar a toda persona un emplazamiento pleno (materno y paterno).

La negativa de una persona de cumplir con su deber jurídico de reconocer a un hijo y, al mismo tiempo, el comportamiento refleja la negativa de asumir la responsabilidad como progenitor, hace que el derecho se haga presente a efectos de proteger al hijo mediante un mecanismo legal (acción de filiación) que facilita la determinación del

[217] BREBBIA, Roberto H.- "Derecho de Familia". Libro homenaje a María Josefa Méndez Costa. Rubinzal Culzoni Editores. 1990. Pág. 356.

vínculo.

Sin embargo, y **partiendo del hecho que aquel acto de falta de reconocimiento espontáneo de un hijo conlleva un perjuicio a éste, tanto a nivel subjetivo como objetivo, consideramos plenamente admisible la aplicación de la responsabilidad civil por aquel acto, debido a la generación de un perjuicio injusto susceptible de ser resarcido del daño causado**.

2.2. FUNDAMENTO

El reconocimiento de la filiación por parte de un padre con respecto a su o sus hijos menores, es un deber moral y legal, por lo que toda actuación omisiva es considerada una conducta antijurídica, predominando en la responsabilidad civil familiar el principio de la culpa. Es decir no reconocer un hijo propio es un acto ilícito.

El no reconocimiento de un hijo es un acto de arbitrariedad y no desliga a un padre de principios fundamentarles del derecho, como el de no dañar a otro (alterum non laedere) y el de dar a cada uno lo suyo.

En suma, el fundamento de la obligación de resarcir el perjuicio ocasionado por la falta de reconocimiento voluntario de un menor estriba en el principio constitucional alterum non laedere.

La obligación de resarcir el detrimento ocasionado por la falta de reconocimiento voluntario normativamente lo encontramos en los siguientes preceptos legales, tanto nacionales como supranacionales, e incluso en estos de manera mas especifica:

- El Código Civil que en su artículo 1969 consagra el principio alterum non laedere, cuyo texto señala "*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*.".

- La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que sostiene en su Preámbulo que las potestades de cada uno están condicionadas por las de los demás, lo que ratifica la posición de nuestra legislación en el sentido de que si el hijo tiene derecho a solicitar su reconocimiento, el padre, si no cumple con ese "deber", incurre en ilicitud.

- La Declaración Universal de las Naciones Unidas dispone en su artículo 6 que todo ser humano tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

- El Pacto de San José de Costa Rica, que en su artículo 13 pone énfasis en recalcar que los sujetos de derecho son las personas. Los atributos que generalmente se le reconocen a éstas son el nombre, el estado civil, la nacionalidad, etc.

El artículo 18 del mencionado instrumento interamericano consagra el derecho al nombre, que faculta al hijo a utilizar el apellido de sus padres. Es este un típico derecho a la identidad, ya que da la posibilidad de tener un nombre propio que diferencie a una persona de las demás. En ese orden de ideas el artículo 19 del Pacto de San José de Costa Rica y en forma similar la Convención Americana sobre Derechos Humanos- dicen que todo niño en su condición de menor tiene derecho a las medidas de protección por parte de la familia y el Estado. Con similar sentido la "Declaración de los Derechos del Niño" se refiere a la "obligación" de los padres de cuidar y respetar a los niños.

- La Convención de los Derechos del Niño es aplicable a los menores de 18 años y le impone a los padres una serie de "deberes" (arts. 3, 5 y 18) y le confiere a los hijos el "derecho" de conocer a sus progenitores (art. 7º) y a tener su identidad (art. 8) .

2.3. REQUISITOS

La determinación de responsabilidad civil por falta de reconocimiento voluntario, requiere necesariamente la concurrencia de todos los presupuestos o elementos de la responsabilidad civil, es decir, antijuridicidad, daño, nexo causal y factor de atribución (culpa).

URRUTIA y RIPOSATTI al respecto señalan que "*Creemos que son*

aplicables los principios generales de responsabilidad civil en el derecho de familia, por lo tanto es menester acreditar todos los presupuestos de responsabilidad exigidos en el derecho civil: 1.1. antijuridicidad, 1.2. daño, 1.3. causalidad, y 1.4. factores de atribución de responsabilidad".[218]

2.3.1. ANTIJURIDICIDAD

La conducta antijurídica en materia de resarcimiento por falta de reconocimiento voluntario y consciente de un hijo, plantea dos posiciones: a) en primer lugar, aquella que considera que no existe conducta antijurídica alguna pues ninguna norma impone de manera específica la obligación de reconocer a un hijo (**antijuridicidad formal**); y, b) en segundo lugar, aquella que considera que surgirá la obligación de resarcimiento, por haberse vulnerado la norma genérica de causar perjuicio a otro de manera injusta ((**antijuridicidad material**).

En cuanto a la primera posición, MÉNDEZ COSTA[219] señala que la conducta antijurídica en el presente caso es el elemento más difícil de justificar, si se estima que sólo se configura cuando el comportamiento positivo u omisivo infringe una prohibición legal expresa, es decir cuando la antijuridicidad se concibe como ilegalidad o antijuridicidad

[218] URRUTIA, Susana Margarita y RIPOSATTI, Norma Beatriz.- "Factores de atribución de responsabilidad por el no reconocimiento de hijo". Ponencia N° 31. VII Congreso Internacional de Derecho de Daños Responsabilidades en el siglo XXI. Buenos Aires, 2, 3 y 4 de octubre de 2002. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

[219] MÉNDEZ COSTA, María Josefa.- "Sobre la negativa a someterse a la pericia hematológica y sobre la responsabilidad civil del progenitor extramatrimonial no reconociente". Buenos Aires – Argentina. 1989. Pág. 563.

formal.

En cuanto a la segunda posición, y es la que compartimos, postula que para que el hecho ilícito se configure no es necesario que una disposición legal imponga la obligación de cumplir el hecho omitido, siendo suficiente a tal fin que el ordenamiento jurídico apreciado en su plenitud, desapruebe o descalifique la conducta omisiva. En este contexto, bajo la óptica de la antijuridicidad material, no cabe duda de la ilicitud de la falta de reconocimiento espontáneo.

Asimismo, y sin perjuicio de la ilicitud del acto omisivo, carácter que surge de una interpretación armónica del ordenamiento jurídico en su integridad, la doctrina sostiene la existencia de una obligación legal por cuanto si bien el reconocimiento constituye un acto jurídico voluntario, de conformidad con la regulación del Código Civil, no por ello es discrecional para el sujeto reconociente, asumiendo éste el deber jurídico de emplazar a su hijo en el estado de tal. Como bien afirma mayoritariamente la doctrina y jurisprudencia nacional, si el hijo tiene el derecho de accionar para obtener su emplazamiento respecto del padre o madre que no la ha hecho espontáneamente, éstos asumen en consecuencia el deber jurídico de hacerlo, transgresión que puede sólo neutralizarse ante la existencia de causas de justificación o exculpatorias

MÉNDEZ COSTA en este contexto sostiene que la omisión del padre de reconocer a su hijo constituye el ejercicio abusivo de un derecho,

pues si bien la ley admite el reconocimiento por el padre o madre extramatrimonial con la finalidad de simplificar la determinación de la filiación del hijo y dar cauce jurídico al cumplimiento de un indiscutible deber ético, abstenerse de realizarlo contradice esos fines e implica contrariar la moral y las buenas costumbres, constituyendo un supuesto de acto abusivo, esto es un acto ilícito .

El deber legal de reconocer a un hijo nace para el progenitor con el acto procreacional. La procreación natural es un hecho donde intervienen dos personas, hombre y mujer, debiendo ambos asumir respectivamente su paternidad y maternidad. En consecuencia, la actitud omisiva de no reconocer es ilícita. El derecho del hijo a ser emplazado como tal es correlativo al deber que tiene el progenitor de reconocerlo.

2.3.2. DAÑO

El tema del daño aplicable al presente caso genera una diversidad de cuestiones: a) las clases de daño concurrentes; b) el daño moral; y, c) la cuantificación del daño resarcible.

En cuanto a la primera cuestión (clases de daño resarcible), la falta de reconocimiento paterno genera para el hijo un daño indemnizable, el que puede ser subjetivo u objetivo, según la índole patrimonial o extrapatrimonial de sus consecuencias, daño que surge de la

naturaleza de las relaciones de familia, del derecho subjetivo de cada persona a determinar y conocer su propia identidad y al de quedar emplazada en el estado de familia que le corresponde.

URRUTIA y RIPOSATTI al respecto señalan que "*Deberá distinguirse entre daño moral y material. Con respecto al daño moral en ciertos casos existirá in re ipsa, en otras circunstancias deberá realizarse una evaluación fáctica para determinar su existencia. En este punto cabe distinguir: entre el daño moral, por no contar con el apellido paterno y no haber sido considerado hijo del progenitor en los medios sociales, del derivado de las carencias afectivas, pues ello pertenece al aspecto espiritual de las relaciones de familia* (…). *Con relación al daño material en todos los casos deberá ser probado y no en todos los supuestos producirse. Estos daños se configurarían por las carencias materiales que la falta de reconocimiento del progenitor le ocasionó al hijo*".[220]

2.3.2.1. DAÑO OBJETIVO

El daño material, y en la medida que la indemnización debe ser integral, corresponde resarcirlo de probarse que la ausencia de reconocimiento ocasionó carencias materiales. Se producirán, por ejemplo, si el único de los progenitores que lo reconoce tiene pocos recursos económicos y cuenta con un padre biológico que posee una capacidad patrimonial

[220] URRUTIA, Susana Margarita y RIPOSATTI, Norma Beatriz.- "Factores de atribución de responsabilidad por el no reconocimiento de hijo". Ponencia N° 31. VII Congreso Internacional de Derecho de Daños Responsabilidades en el siglo XXI. Buenos Aires, 2, 3 y 4 de octubre de 2002. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

que le hubieran permitido el acceso a una mejor educación o nivel de vida, puesto que la falta de determinación del vínculo implica la privación de la titularidad y goce de los derechos emergentes del emplazamiento filial y, al mismo tiempo, el no poder acceder a un título de estado le impide el uso del apellido del progenitor biológico (elemento integrante de su identidad).

CORBO al respecto señala que "*El daño material se produce cuando un padre que no reconoció a su hijo en forma espontánea, no hizo efectivo los alimentos provisorios fijados por el juez; ello le habría permitido a ese menor una mejor asistencia, educación y desarrollo en todos los aspectos y no sufrir privaciones materiales durante todo el tiempo en que careció del emplazamiento familiar*."[221]

La "**pérdida de chance**" constituye uno de los daños objetivos susceptibles de resarcimiento. En el presente caso, la "pérdida de chance" indemniza la frustración de poder obtener ganancias en el futuro, por parte de un menor de edad, a raíz de la falta de reconocimiento espontáneo por parte del padre al incurrir en incumplimiento de una obligación legal, o por la comisión de un hecho ilícito.

LEVY y ARIANNA al respecto sostienen que "(…) *la pérdida de chance"*

[221] CORBO, Carlos María.- "Responsabilidad civil por falta de reconocimiento espontaneo de hijo extramatrimonial". Artículo publicado en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. www.acader.unc.edu.ar

no es el resultado de percibir por el acreedor lo resarcible, sino que es la posibilidad razonable de obtener ganancias o evitar una pérdida, quedando al prudente arbitrio judicial la fijación de la suma, de acuerdo con las particulares circunstancias del caso".[222]

ZANNONI, por su parte, ha dicho que en la pérdida de una chance, coexisten un elemento de certeza y otro de incertidumbre. "*Certeza de que de no mediar el evento dañoso –trátese de un hecho o un acto ilícito, o de un incumplimiento contractual- el damnificado habría mantenido la esperanza en el futuro, que le permitiría obtener una ganancia o evitar una pérdida patrimonial. Incertidumbre definitiva, ya que de mantenerse la situación de hecho o de derecho que era el presupuesto de la chance, la ganancia se habría en realidad obtenido, o la pérdida se habría evitado. Si bien el juez no puede ver el futuro, proyecta la situación presente a sus razonables consecuencias. Observando este presente apreciará en qué medida de no haber mediado la producción del evento dañoso la condición de la víctima sería mejor en el futuro de lo que es como consecuencia de ese evento.*".[223]

La admisibilidad judicial de la pérdida de chance en un caso concreto, requiere probar la existencia de un perjuicio con un alto grado de probabilidades de convertirse en cierto.

---

[222] LEVY, Lea y ARIANNA, Carlos.- "Daños moral y patrimonial derivados de la falta de reconocimiento" "Derecho de Daños". Editorial Abeledo- Perrot. Buenos Aires – Argentina. 1999. Pág. 443.

[223] ZANNONI, Eduardo.- "El daño en la responsabilidad civil". Editorial Astrea. Buenos Aires – Argentina. 1987. Pág. 33.

2.3.2.2. DAÑO SUBJETIVO

El daño subjetivo, según BREBBIA es "(…) *la lesión a un bien o interés extrapatrimonial o, si se quiere mayor precisión, como la violación de un derecho subjetivo o interés legítimo de carácter extrapatrimonial, ya que lo que caracteriza al daño jurídico es la conculcación o menoscabo producido a la protección que el derecho otorga al bien que recibe la tutela*".[224] Así, bajo la definición efectuada y teniendo en cuenta que los derechos y deberes que forman el derecho de familia son, en su mayor parte, de orden extrapatrimonial; por lo que la teoría del daño subjetivo es de suma importancia en este ámbito del derecho.

El daño subjetivo por falta de reconocimiento se proyecta en distintas aspectos: a) perjuicio psicológico, pues la falta de determinación del vínculo produce perturbaciones en el siquismo infantil; b) ausencia de un vínculo filial pleno (materno y paterno); c) vulneración del derecho a la identidad; d) discriminación en el ámbito social; y, e) perjuicios vinculados con la falta de exteriorización jurídica del presupuesto biológico, traducidos en la privación de derechos subjetivos emergentes del título de estado[225].

Desde el punto de vista psicológico, las secuelas que se producen ante

[224] BREBBIA, Roberto H.- "Derecho de Familia". Libro homenaje a María Josefa Méndez Costa. Rubinzal Culzoni Editores. 1990. Pág. 356.
[225] Por ejemplo, no se puede exigir el cumplimiento de los deberes derivados de la patria potestad (crianza, asistencia, educación, debida comunicación, etc.).

la falta de reconocimiento paterno han sido ampliamente admitidas en el ámbito judicial, refiriendo la existencia de un" daño psíquico marcado al transitar en la vida con el apellido materno y sin poder alegar la paternidad" "*cuestionamiento de la propia personalidad y la inseguridad en todos los campos*".

La principal variante de daño subjetivo susceptible de producción es el **daño moral**.

El daño moral no es sino "(…) *la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimiento físico, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas y, en general, toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria*".[226]

BREBBIA define el daño moral como "(…) *toda lesión, disminución o menoscabo sufridos por un o interés jurídico*".[227]

El daño moral es un agravio que se traduce en una alteración emocional profundamente subjetiva y la apreciación por el juez de su existencia y cuantía debe ser necesariamente objetiva y abstracta, considerando cuál pudo ser el estado de ánimo de una persona común, colocada en las mismas condiciones concretas en que se halló la víctima del acto lesivo.

[226] BUSTAMANTE ALSINA, "Teoría general de la responsabilidad civil". Editorial Abeledo- Perrot. Buenos Aires – Argentina. 1999. Pág. 205

[227] BREBBIA, Roberto H.- "Derecho de Familia". Libro homenaje a María Josefa Méndez Costa. Rubinzal Culzoni Editores. 1990. Pág. 352.

La indemnización por daño moral, no es de carácter punitivo, sino resarcitorio, ya que tiende a reparar un perjuicio causado a los sentimientos más íntimos.

En cuanto a la prueba del daño moral y conforme hemos señalado al abordar su estudio, existen dos claras posiciones en cuanto a su exigencia de ser probada para dar origen a la indemnización respectiva: 1°) en primer lugar, aquella parte de la doctrina que entiende que no requiere prueba, pues se demuestra con la verificación de la titularidad del derecho lesionado del reclamante y la omisión antijurídica; y, 2°) en segundo lugar, aquel sector que considera la necesidad de producción de pruebas tendientes a acreditar en cada caso en particular las secuelas o menoscabos que la falta de reconocimiento produce, posibilitándose así una apreciación más sutil y subjetiva por parte del juzgador .

Por nuestra parte, consideramos que por la proyección y repercusión de la falta de reconocimiento voluntario de un hijo, aunado a la concepción punitiva del mismo a efectos de disuadir aquellas conductas irresponsables de los progenitores, pese a existir una obligación legal y moral de reconocer a sus descendientes, consideramos que sólo en la presente variante de responsabilidad civil debe aplicarse **la doctrina del daño moral evidente**.

CORBO al respecto señala que "*Si bien la fijación del monto puede llegar a*

ofrecer dificultades en algunos casos, no es necesaria su prueba, no por la dificultad que entraña, sino por ser la consecuencia de ciertos hechos."[228]

La doctrina del daño moral evidente postula que el daño moral no requiere ser acreditado en el proceso como elemento autónomo de la responsabilidad civil, bastando tan sólo la prueba del hecho ilícito fundante de la acción indemnizatoria del cual el juez pueda presumir su existencia.

La jurisprudencia argentina ha brindado algunas pautas meramente ejemplificativas para su cuantificación, que son las siguientes: a) Abandono de la pareja al momento de tomar conocimiento del parto; b) Ausencia de todo tipo de ayuda moral y económica durante el proceso incubatorio y de pago de los consiguientes gastos del parto; c) Negativa de haber mantenido relaciones sexuales con la madre del hijo a la época de la concepción; d) Edad del menor y en especial el impacto en la etapa de la adolescencia; e) Plazo transcurrido durante la negativa paterna para reconocer al hijo; f) Actitud renuente del padre al no someterse a la prueba biológica; g) Daño psicológico producido; h) Demora materna en iniciar la acción de filiación dejando a salvo que el factor de atribución es la culpa del padre y no la demora de la madre; i) Haber reconocido socialmente al hijo como tal; j) Haber asistido al menor a la escuela; k) Posición social de las partes en la sociedad: l) Daño que produjo al menor llevar el sello de ilegitimidad; ll) Minusvalía

[228] CORBO, Carlos María.- "Responsabilidad civil por falta de reconocimiento espontaneo de hijo extramatrimonial". Artículo publicado en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. www.acader.unc.edu.ar

social y desventajas frente a los compañeros del colegio; m) Sentimiento de rechazo sufrido por el hijo por parte del padre; n) Daño producido por la carencia de una figura paterna; y, o) Inscripción como hijo de la madre y de padre desconocido.

2.3.3. NEXO CAUSAL

La acción antijurídica no es punible si no media entre el hecho imputable y el daño una relación o nexo de causalidad; el daño es el efecto del obrar antijurídico imputable que reviste, en consecuencia, el carácter de causa.

El resarcimiento en que se traduce la responsabilidad puede comprender a todas las consecuencias dañosas del obrar del agente, sin límite ni restricción alguno, por más remotas o alejadas que ellas sean, bastando la demostración de algún vínculo o relación de causalidad ----postura generalizadora---- o bien, por el contrario, puede limitarse a cubrir ciertas consecuencias, algunos de los eslabones de la cadena, dejando de lado otros, requiriendo la prueba de una determinada relación de causalidad ----postura particularizadora----.

En la primera línea de pensamiento se ubica la teoría de la "*equivalencia de condiciones*" ----expuesta por VON BURI en 1860 y dominante a partir de 1885----; rechaza las diferencias entre los antecedentes del resultado y los considera a todos equivalentes en su producción, conditio sine qua non. Para esta teoría cada condición es

causa de todas las consecuencias, puesto que si se elimina a una el resultado no ha de existir. Ubica a todos los antecedentes en un mismo plano, sea cual fuere su importancia causal; conduce a hacer responsable al agente de consecuencias bien alejadas de sus actos.

En la segunda línea, partidaria de discernir o seleccionar entre las diversas condiciones, se ubican varias teorías que difieren en el sistema de elección:

a) **La teoría de la causa próxima**, según la cual se considera tal a aquella que temporalmente se halla más próxima al resultado, por haberse ‘‘asociado última’’ a las restantes; condena a resarcir las consecuencias que se manifiestan inmediatamente en el momento del hecho dañoso. La idea básica fue formulada por Francis Bacon, en un pasaje que siempre se recuerda: ‘‘Sería para el derecho una tarea infinita juzgar las causas de las causas y las acciones de unas sobre las otras’’; ello conduce a mantener la responsabilidad si el hecho considerado es la proximate cause y a descartar los que son too remote. Las objeciones saltan a la vista: no siempre es la causa del evento la última circunstancia actuante, y qué decir, por lo demás, cuando las condiciones se presentan de manera simultánea o compleja. El texto del artículo 1223 del Código Civil italiano parece acogerla, al limitar el resarcimiento del daño a las consecuencias inmediatas y directas del incumplimiento. En Francia se parte, para estudiar el nexo causal, del artículo 1551 del Code Civil, según el cual los daños y perjuicios indemnizables sólo comprenderán aquellos que

sean la directa e inmediata consecuencia del incumplimiento de la obligación. Los tribunales franceses, sin embargo, han interpretado este artículo en el sentido de considerar indemnizables aquellos daños que se derivan "*necesariamente de la actividad concreta*"

b) **La teoría de la causa eficiente**, que según sus partidarios discrepan en el criterio seleccionador; por un lado, con afán cuantitativo, se considera eficiente a la condición que ha contribuido en mayor medida a la producción del resultado, la más eficaz o activa. Comparte este criterio, en la doctrina nacional, LLAMBÍAS, para quien "(…) *no basta comprobar que un hecho ha sido antecedente de otro para que sea su causa eficiente: para ello es necesario que tenga, por sí, la virtualidad de producir semejante resultado*"; la tesis de la condición preponderante, siempre en opinión de LLAMBÍAS, debe sujetarse "(…) *a la rectificación que le impone el legislador*", orientado por el prisma de la justicia.[229] Por otro, con afán cualitativo, se considera causa a aquel de los antecedentes en que desde el principio está virtualmente contenido el efecto, por su mayor eficacia interna en el proceso causal.

c) **La teoría de la relación causal adecuada**, que parte de la distinción entre causa y simples condiciones; no es causa cualquier condición del evento, sino aquella que es, en general, idónea para determinarlo; de donde se consideran efectos o consecuencias del obrar del agente los que se verifican según el curso ordinario de la

[229] LLAMBÍAS, Jorge.- "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones". Tomo I. Abeledo-Perrot. Buenos Aires – Argentina. Pág. 342

vida. La causa adecuada produce efectos típicos; la causa fortuita o casual efectos atípicos. Las directivas para la determinación de la causa adecuada varían de acuerdo al criterio que se seleccione. Para el filósofo VON KRIES, primero en enunciarla, la adecuación se confunde con la previsibilidad subjetiva, con la probabilidad con que el hecho dañoso aparecía para el agente. Para RÜMELIN y TRAEGER debe operarse con un criterio objetivo, preguntarse si el hecho era de aquellos que, según el curso normal de las cosas, implicaban una posibilidad capaz de producir un daño, conforme con la previsión de un hombre medio o normal (RÜMELIN, THON), de un perito (TRAEGER).7

En el ámbito de la presente investigación, la obligación de resarcimiento surgirá de la relación entre la conducta omisiva y el resultado dañoso, de modo que se pueda afirmar que la abstención ha actuado como factor eficiente de consumación. LLAMBÍAS afirma que para que opere la responsabilidad, la abstención tiene que ser la causa del daño: y que esto ocurrirá toda vez que un juicio de probabilidades nos indique que esa abstención influyó como concausa del daño producido, partiendo del supuesto que la acción de quien se abstuvo habría bastado para evitar el daño ocurrente.[230]

El requisito por el cual la omisión debe constituir la causa –aunque no sea inmediata ni directa- del daño ocasionado, es una consecuencia de la llamada "**teoría de la equivalencia de las condiciones**", en virtud

[230] LLAMBÍAS, Jorge Joaquín.- "Código Civil Comentado". Pág. 96

de la cual todos los elementos que de algún modo configuran el daño son considerados como causa.

2.3.4. FACTOR DE ATRIBUCIÓN

La doctrina presenta tres posiciones en torno al factor de atribución en el ámbito de la responsabilidad civil por falta de reconocimiento voluntario de hijo:

- **En primer lugar, la tesis que incluye factores objetivos de atribución de responsabilidad.**

MINYERSKY al respecto sostiene: "*Frente al progresivo y debido lugar que ocupa actualmente la teoría de la carga dinámica de las pruebas, cualquiera fuera la posición sustentada, se debe procurar facilitar el logro del emplazamiento filial con la condigna reparación de los daños*".[231]

La ley y la jurisprudencia tienen una función dialéctica y ejemplificadora. A través de una debida articulación de las normas se logrará la efectividad de los derechos constitucionales. Ello irá impregnando la conciencia social de los principios de la paternidad y maternidad responsables.

[231] MINYERSKY, Nelly.- "Responsabilidad por el no reconocimiento del hijo extramatrimonial. Factores de atribución", Artículo publicado en "La responsabilidad". Homenaje al profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg". Directores Atilio Aníbal Alterini – Roberto M. López Cabana. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires – Argentina. Págs. 549 - 562.

Una posición en tal sentido acercará la responsabilidad a los criterios más modernos que centran el derecho de daños en la víctima y en la reparación, y no en la conducta del actor del hecho dañoso, considerando así como eje de la política tuitiva al menor y sus derechos. MOSSET ITURRASPE al respecto señala que: "*Son numerosas las voces que predicen una progresiva intrascendencia de la responsabilidad como hecho jurídico, hasta llegar a la supresión misma de la idea, reemplazada por la reparación (…) queda evidenciado que el tema de la responsabilidad escapa a los moldes, requiriendo un tratamiento acorde con las circunstancias históricas y necesidades de la hora presen*te".[232]

De lo expuesto se colige que, para la autora transcripta, debe primar el presupuesto de responsabilidad de la causalidad independientemente del factor subjetivo de atribución de responsabilidad.

- **En segundo lugar, la tesis que incluye como factores de atribución de responsabilidad a la culpa sin distinción de clases y al dolo.**

ZANNONI[233] manifiesta que la mera falta de reconocimiento no genera sin más responsabilidad sino que ésta debe ser imputable a título de dolo o culpa.

[232] MOSSET, ITURRASPE, Jorge.- "Responsabilidad por Daños". Tomo I. Buenos Aires – Argentina. Pág. 135.
[233] ZANNONI, Eduardo.- "Responsabilidad civil por el no reconocimiento espontáneo del hijo". Buenos Aires – Argentina. 1990. Pág. 13.

MOLINA y VIGGIOLA sostienen que "*El factor de atribución de responsabilidad es subjetivo. Se atribuirá responsabilidad a quien no pueda justificar un error excusable que obsta a la culpabilidad de quien, más tarde, es declarado padre o madre (ejemplo: la ignorancia de que la mujer había quedado embarazada y dio a luz al hijo, creencia razonable en la propia esterilidad basada en análisis anteriores fehacientes, etc.). Pero hay que analizar toda la conducta: una razonable negativa a reconocer espontáneamente al hijo no exculpa la renuencia a prestarse a las pruebas biológicas*".[234]

ROMANO al respecto manifiesta que "*El proceder paterno debe ser de evasión a la paternidad, esa es la real fuente del derecho a ser indemnizado y no simplemente de la falta de reconocimiento. La evasión paterna al reconocimiento, a la identidad del hijo, a su derecho a nombre, etc. es lo que genera la responsabilidad. El padre que sin haber reconocido expresamente a su hijo, si tuvo el hijo éste posesión de estado, si se allanó el padre a la reclamación, si esto ocurrió teniendo el menor cuatro años de edad, etc., la situación se circunscribe al emplazamiento registral y difícilmente haya generado daño ... esto hace que se concluya, que la posibilidad de conceder la indemnización por falta de reconocimiento por parte del padre dependa estrictamente de las circunstancias del caso y excluya reparaciones automáticas y mecánicas*".[235] Por lo tanto para este autor es necesario analizar como factor de atribución de responsabilidad, el dolo o la culpa del autor.

---

[234] MOLINA QUIROGA, Eduardo y VIGGIOLA, Lidia E. "Responsabilidad derivada del no reconocimiento del hijo propio. Lesión a la identidad. Resarcimiento del daño" J.A. N° 5829, 19-V.93, Págs. 902 - 906.

[235] ROMANO, Claudio Gustavo.- "Filiación. Falta de reconocimiento de hijo. Daño Moral". 1999. Pág. 161.

- **En tercer lugar, la tesis que propugna sólo a la culpa grave y al dolo como factores de atribución de responsabilidad por el no reconocimiento de hijo.**

MEDINA es una representante de la presente tesis, quien al adherir a la exigencia del dolo o culpa grave como factor de atribución de responsabilidad en el derecho de familia, exige la culpa grave asimilada al dolo para responsabilizar al progenitor no reconociente. Afirmando que de esta manera se continúa la tradición argentina en materia de derecho de familia, ya que si bien el ordenamiento general de derecho civil no acepta la diferencia de culpa grave y leve en general, sí la aceptó siempre en el ámbito del derecho de familia.

Por nuestra parte, debemos sostener que no compartimos la tesis que incluye factores objetivos de atribución de responsabilidad, pues es ineludible el tratamiento de los factores subjetivos de atribución de responsabilidad.

DI LELLA cuestiona cuál es la situación del varón que mantuvo relaciones sexuales y se pregunta qué le manda la ley hacer, ante lo cual contesta que el hombre responde por los daños independientemente de su culpa o negligencia, lo que se está sosteniendo es que si se mantuvieron relaciones sexuales con una mujer se está obligado a reconocer a los hijos que ésta tenga. Concluyendo que todo varón que mantiene relaciones sexuales con la

madre al tiempo de la concepción, como está por un principio de buena fe procesal obligado a reconocer tal hecho y ello bastar para admitir la acción de reclamación de la filiación, en realidad está obligado a reconocer al hijo, salvo que pruebe que conocía que la madre tuvo relaciones sexuales con otro.

Por lo tanto todos los hombres que han mantenido relaciones sexuales con una mujer que ejerce la prostitución están obligados a reconocer al niño a riesgo de que si no lo hacen, el que lo sea, deberá indemnizar los daños que, aún sin culpa ni negligencia, ocasionó al niño indudablemente ajeno a estas situaciones. Consecuentemente, se está creando una presunción de la paternidad del hombre que tuvo relaciones sexuales con una mujer, sin exigir siquiera el concubinato.

Asimismo, consideramos que los factores de atribución de responsabilidad necesarios para generar derecho indemnizatorio, son el dolo o culpa, pero sin realizar distingos en cuanto a esta última. Es injusto dejar sin derecho a indemnización los casos de negligencias, imprudencias o impericias comunes. Pero creemos inevitable el tratamiento de la imputación valorativa para determinar el deber jurídico de resarcir. Por lo tanto no coincidimos con la tesis que exige como factor de atribución de responsabilidad el dolo y la culpa grave.

El hijo no reconocido no ha tenido participación en su procreación; por ende sus progenitores deben asumir mayores cuidados para evitar

daños al nuevo ser.

MINYERSKY al respecto sostiene: "*Mantener relaciones sexuales no está prohibido por la ley, pero tiene una probable consecuencia: la procreación. Esta conlleva la obligación de emplazar a ese niño en el estado de familia que le es debido a su realidad biológica. Puede ser un efecto no querido, pero desde el momento que se gesta un niño, éste se transforma en un ser con entidad propia, en un sujeto de derechos independientes*".[236]

Por otra parte, sostenemos que hace a una mejor política legislativa, mantener el criterio de nuestro codificador, en cuanto a la inconveniencia de la clasificación de la culpa (Código Civil).

.Además, sostenemos que exigir culpa grave o dolo, evitando sancionar los comportamientos que conlleven culpa común, evidencia la vieja ideología que consideraba que la responsabilidad imputada a un miembro de la familia es un elemento desquiciante que quiebra la armonía del grupo, es un acto de dureza o crueldad de la víctima respecto del victimario, que olvida el deber de piedad o consideración, atendiendo a los intereses del perjudicado –que pasarían a ser "inferiores"-, se atacan "los intereses superiores de la constitución de una familia y de su estabilidad y al sentimiento de justicia de la comunidad".

[236] MINYERSKY, Nelly.- "Responsabilidad por el no reconocimiento del hijo extramatrimonial. Factores de atribución", Artículo publicado en "La responsabilidad". Homenaje al profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg". Directores Atilio Aníbal Alterini – Roberto M. López Cabana. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires – Argentina. Págs. 549 - 562.

La responsabilidad civil derivado de una falta de reconocimiento se rige por un **sistema subjetivo**. URRUTIA y RIPOSATTI al respecto señalan que "*Con relación a los factores de atribución de responsabilidad, sostenemos que en el tema específico de indemnización por no reconocimiento de hijo, es necesario la existencia de dolo o culpa, sin realizar distingos en cuanto a esta última. Es injusto dejar sin derecho a indemnización los casos de negligencias, imprudencias o impericias. Descartamos a los factores de atribución de responsabilidad de naturaleza objetiva como generadores de derecho de indemnización por no reconocimiento de hijo.*".[237]

La omisión es reprochable en tanto el progenitor incurre en ella intencionalmente, siendo sólo **causales de exención la ignorancia del embarazo, creencia razonable en la propia esterilidad basada en análisis anteriores fehacientes, ocultamiento del parto, etc**.[238] Asimismo, puede existir imposibilidad de reconocimiento que exime también de responsabilidad, circunstancia que se produce cuando el hijo no puede ser reconocido por el padre extramatrimonial por gozar de la presunción de paternidad del marido de la madre, de conformidad con lo postulado por el Código Civil.

Así, si nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad subjetiva,

[237] URRUTIA, Susana Margarita y RIPOSATTI, Norma Beatriz.- "Factores de atribución de responsabilidad por el no reconocimiento de hijo". Ponencia N° 31. VII Congreso Internacional de Derecho de Daños Responsabilidades en el siglo XXI. Buenos Aires, 2, 3 y 4 de octubre de 2002. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

[238] ZANNONI, Eduardo.- "Responsabilidad civil por el no reconocimiento espontáneo del hijo". Buenos Aires – Argentina. 1990. Pág. 13.

es decir atribuible a título de dolo o culpa, careciendo la reparación del daño moral de carácter punitivo, y siendo por ende de naturaleza eminentemente resarcitoria, ninguna importancia tiene determinar si la actitud puede calificarse de dolosa o culposa, desde que debe atenderse a la relación de causalidad más que a la culpa. Esta tesis prevalece hoy en forma pacífica, siendo la relación causal y la magnitud del daño determinantes del quantum indemnizatorio, no la mayor o menor reprochabilidad del autor. Se centra el análisis en la "víctima" y en la reparación, y no en la conducta del autor del daño, considerando así como eje de la política tuitiva al menor y sus derechos, concepto que hace a su propia consideración como sujeto de derecho.

2.4. ASPECTOS PROCESALES

2.4.1. LEGITIMACIÓN

La "legitimatio ad processum" es la capacidad formal para ser parte actora o demandada, mientras que la "legitimatio ad causam", es la atribución subjetiva de los derechos y obligaciones deducidos en juicio, tratándose de una cuestión de fondo que afectaría al propio ejercicio de la acción.

En cuanto a la **legitimación procesal activa**, si el hijo es menor de edad, la madre detenta legitimación procesal activa, porque es su

representante legal y en consecuencia, puede reclamar daños y perjuicios al progenitor no reconociente.

MEDINA sostiene que "(…) *aun cuando se considerara que la acción del hijo para reclamar daños y perjuicios es personalísima, estimamos que puede ser ejercida por representantes, porque el consentimiento para la disposición de los derechos de la personalidad por ese medio está admitido, en tanto y en cuanto no sea contrario a la moral, a las buenas costumbres o a la ley*.[239]

La doctrina plantea la cuestión controvertida si el hijo menor de edad cuya voluntad está viciada y en consecuencia carece de discernimiento, está procesalmente legitimado para reclamar daño moral. Al respecto se han esbozado dos teorías: una teoría afirmativa y una teoría negativa.

En cuanto a la teoría afirmativa, sus partidarios (ZANNONI, PIZARRO) sostienen que la vulneración o conculcación de derechos o intereses extrapatrimoniales debe ser reparada, sin ninguna duda.

ZANNONI, uno de ellos, expresa que "(…) *la indemnización del daño moral es satisfactiva de un interés extrapatrimonial que ha sufrido afrenta, y que la sufre el menor de escasa edad, y el demente, en igual medida que un mayor de edad, o un cuerdo. En tales casos, a un bien jurídico que también se*

[239] MEDINA, Graciela.- "Daños en el Derecho de Familia". Editorial Rubinzal Culzoni. Buenos Aires – Argentina. 2002. Pág. 129.

atribuye a los incapaces, tiene un carácter objetivo".[240]

PIZARRO, por su parte, aclara que "(…) *la falta de comprensión del dolor propio y de su origen, en modo alguno pueden ser tomados en consideración para excluir su existencia, ni su carácter lógicamente negativo; el dolor, la pena, la angustia, no son sino formas posibles en que el daño moral puede exteriorizar, más no hacen a su esencia*".

En cuanto a la teoría negativa, ORGAZ afirma que es totalmente improcedente la indemnización por daño moral ocasionado a un niño o demente, porque ni los unos ni los otros sienten las penurias de este tipo, y en consecuencia no poseen legitimación procesal para accionar por daño moral.

Ninguna duda cabe si el hijo es mayor de edad puede actuar por derecho propio contra el progenitor no reconociente. El es el titular de la acción, y como tal goza de legitimación procesal activa y el bien jurídicamente tutelado es el emplazamiento de hijo en el estado que le corresponde.

En cuanto a la **legitimación procesal pasiva**, pues es el progenitor que de manera consciente ha resuelto negar la relación paterno filial. Ante el fallecimiento del padre, y tras quedar plenamente evidenciado el hecho que conoció de la existencia del menor hijo, consideramos

[240] ZANNONI, Eduardo.- "Responsabilidad civil por el no reconocimiento espontáneo del hijo". Buenos Aires – Argentina. 1990. Pág. 19.

que no habría mayor inconveniente en trasladar la obligación de resarcimiento a los sucesores.

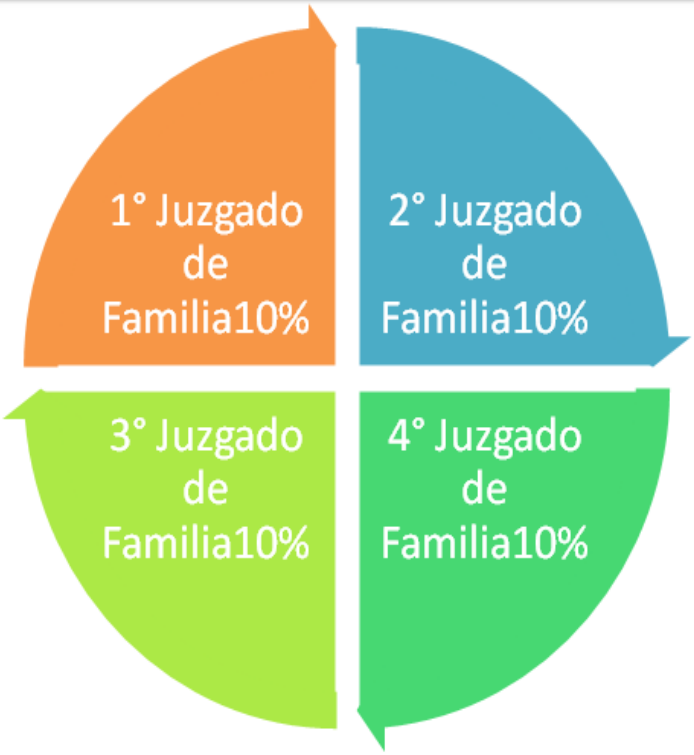
2.4.2. COMPETENCIA

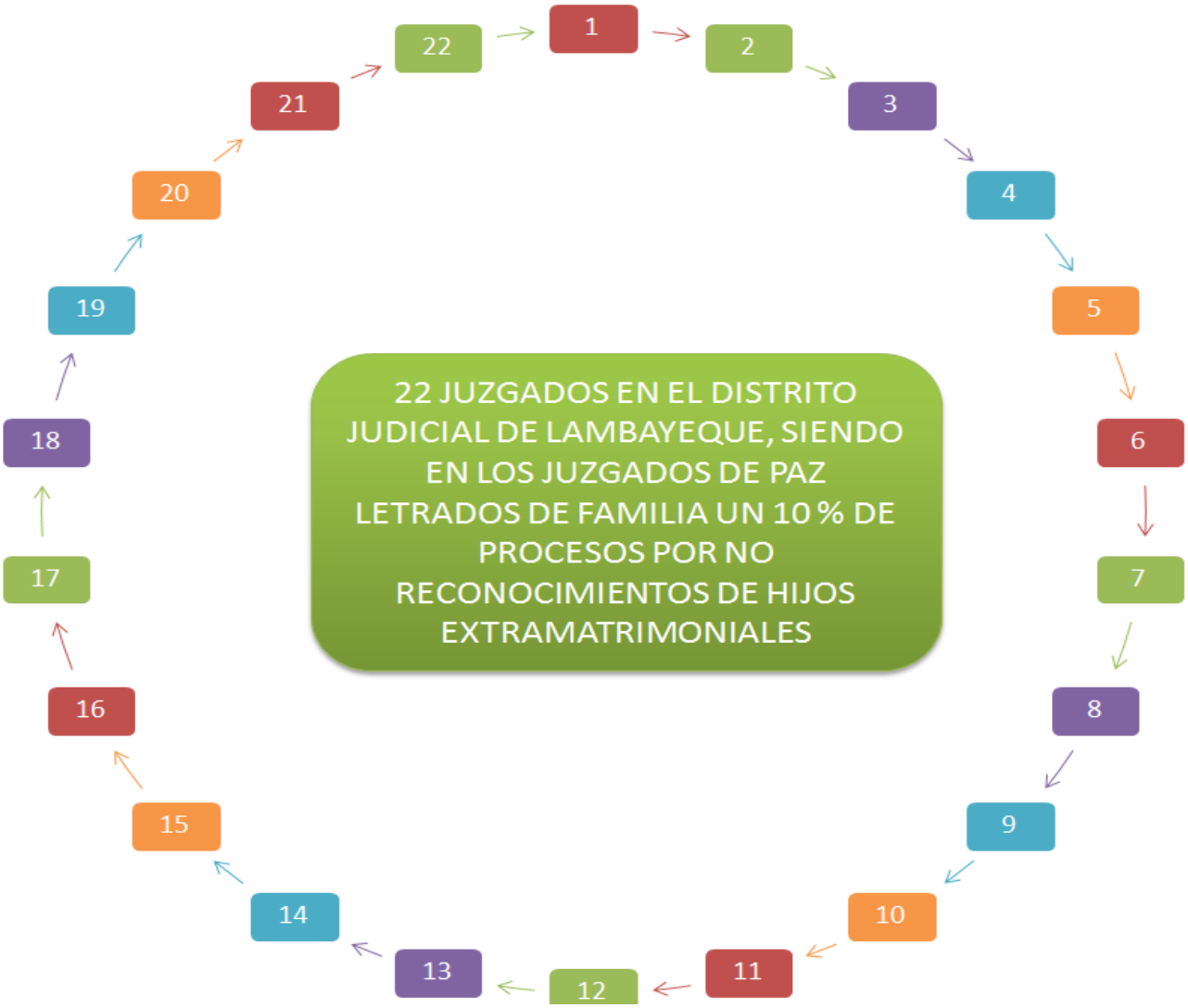
La competencia es de los jueces civiles. Empero, considerando que por la materia se requiere un análisis y una visión mas especializada, proponemos que la competencia para conocer los presentes casos sea trasladada a los jueces de familia, cuando la pretensión resarcitoria es planteada de manera principal y por los jueces de paz letrado, cuando se formula de manera accesoria en las demandas de filiación extramatrimonial.

ESTADISTICAS

ESTADÍSTICA REFERENCIAL

LOS 4 JUZGADOS DE FAMILIA EN CHICLAYO
EN CADA JUZGADO EXISTEN APROXIMADAMENTE EL10%DE PROCESOS POR RECONOCIMIENTO DE HIJOS EXTRAMATRIMONIALES, QUE HACEN UN TOTAL DE 40%




1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
22 JUZGADOS EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE, SIENDO EN LOS JUZGADOS DE PAZ LETRADOS DE FAMILIA UN 10 % DE PROCESOS POR NO RECONOCIMIENTOS DE HIJOS EXTRAMATRIMONIALES

CONCLUSIONES

1. La responsabilidad civil es una figura plenamente aplicable en el Derecho de Familia con el fin de resguardar y respetar los derechos de cada miembro de la familia. Sin embargo, la aplicación de los principios generales de responsabilidad civil debe guardar armonía con el ordenamiento jurídico familiar. Así, será posible arribar a soluciones respetuosas del interés individual de la persona afectada y, al mismo tiempo, del interés familiar. En este contexto, consideramos que el incumplimiento del deber de reconocer un hijo –aspecto propio del Derecho de familia, puede generar un daño injusto susceptible de resarcimiento.

2. La determinación de responsabilidad civil por falta de reconocimiento voluntario, requiere necesariamente la concurrencia de todos los presupuestos o elementos de la responsabilidad civil, es decir, antijuridicidad, daño, nexo causal y factor de atribución (culpa).

3. En cuanto a la conducta antijurídica, consideramos que para que el hecho ilícito se configure no es necesario que una disposición legal imponga la obligación de cumplir el hecho omitido, siendo suficiente a tal fin que el ordenamiento jurídico apreciado en su plenitud, desapruebe o descalifique la conducta omisiva. En este contexto, bajo la óptica de la antijuridicidad material, no cabe duda de la ilicitud de la falta de reconocimiento espontáneo de un hijo.

4. En cuanto al daño resarcible, la falta de reconocimiento paterno genera para el hijo un daño indemnizable, el que puede ser subjetivo u objetivo, según la índole patrimonial o extrapatrimonial de sus consecuencias, daño que surge de la naturaleza de las relaciones de familia, del derecho subjetivo de cada persona a determinar y conocer su propia identidad y al de quedar emplazada en el estado de familia que le corresponde.

4.1. En cuanto al daño subjetivo, éste se proyecta en distintas aspectos: a) perjuicio psicológico, pues la falta de determinación del vínculo produce perturbaciones en el siquismo infantil; **b)** ausencia de un vínculo filial pleno (materno y paterno); **c)** vulneración del derecho a la identidad; **d)** discriminación en el ámbito social; y, **e)** perjuicios vinculados con la falta de exteriorización jurídica del presupuesto biológico, traducidos en la privación de derechos subjetivos emergentes del título de estado .

El daño moral, a diferencia del daño objetivo, consideramos que no requiere de prueba rigurosa, pues es un hecho incuestionable del grave perjuicio que genera el no reconocimiento de la paternidad en el sentimiento y faceta interna de una persona, lo cual evidencia una verdadera tutela de la persona humana, como pilar de nuestra sociedad y ordenamiento jurídico.

5. En cuanto El nexo causal, la obligación de resarcimiento surgirá de la relación entre la conducta omisiva y el resultado dañoso, de modo

que se pueda afirmar que la abstención ha actuado como factor eficiente de consumación.

6. En cuanto a Los factores de atribución de responsabilidad, se encuentra regida por un sistema subjetivo, pues es ineludible el tratamiento de los factores subjetivos de atribución de responsabilidad. Asimismo, consideramos que los factores de atribución de responsabilidad necesarios para generar derecho indemnizatorio, son el dolo o culpa, pero sin realizar distingos en cuanto a esta última. Es injusto dejar sin derecho a indemnización los casos de negligencias, imprudencias o impericias comunes. Pero creemos inevitable el tratamiento de la imputación valorativa para determinar el deber jurídico de resarcir. Por lo tanto no coincidimos con la tesis que exige como factor de atribución de responsabilidad el dolo y la culpa grave.

Asimismo, y dentro de este ámbito, Considero plenamente admisible situaciones de eximentes de la obligación de resarcimiento, como la ignorancia del embarazo, creencia razonable en la propia esterilidad basada en análisis anteriores fehacientes, ocultamiento del parto, etc.

RECOMENDACIONES

El desarrollo de la presente investigación, y sobre la base principalmente de las conclusiones arribadas, posibilita formular como premisa central la plena procedencia de la responsabilidad civil y, por ende, la obligación de resarcimiento, ante la negativa de un padre a reconocer de manera voluntaria y oportuna a un hijo, pese a tener pleno conocimiento del entroncamiento o relación paterno filial existente con el hijo.

Asimismo, y a efectos de lograr una mayor eficacia de las normas de filiación extramatrimonial a través de la posibilidad de la imposición de la responsabilidad civil, consideramos necesario la incorporación de un texto legal en el Código Civil en el Libro de Familia (parte de filiación extramatrimonial) que de manera expresa regule la presente situación materia de investigación, para lo cual procedemos a proponer a manera de lege ferenda, el siguiente texto legal

El progenitor que no reconoce un hijo extramatrimonial, no obstante tener pleno conocimiento que es el padre o existir elementos suficientes que permitan inferir que es el padre, está obligado a reparar el lucro cesante y daño moral ocasionado por la falta de reconocimiento.

En el caso del lucro cesante, el demandante se encuentra

en la obligación de probar la perdida de incrementos económicos como resultado del no reconocimiento. En materia del daño moral no hay necesidad de probarlo de manera tan rigurosa, quedando el juez facultado para fijar su monto de manera discrecional y en meritos de criterio de equidad.

La indemnización por falta de reconocimiento puede interponer como pretensión principal, en cuyo caso es competente el juez del domicilio donde nació el hijo del demandado. Asimismo, puede ser interpuesto como pretensión accesoria a la demanda de filiación extramatrimonial, en cuyo caso el juez competente deberá pronunciarse necesariamente sobre aquella.

BIBLIOGRAFÍA

1. ABELIUK MANASEVICH, René.- “Las Obligaciones. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1993.
2. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo.- “De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil”. Imprenta Universal. Santiago de Chile – Chile. 1981
3. ALTERINI, Atilio Aníbal; AMEAL, Oscar José y LÓPEZ CABANA, Roberto M.- “Derecho de obligaciones. Civiles y comerciales”. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires – Argentina. 1995. Págs. 158, Nº 371, y 689, Nº 1691.
4. AMPUERO, Iván Hunter.- "La prueba del daño moral". Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales". Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile. Valdivia – Chile. 2005.
5. BARBERO, Doménico.- “Sistema del Derecho Privado”. Tomo II. E JEA. Buenos Aires - Argentina. 1967.
6. BELTRÁN PACHECO, Jorge Alberto.- “Teoría General de la Responsabilidad Civil”. Material del Diplomado de Responsabilidad Civil con mención en Mala Praxis y Responsabilidad Profesional”. Chiclayo – Perú. Abril – 2008.
7. BORAGINA, Juan Carlos.- “El Daño”. Artículo publicado en “Derecho Privado. Libro homenaje al profesor doctor Alberto J. Bueres”. Editorial Hamurabi. Buenos Aires – Argentina.
8. BORDA, Guillermo A.,-- “Tratado de Derecho Civil. Obligaciones”. Quinta Edición Editorial Perrot. Buenos Aires – Argentina. 1983. Tomo II. Nº 1309.
9. BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo.- “Hijos legítimos”. Editorial Astrea. Buenos Aires - Argentina. 1981.
10. BREBBIA, Roberto H.- “Derecho de Familia”. Libro homenaje a María Josefa Méndez Costa. Rubinzal Culzoni Editores. 1990.
11. BUERES, Alberto J.- “El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta”. Artículo publicado en “Derecho de Daños. Libro

homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe". Editorial La Rocca. Buenos Aires – Argentina. 1989.

12. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge.- "Teoría general de la responsabilidad civil". Novena Edición. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires – Argentina. 1997. Págs. 108, Nº 170, y 323 y ss., Nº 730 y ss.

13. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge.- "Teoría General de la responsabilidad civil". Octava Edición. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires - Argentina. 1993.

14. CICU, Antonio.- "La filiación". Primera Edición. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid – España. 1930.

15. CORBO, Carlos María.- "Responsabilidad civil por falta de reconocimiento espontaneo de hijo extramatrimonial". Artículo publicado en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. www.acader.unc.edu.ar

16. CORNEJO CHÁVEZ, Héctor.- "Derecho Familiar Peruano". Sexta Edición. Librería Studium. Tomo II. Lima – Perú. 1987.

17. CORRAL TALCIANI, Hernán.- "Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual". Primera Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago – Chile. 2003.

18. DE TRAZEGNIES, Fernando.- "La Responsabilidad Extracontractual". Tomo I. Cuarta Edición. Biblioteca para Leer el Código Civil. Volumen IV. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Lima - Perú. Julio - 1990.

19. DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique.- "Tratado Derecho de Familia". Tomo I. Editorial TEA. Buenos Aires - Argentina. 1953.

20. DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio.- "Sistema de Derecho Civil". Tomo IV. Derecho de Familia. Editorial Tecnos. Madrid – España. 1992.

21. DÍEZ PICAZO, Luis.- "Derecho de Daños". Editorial Civitas. Madrid - España. 1999.

22. DIEZ SCHWERTER, José Luis.- "El Daño Extracontractual. Jurisprudencia y Doctrina". Primera Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago – Chile. 1997.

23. DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen.- “El daño moral”. Tomo I. Primera Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago - Chile. 2000.

24. ESPIN CANOVAS, Diego.- “Manual de Derecho civil español”. Volumen IV. Séptima Edición. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid – España. 1982,

25. ESPINOZA ESPINOZA, Juan.- “Derecho de la Responsabilidad Civil”. Segunda Edición. Gaceta Jurídica. Lima – Perú. Septiembre – 2003

26. FERNÁNDEZ CLÉRIGO, Luis.- “El Derecho de familia en la legislación comparada”. Editorial Hispano-Americana. México. 1947.

27. FERRER VICENTE, José María.- "La cuestión de los daños morales". Editor Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. Madrid – España. 2007.

28. FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo.- “Derecho Civil de la persona - Del genoma al nacimiento”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile – Chile. 2001.

29. FISCHER, Hans A.- "Los Daños Civiles y su Reparación" Traductor W. Roces. Madrid-España. 1982.

30. FUEYO LANERI, Fernando.- “Derecho Civil, De las Obligaciones”. Tomo IV. Santiago de Chite – Chile. 1958.

31. FUEYO LANERI, Fernando.- “Instituciones del Derecho Civil Moderno”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago – Chile. 1990.

32. IHERING, Rudolf Von.- “La Dogmática Jurídica”. Traducción Enrique Príncipe y Satorres. Buenos Aires – Argentina. 1946.

33. . JOSSERAND, Louis.- “Derecho Civil”. Tomo II. Volumen I. Teoría General de las Obligaciones. Ediciones Jurídicas Europa-América Bosch y Cía. Editores. Buenos Aires – Argentina. 1951.

34. LACRUZ BERDEJO, José y SANCHO REBULLIDA, Francisco de . Asís.- “Derecho de Familia”. Bosch. Barcelona – España. 1982.

35. LAFAILLE, Héctor.- “Derecho de Familia”. Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires - Argentina. 1930.

36. LEVY, Lea y ARIANNA, Carlos.- “Daños moral y patrimonial derivados de la falta de reconocimiento” “Derecho de Daños”. Editorial Abeledo- Perrot. Buenos Aires – Argentina. 1999.

37. LLAMBÍAS, Jorge Joaquín.- “Tratado de Derecho Civil. Obligaciones”. Tomo I. Abeledo-Perrot. Buenos Aires – Argentina.

38. LOPEZ DEL CARRIL, Julio J.- “La filiación”. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires - Argentina. 1976.

39. MARTÍNEZ HAGUE, Carlos.- “La filiación ilegítima en el derecho civil peruano”. Editorial Rímac. Lima – Perú. 1951

40. MARTÍNEZ RAVE, Gilberto.- “La responsabilidad civil extracontractual en Colombia”. Cuarta Edición. Biblioteca jurídica Diké. Medellín – Colombia. 1988.

41. .

42. MAZEAUD, Henri – León – Jean.- “Lecciones de Derecho Civil”. Parte Segunda. Volumen II. La responsabilidad civil. Los cuasicontratos. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires – Argentina. 1960.

43. MEDINA, Graciela.- “Daños en el Derecho de Familia”. Editorial Rubinzal Culzoni. Buenos Aires – Argentina. 2002.

44. MÉNDEZ COSTA, María Josefa.- “La filiación”. Editorial Rubinzal y Culzoni. Santa Fe – Argentina. 1986.

45. MÉNDEZ COSTA, María Josefa.- “Sobre la negativa a someterse a la pericia hematológica y sobre la responsabilidad civil del progenitor extramatrimonial no reconociente”. Buenos Aires – Argentina. 1989.

46. MONROY GÁLVEZ, Juan.- "Introducción al Proceso Civil". Tomo I. Santa Fe de Bogotá: Temis-De Belaunde & Monroy, Abogados, 1996

47. MONTERO AROCA, Juan. "La legitimación en el Código Procesal Civil del Perú". Artículo publicado en “Ius et praxis. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima. Nº 24.

48. MOSSET ITURRASPE, Jorge.- “El daño a la persona en el Código Civil peruano”. Artículo publicado en “Los diez años del Código Civil peruano: balance y perspectivas”, Tomo I. Lima Perú. Pág. 213.

49. MOSSET ITURRASPE, Jorge.- “La prueba en el proceso de daños”. Artículo publicado en “Derecho de Daños”. Tercera Parte. Ediciones La Rocca. Buenos Aires – Argentina. 1996.

50. MOSSET, ITURRASPE, Jorge.- “Responsabilidad por Daños”. Tomo I. Buenos Aires – Argentina.

51. ORDAZ, Alfredo.- “El Daño Moral y los Delitos de Derecho criminal”. Buenos Aires – Argentina. 1948.

52. PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel.- “La prueba sustantiva en materia civil”. Primera Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago – Chile. 2002

53. PEYRANO, Jorge Walter.- “De la tarifación judicial "iuris tantum" del daño moral”. Buenos Aires – Argentina. 1993.

54. PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos G.- “Instituciones de derecho privado. Obligaciones”. Tomo III. Editorial Hammurabi. Buenos Aires – Argentina. 1999.

55. PIZARRO, Ramón Daniel.- "El Daño Moral. Prevención, Reparación y Punición”. Editorial Hammurabi. Buenos Aires – Argentina. 1996.

56. PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges.- “Tratado práctico de Derecho Civil Francés”. Tomo Sexto. Las Obligaciones (primera parte). . Editorial Cultural, S.A, La Habana – Cuba. 1936

57. PRIORI POSADA, Giovanni. "La tutela jurisdiccional de los derechos difusos: una aproximación desde el derecho procesal constitucional". Artículo publicado en “Ius Et Veritas” Nº 14.

58. REGLERO CAMPOS, L. Fernando y Otros.- "Lecciones de Responsabilidad Civil". Editorial Arazandi. Navarra - España. 2002.

59. REZZÓNICO, Luis María.- “Estudio de las obligaciones”. Novena Edición. Editorial Depalma, Buenos Aires – Argentina. 1961. Tomo II.

60. RUBIO CORREA, Marcial.- “Las reglas del amor en probetas de laboratorio”. Biblioteca de Derecho contemporáneo. Volumen 2. Fondo Editorial Pontificia Universidad de Católica del Perú. Lima – Perú. 1996.

61. STIGLITZ, Gabriel y GANDOLFO, Ana.- “Resarcimiento del daño moral civil, comercial y laboral”.

62. TABOADA CORDOVA, Lizardo.- “Elementos de la Responsabilidad Civil”. Editorial Grijley. 2001. Lima-Perú.

63. TRIGO REPRESAS, Félix A.- "La prueba del daño emergente y del

lucro cesante". Artículo publicado en http://www.rubinzal.com.ar/revistas/danos/pruebadeldano1-e.htm.

64. TRIGO REPRESAS, Félix A.- "La prueba del daño emergente y del lucro cesante".

65. VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique.- "Hacia una filiación biológica". Artículo publicado en Revista Jurídica del Perú. Editorial Normas Legales. Trujillo – Perú. Abril - Junio 1997. Año XLVII Nº 11.

66. VÁSQUEZ FERREYRA, Roberto A.- "El acto ilícito: significado, estructura y evolución". Artículo publicado en "Derecho Privado. Libro homenaje al profesor doctor Alberto J. Bueres". Editorial Hamurabi. Buenos Aires – Argentina.

67. VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A.- "Responsabilidad por daños (Elementos)". Editorial Depalma. Buenos Aires – Argentina. 1993. Nº 9.

68. VICENTE DOMINGO, Elena y Otros.- "Lecciones de Responsabilidad Civil". Editorial Arazandi. Navarra - España. 2002. Pág

69. VON THUR, Andreas.- "Derecho Civil. Los derechos subjetivos y el patrimonio". Volumen I. Tomo I. Editorial Marcial Pons., Madrid – España. 1998.

70. ZANNONI, Eduardo.- "El daño en la responsabilidad civil". Ediciones de Palma. Buenos Aires - Argentina.

71. ZANNONI, Eduardo.- "Derecho de Familia". Tomo II. Segunda Edición. Editorial Astrea. Buenos Aires - Argentina. 1989.

72. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde.- "Resarcimiento de daños". Tomo IV. Editorial Hammurabi. Buenos Aires – Argentina. 1999.