

La dimensión omnicomprendensiva del daño no patrimonial y la reclasificación de los daños



GASTÓN FERNÁNDEZ CRUZ

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Máster en Derecho con mención en Derecho Civil por
la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Profesor de Derecho de las Obligaciones y de Responsabilidad Civil de la Pontificia
Universidad Católica del Perú.
Miembro del Consejo Consultivo de la Revista **ADVOCATUS**.

SUMARIO:

- I. La crisis de identidad del daño no patrimonial en el Perú con el acogimiento legislativo del concepto "daño a la persona".
- II. La evolución de los daños no patrimoniales en el Derecho Continental y su duda existencial entre su clasificación como daño evento o daño consecuencia.
- III. La recepción de los conceptos de "daño moral" en Francia y de "daño no patrimonial" o "inmaterial" en Alemania.
- IV. La recepción del concepto de "daño a la persona" en Italia.
- V. La necesidad de "reinterpretar" la noción de "daño no patrimonial" en el Perú.
- VI. La revaloración de los conceptos de "daño evento" y "daño consecuencia" y su trascendencia para entender el daño como un fenómeno de doble causalidad.
- VII. La reclasificación de los daños en el Perú.
- VIII. Sigue: La reclasificación de los daños en el Perú. En particular, del daño no patrimonial.
 1. El daño a la persona.
 - 1.1 El daño moral.
 - 1.2 El daño no patrimonial residual.



AUTOR NACIONAL

ADVOCATUS 131

RESUMEN:

En el presente artículo, el autor analiza el daño no patrimonial tal como es regulado en el Perú y en general en el Derecho Continental, así como la evolución de los tipos de daños en él comprendidos. En base a ello, identifica una necesidad de reinterpretar dicha noción en nuestro ordenamiento legal y, como consecuencia, de reclasificar los tipos de daños a la persona.

Palabras clave: Gastón Fernández Cruz; Derecho Civil; Daño no Patrimonial; Daño a la persona.

ABSTRACT

In this article, the author analyzes the non-patrimonial damage as it is regulated in Perú and, in general, in the civil law; he also studies the evolution of the types of damage on it understood. On this basis, identifies a need to reinterpret the non-patrimonial damage and reclassify its types.

Keywords: Gastón Fernández Cruz; Civil Law; Non-patrimonial damage.

I. LA CRISIS DE IDENTIDAD DEL DAÑO NO PATRIMONIAL EN EL PERÚ CON EL ACOGIMIENTO LEGISLATIVO DEL CONCEPTO "DAÑO A LA PERSONA"

El tema del resarcimiento del daño no patrimonial en el Perú, aunque con una realidad diversa, no escapa a las vicisitudes que sobre el mismo se presentan en otros escenarios del Derecho Continental, principalmente en relación a lo que se ha venido a llamar "la crisis de la prevalencia de la función compensatoria dentro de la responsabilidad civil". Se ha resaltado –dentro de la "crisis de identidad" que se desenvuelve, por ejemplo, en Italia sobre el daño no patrimonial– que a la misma ha contribuido muchísimo, de un lado, la irrupción de la voz "daño a la persona", y de otro, el cuestionamiento a la validez del binomio "daño evento" y "daño consecuencia", en donde el "daño evento" estaría anclado en el "supuesto de hecho" normativo, mientras que el "daño consecuencia" lo estaría en la llamada "obligación resarcitoria" dentro del sintagma

"daño–resarcimiento"¹; a lo que ya Bonvicini había identificado como "perteneciente a la fase productiva del hecho" (daño evento) versus "la fase sucesiva del hecho" (daño consecuencia)².

Este tema es importante en el Perú por la recepción que se ha hecho del concepto desarrollado por la doctrina italiana del "daño a la persona"; concepto codificado por primera vez en nuestro Código Civil de 1984. Como se sabe, este concepto, no es un concepto codificado en la normativa italiana, pues si bien es cierto existe un artículo en el Código Civil Italiano que menciona el "daño a la persona", lo hace en un contexto meramente descriptivo de otro supuesto de hecho (los daños permanentes) distinto al nuestro³. Siempre hemos sostenido que las ideas y los conceptos desarrollados en una realidad foránea, deben ser necesariamente repensados y no importados tal cual se presentan en esa realidad foránea. La realidad peruana es una realidad distinta, y esto ha sido ya resaltado en nuestro medio

1. DI MAJO, Adolfo. "La Responsabilità Civile nella Prospettiva dei Rimedi: La Funzione Deterrente". En: *La Funzione Deterrente della Responsabilità Civile (alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law)*, a cura di Pietro Sirena. Milano: Giuffrè Editore S.p.A., 2011, p. 4.
2. BONVICINI, Eugenio. *La Responsabilità Civile*. Tomo I. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1971, pp. 406-407.
3. Se trata del artículo 2057 del Codice Civile de 1942 que señala lo siguiente:

"Art. 2057 Danni permanenti. - Quando il danno alle persone ha carattere permanente la liquidazione può essere fatta dal giudice, tenuto conto delle condizioni delle parti e della natura del danno, sotto forma di una rendita vitalizia. In tal caso il giudice dispone le opportune cautele" (Resaltado agregado).

en los escritos de León Hilario, quién se ha encargado de recordarnos que el desarrollo de la categoría italiana del “daño a la persona”, como categoría descriptiva en Italia, dista mucho de corresponder a las necesidades de nuestra normativa⁴. Por ende, es indiscutible que nunca existió la necesidad de importar ni de incorporar con “forceps” un concepto cuyo origen se encontraba y se encuentra en una realidad diferente a la nuestra.

Pero lo cierto es que el concepto fue incorporado como una nueva voz de daño resarcible en la codificación peruana; y su incorporación –contrariamente a lo que muchos piensan– no debe ser considerada necesariamente negativa dentro del contexto personalista del Código Civil Peruano. Lo negativo –sin duda– fue su incorporación casi de “contrabando” veintiún días antes de la promulgación del Código, como lo reconoce expresamente Fernández Sessarego⁵ y la absoluta falta de sistematización de este concepto frente al de “daño moral”, a los que

obligaron a coexistir sin ninguna preocupación de uniformización⁶.

Lo indicado precedentemente ha llevado a que, por años, la doctrina y jurisprudencia peruana hayan transitado “a ciegas” en el entendimiento de estos vocablos, su diferenciación, y su aplicación a la realidad peruana, perdiéndose en lo que en su momento De Trazegnies bautizó como “pleito de etiquetas”⁷. Pero en realidad, el problema que se creó representó y representa mucho más que esto.

Una rápida muestra de la más conspicua doctrina nacional que ha escrito al respecto nos devela la absoluta disparidad de criterios en torno a la interpretación de estos conceptos y su interrelación: mientras que algunos consideran que el “daño moral” es el “género” dentro del cual queda comprendido el “daño a la persona”⁸, otros afirman exactamente lo contrario⁹; y no han faltado quienes los han catalogado como “dos categorías independientes”¹⁰.

4. LEÓN, Leysser L. *La Responsabilidad Civil. Líneas Fundamentales y Nuevas Perspectivas*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L. Segunda edición. Parte Tercera, 2007, pp. 223-337, Capítulo III: “Funcionalidad del Daño Moral e Inutilidad del Daño a la Persona en el Derecho Civil Peruano” y Capítulo IV: “Equivocos Doctrinales sobre el Daño Moral (A propósito de un reciente artículo)”.
5. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “El Daño a la Persona en el Código Civil Peruano de 1984 y el Código Civil Italiano de 1942”. En: *El Código Civil Peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano*. Lima: Cultural Cuzco S.A. Editores, 1986, p. 254. En la nota a pie de página número 4, este autor señala: “(...) Si bien el día 3 de julio de 1984 se obtuvo que la Comisión Revisora incorporara el daño a la persona en el artículo 1985 del Código Civil Peruano, ubicado dentro de la responsabilidad civil extracontractual, no se pudo conseguir la eliminación del concepto daño moral –dentro de su acepción de afrenta al sentimiento– en tanto constituye un aspecto específico del daño a la persona que, indudablemente, trasciende lo que es puramente su vertiente sentimental(...)”.
6. *Loc. Cit.* El mismo autor señala: “(...) Es de advertir que, en el artículo 1322 del Libro dedicado a las Obligaciones, se utiliza, como sinónimo de daño a la persona, la expresión daño moral. Esta aseveración fluye de la lectura de la exposición de motivos de dicho numeral a cargo del doctor Felipe Osterling Parodi. Hubiera sido deseable uniformizar el lenguaje del Código Civil en esta materia. Ello no fue posible porque, tal como lo hemos advertido, el concepto daño a la persona, eliminado del artículo 17 se incorporó algunos días antes de la promulgación del Código en el actual artículo 1985, hecho que impidió una solución coherente (...)”.
7. DE TRAZEGNIES, Fernando. “La Responsabilidad Extracontractual”. Tomo II. En: *Biblioteca: Para Leer el Código Civil Volumen IV*. Tercera Edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988, p. 109.
8. Véase: DE TRAZEGNIES, Fernando. *Ibid.*, p. 107. LEÓN HILARIO, Leysser. *Op. Cit.*, p. 243 y 268.
9. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Op. Cit.*, p. 253. CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. “Apuntes sobre el Denominado Daño a la Persona en el Código Civil del Perú de 1984”. En: *Estudios de Derecho Privado*. Lima: Ediciones Jurídicas, p. 113. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la Responsabilidad Civil*. Séptima edición. Lima: Editorial Rodhas S.A.C., 2013, p. 257.
10. TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Lima: Editora y Distribuidora Grijley E.I.R.L., 2001, p. 62.

II. LA EVOLUCIÓN DE LOS DAÑOS NO PATRIMONIALES EN EL DERECHO CONTINENTAL Y SU DUDA EXISTENCIAL ENTRE SU CLASIFICACIÓN COMO DAÑO EVENTO O DAÑO CONSECUENCIA

Repárese que si nos ubicamos en el contexto ochocentista (siglo XIX), la realidad es básicamente –como sabemos–, patrimonialista, en donde la propiedad es el eje central del Derecho y sobre el cual giran todos los demás institutos del Derecho Civil Patrimonial¹¹. Estos institutos, y entre ellos la responsabilidad civil, son formas o modos de tutela de la propiedad y, por lo tanto, siendo el patrimonio (y en particular la propiedad) el eje central susceptible de protección jurídica, todo se resuelve en términos patrimoniales. La tutela resarcitoria no es ajena entonces a dicho contexto y sirve como modo de protección de la propiedad, y dentro de este contexto el daño patrimonial es fácilmente entendible como el eje central de lo que es la tutela resarcitoria.

Cuando se entra ya al siglo XX, el eje central de la protección del Derecho gira en torno al concepto de “persona”, produciéndose toda una discusión que no es ajena a la responsabilidad civil. Recuérdese que por esto no es casual que la responsabilidad civil se haya enfocado, en un inicio, desde la esfera del agente emisor de voluntad, y hoy propiamente desde la perspectiva de la víctima. En un primer momento, la responsabilidad civil se centraba siempre, no tanto en la víctima, sino en el agente emisor de voluntad a efectos de encontrar en él culpa, y de allí el rol de este concepto como “criterio de selección de tutela de los intereses merecedores de resarcimiento”, y no es casual que en dichas condiciones la culpa haya tomado un rol –como

sabemos–, de criterio de selección de tutela de intereses. Por ello, no es raro encontrar un texto antiguo que eleve al rango de “fundamento de la responsabilidad civil” a la culpa, afirmándose el principio “*nessuna responsabilità senza colpa*” (ninguna responsabilidad sin culpa), debido a que la responsabilidad era mirada exclusivamente desde este ángulo a efectos de conceder la tutela resarcitoria.

Poco a poco este eje va girando hacia la tutela de la persona en sí, y esto significa entonces que hay otros daños que entran en escena, irrumpiendo en esta discusión el resarcimiento de los “daños no patrimoniales”. Se debe entonces prestar atención a la recepción de estos daños y a la posibilidad de su reparación en las principales codificaciones del Derecho Continental: (i) el Code de 1804; (ii) el BGB de 1900; y (iii) y el *Codice Civile* de 1942; sobre todo ante la forma de cómo se debe reparar este daño, dada la naturaleza propia de toda obligación resarcitoria que conlleva que el llamado “resarcimiento”, como compensación, sea entendida siempre “a la medida de una óptica de intercambio”.

Es aquí donde se desarrollan las más grandes dudas sobre la calificación propia de los daños no patrimoniales, según se le enfoque como un daño a la naturaleza del ente afectado (daño evento), o por las consecuencias económicas que se puedan de él derivar (daño consecuencia). Se habla por ello de “daños puramente morales” versus “daños morales-patrimoniales”¹²; o lo que es lo mismo en la generalidad de la doctrina tradicional, de “daño moral puro” versus “daño moral impuro”; de “daño no patrimonial subjetivo” versus “daño no patrimonial objetivo”¹³; o de “daño moral subjetivo” versus “daño moral objetivo”¹⁴; planteándose a su vez

11. FRANZONI, Massimo, “*Dei Fatti Illiciti*”. En: *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca a cura di Francesco Galgano*. Bologna/Roma: Zanichelli Editore/Soc. Ed. Del Foro Italiano, 1993, p. 39.
12. PACCHIONI, Giovanni, “*Dei Delitti e Quasi Delitti*”. En: *Diritto Civile Italiano, Parte Seconda, Volume IV*. Padova: Casa Editrice Dott. A. Milani S.A.- CEDAM, 1940, p. 79.
13. LORD. Citado por: BONVICINI, Eugenio. *Il Danno a Persona*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1958, p. 262.
14. ZANNONI, Eduardo. *El Daño en la Responsabilidad Civil*. Segunda edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1987, p. 296.

una diferencia ontológica entre las nociones de "resarcimiento" y "reparación", en donde la primera estaría vinculada al daño patrimonial, verificándose cuando la responsabilidad civil cumple plenamente el rol de restablecer el equilibrio patrimonial roto por el daño, permitiendo el traspaso del coste del daño de la víctima al responsable y obteniendo la reconstrucción del "status quo" existente antes de la comisión del daño; mientras que la segunda estaría vinculada al daño extrapatrimonial, el cual sería aplicable a los supuestos en donde no sea posible cuantificar un daño, atribuyéndose a quienes hayan sufrido un daño de este tipo ("daño moral puro") una compensación a título de consuelo¹⁵.

III. LA RECEPCIÓN DE LOS CONCEPTOS DE "DAÑO MORAL" EN FRANCIA Y DE "DAÑO NO PATRIMONIAL" O "INMATERIAL" EN ALEMANIA

En Francia, no surge mayor obstáculo para la recepción del daño moral por parte del *Code de 1804* y su posibilidad de reparación. Así, dentro de lo que viene a llamarse el "patrimonio moral de los individuos", se distingue entre la "parte social del patrimonio moral" de la "parte afectiva del patrimonio moral"¹⁶, siendo la primera la que de alguna manera en mayor o menor medida puede estar unida a un daño patrimonial; mientras que la segunda, careciendo de un contenido patrimonial, se concreta en una afectación a los afectos y representa el sufrimiento, el dolor de los individuos. Como indican Mazeaud y Tunc, es fácil, en términos normativos, admitir la reparación del daño no patrimonial a la luz del artículo 1382 del Código Francés ("*cualquier hecho del hombre que cause daño a otro obliga a quien ha cometido el hecho, a resarcir el daño*"), dado que

"la generalidad de este precepto legal crea una presunción a favor de la tesis de la reparación del daño moral"¹⁷. Entonces, desde que no existe ninguna limitación normativa en la codificación francesa para negar el posible resarcimiento de lo que es el daño no patrimonial, la doctrina francesa, aún con ciertos contornos imprecisos, acoge el resarcimiento del daño no patrimonial en términos bastante rápidos, bajo la denominación de "daño moral". Este daño, y el daño material, son dos categorías francesas, y por lo tanto, la herencia que recibe la codificación civil peruana de la codificación napoleónica.

Sin embargo, a partir de la segunda década del Siglo XX, se produce en Francia un cambio sustancial en esta gran división de daños y se da un giro doctrinal y en particular jurisprudencial sustentado en pronunciamientos de la Corte de Casación Francesa, lo cual se plasma en la cimentación de dos grandes diferenciaciones conceptuales:

- a) El desarrollo de una primera diferenciación (aún no totalmente consolidada) entre los conceptos de "daño" y "perjuicio", en donde el "daño" estará referido a la lesión misma sufrida como hecho fáctico, mientras que "el perjuicio" estará referido a las consecuencias del daño. Con esto se supera o se pretende superar: (i) primero, la inicial diferenciación de Pothier, bajo el esquema del patrimonio como eje central del Derecho y en donde el "daño" se encontraba referido a la "pérdida sufrida" (daño emergente), mientras que el "perjuicio" apuntaba al "beneficio perdido" (lucro cesante)¹⁸; y (ii) segundo, la ulterior equiparación que se realiza de estos dos conceptos como sinónimos¹⁹, y que ha sido largamente aceptada

15. PACCHIONI, Giovanni. *Op. Cit.*, p. 86.

16. MAZEAUD, Henry; MAZEAUD, Léon; y, TUNC, André. *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*. Tomo I. Vol. I. Traducción de la quinta edición por ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Luis. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1977, pp. 425-426.

17. *Ibid.*, p. 434.

18. POTHIER, Robert Joseph. *Tratado de las Obligaciones*. Edición corregida y revisada por DE LAS CUEVAS, M. C. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1978, p. 91 (numeral 159).

19. Ver, por todos: STARCK, Boris; ROLAND, Henri; y, BOYER, Laurent. *Obligations. 1. Responsabilité délictuelle*. Cinquième édition. París: Librairie de la Cour de Cassation. Éditions Litec, 1996, p. 51 (numeral 95).

por muchos años, tanto en Francia como en Perú. Refiere por esto en la actualidad Borghetti que "(...) desde 1950, una corriente doctrinal –que va en aumento– postula el reconocimiento de la distinción conceptual entre daño y perjuicio. Distinción que bien podría remontarse al Derecho Romano. Ahora, si bien es cierto existe entre ambos términos ligeras diferencias, los autores que se adhieren a esta distinción consideran, frecuentemente, que el daño se define como una lesión a una persona, a una cosa o a una situación. El perjuicio consiste, por su parte, en las consecuencias de esta lesión para el demandante. Estas consecuencias pueden ser patrimoniales –disminución del valor del patrimonio, pérdida de ingresos, entre otros– o extra-patrimoniales –sufrimiento psíquico o moral, esencialmente (...)”²⁰.

- b) El desarrollo de un gran “macro concepto” denominado “daño corporal”²¹, que como se verá más adelante es un concepto afín al de “daño a la persona” creado por la doctrina italiana, el cual será “(...) susceptible de engendrar (...) daños de naturaleza patrimonial y extrapatrimonial (...)”²². De esta manera, se amplía la visión dualista clásica del Derecho Francés de división entre daño material y daño moral para adoptarse más bien, primeramente, una división entre daños corporales y materiales, de un lado,

y económicos y morales, del otro²³; y luego, con la consolidación del concepto de “daño corporal” y la generalización de la aceptación del “Rapport Dintilhac” incluir dentro de aquél la generación de daños patrimoniales y extrapatrimoniales, y/o de perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales.

- c) Como se verá también más adelante, la diferenciación entre los conceptos de “daño” y “perjuicio” (equivalente a las categorías de “daño evento” y “daño consecuencia”) puede perfectamente ser aplicada a la codificación peruana (y mejor aún que en la propia Francia, en donde el Code Napoléon no emplea jamás el término “perjuicio”)²⁴, sobre la base del profuso empleo que hace el Código Civil peruano de ambos términos, aun cuando nosotros no compartamos (como también se verá más adelante) la posibilidad de que se pueda hablar de “perjuicios no patrimoniales).

La segunda gran codificación es el BGB alemán de 1900, el cual contiene dos normas en sus textos originales, hoy abrogados, que merecen mención: (i) el parágrafo 253, el cual señalaba que “a causa de un daño que no es patrimonial sólo puede exigirse indemnización en dinero en los casos señalados por la ley”, conteniendo entonces la primera gran limitación del resarcimiento del daño no patrimonial al contener una reserva

20. BORGHETTI, Jean-Sebastiën. *Los Intereses Tutelables y la Dimensión de los Perjuicios Reparables en el Derecho Francés de la responsabilidad Civil Extracontractual*. Traducción del francés por GABRIEL RIVERA, José Luis. En: Lima: Themis N° 66, p. 289. Ver también: LE TOURNEAU, Philippe. *La responsabilidad Civil*, Traducción del francés por TAMAYO JARAMILLO, Javier. Primera Edición en español. Bogotá D.C.: Editorial Legis S.A., p. 59; quien señala que “(...) el daño (material, corporal o moral) significa la lesión sufrida, que es considerada: un hecho bruto que se aprecia en el sustrato u objeto sobre el cual recae esta lesión (de los bienes, de los cuerpos, de los sentimientos). Se distingue del perjuicio cuyo concepto jurídico es el efecto o la continuación del daño: un atentado a la integridad física, es decir un daño corporal, puede así engendrar un perjuicio patrimonial (por ejemplo, la pérdida de salario, gastos médicos) y un perjuicio extrapatrimonial (sufrimiento moral entre otras) (...)”.

21. Ver por todos, para el alcance general del concepto: VINEY, Geneviève. *Traité de Droit Civil. Les Obligations. La Responsabilité: Effets*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1988, pp. 145 y ss. (numerales 104 y ss.).

22. BRUN, Philippe. *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Traducción del francés por TELLEZ GUTIÉRREZ, Cynthia y CÁRDENAS MIRANDA, Eduardo. Lima: Instituto Pacífico S.A.C., 2015, p. 213 (numeral 209).

23. STARCK, Boris; ROLAND, Henri; y, BOYER, Laurent. *Op. Cit.*, p. 43 (numeral 72).

24. BORGHETTI, Jean-Sebastiën. *Op. Cit.*, p. 289.

de ley; y (ii) el párrafo 847 que recogía, acorde con la época, una redacción que hoy nos parece absolutamente anacrónica: *"en el caso de lesión en el cuerpo o en la salud, así como en los casos de privación de libertad, el perjudicado puede exigir también una indemnización equitativa en dinero a causa del daño que no sea daño patrimonial. La pretensión no es transmisible y no pasa a los herederos, a no ser que haya sido reconocida por contrato o que se haya convertido ya en litis pendiente. Una pretensión de similar naturaleza corresponde a la mujer contra la cual se ha cometido un delito o una contravención a la moral, o que es seducida a permitir la cohabitación extramatrimonial por astucia, intimidación o con abuso de una relación de poder"* (Las codificaciones son fieles a la época).

El Código Civil Alemán, hoy, refunde en una nueva redacción el tratamiento normativo del daño no patrimonial: en el párrafo 253, bajo la concepción de "daños inmateriales", eliminando lo que evidentemente quedó fuera de época, señala que: *"(1) por el daño que no es patrimonial puede ser reclamada una indemnización en dinero, solo en los casos determinados por la ley; y (2) si es debido un resarcimiento a causa de una lesión al cuerpo, a la salud, a la libertad, o a la autodeterminación sexual, por el daño que no es patrimonial puede exigirse también una indemnización equivalente en dinero"*.

IV. LA RECEPCIÓN DEL CONCEPTO DE "DAÑO A LA PERSONA" EN ITALIA

Posteriormente llega la gran codificación italiana que en su momento es la codificación que viene a reemplazar como luz en el mundo continental al *Code français* (en términos de influencia).

La discusión italiana sobre el daño no patrimonial puede dividirse en tres etapas:

En una primera etapa, se entiende que el artículo 2059 del Código Civil Italiano que señala que *"el daño no patrimonial debe ser resarcido sólo en los casos determinados por la ley"*, recoge la reserva de ley que introdujo el Código Civil Alemán y acoge exclusivamente al daño moral

subjetivo. El eje central y el corazón del daño patrimonial en Italia se ancla en el artículo 2043 del *Codice*, que representa el "buque insignia" del resarcimiento del daño patrimonial a la luz de la responsabilidad por hechos ilícitos en Italia; precepto éste que señala que: *"cualquier hecho doloso o culposo que ocasione a otros un daño injusto, obliga a quien ha cometido el hecho a resarcir el daño"*.

Aquí debemos detenernos muy brevemente para indicar que la evolución que se desarrolla a la luz de estos preceptos legales representa una discusión propia y singularmente italiana, que no tuvo ni tiene porqué ser exportada al Perú. La interpretación original, bajo la reserva de ley del artículo 2059 del Código Civil Italiano que manda que el daño no patrimonial deba ser resarcido solo en los casos previstos por la ley, entiende que la reserva de ley prevista en este artículo se ancla en el artículo 185 del Código Penal italiano (*"todo delito obliga a las respectivas restituciones, según las normas de las leyes civiles. Todo delito que haya ocasionado un daño patrimonial o no patrimonial, obliga al resarcimiento al culpable o a las personas que, según las normas de las leyes, deben responder por sus hechos"*). De esta manera, se concluye por algún tiempo en la doctrina italiana que el único daño resarcible en calidad de daño no patrimonial es el *pretium doloris* (o "precio del dolor"; daño moral subjetivo) y, por lo tanto, se acoge la categoría del Daño Moral como aquél que afecta la esfera psíquica, personal, íntima del sujeto, para señalar entonces que, sólo en dicho supuesto será resarcible el daño no patrimonial. En consecuencia, surge el esquema en donde el daño patrimonial es resarcible en virtud del artículo 2043 del Código Civil Italiano y el Daño Moral lo es en virtud del artículo 2059 del mismo cuerpo legal.

En una segunda etapa, propiamente a partir del año 1974 en adelante, la discusión se centra en la estrechez del concepto "daño moral" y en la posibilidad del surgimiento de una serie de vocablos de daños resarcibles que exceden a dicho concepto. Surge el concepto de "daño biológico", el cual verá con posterioridad reducido su ámbito de aplicación al denominado "daño

a la salud", el cual requerirá de una valuación médico-legal para su resarcimiento, por lo que "el daño biológico subsiste solamente si un médico puede estimar la pérdida de validez de la persona"²⁵. A partir del concepto de "daño a la salud", se comienza a hablar de una serie de micro daños, en donde se produce un uso promiscuo de diversas categorías de daños resarcibles. Llega un momento en donde el jurista más hábil es aquél que crea una nueva categoría de daño no patrimonial: se habla entonces de, por ejemplo, daño a la vida de relación, daño sexual, daño por lesión estética, daño por lesión a la capacidad laboral genérica (todos los cuales podrían ser agrupados como especies del género "daño a la salud"), daño por vacaciones arruinadas, daño por *mobbing* (acoso laboral), daño por estrés, daño a la serenidad familiar, daño existencial, etc. Un elenco inmenso de daños que en principio exceden al concepto de daño moral. La pregunta que se hace en esta etapa la doctrina italiana es: ¿cómo se resarcen estos daños si el artículo 2059 se refiere solamente al daño moral, restrictivamente entendido como daño moral subjetivo o "precio del dolor" con reserva de ley?

En esta segunda etapa, la solución de la doctrina italiana fue la aplicación desmesurada del artículo 2043 del *Codice*. Teniendo en cuenta el concepto de Daño a la Salud –dado la camisa de fuerza restrictiva del artículo 2059 del Código Civil Italiano–, la doctrina italiana lleva el resarcimiento de dicho daño al artículo 2043 de este Código, que es el corazón del daño patrimonial y, consecuentemente, se crea el concepto omnicompreensivo de "daño a la persona". Este concepto no es entonces un dato normativo (como sucede hoy en el Código Civil Peruano), pese a que el artículo 2057 del Código Italiano se refiera a "il danno alle persone" (el daño a las personas), debido a que lo hace en un sentido diferente. Entonces, en este esquema

tenemos que el "Daño a la Persona" no es una noción normativa de daño, sino una categoría conceptual omnicompreensiva de otros daños, y en donde lo importante radica en "estimar las consecuencias perjudiciales de la lesión en cada aspecto de la vida activa de la persona humana"²⁶ y que abarca una serie de daños resarcibles, por lo general valuables en términos patrimoniales, o sea, bajo el artículo 2043.

El daño a la persona se convierte, entonces, en el género de todos aquéllos micro daños y teóricamente comprensivo en líneas generales de tres componentes dañosos:

- (i) El daño (la parte) patrimonial (daño consecuencia, consistente en la pérdida de ingresos o gastos generados por el siniestro), resarcido bajo el artículo 2043.
- (ii) El daño a la salud (de valor no reidual), liquidado conforme a parámetros tabulares, y resarcido también bajo el artículo 2043.
- (iii) El daño moral, reparado bajo la reserva de ley de los artículos 2059 del Código Civil y 185 del Código Penal²⁷.

La doctrina italiana, inaugura luego una tercera etapa a partir del año 2003, que es la vigente en términos de discusión: si el artículo 185 del Código Penal italiano habla de "reserva de ley", qué mejor reserva de ley que una de rango constitucional, como se da en el caso del artículo 32 de la Constitución Italiana que tutela el derecho a la salud como derecho fundamental del individuo e interés de la colectividad. De esta manera se retorna al artículo 2059, pero ahora bajo una "reserva de ley de rango constitucional", entendiendo entonces que el daño a la salud debe ser ahora resarcido en base al 2059 porque tiene una reserva de ley de rango constitucional, y no en base al artículo 2043.

25. FRANZONI, Massimo. "Il Nuovo Corso del Danno Non Patrimoniale: Un Primo Bilancio". En: *La Responsabilità Civile*. Torino: Rivista diretta da M. Franzoni e A. Zaccaria. UTET, 2004, pp. 10-11.

26. FRANZONI, Massimo. "Il Danno Risarcibile". En: "Trattato della Responsabilità Civile" diretto da Massimo Franzoni. Milano: Giuffè Editore S.p.A. Milano, Italia. 2004, p. 281.

27. FRANZONI, Massimo. "Il Nuovo Corso del Danno Non Patrimoniale: Un Primo Bilancio". Op. Cit., p. 10.

Esta es la historia del “daño a la persona” en Italia, que es lo que uno tiene que conocer en concreto cuando se ha importado un concepto, cuyo significado no puede ser el mismo en el Perú, en donde no hemos tenido nunca los problemas legales interpretativos generados por una “reserva de ley” inexistente.

V. LA NECESIDAD DE “REINTERPRETAR” LA NOCIÓN DE “DAÑO NO PATRIMONIAL” EN EL PERÚ

El problema en el Perú es que normalmente se desconoce esto; y si bien nadie cuestiona hoy que el eje central de la tutela resarcitoria deba ser la persona, si resulta cuando menos dudosa la virtud de si la solución debió consistir en la introducción en “la hora nona”, de una nueva categoría de daño como fue el “daño a la persona” –concepto como se ha explicado omnicompreensivo y no normativo en Italia–; y peor aún, junto al daño moral como otra voz de daño resarcible, obligando a establecer diferencias conceptuales normativas entre ambos conceptos. Entonces, un Código como el peruano de 1984, de base histórica francesa y de influencia germana en algunos aspectos como resultado a su vez de la influencia en el Código Civil de 1936 de la obra de León Barandiarán (quien en su obra habla indistintamente de daño moral y daño no patrimonial)²⁸, termina legislando como voces de daño resarcible tanto al “daño moral”, como al “daño a la persona”, como puede verse del texto del artículo 1985 del Código Civil.

Dice el artículo 1985 del Código Civil que: *“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 (...)”*. De esta manera, se tiene ahora al daño a la persona junto al daño moral, pero sólo en el ámbito de la responsabilidad extracontractual. En cambio, en sede contractual, el artículo 1321 del Código

Civil habla sólo de que *“(...)el resarcimiento por la inexecución 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 inexecución(...)”*; agregando el artículo 1322 que *“el daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento”*, no mencionando al daño a la persona, como si se realiza en sede extracontractual.

Esta omisión genera una innecesaria labor de interpretación sistemática de los elencos de voces de daño resarcible, y en donde, felizmente, se puede llegar a la conclusión de que estos elencos de voces no son taxativos. Si se repara bien en el texto del artículo 1985 del Código Civil Peruano, podrá apreciarse que no se hace mención al “daño emergente”, cuya posibilidad de resarcimiento nadie duda en sede extracontractual, lo que llevaría a la similar conclusión de que lo mismo sucede en sede contractual, ante la omisión de la mención del daño a la persona dentro del elenco de daños resarcibles, admitiéndose entonces su resarcimiento en el ámbito contractual, pese a su no mención específica.

Hoy, poco más de treinta años después de la promulgación del Código Civil Peruano, debemos decir enfáticamente que, pese a haber sido un acierto legislar en el mapa general del Código teniendo como centro la tutela de la persona humana, a efectos de la responsabilidad civil no podemos admitir como un acierto legislativo tener dos elencos de daños que en el fondo significan, por lo menos en parte, lo mismo; o mejor dicho, en donde uno resulta comprensivo del otro. Ello ha obligado a reinterpretar aquello que no se necesitaba reinterpretar.

Por esto, somos de la opinión de que una de estas dos categorías no debería coexistir con la otra, por lo menos como elenco de daño, porque uno contiene al otro.

28. LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil*, Tomo IV. Primera Edición. Lima: Walter Gutiérrez Editor, 1992, pp. 423 y 425.

La protección de la persona humana, como sabemos, tiene un basamento constitucional en el Perú. Toda persona tiene derecho, nos dice el numeral 1) del artículo 2 de la Constitución Política del Perú de 1993, a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física (entidad psicosomática del sujeto) y a su libre desarrollo y bienestar, siendo esto último –contra lo que algunos ignoran o pretenden ignorar expresamente– la base constitucional del daño existencial peruano, es decir, del llamado daño al proyecto de vida.

La base constitucional del daño al proyecto de vida está reconocida en el Perú tanto a nivel doctrinal, como jurisprudencial. Así, por ejemplo, se ha indicado que "(...) el derecho de libre desarrollo consiste en la posibilidad que debe tener cada ser humano de desarrollar todas sus potencialidades y que, en conjunto, son irrepetibles en otro ser humano, ejercitando su libertad y realizándose como persona válida por sí misma. Es un derecho que se ejecuta necesariamente en el devenir, del presente hacia el futuro. Protege a la persona en dos aspectos complementarios: el primero, en mantener sus potencialidades como tales, de manera que no sean afectadas por otros; y el segundo, en facilitar que la persona tome las acciones que la conduzcan a desarrollarse dentro del cumplimiento de sus deberes y de los límites que imponen las leyes (...)"²⁹; por lo que, "(...) en puridad, este derecho significa el ejercicio de una facultad que reconoce a cada persona la posibilidad de hacer uso de todas sus potencias físicas, intelectuales y morales en su propio beneficio. Ello a efectos de 'coronar' su realización integral como ser humano. Mediante este derecho se busca asegurar la realización del

plan de vida libremente escogido, y en donde el desarrollo de la persona es expresión de sus aptitudes, intereses, convicciones y deseos mediante su actuación o verificación en el seno de la sociedad (...)"³⁰.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano ha sido clara a su vez para señalar que el derecho al libre desarrollo pertenece a toda persona como expresión del principio de igualdad. Este principio no significa necesariamente el trato igualitario de todas las personas sino la justificación de un trato desigual, de ser el caso, para lo cual "(...) no solo exige, para el tratamiento desigual en la aplicación de la ley a las personas, que la finalidad legislativa sea legítima, sino que los que reciban el trato desigual sean en verdad desiguales (...)", por lo que los derechos personales del tipo del libre desarrollo, entre otros, "(...) son derechos constitucionales aplicables a todo ser humano, sin que interese su grado de educación, sus costumbres, su conducta o su identidad cultural (...)"³¹. El reconocimiento de un proyecto de vida a cada individuo, entonces, no es otra cosa que el de un derecho que le pertenece a todo individuo en función a sus particulares características y, en ese sentido, no es sino la proyección de un derecho de igualdad entre desiguales, al más puro ejemplo de aplicación de la Parábola de los Talentos de Mateo³², y cuya dificultad de resarcimiento no es distinta de toda aquella que se reconoce en torno a la problemática de la cuantificación del daño no patrimonial; y no así en lo que atañe a su certeza, que es un requisito de verificación de cualquier daño resarcible, siendo sus consecuencias económicas reparables siempre bajo la modalidad de "pérdida de chance".

29. RUBIO CORREA, Marcial; EGUIGUREN PRAELI, Francisco; y, BERNALES BALLESTEROS, Enrique. "Los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Análisis de los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución". Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013, p. 135.

30. GARCÍA TOMA, Víctor. "Derechos Fundamentales". Arequipa: Editorial Adrus S.R.L., 2013, p. 162.

31. Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Exp. N° 0018-96-I-TC de fecha 29/04/97 sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Defensor del Pueblo contra el artículo 337 del Código Civil. Citado en: RUBIO CORREA, Marcial; EGUIGUREN PRAELI, Francisco; y, BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *Op. Cit.*, p. 129.

32. Nuevo Testamento. Mateo 24: 14-30.

VI. LA REVALORACIÓN DE LOS CONCEPTOS DE “DAÑO EVENTO” Y “DAÑO CONSECUENCIA” Y SU TRASCENDENCIA PARA ENTENDER EL DAÑO COMO UN FENÓMENO DE DOBLE CAUSALIDAD

Todo lo anteriormente indicado lleva, en nuestra opinión, a la necesidad de reformular el “elenco de daños” en el Perú. En la reformulación de éstos debemos, en primer lugar, recordar lo que significa la “tutela resarcitoria”.

Para esto, se tiene que el concepto –aún mayor– de Tutela, significa el medio de defensa que se le otorga a los particulares, en cuanto titulares de situaciones jurídicas subjetivas, “frente a la violación de éstas o ante el peligro de su violación”³³. Dentro de la tutela de los derechos el orden jurídico nos da diversas formas de protección, en cuanto diverso es el interés protegido. Así, por ejemplo, en el campo de los derechos reales se da la tutela de los poderes de hecho (la posesión) a través de interdictos o defensas posesorias. Se tiene también la tutela inhibitoria (o mejor aún, cesatoria) en el derecho de las personas para la cesación de los actos lesivos (artículo 17 del Código Civil Peruano); la tutela de urgencia que se aplica en medidas cautelares; y, así también, la tutela resarcitoria que es una expresa protección contra el daño injustamente sufrido.

Aquí se debe hacer hincapié en algo fundamental pero que no se aprecia fácilmente pese a la simpleza de su enunciado: la tutela resarcitoria es una tutela propia del derecho patrimonial. Es decir, cuando se dice “se protege contra los daños”, en principio se protege siempre a través de costes económicos. Esto significa que si se admite la tutela del daño no patrimonial como parte de la tutela resarcitoria (y no, por ejemplo, desde fuera de ésta, como puede ser a través de la pena privada) necesariamente tendrá que expresarse en términos económicos dicha protección, pues la tutela resarcitoria supone, entre otras funcio-

nes, la llamada función de equivalencia, que explica al resarcimiento como una expresión de la tutela contra los daños que determina siempre la afectación –en términos económicos– de un patrimonio. Así, cuando se diga que un padecimiento o un sufrimiento merece ser protegido con la indemnización de daños, esa indemnización tendrá que manifestarse necesariamente en términos patrimoniales como expresión de la tutela resarcitoria. En lenguaje simple: la tutela resarcitoria, al ser una tutela patrimonial, se concreta en una suma de dinero u otro valor, que no es otra cosa que una obligación de dar un equivalente económico a los daños sufridos.

Por esto, si se acogiera en el Perú la distinción francesa de “daño” (equivalente al “daño evento”) y “perjuicio” (equivalente al “daño consecuencia”), no podría en nuestro concepto hablarse jamás de “perjuicios no patrimoniales”, como sí se predica en Francia.

Es por esto que el remedio de la reparación por equivalente como regla general de expresión de la tutela resarcitoria significa siempre asegurar al damnificado el exacto equivalente a la afectación que ha sufrido, medido en términos económicos. Entender esto es fundamental porque el concepto “reparación”, como tal, no es exclusivo de la tutela resarcitoria. Se puede “reparar” algo de diversas formas, incluso desde fuera de la tutela resarcitoria; pero es un error en nuestro concepto sostener, por ejemplo, que el daño extrapatrimonial al honor, la buena reputación, la intimidad personal y familiar que se ve afectada por publicaciones inexactas realizadas en medios de comunicación social pueda, por ejemplo, “resarcirse” vía una rectificación, a la luz del artículo 2, numeral 7) de la Constitución Peruana³⁴. Ello puede dar lugar a una reparación, pero que no es resarcimiento, es decir, se trataría de una reparación fuera del ámbito de la tutela resarcitoria, la cual tiene que resolverse necesariamente en términos patrimoniales.

33. DI MAJO, Adolfo. “La Tutela Civile dei Diritti”. En: *Problemi e Metodo del Diritto Civile*. Volume III. Quarta edizione riveduta e aggiornata. Milano: Giuffrè Editore S.p.A., 2003, p. 4.

34. DE TRAZEGNIES, Fernando. *Op. Cit.*, pp. 113 y 115.

El mal uso de las categorías del “daño evento” y del “daño consecuencia” ha determinado que la doctrina continental comparada inicialmente hablara también de “daño patrimonial directo” y de “daño patrimonial indirecto”, para señalar que a veces tenemos afectaciones que producen efectos patrimoniales causalmente comprobables en forma directa y a veces puede suceder que la afectación de la fase interna del sujeto trascienda a la fase externa y, en consecuencia, termine produciendo efectos patrimoniales pero de manera indirecta. Por ejemplo, se produce el abandono de la pareja y se entra en un estado de depresión absoluta que determina una baja de la capacidad laboral, a punto tal que al sujeto abandonado lo licencian del trabajo. En este ejemplo, se afecta la entidad psicosomática del sujeto, pero se producen efectos económicos derivados de este hecho que trascienden a la fase externa de la productividad, de manera que esto es medible. Dicho daño es cuantificable, pero sin descuidar la atención de que la afectación se produce en la faz interna del sujeto, la cual al trascender hacia la faz de la productividad termina produciendo un daño patrimonial indirecto.

Repárese que en el fondo, las categorías de “daño patrimonial directo” y “daño patrimonial indirecto”, o aquéllas de “daño moral puro” o “daño moral impuro” encierran los mismos conceptos pero visto (o confundido diríamos nosotros) según se le enfoque desde el prisma del “daño consecuencia” o del “daño evento”.

Contrariamente a lo que ha señalado Scognamiglio en Italia, nosotros no creemos que deba “(...) rechazarse la solución acogida por un sector de la doctrina, de admitir un doble concepto de daño, tanto para el evento dañoso en sí mismo considerado como para el conjunto de los daños mediatos; que constituye desde ya una evaluación sumaria, una respuesta artificiosa, sino incoherente, al problema debatido

(...)”³⁵; en una expresión que encierra una crítica furibunda a la categoría del “daño evento” y del “daño consecuencia”.

Por el contrario, esta doble categoría –bien utilizada– es la que mejor explica el fenómeno del resarcimiento del daño extrapatrimonial en sus diversas acepciones. Para entender a cabalidad ésta, nuestra afirmación, cabe recordar primeramente lo que enseña bien Bianca³⁶ en torno al significado de la noción de “daño”, el cual, según este autor, debe ser apreciado en sus tres manifestaciones posibles:

- (i) En primer lugar, como evento lesivo (daño evento), en donde el daño es un resultado material o jurídico que se concreta en la lesión de un interés jurídicamente apreciable. Se trata de la constatación fáctica del ente que se ve afectado con la lesión: si se sufre una afectación directa en el patrimonio, pues es el patrimonio el afectado. Por el contrario, si se afecta la integridad somática o física de un individuo (se pierde un brazo), pues es el sujeto el directamente afectado.

En el daño como evento lesivo, se da la constatación de la certeza del daño como evento material, y repárese que el daño evento es siempre consecuencia causal (material) de un hecho que lo ha producido como resultado. El daño evento es, en términos causales, una consecuencia, que es en sí mismo considerado como daño en el momento que se produce, como un evento que sucede en la realidad fáctica como resultado de un determinado hecho que lo ha generado.

- (ii) En segundo lugar, también existe la categoría del daño como efecto económico negativo, es decir, como daño consecuencia, que es el conjunto de efectos patrimoniales perjudiciales que el evento lesivo determina

35. SCOGNAMIGLIO, Renato. *Responsabilità Civile e Damno*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2010, p. 225.

36. BIANCA, C. Massimo. “Diritto Civile”, Tomo V: “La Responsabilità”. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A., pp. 112-114 (numeral 43).

para la víctima. Se ha perdido algo como consecuencia directa del daño, se trate de la pérdida de una utilidad que ya se poseía en el patrimonio (daño emergente), o se trate de la pérdida de una utilidad que presumiblemente se hubiese conseguido de no haber mediado el evento lesivo, afectándose una utilidad que todavía no está presente en el patrimonio del damnificado al momento de acaecer el daño, pero que bajo un juicio de probabilidad se habría obtenido de no haber tenido lugar el evento dañoso³⁷, esto es, lo que dejó de percibir como consecuencia del daño (lucro cesante).

- (iii) En tercer lugar, se habla también del daño como liquidación pecuniaria del efecto económico negativo; y en donde será trascendente la forma cómo se puedan liquidar los daños, dando lugar a los "daños valuables" y a los "daños estimables".

Es importante detenernos en el daño como efecto económico negativo: se dice entonces que aquí el daño se refiere a las consecuencias económicas causales del daño. Repárese aquí que el efecto causal es un efecto bastante más amplio entonces si lo analizamos en su doble aspecto de daño evento y daño consecuencia.

El hecho generador del daño produce material y causalmente hablando un resultado que es el daño evento, el cual a su vez puede producir económica y causalmente hablando consecuencias patrimoniales:



Esta perspectiva de la "doble causalidad" en materia de responsabilidad civil (de importancia vital como se verá para entender la noción de "daño moral"), no ha sido lo suficientemente difundida en la doctrina comparada para entender a cabalidad la teoría causal en sede de responsabilidad. Sin embargo, ha sido advertida, entre otros, por Mazzaresse, quien ha señalado que no "(...) debe confundirse la verificación del 'hecho' ilícito (llamado 'daño evento') verificable en relación a un primer y relevante nexo de causalidad (...), con la producción de 'daños' (llamados 'daños consecuencia'), ante cuya relevancia emerge, en cambio, un segundo nexo de causalidad entre el 'hecho injusto' y las 'consecuencias dañosas' que, sin embargo, sólo eventualmente de aquél derivan (...)"³⁸.

La discusión ochocentista, prolongada incluso durante el siglo XX, ha sido siempre que bajo la noción patrimonialista del daño, éste siempre fue analizado como daño consecuencia, es decir, solo en relación a los efectos patrimoniales del daño. Por ello, cuando se piensa en la persona como entidad que podría sufrir una lesión distinta al patrimonio, se entra en una confusión conceptual. Si se piensa que la entidad afectada es, por ejemplo, el sujeto como entidad psicosomática y se piensa en un daño en concreto como lo es el daño moral, podemos afirmar que dicho daño puede producir como puede no producir consecuencias económicas causalmente vinculadas a la afectación.

Por esto, enfocándolo como "daño evento", la doctrina clásica continental diferenció el "daño

37. FRANZONI, Massimo. *Il Danno al Patrimonio*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore. S.p.A., 1996, pp. 179-180.

38. MAZZARESE, Silvio. "Clausola Penale". En: *Il Codice Civile. Commentario diretto da Piero Schlesinger*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A., 1999, p. 509.

moral impuro” del “daño moral puro”: el primero era aquél que producía consecuencias económicas, mientras que el segundo era aquél que sólo podía verse en términos de afectación interna sin trascender a la fase de la productividad, esto es, no producía consecuencia económicas; que – como se ha dicho – responde a la misma filosofía de la clasificación de “daño patrimonial indirecto” versus “daño patrimonial directo”, pero visto desde el ángulo del “daño consecuencia”.

VII. LA RECLASIFICACIÓN DE LOS DAÑOS EN EL PERÚ

¿Cómo se debe responder ante la realidad de la codificación peruana?

Bajo el principio constitucional de la tutela de la persona³⁹ y la historia de nuestra responsabilidad civil, no hay duda que nuestra experiencia centra a la persona como el eje, el corazón de la tutela resarcitoria. No hay duda del carácter personalista de toda la codificación civil peruana. En tal sentido, se da la necesidad de reclasificar los daños, fundamentalmente – en mi opinión –, bajo un criterio de unidad conceptual: sea que se hable del daño a la persona o del daño moral o cualquier voz de daño no patrimonial que pueda apreciarse desde la óptica del daño evento, el daño no patrimonial representa una unidad.

Todo se alinea en una unidad de género que es el daño no patrimonial. La categoría – y en esto los alemanes acertaron al codificar el concepto de daño no patrimonial –, se refiere a una categoría de daño que puede tener algunas voces particulares de diferenciación. En nuestro caso, no teniendo codificado pero sí tratado en doctrina y en jurisprudencia a la categoría del daño no patrimonial, se debe apostar por la unidad de este concepto.

Normalmente, es la jurisprudencia la que genera el cambio en el Derecho; y por esto es importan-

te que estas categorías calen hondo en nuestros jueces para su correcta interpretación.

Postulamos, entonces, la siguiente reclasificación de los daños:

- a) En primer lugar, por la naturaleza del ente afectado (“daño evento” o simplemente “daño”: como resultado lesivo). Aquí, los daños pueden clasificarse en:
 - (i) Daño No Patrimonial: que afecta la integridad de TODO SUJETO DE DERECHO y/o lesiona valores y derechos fundamentales inherentes a todo sujeto de derecho digno de protección bajo la tutela resarcitoria; y
 - (ii) Daño Patrimonial: que afecta la integridad del patrimonio como extensión externa de un concreto derecho de la personalidad, verbigracia, derecho a la propiedad y a la herencia (artículo 2, numeral 16 de la Constitución Peruana); y cualquier otro de naturaleza patrimonial. Se trata aquí de la afectación de una entidad diversa al sujeto de derecho “in se”.
- b) En segundo lugar, por las consecuencias económicas que generan (“daño consecuencia” o “perjuicio”: como efecto económico negativo), los daños pueden clasificarse en: (i) De Causalidad Material Económica; y (ii) De Causalidad Jurídica o Atributiva.
 - (i) Daños de Causalidad Material Económica pueden a su vez clasificarse en:
 - Daño Emergente: definido como el empobrecimiento que sufre el damnificado en su patrimonio como consecuencia directa y súbita del daño. Como ya se dijo líneas arriba, el evento dañoso

39. Artículo 1 de la Constitución Política del Perú de 1993: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

sustraer aquí una utilidad que ya poseía el damnificado en su patrimonio antes de la verificación del daño evento. Se trata entonces de la sustracción de una utilidad económica ya existente en el patrimonio del sujeto al momento de verificarse el daño; y

- **Lucro Cesante:** representado por la pérdida de una utilidad que el damnificado presumiblemente conseguiría de no haberse verificado el evento dañoso. El lucro cesante, entonces, afecta una utilidad que todavía no está presente en el patrimonio del damnificado al momento de acaecer el daño evento, pero que bajo un juicio de probabilidad se habría obtenido de no haber tenido lugar el evento dañoso.

En los daños de causalidad material económica se constata plenamente el fenómeno de la doble causalidad: puramente material primero, y económica después (que también es una causalidad material, pero de índole económica), en donde el "daño consecuencia" (daño emergente y lucro cesante) son plenamente identificados causalmente como consecuencias lógico necesarias (en términos económicos) del daño evento sufrido. Es ésta la expresión más contundente y real de la función satisfactoria de la responsabilidad civil en su expresión de "reparación de daños".

- (ii) **Los Daños de Causalidad Jurídica (o de atribución legal)**, abarcan aquellas consecuencias en donde no puede determinarse una función de reparación de daños al no existir causalidad económica entre el daño evento y los resultados patrimoniales negativos que se le atribuyen. Se trata aquí, entonces, de la toma de partido del sistema por entender, dentro de la

función satisfactoria o satisfactiva del daño resarcible, que ésta puede cumplir también una función aflictivo-consolatoria destinada a mitigar (no a reparar) los daños sufridos, bajo una perspectiva tuitiva de la víctima. Los efectos económicos aquí son atribuidos por la ley, por lo que se requiere de norma expresa al respecto, como sucede, por ejemplo, en el caso del artículo 1322 del Código Civil Peruano, tratándose del daño moral.

- c) En tercer lugar, como **liquidación pecuniaria (del efecto económico negativo)**, los daños pueden clasificarse en:
 - (i) **Daños Valuables**, si es posible la cuantificación de los daños; y
 - (ii) **Daños Estimables**, si sólo es posible estimar los daños con valoración equitativa (como efecto liquidatorio), por ejemplo, de la función aflictivo-consolatoria del daño; o, inclusive, cuando no se hubiera podido aportar la prueba del "quantum" patrimonial (artículo 1322 del Código Civil Peruano).

VIII. SIGUE: LA RECLASIFICACIÓN DE LOS DAÑOS EN EL PERÚ. EN PARTICULAR, DEL DAÑO NO PATRIMONIAL

Toca entonces retornar a la clasificación del daño por la naturaleza del ente afectado, y concretamente respecto a su primera manifestación: el daño no patrimonial.

En nuestra primera clase a los alumnos, semestre a semestre, tratamos siempre que aquéllos entiendan que normalmente las distintas posiciones que se dan en el Derecho son en realidad manifestaciones diversas del lenguaje; de cómo se expresa uno y qué transmite como concepto la expresión utilizada, tan igual como sucede en cualquier lengua con la utilización de un "significante" y un "significado". Como pertenecemos a una familia jurídica, que es la del Derecho Continental, creemos que deben priorizarse los

"significados" por encima de los "significantes"⁴⁰. Por lo tanto, se deben mantener los conceptos o significados comúnmente expresados en el lenguaje del Derecho Civil Continental.

En este sentido, dentro de nuestra tesis, postulamos que el daño no patrimonial puede a su vez dar lugar a tres conceptos diferenciados:

1. El Daño a la Persona.

En el Perú, como se ha dicho, es un tipo de daño expresamente reconocido como resarcible en el artículo 1985 del Código Civil), el cual debe ser entendido fiel a su raíz itálica, esto es, como un daño que: (a) afecta a la persona humana como entidad psico-física, comprendiendo a los daños inherentes a ésta (o daños a los derechos de la personalidad, como la vida, la integridad psico-física, el libre desenvolvimiento de la personalidad, la intimidad, la salud, entre otros; y (b) es normalmente –como regla general– el resultado de una función de reparación del daño resarcible, por lo que es –contrariamente a lo que comúnmente se piensa– ordinariamente valuable y sólo excepcionalmente estimable.

Si el daño a la persona comprende a la parte psíquica del sujeto, se entiende entonces que un sub-tipo de este daño debiera ser y es el llamado daño moral, también codificado como tal en nuestra legislación civil (artículos 1322 y 1985 del Código Civil Peruano), que pese a devenir en un sub-tipo de aquél tiene la necesidad de diferenciarse a la luz de la codificación peruana.

1.1 El Daño Moral.

Debe ser entendido como un sub-tipo especial de un concepto mayor que lo comprende (daño a la persona) pero con contornos especialmente definidos que a su vez diferencia y determina alcances especiales en cuanto a su tratamiento: será aquél que afecta a la psiquis y sentimientos de la persona humana

(fiel entonces a su origen conceptual en el derecho continental), y que se refleja en un padecimiento y dolor espiritual, pero con tres características fundamentales que lo singularizan y, por ende, lo diferencian de otros daños no patrimoniales: (i) afecta la faz interior del sujeto; (ii) tiene siempre naturaleza temporal; y (iii) tiene siempre causalidad atributiva o jurídica en sus consecuencias patrimoniales.

Bajo este esquema, estas características son esenciales y propias del daño moral resaltado por la doctrina comparada. Si el daño moral es un sufrimiento que afecta a la psiquis de un individuo, dado que la naturaleza humana está hecha para superar padecimientos psíquicos (bajo el instinto de supervivencia, el ser humano está hecho para dominar el dolor), dicho daño tiene que ser temporal. Es muy raro y casi imposible que alguien "muera de amor" o "por amor o dolor"; o, mejor aún, pensemos en el más grande dolor de un ser humano que podría estar representado en la pérdida de un ser querido: la naturaleza humana nos permite vencer dicho sufrimiento, y ello es parte –como se ha indicado– del instinto de conservación de la especie humana.

Entonces, la característica esencial del daño moral es que el mismo afecta a la faz interna del sujeto, siendo de naturaleza temporal.

La existencia del "precio del dolor" ("*pretium doloris*"), entendido como aquél que no trasciende a la faz externa produciendo consecuencias patrimoniales, nos lleva a la necesidad de decantarnos por alguna opción: o resarcimos el daño moral o no lo hacemos. Al margen de lo que nos parezca más conveniente, debemos tener en cuenta que la opción del Código Civil Peruano –nos guste o no–, es que sí se resarce el "*pretium doloris*". Por lo tanto, el daño moral, aquél llamado antes también "daño moral puro", que no trasciende a la faz externa del individuo, es resarcible.

40. DE SAUSSURE, Ferdinand. *Curso de Lingüística General*. Traducción, Prólogo y Notas de ALONSO, Amado. Segunda Edición. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1955, p. 129.

Precisamente, en relación a la imposibilidad de valuación del daño moral, puede no gustar que los jueces asignen arbitrariamente consecuencias patrimoniales a algo que no es valuable, estimando con cierto margen de arbitrariedad los alcances económicos del daño, generando impredecibilidad jurídica. Este tema siempre será debatible, siendo una alternativa realista la utilización de baremos, o cualquier método tabular para que las decisiones de los jueces no sean impredecibles, pero creemos que no puede ser cuestionable que el sufrimiento se pueda traducir en algo digno de ser mitigado en dinero o a través de cualquier valor de cambio, porque es cierto es que el dinero no hace la felicidad pero, ¡por Dios, cómo ayuda!

En este contexto, debe tenerse muy en cuenta que la atribución de efectos económicos al daño moral se debe a una disposición normativa, dado que es la ley la que señala en última instancia que el daño moral se resarce. Pero dado que los sufrimientos no pueden ser valuados, deben ser estimados a efectos de que puedan traducirse en un monto dinerario.

Asimismo, hay otra característica del daño moral digna de resaltarse, y es su carácter de daño *"in re ipsa"*. Como se sabe, el requisito de la certeza del daño (certeza en el *quid*) exige que la víctima acredite el daño como evento, es decir, como acaecer fáctico en términos materiales. Empero, cuando la entidad afectada por el daño se encuentra constituida por el fuero interno del sujeto, el honor o la integridad, y en general los derechos personalísimos del sujeto, la acreditación de la certeza fáctica del daño exige únicamente la probanza del hecho generador del daño. La razón de ello estriba en el hecho que resulta común y normal en el devenir de la experiencia que la simple afectación de ese tipo de derechos por causa de cualquier evento genere de por sí una situación de menoscabo. Por ello, resultará suficiente acreditar el hecho generador invocado para probar el daño moral

sufrido, y esto, en palabras de Brebbia, resulta claro cuando se afirma que:

*"(...) siendo el agravio moral la consecuencia necesaria e ineludible de la violación de algunos de los derechos de la personalidad de un sujeto, la demostración de la existencia de dicha trasgresión importará, al mismo tiempo, la prueba de la existencia del daño (...)"*⁴¹.

Ello se explica por el hecho que el carácter *"in re ipsa"* de ciertos daños como el daño moral se alimenta de los datos de la experiencia y lo que de común y normal se manifiesta en la sociedad. Como indicara bien Bonilini:

*"(...) la lesión de bienes como aquellos de la personalidad, por ejemplo, es de por sí sintomática del nacimiento de un perjuicio no cuantificable en vía objetiva, por lo que será por tanto suficiente el uso de los medios probatorios ordinarios para convencer al juez que el hecho ilícito invocado en juicio tiene una idoneidad genética para producir consecuencias del tipo ahora considerado. La individualización del bien atacado es de por sí adecuado para causar, sino la certeza, cuando menos una probabilidad ciertamente alta de la existencia del perjuicio no patrimonial (...)"*⁴²;

Por lo que en este caso siempre se invierte la carga probatoria: la existencia del daño moral, como un sub-tipo de daño *"in re ipsa"* siempre se presume, por lo que será necesario probar en contra de la verificación del mismo para destruir esta presunción de existencia.

Téngase en cuenta por otro lado que la doctrina continental comparada alguna vez dudó sobre "estirar" el concepto de daño moral, para hacerlo aplicable a otro tipo de personas diversas a la persona humana, como por ejemplo, las personas jurídicas. Se señaló que cabe resarcir el daño

41. BREBBIA, Roberto H. *El Daño Moral*. Segunda edición. Córdoba-Rosario: Librería Y Editorial ORBIR, 1967, p. 85.

42. BONILINI, Giovanni. *Il Danno Non Patrimoniale*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1983, p. 380.

moral de las personas jurídicas, desde que "(...) no sólo el dolor es objeto de tutela en la forma de daño moral, toda vez que cualquier impedimento o privación de la satisfacción en la realización de los propios fines puede constituir daño moral (...)"⁴³, presentándose una ampliación del área del daño no patrimonial, subsumiéndose en el concepto de daño moral la lesión a derechos como la reputación o prestigio (dado que el honor es propio de las personas naturales), la propia imagen, el nombre y la reserva, cuya lesión puede ser sufrida por cualquier tipo de persona, incluidas las personas jurídicas y los entes de hecho. Ésta fue también una primera gran discusión y reacción que en su momento se dio en Italia, pretendiéndose ampliar el concepto de daño moral para que incluya a las personas jurídicas.

Nosotros, en cambio, proponemos algo diverso, que es respetar las categorías que el Derecho Continental ha manejado por bastante tiempo y ser fiel al concepto tradicional del daño moral, el cual sólo afecta la faz interna de la persona humana (y respecto al cual, además, en cuanto al tipo de afectación que pueden sufrir las personas jurídicas, hay ya basamento constitucional al amparo de varias resoluciones del Tribunal Constitucional).

En este contexto, y en lo que respecta a la naturaleza temporal del daño moral hay algo adicional que se debe recalcar con insistencia, y es que el daño moral pone énfasis no en el "daño consecuencia" sino en el "daño evento".

La responsabilidad civil debe ser clara en rescatar esta diferenciación que es particularmente útil para diferenciar los daños no patrimoniales de los patrimoniales. Se debe entender que el daño puede ser patrimonial o no patrimonial, pero no sobre la base del análisis del daño consecuencia, pues como se ha dicho, en última instancia, siempre la tutela resarcitoria se liquida en términos económicos o patrimoniales. De esta

manera, cuando hablemos de daños patrimoniales y no patrimoniales, debemos hacerlo analizando al "daño evento". Será patrimonial aquel daño que afecte al patrimonio como proyección externa de un concreto derecho de la personalidad como es el patrimonio de los sujetos de derecho, y será no patrimonial cuando afecte a cualquier sujeto de derecho considerado como tal por el ordenamiento jurídico.

Entendido ello, y habiéndose señalado que en nuestro concepto tanto el daño a la persona, como el daño moral deben estar referidos a la persona humana (personas naturales), existiría entonces un segundo género de daño no patrimonial (en el entendido que el daño a la persona comprende al daño moral).

1.2 El daño no patrimonial residual.

Sería aquél que afecta a todos los restantes sujetos de derecho reconocidos como tales por el Ordenamiento Jurídico, diversos de la persona humana.

Algo que debe quedar bien en claro es que la persona humana no es el único sujeto de derecho que puede verse afectado por el daño evento. Existen otros sujetos de derecho como las personas jurídicas, los entes de hecho, como también existe la tutela al concebido en la normativa peruana. En efecto, el artículo 1 del Código Civil, señala que:

"La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento.

La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo" (lo resaltado es agregado).

Fernández Sessarego⁴⁴ en el Perú ha sostenido que debe entenderse que esta norma regula

43. FRANZONI, Massimo, *Il Danno alla Persona*, Op. Cit., p. 616.

44. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho de las Personas (Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano)*, Lima: Librería Studium S.A., 1986, p. 29.

una condición resolutoria, para que así se produzcan efectos patrimoniales de inmediato en el concebido. Empero, creemos que la naturaleza supuestamente resolutoria de la condición no surge del texto del segundo párrafo del artículo 1 del Código Civil, en donde más bien pareciera hacerse referencia a una condición suspensiva. Es cierto que podría argumentarse diciendo que justamente lo que se quiere es que cesen los efectos patrimoniales con el nacimiento, porque a partir de ese momento ya no se es concebido, sino persona humana, por lo que ya no cabe asignar efectos patrimoniales a alguien que dejó de ser concebido; pero creemos que esta argumentación, lo que hace, es forzar una “*condictio lege*” y dejar abierta la discusión sobre si la verificación del hecho, esto es que nazca vivo el concebido, significa que cesan los efectos, por lo que ya no existirían efectos patrimoniales protegidos en adelante para el nacido (lo que resulta absurdo de ser admitido).

Repárese que el absurdo es mayor si se sostiene que la condición es suspensiva (como pareciera ser su naturaleza) pues ello significaría que el concebido no tiene protección patrimonial durante la etapa de la concepción ya que solamente la tendría cuando se verifique el nacimiento del mismo; y como es evidente, a partir de dicho momento, el concebido ya no estaría protegido como tal, dado que sería ya persona, porque habría nacido vivo⁴⁵.

Por esto, proponemos (y lo hemos sostenido reiteradamente en la cátedra), que en realidad este artículo es inconstitucional. La Constitución señala en el numeral 1) del artículo 2 que: “(...) *El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece*”; no agregando nada adicional. No existe la condicionalidad de los efectos patrimoniales a que nazca vivo. En este sentido, se debe aplicar por las autoridades jurisdiccionales el control difuso para eliminar la condicionalidad prevista en el segundo párrafo del artículo 1 del

Código Civil, ya que el concebido siempre estará protegido patrimonialmente, pudiendo recibir herencias y, más importante aún, pudiendo recibir protección por parte de la tutela resarcitoria en caso sufriera daños en su entidad.

Si el daño a la persona tutela sólo a la entidad psicosomática de las personas naturales e incluye al daño moral, entonces todo aquello que esté contemplado fuera de la persona humana y que merezca protección como sujeto de derecho, deberá de incluirse en una nueva categoría que proponemos llamarlo daño no patrimonial residual.

Con esto, postulamos la unidad conceptual del daño no patrimonial, de la siguiente forma:



Por tanto, éste vendría a ser el resumen final del esquema postulado: todo es daño no patrimonial como unidad, en donde todo aquello que no afecte a la persona humana entraría en el campo del llamado daño no patrimonial residual, y el daño moral estaría incluido como una sub-especie del daño a la persona pero con una

45. Para la persistencia del sustento del carácter de condición suspensiva de la “*condictio iuris*” recogida en el segundo párrafo del artículo 1 del Código Civil, consultar: SANTILLÁN SANTA CRUZ, Romina. *La Situación Jurídica del Concebido en el Derecho Civil Peruano*. Lima: Motivensa S.R.L. Editora Jurídica, 2014, pp. 148 y ss.

gran diferencia –como ya hemos mencionado–, que es que el daño a la persona abarca mucho más que el daño moral, diferenciándose aquél de éste en que:

- (i) Su extensión es siempre más amplia: puede afectar no solamente a la integridad psico-física de un individuo, sino también a sus derechos fundamentales o derechos de la personalidad;
- (ii) Sus efectos pueden ser de naturaleza permanente o temporal; y
- (iii) Normalmente –por regla general– son casi siempre el resultado de una función de reparación del daño (y sólo en forma excepcional el resultado de una función aflictivo-consolatoria).

Por esta razón cabe afirmar que en el concepto de daño a la persona se afincan todos los daños no patrimoniales que afecten a la persona humana y que puedan ser valiables (abarcando por ello todos los antiguos supuestos de “daño patrimonial indirecto”).

Pero también se afincan en el concepto de daño a la persona todos aquellos daños que afectan al individuo como entidad psico-somática y/o a los derechos fundamentales del individuo que pueden no trascender a la esfera de la productividad; como puede ser, por ejemplo, el caso de la pérdida de la mano izquierda de una persona que es diestra y que realiza trabajo intelectual (daño somático); o también la afectación del derecho a la libertad personal producto de un secuestro (daño al derecho fundamental “libertad personal”). En estos casos, cabe resarcir el daño causado al individuo independientemente que

no trascienda ningún efecto causal económico al campo de la productividad, y necesitando este tipo de daño (muchos de esta índole también de naturaleza “*in re ipsa*”) una causalidad “jurídica” para la atribución de efectos económicos (por disposición normativa), ello encuentra sustento en el segundo párrafo del artículo 17 del Código Civil que señala:

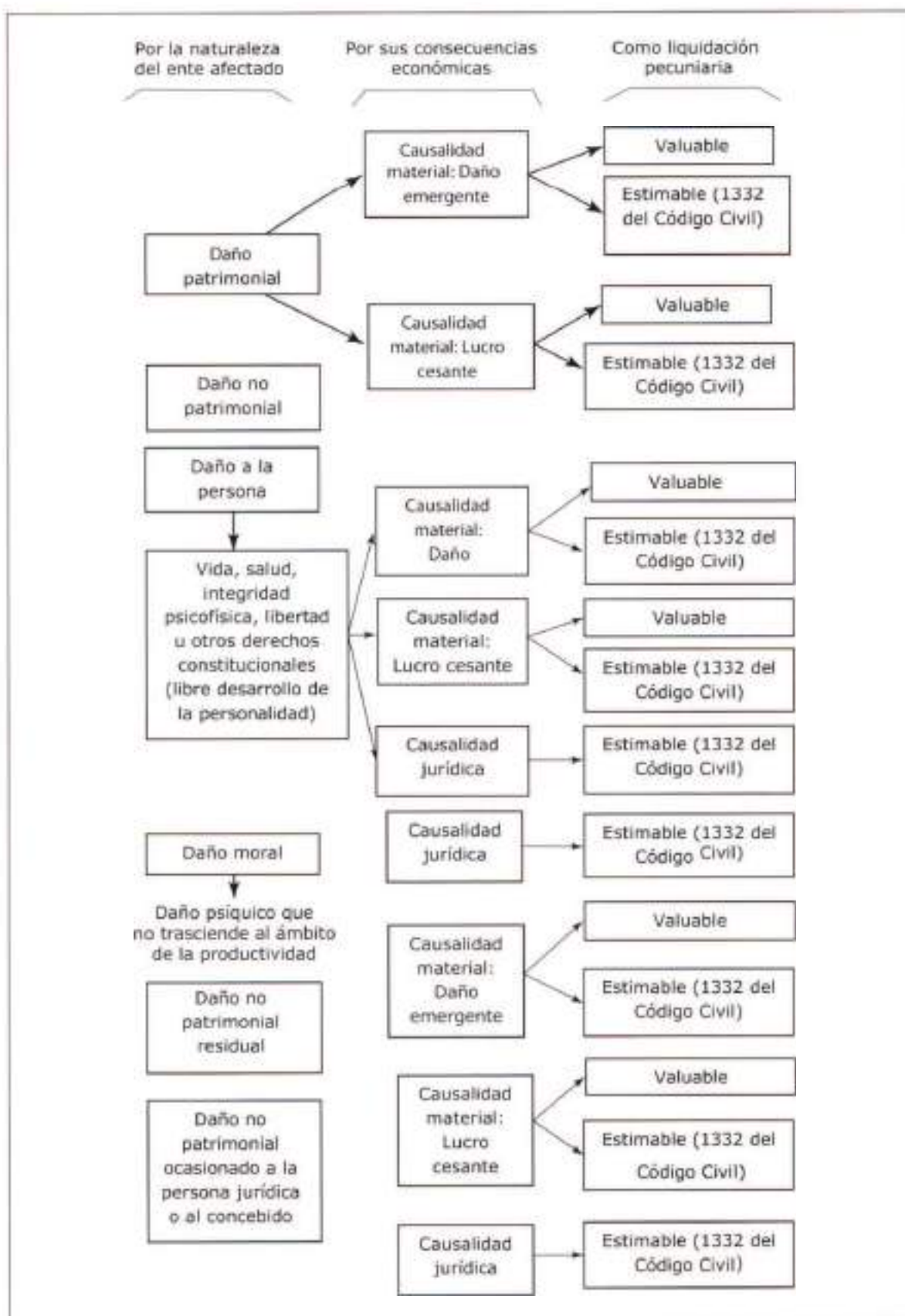
“La violación de cualquiera de los derechos de la persona a que se refiere este título, confiere al agraviado o sus herederos acción para exigir la cesación de los actos lesivos.

La responsabilidad es solidaria”: (lo resaltado es agregado).

El segundo párrafo de la norma antes citada, no debe entenderse referida a la acción inhibitoria (cesatoria) aludida en el primer párrafo de este artículo, sino al efecto de responsabilidad (efectos económicos atribuidos por disposición normativa) producto de la violación de algún derecho de la persona contenido en el Título II del Libro I del Código Civil; entre ellos, los mencionados en el artículo 5 de este cuerpo legal (derechos personalísimos).

En consecuencia, la característica restrictiva y esencial del daño moral es que se afecte exclusivamente la psiquis de un individuo y de manera temporal, siendo en línea de principio siempre este tipo de daño sólo “estimable” por la naturaleza aflictivo-consolatoria que en tal supuesto ejerce la función satisfactoria del daño resarcible.

Por esto, el elenco completo de daños resarcibles en el sistema jurídico peruano podría graficarse de la siguiente manera:



Ante esto, como bien se desprende de lo que hemos venido señalando, cabría cuestionarse si el daño moral debiera seguir existiendo en la normativa peruana como concepto autónomo si ya forma parte del daño a la persona.

¿Deben coexistir ambos? Creemos que no. Creemos, además, que en una futura reforma del Código Civil puede perfectamente y debe eliminarse la voz "daño moral" dentro del elenco de daños resarcibles, y entenderlo subsumido dentro del vocablo más amplio y general de "daño a la persona".

El daño moral subsiste hasta hoy por una tradición jurídica del Derecho Continental. Lamentablemente, a veces somos fieles a la tradición, por el simple prurito de serlo, lo cual no es malo, siempre y cuando se sea coherente. Si se quiso ser fiel a la tradición de herencia francesa del Código, hubiese sido preferible dejar solo al daño moral, reconstruyendo la doctrina nacional sobre este último concepto. Si por el contrario, se cree que el daño a la persona es un concepto que puede ser normativamente acogido bajo todo el esquema que hemos mencionado en este trabajo hasta en el ámbito constitucional, entonces ello debe implicar eliminar el daño

moral como vocablo autónomo de daño resarcible; y, entretanto, cuando menos delimitar expresamente sus contornos, pero somos de la opinión que no deberían coexistir ambos conceptos en la línea de lo que hasta ahora sucede, porque solo trae confusión al operador jurídico.

La inclusión de la condición de resarcible del daño a la persona en la normativa peruana, lo único que ha logrado es obligarnos a fabricar diferenciaciones no normativas entre estos dos conceptos que no deberían coexistir con autonomía propia. Empero, dado que el concepto de daño a la persona existe, lo único que queda es reformular la manera en cómo se deben entender, las varias acepciones del daño no patrimonial resarcible.

Siempre subsistirán dudas sobre la conveniencia o no de tratar la categoría del daño no patrimonial como una categoría omnicompreensiva de diversas formas de clasificar afectaciones a la entidad de los sujetos de derecho; pero como dijo alguna vez Bertrand Russell: no olvidemos que "(...) *gran parte de las dificultades por las que atraviesa el mundo se debe a que los ignorantes están completamente seguros, y los inteligentes llenos de dudas (...)*".