

UNIVERSIDAD CATOLICA DE SANTA MARIA

ESCUELA DE POST GRADO



MAESTRIA EN DERECHO EMPRESARIAL

TESIS

**REPERCUSION DEL SISTEMA DE REPARACION POR DAÑOS Y PERJUICIOS
ANTE EL MENOSCABO A LA SALUD DEL CONSUMIDOR, AREQUIPA 2013**

*Presentado por ANA MELVA
CARDENAS ALPACA para optar el
grado académico de Magíster
en Derecho Empresarial.*

AREQUIPA PERÚ

2013



*A mi esposo e hijos por su apoyo
invaluable en la culminación de
mis metas.*

INDICE

	Pág
RESUMEN-----	6
ABSTRACT-----	8
INTRODUCCIÓN-----	10

CAPITULO I

EL SISTEMA DE REPARACION DE DAÑOS EN EL PERU

1. EL DAÑO A LA PERSONA EN LA DOCTRINA JURÍDICA CONTEMPORÁNEA-----	12
1.1 Categorías del daño en general-----	12
1.2 Preeminencia del daño a la persona sobre el daño a las cosas del Mundo-----	16
2. NUEVA SISTEMATIZACIÓN DEL DAÑO A LA PERSONA-----	21
2.1 Daño psicosomático-----	23
2.2 Daño al proyecto de vida-----	26
3. DAÑO MORAL Y DAÑO A LA PERSONA-----	33
4. REPARACIÓN DEL DAÑO A LA PERSONA-----	45
5. EL DAÑO A LA PERSONA EN LA CODIFICACIÓN COMPARADA-----	55
6. EL DAÑO A LA PERSONA EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO-----	58
7. EL PROBLEMA EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO: LA INFORMALIDAD LEGISLATIVA Y SUS CONSECUENCIAS-----	63
8. LA INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS-----	74
9. FUNDAMENTO DE LA INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS--	87
10. LA PRUEBA DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS-----	90

CAPITULO III

PROTECCION A LA SALUD DEL CONSUMIDOR EN EL PERU

1. NUEVO CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA AL CONSUMIDOR----	92
1.1 Comparación entre el anterior Código de Protección y Defensa al Consumidor y el actual Código vigente (Ley 29571)-----	92
1.2 Innovaciones que tiene el Nuevo Código de Protección y Defensa al Consumidor-----	94
2. AUSENCIA DE UN SISTEMA DE REPARACIÓN DE DAÑOS-----	96
3. EFECTOS DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR EN EL DERECHO CIVIL-- -----	102
4. CONTRATACIÓN DE CONSUMO FRENTE A CONTRATACIÓN CLÁSICA--- -----	105
5. LA SALUD Y LA PROTECCION DEL CONSUMIDOR EN EL PERU---	109
6. RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR-----	122
7. EL CONSUMIDOR Y LA IMPORTANCIA DE SU PROTECCIÓN-----	130
8. EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL ECONÓMICO Y LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR-----	133
9. LA INFORMACIÓN A FAVOR DEL CONSUMIDOR COMO MEDIO IDÓNEO PARA SU PROTECCIÓN EFICAZ-----	135
10. LA PROTECCIÓN EFICAZ RESPECTO A PRODUCTOS O SERVICIOS RIESGOSOS O PELIGROSOS-----	139

CAPITULO III

ANALISIS E INTERPRETACION DE LOS RESULTADOS

1. PRESENTACION-----	142
----------------------	-----

2. ANALISIS DE LOS RESULTADOS-----	143
CUADRO N° 1-----	143
GRAFICO N° 1-----	143
CUADRO N° 2-----	144
GRAFICO N° 2-----	144
CUADRO N° 3-----	145
GRAFICO N° 3-----	145
CUADRO N° 4-----	146
GRAFICO N° 4-----	146
CUADRO N° 5-----	147
GRAFICO N° 5-----	147
CUADRO N° 6-----	148
GRAFICO N° 6-----	148
CUADRO N° 7-----	149
GRAFICO N° 7-----	149
CUADRO N° 8-----	150
GRAFICO N° 8-----	150
CUADRO N° 9-----	151
GRAFICO N° 9-----	151
CUADRO N° 10-----	152
GRAFICO N° 10-----	152
CUADRO N° 11-----	153
GRAFICO N° 11-----	153
CUADRO N° 12-----	154
GRAFICO N° 12-----	154
3. DISCUSION DE LOS RESULTADOS-----	155
CONCLUSIONES-----	165
SUGERENCIAS-----	166
BIBLIOGRAFIA-----	167
PROYECTO DE INVESTIGACION-----	172
ANEXOS-----	186

RESUMEN

La presente tesis desarrolla las repercusiones del sistema de reparación de daños y perjuicios en el ordenamiento jurídico peruano, es decir aquellos daños que se ocasionan a los consumidores que adquieren productos y servicios defectuosos y que afectan la salud de los mismos, analizando si los consumidores se encuentran adecuadamente protegidos por la normativa de protección al consumidor vigente en el ordenamiento jurídico nacional y por las instituciones creadas para su protección.

La salud del consumidor no se encuentra exenta de cuestionamientos ya que en la actualidad existen diferentes temas que requieren su atención debido a la escasa información otorgada al consumidor, la presentación de una gran cantidad de denuncias y reclamos por daños y perjuicios contra los proveedores, la complejidad de la información otorgada a los consumidores, la existencia de cobros indebidos, cláusulas vejatorias así como el incumplimiento de normativa específica, hacen imprescindible investigar dicha problemática.

Ante dicha situación las entidades reguladoras así como la entidad encargada de la protección al consumidor han emitido diferentes medidas normativas e institucionales con el fin de proteger al Consumidor. No obstante, las medidas adoptadas para proteger la salud del consumidor no han mejorado significativamente su situación sino todo lo contrario, su situación se mantiene igual. Es por ello que el presente trabajo explica la problemática que afronta el consumidor y asimismo presentará como propuesta de mejora la reestructuración del sistema de daños y perjuicios para la protección de la salud del consumidor.

La tesis ha sido desarrollada en tres capítulos. El primer capítulo se centra en el desarrollo evolutivo de la figura de daños en el Perú tomando en cuenta sus orígenes, la problemática existente en su relación con nuestro actual Código Civil, y los diferentes conceptos adoptados en el derecho. Asimismo, describe las diferentes definiciones adoptadas en la doctrina comparada y culmina con el desarrollo normativo de la indemnización de daños y perjuicios.

El segundo capítulo analiza las diferentes formas de protección a la salud del consumidor que existen en el Perú, y en razón a ello se analizan las competencias y funciones que se delegan en nuestra actual normatividad vigente. Este capítulo contribuye con presentar críticas a cada una de estas formas, logrando concluir que la salud del consumidor no se encuentra adecuadamente protegido por todas las normas que se encuentran a su disposición.

Finalmente, el tercer capítulo plantea el análisis de los resultados de la presente investigación, realizando el análisis respectivo de los principales problemas que afectan la salud del consumidor y de qué manera el sistema de reparación de daños y perjuicios repercute en el, para lo cual se tomó en cuenta lo desarrollado en los capítulos anteriores.

ABSTRACT

This thesis develops the impact of the repair system damages the Peruvian legal system, ie those damages to consumers who purchase defective products and services that affect the health of themselves cause , analyzing whether consumers are adequately protected by the consumer protection legislation applicable in the national legal system and the institutions created to protect .

Consumer health is not exempt of questions because today there are several issues that need attention due to the limited information provided to the consumer, presenting a lot of complaints and claims for damages against suppliers, complexity of the information provided to consumers, the existence of illegal charges, vexatious clauses and breach of specific regulations make it imperative to investigate this problem.

Under these circumstances the regulators and the agency responsible for consumer protection have issued various policy and institutional measures to protect the consumer. However, the measures taken to protect the health of consumers have not significantly improved the situation but on the contrary, the situation remains the same. That is why this paper explains the problems facing the consumer and also submits ideas for improvement and restructuring the system of damages for the protection of consumer health.

The thesis has been developed in three chapters. The first chapter focuses on the evolutionary development of the figure of Peru damage considering its origins, the problems in their relationship with our current Civil Code, and the different concepts adopted in law. It also describes the different definitions adopted in compared doctrine and policy development culminates with the compensation of damages.

The second chapter discusses the different ways to protect the health of consumers that exist in Peru, and due to it the powers and functions delegated to our current regulations in force are analyzed. This chapter contributes to submit reviews each of these forms, achieving concludes that consumer health is not adequately protected by all rules are available.

Finally, the third chapter presents the analysis of the results of this research, performing the corresponding analysis of the main problems that affect the health of consumers and how the repair system damages affects the, for which took into account developed in the previous chapters.



INTRODUCCION

La protección del consumidor es uno de los instrumentos más importantes de una economía social de mercado. De su buen funcionamiento depende que la verdadera libertad de elección y el trato justo y equitativo predominen en las relaciones económicas y en el desarrollo del proceso competitivo.

Esta investigación ofrece una evaluación panorámica acerca de la situación de la protección de la salud al consumidor a través del sistema de reparación de daños y perjuicios, puesto que en el Perú no hay un mandato ni actuación clara acerca de la rectoría de la protección del consumidor en cuanto a salud se refiere, pues no existe una buena determinación en la resolución de los casos y conflictos individuales de los consumidores respecto a daños y perjuicios, existiendo muchas deficiencias para solucionar con celeridad y eficacia los procedimientos, lo que sugiere la urgente necesidad de realizar cambios normativos.

La ley establece como medida correctiva el derecho a 1) la reparación, 2) la reposición o 3) la devolución, el consumidor debe elegir cualquiera de las tres. La norma actual señala que en caso de devolución del monto pagado, este será el valor del producto o servicio al momento de efectuar la devolución, sin embargo en caso de una reducción del valor se restituirá el monto originalmente abonado. En ambos supuestos, el consumidor tendrá derecho a solicitar el pago de los intereses legales o convencionales. Se establece también que el tiempo que tomen las reparaciones del bien al amparo de la garantía suspende el cómputo del plazo de la garantía, hasta que el bien sea entregado nuevamente al consumidor. En el supuesto de que el proveedor efectúe la reposición del bien, deberá renovarse el plazo de la garantía.

Por otro lado, la CPC carece de competencia para disponer un resarcimiento económico por el daño que sufren los consumidores como consecuencia de las infracciones a la Ley de Protección al Consumidor, precisándose que las indemnizaciones de carácter civil, como son el daño emergente, lucro cesante, daño moral y daño a la persona, son de competencia del Poder Judicial, a la cual los consumidores pueden siempre acudir si lo creen conveniente.

Ante la existencia de la problemática expuesta, la presente investigación contribuirá a delimitar la repercusión del sistema de reparación por daños y perjuicios frente al perjuicio a la salud del consumidor, puesto que se hace necesario contar con adecuados criterios normativos que permitan el acceso adecuado a un proceso por resarcimiento del daño a la salud del consumidor afectado, que permita garantizar las pretensiones de los justiciables.



CAPITULO I

EL SISTEMA DE REPARACION DE DAÑOS EN EL PERU

1. EL DAÑO A LA PERSONA EN LA DOCTRINA JURÍDICA CONTEMPORÁNEA

1.1 Categorías del daño en general

El tema referente al daño a la persona, por su radical importancia, captó preferente interés desde la década de los años 80 del siglo XX. De ahí que le haya dedicado al asunto varios trabajos. En ellos hemos incidido sobre diversos aspectos de esta novedosa como apasionante materia.¹

¹ Los trabajos publicados a la fecha son: El daño a la persona en el Código civil peruano de 1984, en “Libro Homenaje a José León Barandiarán”, Lima, Editorial Cuzco, 1985, pág. 153 y sgts. y en Nuevas tendencias en el derecho de las personas, Lima, Universidad de Lima, 1990, pág. 261 y sgts.; El daño a la persona en el Código civil peruano de 1984 y en el Código civil italiano de 1942, en el volumen “El Código civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano”, Lima, Editorial Cuzco, 1986, pág. 251 y sgts.: Il danno alla salute nel codice civile peruviano, en “Giornate di studio sul danno alla salute”, Padova, Cedam, 1990, pág. 363 y sgts. ; Protección jurídica de la persona, Lima, Universidad de Lima, 1992, Capítulo IV, pág. 151 y sgts. , Hacia una nueva sistematización del daño a la persona, en “Cuadernos de Derecho”, Nº 3, Lima, Universidad de Lima, 1993, pág. 28 y sgts., en “Ponencias. Primer Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial”, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1994 y en “Estudios en honor de Pedro J. Frías”, Córdoba (Arg.), Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, 1994; Protección de la persona, en “Protección de la persona humana”, Buenos Aires, Editorial La Rocca, 1993, pág. 21 y sgts. : Apuntes para una distinción entre el daño al proyecto de vida y el daño psíquico, en “Themis”, Revista de Derecho”, Nº 32, Lima, Universidad Católica, 1996, pág. 161 y sgts.; Precisiones preliminares sobre el daño a la persona, en “Themis”, Nº 34, Lima, Universidad Católica, 1996, pág. 177 y sgts; Reparación del daño a la persona, en “Daños a

Consideramos que antes de afrontar la compleja como rica temática del daño a la persona debemos formular una breve referencia sobre las categorías que presenta el daño en general. Al respecto, estimamos conveniente precisar que, desde nuestro punto de vista, el daño puede ser apreciado desde dos distintos planos, no obstante que entre ellos exista una relación esencial. Cabe, así, distinguir, de una parte, el daño en función de la calidad ontológica del ente dañado, es decir, en atención a su naturaleza. De la otra, cabe referirse al daño en cuanto a las consecuencias que dicho daño ha ocasionado en el ente dañado.

Evidentemente, no hay daño sin consecuencias. En atención a la calidad ontológica del ente que sufre las consecuencias del daño puede diferenciarse claramente dos tipos de daños: uno que podemos designar como subjetivo (o “daño a la persona”) y otro que denominamos objetivo (o daño a las “cosas”). El daño subjetivo es el que incide sobre el sujeto de derecho, que no es otro que el ser humano. Se le conoce generalmente bajo la denominación de “daño a la persona”. De ahí que pueda utilizarse, indistintamente, las expresiones de “daño subjetivo” o “daño a la persona”. Ambas apuntan al ser humano. A un ser humano que se despliega

la persona”, Montevideo, Editorial del Foro, 1996: ¿Existe un daño al proyecto de vida?, en “Scritti in onore di Guido Gerin”, Padova, Cedam, 1996, pág 407 y sgts. ; Daño a la identidad personal, en “La persona y el derecho en el fin de siglo”, Santa Fe, 1996, pág. 89 y sgts. y en “Themis”, Nº 36, Lima, Universidad Católica, 1997, pág. 245 y sgts.; Daño psíquico, en “Scribas”, Arequipa, INDEJ, 1998, pág. 111 y sgts. y en “Normas Legales”, Tomo 287, Trujillo, abril del 2000; El daño al proyecto de vida, en “Derecho PUC”, Nº 50, Lima, Universidad Católica, 1998, pág. 47 y sgts. ; Daño a la persona y daño moral en la doctrina y la jurisprudencia latinoamericana actual, en “Themis”, Revista de Derecho, Lima, Universidad Católica, Nº 38, 1998; El daño al proyecto de vida en una reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en “Revista de responsabilidad civil y seguros”, La Ley, Buenos Aires, Nº 4, abril-agosto de 1999 , pág, 209 y sgts. ; en “Diálogo con la Jurisprudencia”, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, Año 5, Nº12, setiembre de 1999, pág. 11 y sgts. y en “Themis”, Revista de Derecho, Universidad Católica. Lima, Nº 39, pág. 453 y sgts.: Daño moral y daño al proyecto de vida en “Revista de Derecho de Daños”, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, noviembre de 1999, pág.25 y sgts.

existencialmente en un proceso ininterrumpido desde su concepción hasta su muerte. El daño objetivo, por el contrario, es aquel que recae sobre lo que no es el ser humano, es decir, sobre los entes que se hallan en el mundo, que son los objetos conocidos y utilizados por el hombre.²

En un segundo plano cabe distinguir otras dos categorías de daños, ya no en función de la naturaleza misma del ente dañado, sino en cuanto a las consecuencias o perjuicios derivados del evento dañoso. Estas consecuencias pueden ser resarcidas en dinero cuando la naturaleza del ente lo permite, es decir, cuando es dable que dichas consecuencias se cuantifiquen dinerariamente, en forma directa e inmediata o, en su defecto, cuando el objeto dañado puede ser sustituido por otro similar. De ahí que se designe a este daño como daño patrimonial o extrapersonal, como debería llamársele para dar preeminencia a la persona.

De otro lado, atendiendo a la calidad ontológica del ente dañado, existen casos en que no es posible otorgar a la víctima una indemnización directa e inmediata en dinero como consecuencia del daño sufrido. La naturaleza misma del ente dañado no lo permite. En esta peculiar situación la reparación no posee el carácter compensatorio que tiene cuando se trata del daño objetivo sino que ella será meramente satisfactiva. En otros términos, en ciertos tipos de daños al ser humano - concebido o persona natural - .es del todo impracticable fijar una indemnización en dinero a título compensatorio, desde que nos encontramos frente a aspectos del ser humano que no tienen una traducción directa e inmediata en dinero. Ello, en cuanto no están en el comercio de los hombres, no son objeto del tráfico comercial. En este último caso nos hallamos ante un daño que solemos

² Para una visión preliminar y sintética del daño a la persona puede verse el ensayo Precisiones preliminares sobre el daño a la persona en "Themis", Revista de Derecho, Universidad Católica, Lima, segunda etapa, Nº 34, 1996, pág. 177 y sgts así como Hacia una nueva sistematización del daño a la persona, en "Cuadernos de Derecho", Nº 3, Lima, Universidad de Lima, 1993, pág. 28 y sgts.

denominar, indistintamente, como daño “no patrimonial”, extrapatrimonial o, mejor aún, “personal”.³

Las dos posibles diversas distinciones del daño sintéticamente expuestas en precedencia, es decir, en función de la naturaleza del ente dañado o aquella en atención a las consecuencias o perjuicios derivados del daño, tienen una importante incidencia en lo que concierne a la valorización y liquidación del daño y a la consiguiente fijación de la correspondiente indemnización.. En efecto, la naturaleza del ente dañado, ya sea el ser humano o las cosas, en su caso, determina criterios y técnicas indemnizatorias totalmente diferentes. No es lo mismo causar un daño a un ser humano, ya sea en su libertad, en su vida, en su honor o en su intimidad, que causar un daño a un automóvil o a una cosa cualquiera. Los criterios y las técnicas indemnizatorias, repetimos, no son las mismas en ambos casos.⁴ Ellas deben adaptarse

³ La distinción entre daño patrimonial y daño extrapatrimonial pone en evidencia el predominante interés de la doctrina y la jurisprudencia de privilegiar el daño a las cosas exteriores al ser humano mismo. Es un explicable reflejo de la mentalidad patrimonialista predominante en el derecho. Consideramos, desde una perspectiva que centra el derecho en la persona, que deberíamos más bien referirnos a daños personales, cuando el ente dañado es el ser humano, y daños extrapersonales cuantos los entes dañados son las cosas exteriores al hombre. El punto de referencia no puede seguir siendo el patrimonio. Es hora de cambiar de mentalidad y centrar el derecho, y su correspondiente lenguaje, en torno a la persona. Carlos Fernández Sessarego, Apuntes sobre el daño a la persona, artículo publicado en el libro “La persona humana”, dirigido por Guillermo A. Borda, Editora “La Ley”, Buenos Aires, 2001 y en “Ius et Veritas, Edición Especial, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, noviembre del 2002.

⁴ La indemnización, en función de la naturaleza del ente dañado, puede asumir la calidad de resarcitoria o de reparatoria. Reservamos la expresión de indemnización “resarcitoria” para el caso en que ella pueda ser fijada en dinero y la de indemnización “reparatoria” cuando esta solución no es posible. Dicho en otros términos, el resarcimiento es la indemnización que se traduce en dinero porque la naturaleza del ente dañado así lo permite, mientras que la reparación tiene sólo el carácter de indemnización satisfactiva desde que la calidad ontológica del ente dañado hace impracticable una compensación dineraria. En este último caso, el dinero que se entrega a la víctima tiene el sentido de brindarle una satisfacción. Sobre el asunto puede verse del autor de este trabajo Reparación del daño a la persona en “Daño a la persona”, Editorial del Foro, Montevideo, 1996.

necesariamente a la naturaleza del ente dañado. Cada tipo de ente exige, por consiguiente, un tratamiento indemnizatorio diverso en atención a su peculiar calidad ontológica. En síntesis, dicho tratamiento está en función de la calidad ontológica del ente dañado.

1.2 Preeminencia del daño a la persona sobre el daño a las cosas del Mundo

Las distinciones en cuanto al daño en general referidas en el párrafo anterior no sólo reportan el beneficio práctico antes señalado, es decir la pertinente diferenciación de criterios y técnicas indemnizatorias, sino que traducen mejor la indiscutible preeminencia que tiene para el derecho la reparación de las consecuencias del daño a la persona que aquellas producidas a las cosas. La reparación del daño a la persona debe ser privilegiada frente al resarcimiento de las consecuencias del daño a las cosas, del daño material.⁵

Aunque es obvio no siempre es comprendido por los jueces, por lo hemos reiterado este lógico planteamiento en diversos trabajos publicados en las dos últimas décadas. Como consecuencia de lo precedentemente expuesto, debe procederse a revisar los criterios en uso para determinar la reparación de las diversas categorías de daños que, hasta los tiempos que corren, tienen predominantemente un contenido esencialmente patrimonial. En relación con la necesidad de sustituir una cultura eminentemente económica y, por consiguiente, de carácter fundamentalmente materialista, por otra humanista, centrada en el ser humano integralmente considerado, resulta de interés reproducir a este propósito algunas reflexiones contenidas en la

⁵ Carlos Fernández Sessarego, Apuntes sobre el daño a la persona, artículo publicado en el libro “La persona humana”, dirigido por Guillermo A. Borda, Editora “La Ley”, Buenos Aires, 2001 y en “Ius et Veritas, Edición Especial, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, noviembre del 2002.

sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “María Elena Loayza Tamayo” de 27 de noviembre de 1997.⁶

En el voto razonado conjunto de los jueces Cançado Trindade y Abreu Burelli, que completa la sentencia por ambos suscrita, se considera que “las reparaciones deben determinarse con base no sólo en criterios que se fundamentan en la relación del ser humano con sus bienes o su patrimonio o en su capacidad laboral, y en la proyección de estos elementos en el tiempo. Al contrario de lo que pretende la concepción materialista del homo economicus, lamentablemente aún prevaleciente en nuestro tiempo, tenemos la firme y plena convicción de que el ser humano no se reduce a ser un mero agente de producción económica, a considerarlo solamente en función de dicha producción o de su capacidad laboral”. Es decir, los magistrados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, antes citados, se niegan a admitir que constituye una desfiguración de lo que en realidad es el ser humano integral. El ser humano no se contrae a sólo ser un homo faber, productor de riqueza, como tampoco es un ser exclusivamente espiritual o erótico. Estamos ante un ser rico y complejo, que no admite visiones parciales, fragmentarias, si es que se le quiere concebir tal como es. Es decir, como una unidad psicosomática sustentada en la libertad, que es su centro existencial.

Es importante poner atención en el pensamiento expuesto en el voto razonado conjunto que venimos comentando desde que sus conceptos, en concordancia con la realidad de la vida, reivindicán al ser humano tal cual es y no como se le suele interesadamente considerar por quienes poseen una unilateral visión meramente economicista o materialista del hombre y de la

⁶ La sentencia, con un comentario del autor de este trabajo, ha sido publicada en la Argentina en la “Revista de Responsabilidad civil y seguros”, La Ley, Buenos Aires, Año 1, Nº 4, julio-agosto de 1999, pág. 209 y sgts. Y, en el Perú, en “Themis”, Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica, Lima, Nº 39, 1999, pág. 453 y sgts. y en “Diálogo con la Jurisprudencia”, Gaceta Jurídica, Lima, Año 5, Nº 12, setiembre de 1999, pág. 11 y sgts.

vida. Es por ello importante subrayar la reiteración de esta concepción humanista en el voto razonado en referencia cuando en él se sostiene que “el ser humano tiene necesidades y aspiraciones que trascienden la medición o proyección meramente económica”.

Ya en 1948, hace medio siglo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre advertía en su preámbulo que “el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría”. Al glosar este concepto básico contenido en la mencionada Declaración Americana los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos señalan, con acierto, que “estas palabras se revisten de gran actualidad en este final de siglo”, ya que para fijar las reparaciones a las violaciones de los derechos humanos “hay que partir de una perspectiva integral y no sólo patrimonial de sus potencialidades y capacidades”. Se trata, sin duda, de una visión renovada de lo que es el ser humano así como de los criterios que deben tomarse en cuenta para reparar las consecuencias de los diversos y múltiples daños que se le puedan ocasionar.

Supone, en síntesis, una revalorización del ser humano. Para los que todavía no comparten una cultura humanista, centrada en el ser humano en cuanto fin en sí mismo, y no en el patrimonio instrumental, es del caso recordar la conclusión a la que arriban los antes citados magistrados cuando afirman que “de todo esto resulta claro que las reparaciones no pecuniarias son mucho más importantes de lo que uno podría prima facie suponer”.

El ser humano, como lo hemos expuesto, es una unidad psicosomática sustentada en su libertad. La libertad ontológica, como apunta Max Scheler, es su centro espiritual. En la unidad psicosomática el hombre se enraíza en la naturaleza. Es decir, el ser humano no es puramente espíritu pero tampoco meramente materia. No podemos olvidar que el ser humano es un animal perteneciente a la especie de los mamíferos.. No obstante, la

diferencia con estos últimos radica en que el ser humano es un ser libertad, un ser espiritual al decir de Max Scheler.

Como lo hemos glosado en precedencia, Max Scheler apunta al respecto que la propiedad fundamental de un ser espiritual es “su independenciam, libertad o autonomía esencial - o la del centro de su existencia - frente a los lazos y la presión de lo orgánico, de la vida, de todo lo que pertenece a la vida y por ende también de la inteligencia impulsiva propia de ésta”. Su pensamiento se complementa cuando afirma que “semejante ser espiritual ya no está vinculado a sus impulsos, ni al mundo circundante, sino que es libre frente al mundo circundante, está abierto al mundo según expresión que nos place usar”.⁷ Es decir, el ser espiritual es un ser libre. Libertad que, como apunta el filósofo, no está sujeta a todo lo que pertenece a la vida, como la inteligencia, la voluntad o los sentimientos, el soma y, ciertamente, frente al mundo circundante.

Mounier sostiene, por su parte, que el personalismo, en cuanto expresión del humanismo, no es un espiritualismo sino que, “muy por el contrario, aprehende cualquier problema humano en toda la amplitud de la humanidad concreta, desde la más humilde condición material a la más alta posibilidad espiritual”.⁸ De este modo, el filósofo nos presenta, con realismo y equilibrio conceptual, el esbozo de aquello en que consiste el ser humano. Un ser rico y complejo, difícil de aprehender, de conocer, precisamente por ser libertad. De ahí que cada ser humano sea un universo personal, idéntico a sí mismo no obstante ser igual a los demás seres humanos. En ello radica su dignidad.

Por ello Mounier reconoce que “es cierto que la explicación por el instinto (Freud) y la explicación por la economía (Marx) son vías de aproximación a todos los fenómenos humanos, inclusive los más elevados”. Pero, a

⁷ Scheler, Max. El puesto del hombre en el cosmos, Editorial Losada, Buenos Aires, 1938, pág. 64.

⁸ Mounier, Emmanuel, El Personalismo, Eudeba, Buenos Aires, 1962, pág. 15.

continuación esclarece que, tratándose de dichos fenómenos humanos, “ninguno, ni siquiera el más elemental, puede ser comprendido sin los valores, las estructuras y las vicisitudes del universo personal, inmanente en calidad de fin a todo espíritu humano y al trabajo en la naturaleza”. De ahí que, desde esta perspectiva que nos muestra una visión integral del ser humano y en relación con la comprensión de dichos fenómenos humanos, “el espiritualismo y el moralismo son impotentes porque descuidan las sujeciones biológicas y económicas”: Pero también, añade, “lo es, y en igual medida, el materialismo, por la razón inversa”. Y concluye, al sintetizar que la existencia es coexistencia con los demás y con las cosas, que “cada vez en mayor medida, la ciencia y la reflexión nos presentan un mundo que no puede privarse del hombre, y un hombre que no puede privarse del mundo”.⁹

Las consideraciones expuestas nos llevan a concluir que los juristas, al reflexionar o tratar sobre el derecho de daños, no podemos alejarnos de la realidad en qué consiste el ser humano integral, tal como lo presentan en nuestros días pensadores y filósofos. El ser humano exige, para la reparación de los daños que pueda soportar, criterios y técnicas que se ajusten a su “verdad”. Es decir, a una verdad que lo considere integralmente, en la complejidad de su existencia, y no sólo a través de una visión unilateral que pretende reducirlo a lo que, ciertamente, no es: un ente puramente material.

Los juristas, en relación con nuestra específica tarea, no podemos perder nunca de vista al ser humano integral desde que el derecho es una exigencia existencial, un reclamo imperativo de su naturaleza para poder convivir en sociedad y realizarse como persona. Tener en cuenta al ser humano significa interesarse en lo que él es y representa, por lo que debemos, como está dicho, aproximarnos a su íntima estructura existencial, comprender y valorar su dignidad de ser libre. No podemos olvidar, a cada paso, que el derecho ha sido creado por el hombre y para el hombre. Es por

⁹ Mounier, Emmanuel, El Personalismo, pág. 15.

ello que el ser humano, aparte de creador del derecho, es su destinatario y protagonista. El derecho ha sido creado para proteger al ser humano, a cada ser humano, dentro de su hábitat natural que es la sociedad, cuya finalidad es el bien común.

De lo expuesto resulta evidente que no es posible sustituir el lugar central que ocupa la persona dentro del derecho para ubicar en este privilegiado lugar al patrimonio como pretenden aquellos juristas que comparten una visión materialista del ser humano. Ello significaría la distorsión absoluta del sentido del derecho para la vida humana. No cabe duda que debemos proteger el patrimonio, pero esta protección debe efectuarse en tanto el patrimonio es instrumento indispensable para que el hombre pueda realizarse como persona más no se le puede considerar como fin en sí mismo. Se trata de una protección en función del ser humano, creador, destinatario y protagonista del derecho.

2. NUEVA SISTEMATIZACIÓN DEL DAÑO A LA PERSONA

Refiriéndonos específicamente al daño subjetivo o daño a la persona¹⁰ cabe sistematizarlo, teniendo en consideración la especial naturaleza bidimensional del ser humano, en daño psicosomático y daño a la libertad o proyecto de vida. Ello, como está dicho, en cuanto el ser humano es una unidad psicosomática sustentada en su libertad. Libertad que es el núcleo existencial de la persona. Por consiguiente, el daño a la persona puede incidir en una u otra de dichas dimensiones del ser humano o comprometer a ambas. De ahí que se justifique la sistematización propuesta. Ella se

¹⁰ Utilizaremos preferentemente en el texto del trabajo la denominación “daño a la persona” en vez de “daño subjetivo” en atención a que la primera está consagrada por la doctrina. Carlos Fernández Sessarego, Apuntes sobre el daño a la persona, artículo publicado en el libro “La persona humana”, dirigido por Guillermo A. Borda, Editora “La Ley”, Buenos Aires, 2001 y en “Ius et Veritas, Edición Especial, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, noviembre del 2002.

sustenta en la realidad y es útil para una mejor y más adecuada reparación de todos y cada uno de los daños que se puedan causar a la persona.

La sistematización del daño subjetivo o “daño a la persona” tiene como primordial finalidad mostrar, lo más clara y didácticamente posible, los diversos aspectos del ser humano que pueden ser lesionados como consecuencia de un evento dañoso, así como determinar, en cada caso, los criterios y las técnicas de indemnización adecuadas a las circunstancias.¹¹ Ello permite valorizar independientemente las diversas consecuencias de los daños originados a la persona teniendo consideración el aspecto o los aspectos del ser humano que han sido dañados.

Como expresáramos en precedencia, el daño a la persona puede distinguirse en daño psicosomático y daño a la libertad. El daño psicosomático es aquel que, como su nombre lo pone en evidencia, incide en algún aspecto de la unidad psicosomática constitutiva del ser humano. Se puede lesionar cualquiera de los múltiples aspectos que componen o integran esta inescindible unidad, ya sea que el daño afecte directa y primariamente al soma o cuerpo o que lesione primaria y directamente a la psique. Está demás decir que, siendo el ser humano una inescindible unidad psicosomática, todo lo que agravia al soma o cuerpo repercute, en alguna manera y medida, en la psique y, a su vez, todo lo que lesiona la psique se refleja, también de alguna manera y en cierta medida, en el soma o cuerpo. Desde este punto de vista el daño psicosomático puede distinguirse en daño

¹¹ Para una mayor información en torno a la sistematización del daño a la persona puede consultarse del autor de este trabajo el ensayo Hacia una nueva sistematización del daño a la persona, publicado en “Cuadernos de Derecho”, Nº 3, Revista del Centro de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Lima, 1993, pág. 28 y sgts. Además se publicó en Libro Homenaje a Pedro J. Frías, Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 1994 y en Libro de Ponencias del Primer Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1994.

somático y daño psíquico,¹² dependiendo de aquello que primaria y principalmente ha sido objeto del daño. Es evidente que se pueden lesionar simultáneamente diversos aspectos de la unidad psicosomática.

2.1 Daño psicosomático

Como se ha señalado, son múltiples los aspectos del ser humano que pueden ser objeto de una lesión generada por el evento dañoso. En lo que se refiere al daño psicosomático cabe hacer una distinción entre la lesión sufrida, considerada en sí misma, y las múltiples consecuencias que la lesión produce en la existencia, es decir, las repercusiones que ella origina en el bienestar o la salud de la víctima. A la lesión, estimada en sí misma, se le ha designado alguna vez como daño-evento y, a sus efectos, como es obvio, como daño-consecuencia.¹³

a. Daño biológico

Un sector de la doctrina que se ha ocupado del daño a la persona identifica la lesión con la expresión de “daño biológico”.¹⁴ Daño biológico es, por consiguiente, la lesión en cuanto tal. Es decir, un golpe, una herida, una fractura, un trauma, una mutilación, etc. En el curso de este trabajo adoptamos la designación de “daño biológico” para referirnos a la lesión en sí misma y de “daño a la salud” para designar las consecuencias o perjuicios causados al bienestar integral de la persona que pueden ser generados por una o más lesiones.

¹² Sobre los alcances del daño psíquico puede consultarse del autor de este trabajo el ensayo titulado Daño psíquico, publicado en la Revista de Derecho “Scribas”, Arequipa, Nº 3, 1998 y en “Normas Legales”, Trujillo, Tomo 287, abril del 2000.

¹³ Esta referencia la encontramos en la sentencia de la Corte Constitucional de Italia Nº 184 del 30 de junio de 1986.

¹⁴ No obstante, otro sector de la doctrina y de la jurisprudencia utiliza la expresión “daño biológico” en una más amplia acepción al identificarlo con el genérico concepto de “daño a la persona”.

El daño biológico, en cuanto lesión en sí misma, como está dicho, acarrea una serie de consecuencias que afectan la vida misma de la persona, que modifican sus hábitos, que le impiden dedicarse a ciertas actividades de su vida ordinaria, es decir, en una palabra, afectan su bienestar. A este daño que, como se ha señalado, se le conoce con la expresión de “daño a la salud”, se le otorga una significación más amplia y comprensiva de lo que ordinariamente se mienta con el restringido concepto de “salud”, es decir, con una noción que describe la situación en la cual la persona carece de enfermedades. Como se aprecia, el tradicional concepto de “salud” se construye a partir de una negación.

b. Daño a la salud o al bienestar

En la actualidad el concepto “salud”, de acuerdo a la definición que de ella ofreciera en 1946 la Organización Mundial de la Salud, significa bienestar. Por ello, el daño a la salud, derivado del previo daño biológico, compromete, en cierta medida e intensidad, el bienestar mismo de la persona. En otros términos, la salud - entendida como ausencia de enfermedad - resulta ser un componente importante - más no el único - del bienestar integral de la persona. De este modo, se ha redimensionado el contenido del concepto “salud” al insuflársele una más amplia comprensión. Es esta la significación de salud la que adoptamos en el presente trabajo. Por ello, daño a la salud resulta equivalente a daño al bienestar.

En la última década del siglo XX leímos en la revista *Contratto e impresa* un artículo firmado por Patrizia Ziviz, antes referido, en el cual se utilizaba la expresión de “daño existencial” para referirse a los reflejos negativos que se producen en la vida ordinaria de una persona a raíz de una lesión sufrida. Como consecuencia de una lesión la víctima se “encuentra impedida en el desenvolvimiento de una (o más de una) de las actividades a través de las

cuales se nutría la dimensión existencial que le es propia” Es decir, se trata de repercusiones personales o perturbaciones que afectan el diario existir.¹⁵

Personalmente no estamos de acuerdo con utilizar la expresión de “daño existencial” como equivalente a daño a la salud o daño al bienestar. Ello, en tanto el concepto de existencia tiene una más amplia significación que aquella que es propia de las nociones de salud o bienestar. La existencia comprende todo lo atinente a la persona, a su discurrir temporal. La persona existe, y ello supone incorporar en esta situación todo lo que es inherente a la persona, no sólo su salud. Las manifestaciones existenciales desbordan las fronteras del concepto salud o bienestar. En todo caso podríamos referirnos al “bienestar existencial” como una de las manifestaciones de la existencia personal. Daño existencial equivaldría, en consecuencia y según nuestro punto de vista, a “daño a la persona”.

El daño a la salud, de conformidad con lo expuesto compromete, por consiguiente, el estado de bienestar integral de la víctima.¹⁶ El concepto “bienestar”, como se ha apuntado, tiene una muy amplia significación. Carecer de bienestar supone un ostensible déficit en la calidad de vida de una persona en relación con el nivel que tenía antes de producirse el daño. La persona, a consecuencia de la lesión sufrida, ve afectadas sus normales actividades, ya sean ellas afectivas, de relación social, familiares, laborales, sexuales, recreativas u otras. Se comprometen así aquellas actividades “del tiempo libre y de relajamiento y, por consiguiente, aquellos perjuicios a la vida sexual, a la integridad del aspecto exterior y, más genéricamente, a las

¹⁵ En noviembre de 1998 se reunió en Trieste un encuentro jurídico en el que se discutieron los alcances del concepto de daño existencial. Una reseña de este evento se puede hallar en la revista “Danno e responsabilità”, N° 3, 1999, pág. 348 y sgts. Sobre el tema puede consultarse a Ponzanelli, Guido, Limiti del danno esistenziale: postfazione al convegno triestino, en “Danno e responsabilità”, N° 3, 1999, pág. 360 y sgts,

¹⁶ En el inciso 1º del artículo 2º de la Constitución peruana de 1993 se considera al bienestar como uno de los derechos fundamentales de la persona.

relaciones sociales tradicionalmente encuadradas en el llamado daño a la vida de relación”.¹⁷ El concepto de “daño a la salud” engloba, de este modo, las consecuencias de una serie de daños que, paulatinamente, fueron puestos en evidencia por la jurisprudencia comparada, como es el caso de las expresiones de daño estético, daño sexual, daño a la vida de relación, entre otros. Todos ellos se encuadran dentro del concepto genérico de daño a la salud o daño al bienestar.

El daño a la salud puede generar, predominantemente, consecuencias centradas en el aspecto somático de la persona o, prevalentemente, en su psiquismo. Una lesión al cuerpo, como una notoria herida en la cara o la pérdida de un genital, acarrea consecuencias de ambos órdenes pues no sólo afectan la vida de relación o hacen que un órgano sea impropio para su función, sino que este déficit de bienestar, calificado predominantemente como somático, tiene también repercusiones de orden psíquico, de diverso grado e intensidad. Es decir, que tales repercusiones pueden expresarse a través de un daño emocional, pasajero o transitorio, designado tradicionalmente como “daño moral”, o pueden derivar en un trastorno mental, en una patología psicológica que puede llegar a ser duradera. En el daño al psiquismo se evidencian consecuencias de diverso grado e intensidad.¹⁸

2.2 Daño al proyecto de vida

El daño a la libertad supone un previo daño psicosomático. Este último daño puede incidir, en diverso grado, en la libertad, ya sea en su dimensión subjetiva como en su expresión objetiva o fenoménica, es decir, en el ejercicio mismo de la libertad en la vida social. La primera situación puede

¹⁷ Bargagna, Marino, Rilievi critici e spunti ricostruttivi en “La valutazione del danno alla salute”, Cedam, Padova, primera edición,, 1986, pág. 170.

¹⁸ Sobre el daño psíquico ver Fernández Sessarego, Carlos, Daño psíquico en la revista “Scribas”, antes citada, y en la revista “Normas Legales” a la que también se ha hecho referencia.

calificarse como un “caso límite”, pues lo que se impide como consecuencia de un previo daño psicosomático es que la persona, por una pérdida de conciencia de diversa duración, no pueda “decidir” por sí misma. Por consiguiente, está privada de transformar esta potencia - que es la libertad en cuanto núcleo existencial – en acto, es decir, en ejercicio fenoménico de la libertad en cuanto “decisión”. En otros términos, el daño causado impide a la persona convertir su íntima decisión en una cierta conducta o comportamiento. En este caso, sin embargo, no puede aludirse a una “pérdida” de la libertad, ya que ello sólo ocurre con la muerte, sino más bien a la imposibilidad temporal de decidir por sí mismo. Esta imposibilidad de decidir por sí mismo puede presentarse en un estado de coma, diagnosticado como irreversible, por lo que será improbable que la persona recupere su capacidad de decisión inherente a la libertad.

La expresión más frecuente de lesión a la libertad es la que incide en su ejercicio. Este peculiar daño se manifiesta o tiene como consecuencia una frustración en cuanto al ejercicio fenoménico de una decisión o elección de la persona en cuanto a su futuro, a su destino. A este tipo de daño se le conoce como “daño al proyecto de vida”.¹⁹

Se designa como “proyecto de vida”²⁰ el rumbo o destino que la persona otorga a su vida, es decir, el sentido existencial derivado de una previa

¹⁹ Para un desarrollo de este tema ver del autor de este trabajo Apuntes para una distinción entre el daño al proyecto de vida y el daño psíquico en “Themis”, Revista de Derecho, Universidad Católica, segunda época, Nº 32, Lima, 1995. y en “Los derechos del hombre. Daños y protección a la persona”, Editorial Jurídica Cuyo, Mendoza, 1997. así como Daño al proyecto de vida en “Derecho PUC”, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Lima, Lima, entrega correspondiente a 1996 pero publicada en 1998. También puede consultarse el ensayo Daño moral y daño al proyecto de vida, publicado en la “Revista de Derecho de Daños”, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Nº 6 noviembre de 1999, pág. 25 y sgts.

²⁰ La primera vez que el autor trató públicamente el tema del daño al “proyecto de vida” fue con ocasión del homenaje rendido al maestro José León Barandiarán. Por ello el asunto aparece en el correspondiente Libro Homenaje bajo el título de El daño a la persona en el Código civil de 1984,

valoración. El ser humano, en cuanto ontológicamente libre, decide vivir de una u otra manera. Elige vivenciar, preferentemente, ciertos valores, escoger una determinada actividad laboral, perseguir ciertos valiosos objetivos. Todo ello constituye el “proyecto de vida”. Lo que la persona decide hacer con el don de su vida.

En un trabajo publicado en 1985 - en el que se trató el tema por primera vez en la literatura jurídica - , al referirnos al daño al proyecto de vida, remarcábamos que el daño al ser humano “en su más honda acepción es aquel que tiene como consecuencia la frustración del proyecto de vida de la persona”. Señalábamos en aquella oportunidad que el daño al proyecto de vida “es un hecho de tal magnitud que truncaría la realización de la persona humana de acuerdo a su más recóndita e intransferible vocación”. Considerábamos, además que, extrañamente, “este radical aspecto del daño a la persona y sus efectos no han sido debidamente considerados por la doctrina por nosotros conocida, la que, en todo caso, lo cataloga como un daño que afecta alguno de los derechos de la personalidad”.²¹ Intuíamos, de este modo, lo que en aquel entonces designamos como “daño al proyecto de vida” y que, después de una década y media ha alcanzado ciertos importantes desarrollos y, sobre todo, aplicación jurisprudencial. Es decir, ha ingresado al derecho vivo, lo que significa su reconocimiento como una realidad que el derecho no puede soslayar dentro de una concepción humanista del hombre y de la vida.

Si bien la persona proyecta en cuanto es un ser ontológicamente libre y temporal, no todos los proyectos que se propone constantemente en el diario

editado por Cultural Cuzco S.A., Lima, 1985. Este ensayo se incorporó como un capítulo del libro del autor Nuevas tendencias en el derecho de las personas, editado por la Universidad de Lima, Lima, 1990.

²¹ Fernández Sessarego, Carlos, El daño a la persona en el Código civil peruano de 1984 y en el Código civil italiano de 1942, en “El Código civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano”, Editorial Cuzco S.A., Lima, 1985, pág. 252 y sgts.

existir tienen la calidad que es inherente al único y radical “proyecto de vida”. El proyecto de vida, a diferencia de todos los demás proyectos que el ser humano se propone en su diario discurrir existencial, es aquel que tiene que ver con el destino mismo de la persona. En él se juega su futuro, su realización personal plena, de acuerdo a su personal vocación.

Un daño psicosomático puede afectar, en cierta medida, la plena ejecución del proyecto de vida. La persona puede verse impedida de realizar a plenitud lo que, por ser libre, “decidió ser” o tan sólo ver menoscabada tal realización. La persona, en un caso límite, como derivación de un daño al proyecto de vida puede ver frustrada su propia realización existencial. El trastrocamiento o frustración del proyecto de vida puede comprometer en diverso grado e intensidad, según los casos, el futuro de la persona. “Dejar de ser lo que se proyectó ser” puede tener como consecuencia que la vida de la persona pierda “su sentido” al no poder continuar vivenciando, con la misma intensidad, los valores que signaron su proyecto existencial y que, posiblemente, llegaron a justificar su razón de existir.²²

El “proyecto de vida” se sustenta en la propia calidad ontológica del ser humano, en su propia naturaleza. Sólo el ser humano es capaz de “proyectar su vida” ya que ello sólo es posible tratándose de un ser “libre” y, a la vez, “temporal”. La persona humana, como se ha puesto de manifiesto, es un ser libre, ontológicamente libre. La libertad es su centro espiritual, su núcleo existencial. El ser humano es, así mismo, un ser temporal en cuando su existir tiene un comienzo y un fin “existencial” dentro del tiempo “universal”. Cada ser humano posee, por ello, su tiempo “existencial”, su alfa y su

²² El daño al proyecto de vida ha sido desarrollado, como se ha señalado, en un ensayo titulado Daño al proyecto de vida, publicado en la Revista “Derecho PUC”, Lima, correspondiente a 1996, pero publicada en 1998, pág. 47 y sgts. También, con ciertas modificaciones, en el libro Studi in onore a Pietro Rescigno, Tomo V. Giuffrè, Milano, 1998.

omega.²³ El tiempo es inherente al ser humano, por lo que puede sostenerse que así como el ser humano es libre es también temporal. Por ello Zubiri afirma que “el tiempo no es una pura sucesión, sino un ingrediente de la constitución misma del espíritu”.²⁴ La persona, temporalmente, es un pasado, un presente y un futuro. El “proyecto de vida” se decide en el presente, sobre la base de la experiencia acumulada en el pasado, pero se proyecta al futuro. El pasado, como anota Zubiri, “sobrevive bajo forma de estar posibilitando el presente, bajo forma de posibilidad”²⁵

La trascendencia existencial del “proyecto de vida” ha sido puesta de manifiesto, entre otros filósofos, por Jean Paul Sartre. Para el pensador francés el ser mismo del hombre - que designa como el “para sí”- está en el futuro, emergiendo del pasado. Su expresión es el “proyecto”. De ahí que la existencia humana sea un constante proyectar, lo que significa poner el ser del hombre en el futuro.²⁶ De ahí que el filósofo galo afirme que “el proyecto libre es fundamental, pues que es mi ser”. Para Sartre el hombre es un ser escurridizo y proyectivo, un ser que “tiene que hacer su ser”.

Podemos no estar de acuerdo - como en efecto lo estamos - con la conclusión sartriana, que surge de su planteamiento existencial, en el sentido que el ser humano “es lo que aún no es” desde que su ser está en el “futuro”.²⁷ Pero lo que es rescatable de su visión filosófica, al igual de lo que

²³ Sobre la calidad de ser “temporal” de la persona humana puede consultarse de Martín Heidegger, *El ser y el tiempo*, Fondo de Cultura Económica, México, primera edición en español, 1951

²⁴ Zubiri, Xavier, *Naturaleza, historia, Dios*, Editorial Poblet, Buenos Aires, 1948, pág. 334.

²⁵ Zubiri, Xavier, *Naturaleza, historia, Dios*, pág. 347.

²⁶ Sartre, Jean Paul, *El ser y la nada*, Editorial Ibero Americana, Buenos Aires, Tomo III, 1949, pág. 76.

²⁷ Para Sartre el ser del hombre es inalcanzable en cuanto es sólo proyecto. Ello explica el título de su obra en la que se alude al “ser” y a la “nada”. Para Sartre el ser humano “nunca es”. No compartimos esta inconsistencia ontológica, este esfumarse el ser del hombre en el tiempo, en la nada.

sucede con Heidegger²⁸ y otros pensadores de la primera mitad del siglo XX, es su concepción del ser humano, como un ser libre y temporal. Por ser libre y temporal el ser humano es proyectivo y, para serlo, es estimativo, es decir, capaz de vivenciar valores. El ser humano debe valorar para poder preferir “esto” sobre “aquello”. En síntesis, ello es indispensable para decidir su “proyecto de vida”, para decidirse frente a un abanico de opciones existenciales.

El daño al proyecto de vida es un daño actual, que se proyecta al futuro. Es un daño cierto y continuado. Su más grave efecto es el de generar en el sujeto, que ve afectado en su totalidad su proyecto de vida, un vacío existencial por la pérdida de sentido que experimenta su vida. Son muchas y diversas las consecuencias de todo orden, aparte de la citada, que surgen como consecuencia de este singular daño al proyecto de vida. La persona lesionada en cuanto al ejercicio de su libertad se sume en un explicable estado de desorientación, de depresión, de pérdida de seguridad y de confianza en sí misma, de ausencia de metas, de desconcierto. La angustiosa situación que envuelve a la víctima puede conducirla a la evasión a través de alguna adicción a las drogas o, en un caso límite, puede llevarla al suicidio.

En otras situaciones, en las que sólo se produce un menoscabo al proyecto de vida, la víctima puede no ver truncado totalmente su proyecto existencial sino sólo experimentar desazón, grave perturbación de su estado de bienestar, retardo en la ejecución de dicho proyecto u otros efectos también graves y, tal vez, permanentes.

Para ilustrar un notorio caso de daño al proyecto de vida, recurriremos a la persona de un consagrado pianista, en plena madurez, que es víctima de un

²⁸ Para Heidegger el ser humano es sólo “un ser para la muerte”. Con la muerte concluye su periplo existencial. La idea de la trascendencia, que es cara a Jaspers o a Marcel, no tiene sentido dentro de su concepción filosófica.

accidente automovilístico en el que, entre otras lesiones, pierde varios dedos de su mano derecha lo que le imposibilita continuar en su exitosa actividad.. En esta hipótesis debemos analizar, independientemente, cada uno de los daños de los que ha sido víctima la persona. La tendencia actual, como está dicho, considera que es correcto valorizar y liquidar independiente y autónomamente cada uno de los daños inferidos al ser humano. Para este efecto utilizamos como referencia la nueva sistematización del daño a la persona que hemos propuesto. En ello radica una de sus mayores ventajas.

En el ejemplo antes mencionado, advertimos que en cuanto a la naturaleza del ente dañado se han dado, simultáneamente, tanto un daño subjetivo o a la persona como un daño objetivo o a las cosas. El primero incide en la estructura psicosomática, sustentada en la libertad del ser humano pianista. El segundo lesiona un ente ajeno al ser humano, situado en su mundo exterior, como es el automóvil de su propiedad que ha resultado afectado a raíz del accidente al que nos hemos referido en el ejemplo.

De otro lado, desde el punto de vista de las consecuencias del daño a la persona comprobamos la existencia de aquellas de carácter patrimonial, valorizables en dinero, representadas por el daño emergente y por el lucro cesante. Ambos perjuicios se pueden acreditar documentalmente.. El daño emergente resulta ser el costo del tratamiento médico, la hospitalización, las medicinas, los honorarios médicos. El lucro cesante está constituido por los honorarios que ha dejado de percibir el pianista en razón del daño sufrido.

En el caso del ejemplo, podría tratarse hipotéticamente de diez conciertos ya contratados y programados que, en conjunto, bordearían los quinientos mil dólares. Las consecuencias de estos dos tipos de daños se resarcan con la entrega de dinero a la víctima del daño para cubrir tanto los gastos en que se ha incurrido como lo que ha dejado de percibir. Entre los daños con consecuencias personales o extrapatrimoniales debemos considerar cada uno de los daños a los que hemos hecho referencia con anterioridad al tratar

de la sistematización del daño a la persona. Es decir, debe valorizarse y liquidarse el daño psicosomático y el daño a la libertad o al proyecto de vida. En cuanto al daño psicosomático es posible, como se ha apreciado, distinguir el daño biológico, es decir, la lesión considerada en sí misma, del daño a la salud, que en su sentido más amplio es una pérdida o déficit en el bienestar de la víctima. Estos son, sin duda alguna, los daños más graves que se pueden causar a una persona, ya que sus consecuencias pueden repercutir en el curso de su existencia.

Pero, sin duda, el daño más grave que se puede causar a la persona es aquel que incide en su proyecto de vida. El truncamiento o frustración del mismo, o su sólo menoscabo, tienen radicales consecuencias en el existir mismo del sujeto afectado. En el caso del pianista nos hallamos ante una situación límite desde que ya no podrá ser más “un pianista”, actividad que otorgaba un sentido a su vida, una razón de ser. El pianista “dejó de ser lo que había decidido ser”, por lo que enfrenta un vacío existencial que será difícil de llenar con otra actividad.²⁹

3. DAÑO MORAL Y DAÑO A LA PERSONA

El daño moral es el menoscabo del estado de ánimo que subsigue a la comisión de un hecho antijurídico generador de responsabilidad civil. En palabras de Renato SCOGNAMIGLIO, “deben considerarse daños morales [...] aquellos que se concretan [...] en la lesión de los sentimientos, de los afectos de la víctima, y por lo tanto, en el sufrimiento moral, en el dolor que la persona tiene que soportar por cierto evento dañoso”.³⁰

²⁹ Carlos Fernández Sessarego, Apuntes sobre el daño a la persona, artículo publicado en el libro “La persona humana”, dirigido por Guillermo A. Borda, Editora “La Ley”, Buenos Aires, 2001 y en “Ius et Veritas, Edición Especial, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, noviembre del 2002.

³⁰ R. SCOGNAMIGLIO, voz Danno morale, en Novissimo Digesto italiano, vol. V, Turín, Utet, 1960, p. 147.

En un reciente caso resuelto por el Tribunal de Roma (sentencia del 20 de mayo del 2002), para justificar la consideración del daño por luto al fijar la indemnización, el juez recuerda una famosa sentencia de Miguel de UNAMUNO, según la cual lo que distingue al ser humano de los demás animales es que vela a sus muertos: “el sentimiento de desconsolada postración que surge de la pérdida de un ser querido es en tal medida fisiológico y connatural a la esencia humana que el mito y el arte han forjado ejemplos inolvidables de ello: los mitos de Antígona, de Cástor y Pólux, de Orfeo y Eurídice, de Admeto y Alceste; el Lamento de Jacopone da Todi, la Pietà de Miguel Angel, la Mamma Roma de Pier Paolo Pasolini”.³¹

El daño a la persona es el detrimento de un derecho fundamental del individuo, debido a un hecho antijurídico. De modo más restringido, el daño a la persona sería “la consecuencia de toda modificación negativa (extrínseca o intrínseca, general o particular, temporal o permanente) que afecte la integridad anatómica o funcional del individuo, considerado como entidad somática y psíquica”.³²

Desde esta última perspectiva, la figura se identificaría con el daño a la salud.³³ En definitiva, sin embargo, su ámbito termina dependiendo de la concepción de “persona” y “personalidad” por la que opte el intérprete. En el ejemplo clásico que se propone para explicar esta figura, si alguien destruye un retrato que es considerado de gran valor para su propietario, además de

³¹ El texto de la sentencia se reproduce en “Danno e Responsabilità”, Milán, 2002, núms. 8-9, pp. 856 y ss. En este mismo número de la revista “Danno e Responsabilità”, Pier Giuseppe MONATERI, *Il brontosauo alla resa dei conti? “I will survive”*, pp. 862 y ss., ha criticado el estilo del redactor del fallo, y de los jueces italianos en general, en atención a que demuestra una “ambición de comportarse como docentes en las sentencias”.

³² M. PORTIGLIATTI-BARBOS, voz *Danno alla persona*, en *Novissimo Digesto italiano*, vol. V, Turín, Utet, 1960, p. 150.

³³ A. VITA DE GIORGI, voz *Danno II) Danno alla persona*, en *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. X, Roma, 1994, p. 1 (de la separata): “Con la expresión «daño a la persona» se hace referencia a las situaciones en las que un sujeto sufre una lesión a su integridad psicofísica”.

las consecuencias económicas, que podrían ser ínfimas o nulas (porque ¿cuánto, al fin y al cabo, puede valer una pintura o fotografía vieja, que no porte la firma o imagen de algún notable?), se generará una reacción negativa, un sufrimiento, en el intangible e inescrutable estado de ánimo del afectado. Éste es el daño moral, en principio inestimable, pero que el juez debe cuantificar, en una operación ponderativa bastante delicada, y a pesar de todo, unánimemente legitimada, con o sin limitaciones, en los diversos sistemas jurídicos del mundo.

El daño a la persona es mucho más sencillo de entender; es un atentado contra la integridad de un derecho individual, o una lesión a la personalidad. Un individuo resulta herido a causa de la caída de un objeto desde la ventana de un edificio cerca al cual transitaba; estará legitimado, entonces, a ser indemnizado por los gastos médicos: se ha infringido su derecho a la integridad física (art. 2, inc. 1, de la Constitución), o bien a la protección de la salud (art. 7 de la Constitución); un comerciante individual o una empresa es insultado públicamente, y queda legitimado, por ende, a ser indemnizado por la lesión a su reputación (art. 2, inc. 7, de la Constitución), que es parte de su personalidad.

Este segundo tipo de daño no tendría por qué generar problemas de comprensión. Si la responsabilidad civil, como unánimemente se admite, protege las situaciones jurídicas subjetivas,³⁴ es natural que se pueda reclamar una indemnización en caso de lesión a éstas. Más difícil de acreditar es el primero, porque los sentimientos no pueden ser examinados externamente, y porque no es fácil asignar un precio al dolor. Esta distinción es común en nuestro medio,³⁵ pero urge de precisiones.

³⁴ L. CORSARO, "Neminem laedere" y derecho a la integridad, en "Proceso & Justicia", núm. 3, Lima, 2002, p. 151; ID., Tutela del danneggiato e responsabilità civile, Milán, Giuffrè, 2003, p. 19.

³⁵ C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, El daño a la persona en el Código Civil de 1984, en AA. VV., Libro Homenaje a José León Barandiarán, Lima, Cultural Cuzco, 1985, pp. 211 y ss.; ID., El daño a la persona en el Código Civil peruano de 1984 y en el Código Civil italiano de 1942, en AA. VV., El

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

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

derecho. En sentido lato e impropio, es daño moral todo daño injustamente causado a otro, que no toque en su patrimonio ni lo disminuya. Y así, es daño moral en este sentido, no sólo el que se ha indicado en el estricto, sino el que recae en cosas materiales, pertenecientes al individuo, fuera de los bienes patrimoniales, como son la integridad corporal y la salud física. Las lesiones, heridas, contusiones, son daños morales, porque no son patrimoniales, prescindiendo de las consecuencias patrimoniales y de las aflicciones o padecimientos morales que además puedan sobrevenir, sea en la persona misma lesionada en su cuerpo, sea en otras que le pertenezcan”.³⁶

Como se aprecia en tal concepción, el daño moral comprende aquello que hemos identificado como daño a la persona. Sin embargo, el ilustre autor de las expresiones que se acaban de citar, Carlo Francesco GABBA (1838-1920) anotaba: “Creo admisible que se deben reparaciones pecuniarias por ofensas morales, esto es, no patrimoniales, como muertes, heridas, mutilaciones, enfermedades producidas, ofensas al honor, al decoro, al pudor y otras, que traen consigo daño patrimonial a la víctima o sus herederos, y que estos puedan pedirla, tanto jure hereditatis como jure proprio, [...]. Pero se deben resarcir sólo las consecuencias patrimoniales de aquellos daños, y deben valuarse por sí, no mezcladas con la reparación de la ofensa moral, por sí misma considerada.

No admito, en cambio, que se pueda pedir como derecho civil el resarcimiento de los daños morales verdaderos y propios, ya consistan: a) en disminución de prendas personales o físicas, como la belleza, o morales como la virginidad, el pudor, la consideración pública; o b) en padecimientos, sean físicos, procurados a la víctima de una lesión corporal, por la enfermedad más o menos larga causada por la lesión; o por la muerte, sean

³⁶ Así se expresaba Carlo Francesco GABBA, *Indemnización de los daños morales*, en ID., *Cuestiones prácticas de derecho civil moderno*, vol. II, trad. del italiano por A. G. POSADA, Madrid, La España Moderna, s.a., pp. 241-242.

morales, perturbación, disgusto, causados por la ofensa física o moral al ofendido o a otras personas, o, finalmente, c) en la privación impuesta al ofendido o a terceras personas, de la posibilidad de conseguir por sí mismas, o por otras, ciertas ventajas morales, como el matrimonio, la educación: todos estos daños, considerados que sean, aparte de los patrimoniales provenientes de la misma causa, creo no puedan estimarse en dinero, ni con dinero resarcirse”.³⁷

La reacción de GABBA, quien llega a sostener, en otro estudio, que el resarcimiento del daño moral es sencillamente una “imposibilidad jurídica”,³⁸ es entendible. Se trata de un texto de fines del siglo XIX, escrito cuando comenzaba a difundirse en el medio italiano una creación conjunta del derecho común alemán, donde las lesiones al cuerpo y al honor legitimaban a recibir “dinero del dolor” (tal es el significado literal de Schmerzensgeld, pretium doloris)³⁹ y de la corriente jurisprudencial francesa del *dommage moral*. Pero el autor italiano se cuida de exigir la “necesaria distinción entre

³⁷ *Ibíd.*, pp. 263-264. Los resaltos son del autor.

³⁸ C. F. GABBA, *Nuove considerazioni intorno al risarcimento dei cosiddetti danni morali*, en *ID.*, *Nuove questioni di diritto civile*, 2a. ed., vol. I, Milán-Turín-Roma, Fratelli Bocca Ed., 1912, p. 241: “La imposibilidad material, por decirlo así, y en consecuencia, la imposibilidad jurídica, de valorizar en dinero estos sufrimientos, la inmoralidad de la concepción de que el dinero enjuga las lágrimas, la ausencia de un criterio preciso en la determinación de las personas que pueden sobrellevar un daño moral causado por sufrimiento de ánimo por daño material sufrido por otra, son las principales razones con las que he combatido, y por las cuales considero antijurídica la doctrina del resarcimiento de semejantes daños morales” (ambos resaltos son del autor).

³⁹ La expresión ya figura en el *Allgemeines Gesetzbuch für die Preussischen Staaten* (“Código general para los Estados prusianos”) de 1791, en vigor desde 1794 con la denominación de *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* (“Derecho común del territorio para los Estados prusianos”, o simplemente ALR), § 113 “Der Betrag dieses Schmerzensgeldes ist nach dem Grade der ausgestandenen Schmerzen, jedoch nicht unter der Hälfte, und nicht über den doppelten Betrag der erforderlichen Kurkosten, richterlich zu bestimmen” [“El monto del pretium doloris depende del grado del dolor sufrido; sin embargo, no puede ser menor a la mitad ni superior al doble del monto del costo del tratamiento judicialmente determinado”].

perjuicios a la persona que son resarcibles, en cuanto daños patrimoniales indirectos (muertes o heridas) y daños morales irresarcibles, porque no son capaces de lesionar el patrimonio, ni tampoco un objeto exterior y visible (disminución de valores personales, físicos o morales; dolores físicos o sufrimientos de ánimo; privación de ventajas morales)".⁴⁰

Coincidentemente, Wenceslao ROCES (1897-1992) alegaba que la función inseparable y característica de la "indemnización" era la función de "equivalencia", porque ella "tiende necesariamente a sustituir los valores destruidos o quebrantados por el evento dañoso con otros nuevos, que los reponen y nivelan la «diferencia» en que [...] consiste el daño. Y esta operación jurídica requiere por fuerza valores e intereses cifrables en dinero, por representar éste el valor común mediante el cual se establece la equivalencia. Sólo los bienes y derechos patrimoniales son «tasables en dinero» [...] No es que se estime inmoral o degradante cifrar en dinero los demás bienes legítimos de la persona: es que estos escapan, por esencia, a aquella posibilidad niveladora y equivalencial. [...]. En segundo término, toda demanda de indemnización por quebrantos morales, choca forzosamente contra el principio [...] de la efectividad y fijeza del daño. Precisamente por tratarse, según el consabido tópico, de perjuicios «irreparables», la alegación del daño moral no logra nunca sobreponerse a una vaguedad de contornos y a una arbitrariedad en la liquidación, que son consustanciales de su naturaleza".⁴¹

Una consideración similar a la de los dos autores citados ha llevado a DE TRAZEGNIES a considerar que el derecho "debe reflejar las convicciones de

⁴⁰ La observación es de E. NAVARRETTA, Art. 2059 c.c. e valori costituzionali: Dal limite del reato alla soglia della tolleranza, en "Danno e Responsabilità", Milán, 2002, núms. 8-9, 2002, p. 865.

⁴¹ W. ROCES, en sus Breves acotaciones sobre el régimen de reparación de daños en el derecho español, que figuran como apéndice a su traducción de H. A. FISCHER, Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das deutsche Reich (Jena, 1903), publicada con el título Los daños civiles y su reparación, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1928, cit., pp. 296-297.

la comunidad en la que será aplicado. Y parecería que, en nuestro medio, el hecho de que, tratándose de situaciones particularmente dramáticas, no se abone una indemnización por daño moral sería más chocante que la idea de que, a través del daño moral, la indemnización quede convertida en un castigo”,⁴² y que “el mal llamado daño moral, es en realidad un daño patrimonial, económico; pero cubre todos esos aspectos en los que el menoscabo es difícil probar cuantificadamente; razón por la cual se le otorga al Juez una mayor libertad para determinar la indemnización mediante el recurso a crear doctrinariamente una categoría elástica, que no requiere de una probanza estricta, a la que se denomina daño moral. En última instancia, el daño moral resulta simplemente un expediente para facilitarle al Juez la fijación de una indemnización a su criterio y facilitarle a su vez al demandante su acción, evitándole la necesidad de probar cuantitativamente ciertos aspectos del daño que reclama”.⁴³

Estoy de acuerdo sólo con la primera parte de esta opinión. Basta consultar un diccionario de lengua francesa para apreciar que la primera acepción del vocablo moral es de valor adjetivo: “relativo al espíritu, al pensamiento

⁴² F. DE TRAZEGNIES GRANDA, De la responsabilidad civil no derivada de acto jurídico, cit., p. 414.

⁴³ F. DE TRAZEGNIES GRANDA, Por una lectura creativa de la responsabilidad extracontractual en el nuevo Código Civil, en AA.VV., Para leer el Código Civil, I (1984), reimpresión, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990, p. 210. Ya José LEÓN BARANDIARÁN, Tratado de derecho civil, t. IV, Teoría general del contrato (la obra es de 1952), Lima, WG Editor, 1992, p. 420 advertía: “Hay dificultad –claro está– en precisar en términos pecuniarios un sentimiento, un afecto, un dolor. [...]. Pero más grave que todo, más injusto, es dejar impune, en base a tales consideraciones objetantes, un daño, un mal, que se ha padecido en lo más delicado y sagrado del existir humano: el sentimiento. Esta consideración fundamental aniquila la fuerza de sus contrarias, una de mero predicamento fáctico (la dificultad en la determinación del quantum de la reparación), otra de simple valor efectista (que los sentimientos no deban ser objeto de tráfico pecuniario), y la tercera, que apunta únicamente a una posibilidad circunstancial (la especulación, el que se explote, se haga chantaje o se engendren «codicias agresivas»”.

(opuesto a material)".⁴⁴ En cambio, en castellano, la primera acepción del vocablo es “perteneiente o relativo a las acciones o caracteres de las personas, desde el punto de vista de la bondad o malicia”; en nuestro idioma, sólo la quinta acepción es “conjunto de facultades del espíritu, por contraposición a físico”.⁴⁵ Por ello, no está equivocado aquel autor que insiste, elocuentemente, en que este daño no es moral (entendido como “ético”), sino jurídico.⁴⁶ Si la “moral” es considerada como sinónimo de “estado de ánimo”, lo correcto sería hablar de daño “a la moral”.

¿Cuándo se comienza a hablar de “daño moral” en nuestro idioma? Si nos ceñimos a la jurisprudencia española, contamos con una fecha precisa de reconocimiento de la figura, la cual se enuncia, por primera vez, en la sentencia del Tribunal Supremo del 6 de diciembre de 1912, relativa a un caso de ofensa contra el honor de una dama, perpetrada por un periódico de gran circulación –“El Liberal”–, donde la susodicha fue acusada “de haber fugado con un fraile capuchino del que había tenido escandalosa sucesión”.⁴⁷ En el histórico fallo se lee: “[...] el juzgador, valiéndose de las reglas de equidad que son máximas elementales de justicia universal, se limita, como intérprete de la ley, a explicar mejor principios jurídicos más o menos clara y distintamente expuestos, pero ya «preexistentes», que definen el daño en sus diversas manifestaciones para justificar, toda vez que es indiferente pedirla por acción civil o penal, una indemnización pecuniaria,

⁴⁴ Micro-Robert. Dictionnaire de la langue français, París, Dictionnaires Le Robert, 1998, p. 854: “Relatif à l’esprit, à la pensée (opposé à matériel)”. Para la “ciencia del bien y del mal” se emplea el vocablo morale.

⁴⁵ Así consta en la 22ª. ed. (2001) del Diccionario de la lengua española de la RAE.

⁴⁶ J. MOSSET ITURRASPE, Responsabilidad por daños, t. V, El daño moral, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Ed., 1999, pp. 39 y ss. Lo curioso es que, a pesar de las críticas, el título del volumen sigue evocando la equívoca denominación, “a la espera de una reforma de lege ferenda. De un reconocimiento pleno de los «daños a la persona». Con o sin la presencia del dolor”, como el mismo autor señala (ibíd., p. 20).

⁴⁷ La reseña del caso es de L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Derecho de daños, Madrid, Ed. Civitas, 1999, p. 96.

que, si nunca es bastante como resarcimiento absoluto de ofensas graves, al fin es la que se aproxima más a la estimación de los daños morales directamente causados a la joven Mussó y que llevan consigo, como conseqüentarios naturales y lógicos, otros daños, esto es, los materiales y los sociales [...]”.⁴⁸

Como quiera que sea, y he aquí mi discrepancia con el profesor DE TRAZEGNIES, el daño moral no es patrimonial, ni cambia de naturaleza como efecto de la cuantificación efectuada por el juez. En este punto, la situación es similar a la que se verifica cuando toca pronunciarse con respecto a la patrimonialidad de la relación obligatoria: como se sabe, en el caso de una relación intersubjetiva, la patrimonialidad de la conducta de uno de los sujetos no conduce necesariamente (por reflejo) a que la del otro se haga patrimonial; no es seguro, entonces, que una relación de estas características merezca el amparo del derecho, ni tampoco que ambas conductas sean consideradas obligatorias. El cumplimiento de deberes derivados del matrimonio (la asistencia recíproca o la fidelidad conyugal, por ejemplo) o de la paternidad (la educación de los hijos, por ejemplo), no podría ser objeto de una contraprestación en dinero; y aunque ocurriera lo contrario, el pacto de una retribución económica no volvería patrimonial, sin más, el contenido de la relación, lo que equivale a decir que ésta no tendría relevancia jurídica como obligación.⁴⁹

⁴⁸ *Ibíd.*, p. 97. También Wenceslao ROCES, en sus Breves acotaciones, cit., dedica algunas líneas al análisis de esta sentencia, y concluye (p. 298): “[...] sabido es que el «valor de afección» representa un incidente extrapatrimonial de daños materiales irrogados en cosas. Cuando el quebranto causado a éstas o su destrucción o pérdida asuma figura de delito, no se eximirá el causante con la verdadera «indemnización»: resarciendo al lesionado el «interés», o sea, el valor que la cosa represente dentro de su patrimonio, sino que, en castigo y por modo excepcional, deberá reparar también en lo posible el quebranto afectivo que el perjudicado sufra. Mas, aquí estamos ya fuera de la órbita conceptual del «daño civil» y del concepto genuino de «indemnización»”.

⁴⁹ Como señala C. M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. 4, *L’obbligazione* (1990), reimpresión, Milán, Giuffrè, 1999, p. 82, “el deber jurídico privado de contenido patrimonial no está comprendido en la noción normativa de obligación, pero siempre que tenga un válido título, legal o negocial, es siempre un

De igual forma, y desde una perspectiva funcional, se ha logrado evidenciar una peculiar función de la responsabilidad civil en el caso del daño moral. Es pacíficamente admitido que la responsabilidad civil cumple funciones de reparación (o reintegración), porque aspira a “reconstruir para el damnificado la situación preexistente a la producción del efecto dañoso, mediante la asignación de un conjunto de utilidades de naturaleza económica que lo compensen por la pérdida sufrida, y eliminen la situación desfavorable creada por el ilícito (daño)”;⁵⁰ de prevención, “en el sentido de que la previsión del deber de resarcir el daño ocasionado induce a la persona a desarrollar su propia actividad con la adopción, cuando menos, de las medidas que normalmente son idóneas para impedir la producción de eventos dañosos para otros”;⁵¹ de punición, en los ordenamientos jurídicos, como el italiano, donde se reconoce la reintegración en forma específica a pedido del damnificado (con el solo límite del caso en que dicha reintegración resulta excesivamente onerosa para el dañador); y de distribución, porque “la regulación hace que el daño recaiga en algunas personas que son capaces de soportarlo en virtud de la actividad desarrollada (empresarial), y de la consiguiente posibilidad de que tienen para redistribuir entre otros (consumidores) el daño resarcido”.⁵²

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

deber jurídicamente vinculante y su regulación puede deducirse en vía analógica de la regulación dictada para las obligaciones”.

⁵⁰ L. CORSARO, voz Responsabilità civile I) Diritto civile, en Enciclopedia giuridica Treccani, vol. XXVI, 1991, p. 2 (de la separata).

⁵¹ *Ibíd.*, loc. Cit.

⁵² *Ibíd.*, p. 3 (de la separata).

diádica, en detrimento de la afirmación de una función reparatoria de aquél”.⁵³ Adolfo DI MAJO, conformemente, prefiere hablar de función compuesta, porque, “por un lado, se tiende a brindar una forma de satisfacción y/o gratificación a la víctima del hecho ilícito, en el sentido de asegurarle un beneficio económico –y al respecto, es innegable que el dinero también puede servir para dicho fin– y, por otro lado, para sancionar el comportamiento del responsable de la infracción”.⁵⁴

Por la misma razón, hay que admitir que es cuestionable hablar de resarcimiento o de indemnización del daño moral,⁵⁵ y que estamos más bien

⁵³ G. FERNÁNDEZ CRUZ, *Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil: La óptica sistémica (Análisis de las funciones de incentivación o desincentivación y preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del “civil law”)*, en G. ALPA y otros, *Estudios sobre la responsabilidad civil*, trad. y ed. al cuidado de Leysser L. LEÓN, Lima, ARA Editores, 2001, p. 270. Por función “satisfactoria”, el autor entiende (p. 278) la “garantía de consecución de los intereses que merecieron juridicidad por el orden jurídico, incluida la reparación del daño, cuando éste se ha hecho presente, en su carácter de fenómeno exógeno al interés”. Para un análisis de las tres posibles funciones del resarcimiento (punitivo-aflictiva, resarcitoria y consolatorio-satisfactiva), en el caso del daño no patrimonial, se puede consultar M. FRANZONI, *La función del resarcimiento del daño no patrimonial*, trad. del italiano de G. FERNÁNDEZ CRUZ y Leysser L. LEÓN, en “De iure”, año 1, núm. 1, Lima, 1999, pp. 21 y ss. En opinión de Luigi CORSARO, *Concetto e tipi di danno*, en P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Nápoles, ESI, 1997, p. 656, la ley admite la conversión a una suma de dinero del daño no patrimonial, “en virtud de las finalidades compensatorias que persigue el sistema resarcitorio”.

⁵⁴ A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 3a. ed., Milán, Giuffrè, 2001, p. 249.

⁵⁵ En castellano, “indemnizar” es sinónimo de “resarcir” (siempre según la 22ª. ed. del Diccionario de la RAE). En alemán se distingue entre *Schadensersatz* y *Entschädigung*, y lo mismo, por derivación, en italiano, *indennità* y *risarcimento* (y también existe *indennizo*). Esta es una distinción fundamental a tomar en cuenta en la consulta de textos alemanes e italianos, y a la que dedicaré un futuro trabajo de investigación. Por ahora me limitaré a expresar que *risarcimento* es todo cuanto se debe a título de responsabilidad por daños; *indennità* es de valor más general, porque abarca desplazamientos patrimoniales por los más diversos títulos, como la expropiación, el despido injustificado, etc.

ante una mera satisfacción⁵⁶ “que el juez cree oportuno asignar al agraviado para mitigar el quebranto que el mal causado le produce –«los duelos con pan son menos»–.⁵⁷ Para aclarar los términos aquí empleados, así como el planteamiento que me parece apropiado para tratar de toda esta problemática, creo que es conveniente rendir cuenta de la historia del “daño moral” y del “daño a la persona”.

4. REPARACIÓN DEL DAÑO A LA PERSONA

Cada uno de los daños psicosomáticos causados a la víctima, como se ha señalado, debe ser valorizado y liquidado independientemente. El daño biológico, constituido por la lesión considerada en sí misma - que es, en el caso propuesto, fundamentalmente la pérdida de algunos dedos de la mano derecha -, debe ser debidamente valorizado. Para este efecto, en ciertos países desarrollados existen para determinadas áreas o se hallan en proceso de elaboración lo que se designa como baremos (o tablas de infortunios o tarifas indemnizatorias), que son elaborados por grupos multidisciplinarios, compuestos por médicos, jueces, abogados, psicólogos, economistas, aseguradores, entre otros. En el referido proceso de confección de los baremos o tablas de infortunios los grupos de trabajo tienen en cuenta tanto la jurisprudencia existente sobre la materia como las condiciones socioeconómicas del país y otros factores concomitantes.⁵⁸

⁵⁶ La segunda acepción de este vocablo es “Razón, acción o modo con que se sosiega y responde enteramente a una queja, sentimiento o razón contraria”, según la citada 22ª. ed., del *Diccionario* de la RAE.

⁵⁷ Así se expresaba W. ROCES, en sus *Breves acotaciones*, cit., pp. 298-299; y entre nosotros, sin citar el original, J. LEÓN BARANDIARÁN, *Tratado de derecho civil*, t. IV, *Teoría general del contrato*, cit., p. 428.

⁵⁸ Carlos Fernández Sessarego, Apuntes sobre el daño a la persona, artículo publicado en el libro “La persona humana”, dirigido por Guillermo A. Borda, Editora “La Ley”, Buenos Aires, 2001 y en “Ius et Veritas, Edición Especial, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, noviembre del 2002.

En Francia cabe referirse a la Loi Badinter, del 5 de julio de 1985, que en su artículo 26 considera el problema de la reparación de los daños a la persona pero restringida a los accidentes de tránsito. En España encontramos la disposición adicional octava a la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados del 8 de noviembre de 1985 en la que también se hace referencia a la reparación de los daños a la persona sólo para el mismo sector al se contrae la ley Badinter. Es interesante señalar que en ésta última ley se precisa que “bajo el control de la autoridad pública, una publicación periódica rinde cuenta de los resarcimientos determinados en las sentencias y en las transacciones”. Esta publicación cumple una función informativa que es valiosa dentro del proceso de evitar la anarquía en la reparación de los daños a la persona.

La doctrina francesa lamenta, como es explicable, la ausencia de un baremo, oficial o de hecho, para superar la anarquía y la arbitrariedad, al decir de G. Viney. De otro lado, la publicación periódica antes aludida carece de homogeneidad desde que en las sentencia dictadas por ciertas Cortes se distinguen las diversas voces de daño a la persona, como es el caso de los daños psíquicos, mientras que en otras falta tal distinción y las reparaciones son globales, sin especificación de los diversos daños ocasionados a la persona.

La ley francesa nos induce a pensar que la idea de una publicación periódica de las sentencias que se producen en un determinado país sobre el tema es de gran utilidad en el proceso de lograr una cierta uniformidad en cuanto al monto de las reparaciones en relación con determinados daños. Esta iniciativa puede ejecutarse aun sin que se cuente con un baremo. La información en este campo, dada su novedad y las incertidumbres reinantes entre los jueces, contribuirá a ir logrando con el tiempo el propósito antes señalado. Ella constituirá una base de referencia abierta al comentario y a la crítica en los países que no cuentan con baremos, mientras que para aquellos otros que si los tienen les servirá para actualizar los montos

indemnizatorios de acuerdo con la información recogida y analizada para otorgarle una base científica.

En la ley española antes referida, contrariamente a lo que acontece en Francia, donde el baremo tiene un carácter meramente indicativo, presenta un modelo elaborado sobre la base de una limitación en la indemnización del daño a la persona. La disposición adicional octava de la mencionada ley determina que los daños a la persona se reparan “dentro de los límites indemnizatorios” que se fijan en un anexo a la ley. Esta limitación ha suscitado críticas en la doctrina, un sector de la cual considera que es inconstitucional en tanto se opone la reparación integral del “daño a la persona”. En este modelo predomina el factor de uniformidad no dejando espacio para la flexibilidad que los jueces requieren en la fijación de las consiguientes reparaciones de dichos daños. Es decir, disminuye o desaparece el margen de equidad que puede ser necesario en la reparación de tales daños.

En Italia un grupo de trabajo con sede en Pisa, que viene trabajando arduamente desde los primeros años de 1990 del siglo pasado, ha realizado un estudio sobre vastos repertorios de sentencias sobre daño a la persona. Se constituyó un “Observatorio permanente de la jurisprudencia en tema de daño a la persona” cuyos resultados se publican periódicamente.⁵⁹ De otro lado se viene trabajando, desde hace un buen tiempo en la elaboración de un baremo de alcance nacional. En Milán rige actualmente un baremo elaborado por la Corte y que es de aplicación referencial en la localidad.

El 4 de junio de 1999 se presentó ante el Consejo de Ministros del gobierno italiano un diseño de ley bajo la denominación de “Nueva disciplina en el tema de daño a la persona”. En su artículo 1° se precisa que se entiende por

⁵⁹ Ver Osservatorio della giurisprudenza in tema di danno alla persona, coordinado por Francesco D. Busnelli y Marino Bargagna, en “Danno e responsabilità”, N| 2, 1999, pág. 121 y sgts.

“daño biológico” la “lesión a la integridad psicofísica, susceptible de comprobación médico-legal de la persona”. Esta referencia es necesaria dada la falta de uniformidad de las voces que se emplean para mencionar, en última instancia, el “daño a la persona”. En su artículo 3°:1 se establece que “el resarcimiento del daño biológico se determina sobre la base de los valores monetarios uniformes indicados en el Cuadro Indicativo Nacional (TIN)”. En el artículo 4° el Gobierno se compromete, dentro del año de entrada en vigencia de la ley, a dictar los decretos que sean necesarios para elaborar el TIN de acuerdo con los criterios fijados en el artículo en referencia.

Los baremos, por lo general, no son de aplicación obligatoria sino únicamente tienen una función referencial. Han sido creados con el propósito de lograr, con el tiempo, una jurisprudencia uniforme en sus respectivos países. Antes de su existencia la jurisprudencia era anárquica dentro de cada país, lo que creaba desigualdades intolerables. Si bien con explicable lentitud, el problema tiende a superarse en países como Italia, Francia o España. Se trata de un difícil proceso que implica en todos sus protagonistas un cambio de mentalidad ante un evento que resulta novedoso. Se observa que cada vez se hace más imperativo en el ambiente judicial la necesidad de llegar a valorizaciones que reconozcan una base común tratándose de una determinada y misma lesión. Así, cada dedo de una mano que pierde la víctima como consecuencia de un daño tiene un determinado valor dentro del baremo. El juez, a partir de ese valor, atendiendo a las circunstancias del caso, puede elevar o disminuir la suma indemnizable dentro de un margen justificado y razonable. Se lograría así una flexibilidad dentro de la uniformidad.⁶⁰

⁶⁰ Carlos Fernández Sessarego, Apuntes sobre el daño a la persona, artículo publicado en el libro “La persona humana”, dirigido por Guillermo A. Borda, Editora “La Ley”, Buenos Aires, 2001 y en “Ius et Veritas, Edición Especial, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, noviembre del 2002.

Para la valorización del dedo de la mano de un ser humano los baremos fijan un determinado valor para el mismo. El juez, partiendo de este punto de referencia, puede aumentar el valor de la reparación si el caso lo amerita. En principio, la suma fijada en el baremo parte del principio que el valor de un dedo de la mano es igual para todos los seres humanos. Sin embargo, este criterio - que se funda en la igualdad de todos los seres humanos - no es totalmente rígido sino que admite, al mismo tiempo, como está dicho, una cierta flexibilidad. Por ello, el baremo no es de aplicación obligatoria de parte de los jueces sino que es meramente indicativo.

Es indudable, en la hipótesis que estamos desarrollando, que el dedo de la mano de un pianista tiene mayor valor que el dedo de una ama de casa o el de un abogado. Lo mismo ocurre tratándose del dedo de un cirujano o de un tenista. En estas últimas hipótesis, sobre la base del dato referencial contenido en el baremo, el juez, de acuerdo a las circunstancias, puede aumentar equitativamente el monto de la reparación. Como se puede apreciar, para el efecto de la reparación del daño a la persona se logra combinar armoniosamente un principio de base igualitario, que es rígido, con un criterio flexible, de equidad, que permite al juez, según el caso, aumentar o disminuir la suma fijada en el baremo para cada tipo de lesión.

Al lado del daño biológico, es decir, de la lesión considerada en sí misma, el juez valorizará, de modo independiente, el daño a la salud, es decir, la repercusión que tiene la lesión sufrida - tanto somática como psíquica - en su bienestar integral. Es decir, cómo y con qué intensidad y extensión dicha lesión repercute en la actividad habitual y ordinaria de la persona, en la vida de relación familiar y social, en la vida afectiva y sexual, en los momentos de recreación, en la práctica de deportes o hobby, por ejemplo. En síntesis, cuál el déficit que presenta su vida ordinaria y habitual después de producida la lesión o daño evento.

Sobre la indispensable base de los informes periciales y de la orientación que emana de la jurisprudencia nacional, el juez, con un criterio de equidad, determinará, en cada caso, la consiguiente reparación del daño a la salud o bienestar de la persona. En esta hipótesis deberá tener en cuenta, de ser el caso, el daño psíquico. Así, se debe reparar el daño emocional – indebidamente llamado “moral” - que consiste en el dolor o el sufrimiento experimentado por la víctima. Pero, deberá también, sobre la base de una pericia, verificar si existe alguna psicopatía. Tanto el daño llamado “moral” que, como decimos, es un daño emocional, como cualquier psicopatía - que es una enfermedad - debe ser valorada dentro del concepto de daño a la salud.

Por consiguiente, en lo que se refiere al daño biológico, el juez debe reparar autónomamente la lesión en sí misma, ya sea somática o psíquica, del daño a la salud o bienestar integral de la persona. Es decir, y como está dicho, el modo como el daño incide en las actividades del normal y habitual transcurrir de la vida de la víctima del daño.

Finalmente, el juez deberá valorizar, como voz independiente, el daño al proyecto de vida, el que es más que más que elocuente en el caso del pianista del ejemplo. Como se ha anotado, es evidente que un pianista de vocación, un concertista profesional, persigue valores estéticos muy definidos. El vivenciamiento de estos valores le otorga sentido o razón de ser a su existencia. Todos sus esfuerzos están encaminados a ello, por muchos años, con tesón y perseverancia. Son muchos los sacrificios y renunciamentos que, a menudo, debe padecer un pianista que vive intensamente su vocación personal. Así, debe practicar por casi ocho horas diarias, lo que le resta tiempo para atender su vida familiar u otras actividades que resultan para él atractivas. No es raro el caso en que ciertos pianistas, tributarios de su vocación, renuncian a constituir una familia pues consideran que no pueden atender debidamente los compromisos que acarrearán el fundar un hogar y tener descendencia.

La imposibilidad de llevar adelante el proyecto de vida hace que el pianista frustrado sienta un vacío existencial como resultado de la pérdida del sentido de su vida. Este daño, que lo acompañará durante toda su vida, no puede confundirse con el daño psíquico, que afecta su salud, o con uno de los componentes del daño psíquico como es el daño denominado “moral” (*pretium doloris*). Este último daño - que es dolor, sufrimiento -, a diferencia del daño ocasionado al proyecto de vida, es transitorio, temporal, tiende a desaparecer con el tiempo.⁶¹

Es sorprendente comprobar, después de todo lo hasta aquí referido, como hasta hace poco tiempo sólo se indemnizaban los daños objetivos o daños a las cosas, es decir, aquellos daños cuyas consecuencias podían resarcirse en dinero. En raras oportunidades, se reparaba el daño “moral”, entendido como dolor o sufrimiento. Se desconocía y, por consiguiente no se reparaba, lo que en la actualidad se comprende con la genérica expresión de “daño a la persona” en cualquiera de sus múltiples expresiones dada la compleja estructura del ente dañado, es decir, del ser humano. Cuando desde no hace mucho tiempo atrás en ciertos países, bajo diversas denominaciones, se empezó a considerar el daño a la persona, tanto a nivel jurisprudencial como doctrinario, se estimaba que tan sólo eran dignos de reparación los daños causados al ser humano cuando él era productor de renta, de riquezas. Es decir, sólo era tomado en cuenta el *homofaber*.

Se tuvo que esperar un tiempo para que se comprendiera, bajo la óptica del principio de la igualdad de todos los seres humanos, que cualquiera de ellos, productor o no de riqueza, no podía quedar desamparado frente a una agresión. No ha sido fácil - no lo es todavía - el lograr que los juristas nos

⁶¹ Sobre el asunto puede verse del autor el ensayo ya citado *Apuntes para una distinción entre el daño al proyecto de vida y el daño psíquico* en “*Themis*”, *Revista de Derecho*, Lima, N° 32, 1995. pág. 161 y sgts. y en “*Los derechos del hombre. Daños y protección a la persona*”, Editorial Jurídica Cuyo, Mendoza, 1997. Así mismo *Daño moral y daño al proyecto de vida*, en “*Revista de Derecho de Daños*”, Rubinzal - Culzoni, Buenos Aires, N° 6, 1999, pág. 25 y sgts.

despojemos de la inveterada costumbre de considerar al ser humano como tan sólo una “cosa” o, cuando más, como un sujeto productor de riqueza. Estas graves distorsiones en la comprensión de lo que es el ser humano van lentamente superándose en el umbral de un nuevo milenio en el cual el humanismo se abre paso, ilumina y dignifica nuestro quehacer de hombres de derecho.

Felizmente, en los últimos tiempos son cada vez más numerosos los países en que se está tomando en cuenta el más importante de los daños como es el “daño a la persona”. Este proceso de cambio que se ha operado en la mentalidad de algún sector de juristas - qué no sabemos si será aún mayoritario - es el fruto del lento desplazamiento de una concepción individualista patrimonialista de la vida - no obstante sus ocasionales rebrotes - y su también paulatina sustitución por una concepción personalista del mundo y de la vida. Nos hallamos en pleno proceso de toma de conciencia de que es ineludible la reparación de cualquier tipo de daño que se pueda ocasionar al ser humano que es, nada menos, que el sujeto del derecho.

Confiamos que, con el normal y esperado desarrollo de la cultura jurídica, se llegue en un futuro no lejano a comprender la importancia y el valor de la vida humana y de la consiguiente necesaria reparación de todos los daños que se pueden causar al ser humano. No debe nunca perderse de vista que la persona es un fin sí misma mientras que las cosas son indispensables instrumentos a su servicio. Cuando esta visión humanista se arraigue entre los hombre que se dedican al derecho lograremos que se reparen debidamente todos los múltiples daños que se pueden causar a la persona. Para ello habrá que continuar con el proceso de destierro de una concepción individualista-patrimonialista según la cual se invierten los valores para dar como absurdo resultado que es más valioso el instrumento que el fin al cual sirve.

La reparación del daño a la persona es cada día más urgente si tenemos en cuenta que, por acción de la tecnología, son cada vez más numerosas las circunstancias de riesgo a que está expuesto el ser humano. Observamos esperanzados como, a pesar de las tendencias que apuntan a sustituir en el derecho el valor justicia por el valor utilidad o conveniencia, existe una cada vez mayor comprensión del significado y de las consecuencias del daño a la persona.

A la altura del tiempo que vivimos es inimaginable dejar de reparar el daño a la persona, bajo cualquier pretexto. Podemos. Por ello, hacer extensiva la expresión de los hermanos Mazeaud al referirse al daño moral, la misma que es aplicable, obviamente, al daño a la persona. Para los civilistas franceses resulta “chocante en una civilización avanzada como la nuestra que fuera posible, sin incurrir en ninguna responsabilidad civil, lesionar los sentimientos más elevados y nobles de nuestros semejantes, mientras que el menor atentado contra su patrimonio origina reparación”.⁶² Las palabras de los Mazeaud denotan el afán compartido en nuestros días por muchos otros juristas, de reconocida sensibilidad humanista, dirigido a superar una concepción pura y estrechamente individualista-patrimonialista en lo tocante al derecho de daños.

No obstante, en varios países de relativo desarrollo integral se desconoce, todavía, la perentoria exigencia de reparar los daños ocasionados al ser humano mientras que, solícitamente, se resarcan los daños materiales. Son todavía numerosos los hombres de derecho, abogados y jueces, que carecen de una formación jurídica básica y de una fina sensibilidad axiológica que les permita percibir, con la misma facilidad con que aprecian los daños a las cosas instrumentales, la inmensa gama de daños que se generan contra la persona. Es por ello indispensable insistir, sin desmayo, en la necesidad de sustituir una visión individualista-patrimonialista del

⁶² Mazeaud, H. y L., Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, tomo II, nº 315, pág. 441.

derecho por una concepción humanista donde el ser humano se constituya en el centro y eje de lo jurídico. Es decir, como en realidad lo es en tanto creador, destinatario y protagonista del derecho.

Si siguiéramos la inspiración de la corriente individualista-patrimonialista, más importante que reparar el daño subjetivo o daño a la persona del pianista del ejemplo, sería el resarcir el daño objetivo que se concreta en la indemnización correspondiente al costo de la reparación del automóvil de la víctima sin atender, simultánea y preferentemente, a reparar el inmenso daño inferido a la persona, sobre todo en el radical daño al proyecto de vida.

No obstante lo señalado en precedencia, debemos concordar con lo expresado por los civilistas italianos Alpa y Bessone cuando afirman que “la sociedad contemporánea tiende a sustituir la lógica propietaria” por una diversa que es “conexa con la posición jurídica de la persona en el ámbito de la sociedad”.⁶³ Ello, en resumen, significa que, como lo venimos sosteniendo desde hace algunos años, el mundo - y dentro de él lo atinente a lo jurídico – se encuentra en un período de transición entre dos épocas, uno de cuyos más significativos rasgos lo constituye el lento desplazamiento de una visión individualista-patrimonialista por una concepción humanista donde el ser humano se erige en el centro del sistema.

La cada vez más gravitante influencia de los postulados del humanismo entre los juristas de nuestros días contribuye decididamente a considerar la importancia que debe dispensarse al tratamiento de la materia concerniente al “daño a la persona” y, dentro de ella, al “daño al proyecto de vida”. Tal vez por ello Tunc, al comprobar esta alentadora tendencia sostiene, con toda razón y con la autoridad que se le reconoce, que el campo más importante de la responsabilidad civil tradicional es hoy, sin duda alguna, el de los

⁶³ Alpa, Guido y Bessone, Mario, I fatti illeciti, en “Trattato di Diritto Privato”, dirigido por Pietro Rescigno, Nº 14, Tomo VI, Torino, UTET, 1985, pág. 106.

“daños corporales”.⁶⁴ Recuérdese que en Francia bajo la expresión de daños corporales se comprenden los que aludimos como “daños a la persona”.

5. EL DAÑO A LA PERSONA EN LA CODIFICACIÓN COMPARADA

Entre los más importantes aportes del Código civil peruano de 1984 que destacan los comentaristas de otros países cabe señalar el referente al tratamiento doctrinario y legal dispensado al daño a la persona, el mismo que ha tenido especial resonancia fuera de sus fronteras. Corresponde a Jorge Mosset Iturraspe, entre otros juristas, el haber destacado este significativo acontecimiento dentro de la codificación comparada.⁶⁵

Los estudiosos del derecho comparado que han analizado el Código civil peruano de 1984 han reparado en aquello que amplios núcleos de juristas peruanos todavía no han percibido cabalmente. Nos referimos al hecho que este cuerpo legal es el primero a nivel de la codificación comparada que en su artículo 1985^o incorpora, sin limitación alguna, el deber de reparar el daño a la persona en toda su amplitud y manifestaciones. A partir de este acontecimiento, en algunos países - como es el caso de la Argentina, entre otros - se ha intensificado el estudio del daño a la persona por lo que se aprecia un notable incremento de la literatura jurídica que incide en el tema y resalta su trascendencia.⁶⁶

⁶⁴ Tunc A., *Le visage actuel de la responsabilité civile dans une perspective de droit comparé en “Dèveloppments rèceents du droit de la responsabilité civile”, Zurich, 1991, pág 21-40, citadio por Ricardo de Angel Yagüez.*

⁶⁵ Mosset Iturraspe, Jorge, *El valor de la vida humana, tercera edición actualizada, Santa Fe, 1991, pág. 327-328 y El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, Nº 1, 1992, pág. 22-23.*

⁶⁶ En la Argentina anotamos, entre otras, las siguientes publicaciones sobre el daño a la persona: Iribarne, Héctor Pedro, *De los daños a la persona, Buenos Aires, EDIAR, 1993; Pizarro, Ramón Daniel, Daño moral, Buenos Aires, Hammurabi, 1996; Zavala de González, .Matilde, Daños a las personas. Integridad sicofísica, 2a, Buenos Aires, Hammurabi, 1990: Zavala de González, Matilde, Resarcimiento de daños. Daños a las personas. (pérdida de la vida humana), 2b, Buenos Aires,*

Paralelamente, se observa como la jurisprudencia comparada atiende cada vez más ampliamente la exigencia de no dejar desamparado al ser humano víctima de un daño a su persona. Dentro de la escasa legislación comparada sobre la materia es del caso recordar que el artículo 2059º del Código civil italiano de 1942 prescribe que el daño no patrimonial - categoría en la que se incluye el daño a la persona carente de significación económica - debe ser reparado sólo en los casos taxativamente previstos por la ley. Al respecto, el artículo 185º del Código penal italiano de 1930 restringe el resarcimiento del daño no patrimonial a la preexistencia de un delito. Este ha sido el impresionante cerrojo legal que impidió en Italia, por años, la reparación, sin límite ni restricción alguna, del daño que se infiere nada menos que al ser humano. Esta misma situación se planteaba en otros Códigos, como era el caso del Código civil argentino de 1869 antes de la reforma del año 1968.

La rigidez del Código civil italiano en esta trascendente materia suscitó, con razón, el comentario adverso de un sector importante de la doctrina. Así, Bonilini sostiene que la restricción a la que está circunscrita la reparación del daño a la persona, "resuelve de una manera sorprendentemente rígida la cuestión del resarcimiento del daño a la persona y establece una fórmula sibilina nada satisfactoria".⁶⁷ Rescigno, por su parte, expresa su disconformidad con tan desacertada solución legislativa que, en su concepto, compromete y reduce gravemente la tutela de los intereses de la vida privada.⁶⁸

Hammurabi, 1991; Resarcimiento de daños. Daños a las personas. (Integridad espiritual y social). 2c, Buenos Aires, Hammurabi, 1994. Además de diversos artículos publicados en revistas cabe señalar que el primer número de la "Revista de Derecho Privado y Comunitario", (Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1992) está dedicado a tratar el tema "Daños a la persona". El N° 6 de la "Revista de Derecho de Daños", bajo el diminuto epígrafe de Daño moral se dedica al análisis de diversos aspectos del genérico daño a la persona, con especial énfasis en el daño emocional o daño moral (Rubinzal-Culzoni , Buenos Aites, 1999).

⁶⁷ Bonilini, Giovanni, *Il danno non patrimoniale*, Giuffré, Milano, 1983, pág. 30.

⁶⁸ Rescigno, Pietro, *Manuale del diritto privato italiano*, Nápoli, 1981, pág. 702.

Es de advertir que mediante el fallo N° 184 del año de 1986, la Corte Constitucional italiana, al absolver una consulta sobre la inconstitucionalidad del artículo 2059° del Código civil, resuelve pragmáticamente la absurda limitación contenida en este numeral. Para el efecto, la Corte Constitucional identifica daño “no patrimonial” con daño “moral” en sentido estricto. Es así que considera la noción de “daño moral” en forma restringida, es decir, sólo como dolor o sufrimiento (*pretium doloris*). En otros términos, como una determinada especie de daño que incide en la esfera sentimental o emocional de la persona. De este modo, mediante una solución del todo criticable desde el punto de vista teórico - ya que el daño “no patrimonial” no se agota en el simple daño moral - la Corte Constitucional facilitó el resarcimiento del daño a la persona, al que dicha sentencia alude como “daño biológico” en el sentido de una lesión a la salud, la misma que está protegida por el artículo 32° de la Constitución de 1947 72. Este numeral sirve como fundamento legal para resarcir el daño a la persona, con excepción del daño moral que queda confinado, como estádicho, dentro de los alcances del mencionado artículo 2059° del Código civil.

El Código alemán de 1900, en su artículo 253°, al igual que el Código italiano de 1942, permite la reparación del daño no patrimonial sujeto a precisas restricciones. Este Código, en efecto, admite la reparación del daño no patrimonial en dinero sólo en los casos específicamente determinados por la ley. El propio Código consigna algunos pocos casos en que es posible reclamar una indemnización por el daño a la persona.⁶⁹

El artículo 496° del Código civil del Portugal de 1967 limita también la reparación del daño a la persona a las situaciones calificadas expresamente

⁶⁹ Fernández Sessarego, Carlos. El daño a la persona en el Código civil peruano de 1984. en el volumen “Libro Homenaje a José León Barandiarán”, pág. 192 y sgts. y en Nuevas tendencias en el derecho de las personas,, pág. 287 y sgts. El Código alemán cita algunos específicos casos en sus arts. 343°, 847° y 1300°. Al respecto, cfr. Fernández Sessarego, Carlos, Nuevas tendencias en el derecho de las personas, pág. 286.

como "graves". No encontramos justificación a esta inexplicable limitación que, paradójicamente, no opera para el daño a las cosas del mundo donde se responde por culpa leve y se resarce cualquier daño por pequeño que sea. Obviamente, la apreciación de dicha gravedad corresponderá al juez en cada caso.

Como se observa de lo glosado en precedencia, las escasas y puntuales soluciones que propone la codificación comparada restringen, absurdamente, la reparación del "daño a la persona", la que debería concitar, por el contrario, la preferente atención del derecho en cuanto se trata de la protección del ser humano integralmente considerado. Las pocas y limitativas soluciones que nos ofrece dicha codificación comparada son, a nuestro entender, demostrativas de la prevalencia en lo jurídico de una mentalidad que privilegia el resarcimiento del daño a las cosas y objetos del mundo frente a la tutela integral del ser humano, aún en el caso que no sea propietario. Este planteamiento responde a una filosofía individualista-patrimonialista todavía presente en el derecho. No obstante, la concepción personalista de lo jurídico recibe, paulatinamente, un mayor número de adhesiones de parte de la doctrina por lo que abrigamos la esperanza que el proceso de revalorización de la persona se extienda y afiance en un futuro no lejano en todas las latitudes.

6. EL DAÑO A LA PERSONA EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984

Los comentaristas del Código civil peruano de 1984 advierten que éste, al adoptar una posición contraria a la soluciones eminentemente patrimonialistas en boga, introduce en el artículo 1985^o el deber de reparar el daño a la persona sin limitación alguna y con la mayor amplitud, hecho que, como se apunta, ha sido favorablemente comentado por los civilistas

extranjeros los que han señalado su importancia para el derecho contemporáneo.⁷⁰

El artículo 1985º del Código civil tiene el siguiente texto: “Artículo 1985º.- 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”

Tal como se desprende de la lectura del artículo 1985º, antes transcrito, la indemnización que en él se establece comprende las consecuencias que se generen de un daño a la persona. Esta indemnización, contrariamente a lo prescrito en los Códigos civiles de Alemania, Italia y Portugal, a los que nos hemos referido en el párrafo anterior y tal como lo hemos remarcado, no contiene ninguna limitación, por lo que la indemnización que se fije por el daño a la persona no se supedita, como lo prescriben los códigos civiles antes mencionados, ni al caso de un delito previamente cometido, ni a casos concretos señalados en la ley, ni a la gravedad del daño producido, respectivamente.

Como también se aprecia del texto del artículo 1985º, antes transcrito, la indemnización comprende, aparte del daño emergente y del lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral. Lamentablemente, no fue posible, por la estrechez del tiempo transcurrido entre la incorporación del daño a la persona en el artículo 1985º y la promulgación del Código, eliminar del texto de este numeral la alusión al “daño moral” que, como lo hemos señalado, en cuanto dolor o sufrimiento (*pretium doloris*) es un daño psíquico de carácter

⁷⁰ Carlos Fernández Sessarego, Apuntes sobre el daño a la persona, artículo publicado en el libro “La persona humana”, dirigido por Guillermo A. Borda, Editora “La Ley”, Buenos Aires, 2001 y en “Ius et Veritas, Edición Especial, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, noviembre del 2002.

emocional, por lo que está comprendido dentro de la genérica voz de “daño a la persona”.

En efecto, la inclusión del “daño a la persona”, que no aparecía en el proyectado texto del mencionado numeral, se produjo en la última y conclusiva sesión de la Comisión Revisora del Proyecto de Código civil del 3 de julio de 1984, convocada expresamente por el Ministro de Justicia de aquel entonces, doctor Max Arias Schreiber, para revisar y dar los ajustes finales de redacción al texto del Código. La ceremonia formal de promulgación de este instrumento legal se había fijado para días después, el 24 de julio del mismo año. Esta circunstancia, como está dicho, impidió plantear cualquier debate - que hubiera sido extemporáneo dada la índole de la reunión -, tendente a suprimir el daño “moral” del texto del artículo así como modificar el artículo 1984º dedicado a regular lo concerniente al daño moral con prescindencia del daño a la persona. Al no ser posible reabrir el discusión, lo más que se pudo obtener, y ello constituyó un gran logro, fue incorporar el daño a la persona entre aquellos daños cuyas consecuencias o perjuicios deberían ser indemnizados. Quedaba como proyecto a cristalizar en una próxima futura ocasión el perfeccionar sistemáticamente la materia contenida en los artículo 1984º y 1985º del Código civil vigente.

Cabe recordar que la Comisión Revisora, ante la cual se planteó la necesidad de incorporar el daño a la persona dentro del texto del Código civil, no aprobó, en primera instancia, la propuesta que se le sometía. Por ello, y tal como se apunta en el párrafo anterior, hubo que esperar una nueva y propicia ocasión para obtener, un 3 de julio de 1984, su inclusión dentro del Código. Las vicisitudes ocurridas en esta oportunidad, que permitieron extemporáneamente incorporar al Código el daño a la persona, están por nosotros narradas en un trabajo anterior al cual remitimos al lector curioso por obtener mayor información al respecto.⁷¹ Lo sucedido el 3 de julio de

⁷¹ Fernández Sessarego, Carlos, Nuevas tendencias en el derecho de las personas. pág. 270-271.

1984 pertenece a la historia interna del Código civil a la cual difícilmente accederán los historiadores del derecho que se ocupen de la materia.

No fue tarea fácil que se aceptase en el Perú de la primera mitad de la década los años ochenta los alcances del novedoso concepto de “daño a la persona”. La formación cerradamente individualista-patrimonialista a la que habíamos sido sometidos los juristas peruanos, impedía la rápida y fácil comprensión de la trascendencia y de la necesidad de proteger al ser humano de todo daño, tal como hasta ese momento sucedía en relación con las consecuencias de daños a las cosas. La aceptación de la figura del “daño a la persona” suponía sustituir la concepción individualista-patrimonialista por una concepción humanista del derecho. Esta situación, actualmente en trance de ser superada, fue la que motivó que, en un primer momento, juristas como José León Barandiarán, que se ocupaba de la responsabilidad civil, manifestara su perplejidad frente a la noción de daño a la persona.⁷² Ello es del todo explicable ya que hasta ese momento ningún jurista en el Perú se había referido a los alcances del concepto de “daño a la persona”, como tampoco había ocurrido hasta aquel entonces en otros muchos países del mundo y, hasta donde estamos informados, en ninguno otro de Latinoamérica. En realidad, por aquellos años empezaba a tratarse la materia en algunos pocos países de Europa.

En relación con la tardía incorporación del daño a la persona en el artículo 1985^o del Código civil, quedaron dos concretas tareas que enfrentar para cuando se presentase la oportunidad de revisar el Código civil de 1984 a fin de proponer, en esa ocasión, algunas enmiendas destinadas a perfeccionar y actualizar su texto. Estimamos que esa oportunidad puede haber llegado, ya que se encuentra en funciones, como es sabido, una Comisión creada

⁷² José León Barandiarán denota su perplejidad en el Tomo VI de la Exposición de Motivos del Código civil de 1984 dedicado a la responsabilidad civil extracontractual, mientras que Fernando de Trazegnies lo hace en Para leer el Código civil, Lima, 1984, pág. 231.

por el Congreso de la República para proponer, precisamente, las enmiendas necesarias al Código civil de 1984.

La primera de las dos antes mencionadas tareas pendientes es la de reformular el contenido del artículo 1984^o para sustituir el tratamiento del específico “daño moral”, que ahí aparece, por el del genérico “daño a la persona”. La segunda, se concreta a eliminar del nuevo texto del artículo 1985^o la referencia al “daño moral” en cuanto que, como se ha señalado, esta noción específica de daño emocional está incluida dentro de la genérica voz de “daño a la persona”. Sabemos que esta tarea no será nada fácil dada la fuerza de la tradición que tiende a confundir, como si fueran de la misma categoría, el genérico “daño a la persona” con el específico “daño moral”.

En el curso del proceso de revisión del texto del Código Civil de 1984 la Sub Comisión encargada de redactar el proyecto de articulado - aún inconcluso - sobre la parte correspondiente a la responsabilidad civil, de la que somos coordinadores, ha contemplado esta situación y ha acordado someter a la Comisión de Reforma, en su oportunidad, una propuesta para modificar, tal como lo venimos postulando, el contenido de los artículos 1984^o y 1985^o del Código civil. La Sub Comisión de la Comisión de Reforma del Código civil ha cumplido también, en primera instancia, con revisar, en el curso de 1997, el contenido del artículo 1985^o en referencia, habiendo acordado suprimir, por la razón expuesta en el párrafo anterior, el “daño moral” del nuevo numeral que lo sustituya. El texto del proyectado artículo 1985^o es el siguiente: “Artículo 1985^o.- “La reparación se calcula en consideración al valor del daño al momento de su determinación y comprende todas las consecuencias derivadas del acto u omisión generadoras del daño, incluyendo el daño emergente, el lucro cesante y el daño a la persona”. La mencionada Sub Comisión se apresta, así mismo, a reconsiderar el contenido del artículo 1984^o a fin de sustituir la específica noción de daño “moral” por la genérica y comprensiva de “daño a la persona”. Después de todo lo expresado sobre el tema referido al daño a la persona y el Código civil peruano de 1984,

podemos concluir que algunos aspectos de su tratamiento han sido materia de positivos comentarios a nivel de la doctrina comparada. Entre los diversos asuntos que se han destacado se ha remarcado, como tema central, la incorporación del daño a la persona en dicho cuerpo legal.

Lo importante de esta incorporación es, además y como se ha anotado, el que se facilita la indemnización del daño a la persona sin limitación alguna. También se ha centrado la atención de la doctrina, con acentos a veces polémicos, en el hecho que hayamos incidido con convicción, desde hace más de quince años, en la lógica y necesaria sistematización del llamado daño “moral”, para el efecto de considerarlo dentro de su concepción tradicional y restringida, es decir, como equivalente a dolor o sufrimiento. Esta posición apunta a evitar el sobredimensionar el concepto de “daño moral” con el propósito de incluir asistemáticamente dentro de él la múltiple y variada gama de daños a la persona que no son daños morales sino exquisitamente “jurídicos”. En su originaria concepción el daño moral, como hemos insistido, es tan sólo uno de los múltiples aspectos comprendidos dentro del genérico concepto de “daño a la persona”. El daño moral es un daño psíquico, de nivel emocional, que normalmente no constituye una psicopatía. De otro lado, la doctrina ha comentado también positivamente el desarrollo del “daño al proyecto de vida” como una de las expresiones más importante de lo que al daño a la persona se refiere. Los comentarios son muy auspiciosos frente a esta figura nacida en el Perú, la misma que va siendo paulatinamente recogida por la jurisprudencia comparada. Este hecho le otorga carta de ciudadanía pues se demuestra su posibilidad de aplicación a hechos de la vida ordinaria.

7. EL PROBLEMA EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO: LA INFORMALIDAD LEGISLATIVA Y SUS CONSECUENCIAS.

Es inútil intentar precisar cuándo comienza a hablarse de “daño a la persona” en la doctrina peruana. En los Códigos Civiles de 1852 y 1936,

como es obvio, y a menos que se incurra en un anacronismo, la expresión era ignorada. En el segundo de ellos (art. 1148), se establecía que “al fijar el Juez la indemnización, puede tomar en consideración el daño moral irrogado a la víctima”. El sistema en vigor era perfectamente afrancesado, si se quiere; en todo caso, lo importante es señalar que no hay ningún indicio que autorice a sostener que funcionara deficientemente.⁷³

En la Exposición de Motivos del Libro Quinto del Proyecto que devino el Código Civil de 1936, los legisladores dejaron escrito: “No es preciso [...] que el daño sea material o patrimonial. Puede tratarse de verdaderos detrimentos morales que se traducen en dolores o en menoscabos de ciertos bienes inmateriales. No nos han parecido bastantes las observaciones relativas al carácter pasajero de estas situaciones, ni las dificultades invocadas para relacionar los daños morales y las indemnizaciones. A través de estas y de otras observaciones, la institución se ha instalado en los Códigos modernos y tiene sus desarrollos en la jurisprudencia de los tribunales. La actitud prudente de nuestra formulación puede ser notada en el hecho de haberse atribuido al juez la facultad de influenciar la indemnización por el factor moral que hubiere intervenido. Por este medio la jurisprudencia estará habilitada a reparar o a satisfacer todos los intereses respetables. Habrán casos sin duda en los que la solución más indicada sea la de dar satisfacción a los sentimientos de la persona humana, o al perjuicio de ciertos aspectos de los bienes no materiales”.⁷⁴

Con respecto al Código Civil peruano vigente, la historia del “daño a la persona” consta en páginas que enaltecen a Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, en cuanto expresivas de un propósito de enmienda ante un error cometido. El excelso jurista sanmarquino relata: “Pocos días antes de

⁷³ La jurisprudencia citada por DE TRAZEGNIES, La responsabilidad extracontractual, cit., t. II, pp. 99 y ss., permitiría postular lo contrario.

⁷⁴ Estas expresiones figuran en la Exposición de Motivos del Libro Quinto del Proyecto de Código Civil, publicada por Gil S.A. Editores, de Lima, fechada el 8 de octubre de 1936.

la promulgación del Código, fijada para el 24 de junio de 1984, se celebró con fecha 3 del mismo mes en el despacho del ministro de Justicia de aquel entonces, profesor Max ARIAS SCHREIBER, una reunión de coordinación con los integrantes de la Comisión Revisora, con la finalidad de dar los últimos retoques al ya aprobado Proyecto de Código.

A esta reunión fuimos invitados por el ministro junto con algunos pocos otros miembros de la Comisión Reformadora. Fue en aquella reunión del 3 de julio de 1984 –es decir, 21 días antes de la promulgación del Código– que se logró introducir en el artículo 1985 el daño a la persona al lado del daño emergente, del lucro cesante y del daño moral que aparecían en este numeral. No se pudo lograr lo más: eliminar del texto de este artículo, por repetitiva, la voz daño moral. Era peligroso insistir en este sentido, ya que se corría el riesgo de reabrir un debate que podría haber concluido con la confirmación del acuerdo adoptado en precedencia por la Comisión Revisora. Es decir, la no inclusión del daño a la persona. Preferimos, ante esta eventualidad y con sentido común lo bueno en lugar de lo óptimo”.⁷⁵

Desde ya, apuntaré que lo repetitivo fue más bien incluir el daño a la persona; y que me parece discutible aquello del “sentido común”. Los primeros trabajos del profesor FERNÁNDEZ SESSAREGO sobre este tema– al menos los que tengo a la vista– son contemporáneos a la promulgación del Código Civil de 1984. Hay referencias en materia en su exposición de motivos al primer libro del Código, dedicado al derecho de las personas, que se suele reconocer a su invención. Allí la afirmación del daño a la persona como institución autónoma y eje de toda la normativa no es tan palpable, ni tan combativa. De hecho, hay más referencias al daño no patrimonial que al daño a la persona, e incluso a cierto híbrido: “el daño no patrimonial a la persona”. Anota, por ejemplo: “Sea cual fuere la denominación que se

⁷⁵ C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *El daño al proyecto de vida*, cit., pp. 63-64. La triste anécdota, que refleja la informalidad de la redacción de la más importante de nuestras normas civiles, es confirmada por C. CÁRDENAS QUIRÓS, *Apuntes sobre el denominado daño a la persona*, cit., p. 117.

adopte, lo importante es verificar que bajo todas y cada una de tales expresiones se aloja un mismo único concepto: el daño a la persona de carácter no patrimonial. Es decir, aquel que por lesionar un bien inmaterial, no cuantificable en dinero, no puede ser reparado mediante una suma objetivamente determinable. El daño no patrimonial es el que lesiona a la persona en sí misma, estimada como un valor espiritual, psicológico, inmaterial”.⁷⁶

Parece ser que, posteriormente, el autor citado se preocupa por dar contenido a la doctrina que predica. Se interesa por la historia del daño moral, y analiza comparativamente, entre otros, los sistemas de Francia, Alemania e Italia.⁷⁷ Las referencias sobre los dos primeros ordenamientos es más bien escasa; en cambio, demuestra un buen conocimiento de las tesis italianas en boga. En uno de sus primeros estudios, tales referencias son expuestas en un subcapítulo titulado El creciente desarrollo en Italia de la teoría del daño a la persona y su formulación legislativa, que es, en realidad, la historia de la evolución del daño no patrimonial, la cual confirma el papel central de la clasificación alemana en el sistema italiano.

⁷⁶ C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Derecho de las personas, en D. REVOREDO (compiladora), Código Civil, vol. IV, Exposición de motivos y comentarios, reimpresión, Lima, s.e., 1988, p. 91.

⁷⁷ C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, El daño a la persona en el Código Civil de 1984, *passim*, especialmente, pp. 189 y ss., y mucho más ampliamente en ID., Precisiones preliminares en torno del daño a la persona, cit., pp. 195 y ss. Esta preferencia es verosímilmente atribuible a la estadía del citado autor en Italia, de la que da cuenta en su Prólogo a J. LEÓN BARANDIARÁN, Tratado de derecho civil, t. I, Título preliminar y derecho de las personas, Lima, WG Editor, 1991, p. xxviii. En Precisiones preliminares sobre el daño a la persona, cit., p. 188, anota: “Cabe señalar que Italia es uno de los países donde, probablemente se ha discutido más extensamente el tema del daño a la persona y donde se han efectuado importantes aportes tanto doctrinarios como jurisprudenciales en lo que al tema se refiere. Es por esta razón que nos referiremos, preferentemente a su trabajosa elaboración, a su evolución, a sus hallazgos y aciertos y, lo que es digno de acotar, a la superación de trabas legislativas impuestas por el famoso y discutido artículo 2059 del Código Civil que impedía su debida y amplia reparación”.

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

Repetidamente, se percibe un empleo de la expresión “daño a la persona” todas las veces en que los autores italianos habrían escrito “daño no patrimonial”. Veamos un ejemplo: FERNÁNDEZ SESSAREGO escribe: “Consideramos atinada la posición adoptada por la jurisprudencia genovesa ya que, al nivel histórico en que nos hallamos, resulta incomprensible que se justifique jurídicamente una norma que limite la reparación del daño a la persona de carácter no patrimonial, a sólo los específicos casos previstos por ley”.⁷⁸

Como ya he señalado, lo que se limita en la norma italiana es la reparación del daño no patrimonial en general (no “del daño a la persona de carácter no patrimonial”). O estos, llamémoslos así, espejismos: “El Código consagra la posibilidad de reparar el daño moral, entendido como sinónimo de daño a la persona, producido como consecuencia de la inexecución de las obligaciones”.⁷⁹

“No obstante la imposibilidad de precisar en términos económicos las consecuencias del daño a la persona, estimamos que ningún ser pensante, que considera a la persona como un valor en sí misma, como un fin supremo a cuyo servicio se encuentran la sociedad y el Estado, puede oponerse a la justa reparación del daño no patrimonial a la persona pretextando la

⁷⁸ C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, El daño a la persona en el Código Civil de 1984, cit., p. 194.

⁷⁹ C. FERNÁNDEZ SESSAREGO y C. CÁRDENAS QUIRÓS, Estudio preliminar comparativo de algunos aspectos del Código Civil peruano de 1984 en relación con el Código Civil italiano de 1942, en AA.VV., El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano, cit., pp. 132-133.

imposibilidad de encontrar su equivalente pecuniario”.⁸⁰ “Podrán o no incluirse en el futuro otros derechos de la persona en la Constitución o en el Código Civil peruano, pero los principios cardinales sintetizados en la tutela integral, preventiva y unitaria de la persona seguirán vigentes, inspirando a los constituyentes y codificadores del mañana. La historia rescatará como nota positiva de tales cuerpos legales, antes que sus bondades técnicas, su vocación personalista, su empeño en proclamar y concretar a través de sus textos, con las limitaciones del caso, la primacía que se le otorga a la persona humana”.⁸¹

Más allá de tales pinceladas –conscientes, o tal vez no–, predispuestas para promocionar el “daño a la persona”, lo más censurable es la pretensión, que yo juzgo absurda y carente de sustento, de diseñar un fundamento filosófico para la categoría cuestionada. Leo, por ejemplo, que el desplazamiento del eje del derecho, de los derechos patrimoniales a los de la persona “ocurre recién cuando al influjo del humanismo, se logra comprender por los juristas más lúcidos y no comprometidos con los sistemas de poder dominantes en el mundo, que el hombre no puede ser sólo apreciado unidimensionalmente como un ente capaz de producir renta. La existencia humana es más rica y trascendente, por lo que se resiste a ser aprehendida como totalidad y experiencia de libertad a partir sólo de una visión puramente economicista, no obstante la innegable preponderancia que ella puede tener en ciertas circunstancias del devenir de la vida humana tanto personal como social”,⁸² o que “es al ser humano, consistente en una unidad psicosomática sustentada en la libertad, al que el derecho protege contra todo tipo de daños que lo afecten en cualesquiera de sus múltiples y ricas facetas. Como se advierte de todo lo que hasta aquí expuesto, hubo que tomar conciencia de lo que significaba el ser humano, comprendiendo su intrínseca dignidad de ser libre, para que se desarrollara, en lenta pero segura evolución, la

⁸⁰ C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, El daño a la persona en el Código Civil de 1984, cit., p. 196.

⁸¹ C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Protección jurídica de la persona, cit., p. 96.

⁸² *Ibíd.*, p. 182.

materia que nos ocupa, es decir, la relativa a su protección preventiva, unitaria e integral frente a los daños que lo acechan en la era tecnológica”,⁸³ o que “en la última década se ha incrementado notablemente la literatura sobre el ser humano en cuanto sujeto de derecho y, más precisamente, sobre el denominado «daño a la persona». Ello delata la influencia del personalismo o humanismo en el pensamiento jurídico, lo que proviene de las formulaciones o propuestas de la filosofía de la existencia”.⁸⁴

Como también he explicado, nada, absolutamente nada, de esa presunta evolución filosófica tiene que ver con el daño a la persona. Reitero que los juristas que han utilizado esta categoría en Italia lo han hecho con puros fines descriptivos, de la misma manera que se habla de “daño ecológico” o de “daño ambiental”. Yo podría añadir cualquier término al vocablo “daño”, y no crearía ninguna categoría fundamental en el plano sistemático: daño a los inmuebles, daño automovilístico, daño a los familiares; me estaría limitando a identificar supuestos, tal cual se hace cuando se habla de responsabilidad de los médicos, de la Administración pública, de los jueces, o cuando se habla, ridículamente, de “derecho genético”. Por lo demás, cuando de verdad se presentó la necesidad de hacer referencia a una nueva categoría, en Italia se ha preferido un concepto médico-legal y no jurídico: el “daño biológico”.⁸⁵

Otro de los motivos por los que no es fiable esta tramoya, es porque trata de hacer creer que ha existido un debate, del cual habría salido victoriosa la categoría del daño a la persona. Esa polémica, que habría sido muy útil, jamás se ha producido. El profesor FERNÁNDEZ SESSAREGO insiste en que el derecho privado ha sido objeto de una despatrimonialización,⁸⁶ en pro

⁸³ C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Precisiones preliminares sobre el daño a la persona, cit., pp. 183-184.

⁸⁴ C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, El daño al proyecto de vida, cit., p. 55.

⁸⁵ La observación es de F. D. BUSNELLI, Danno biologico e danno a la salute, en Tutela della salute e diritto privato, p. 8. La cita es de P. G. MONATERI, La responsabilità civile, cit., p. 477.

⁸⁶ C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Protección jurídica de la persona, cit., pp. 41 y ss.

de una visión personalista, digna de todos los elogios; y ello ya le ha valido un mentís de un autor de la talla de Pietro RESCIGNO, quien en algún congreso académico hubo de afirmar que “los derechos de la personalidad, en la acepción propia del derecho privado, presuponen relaciones interindividuales y nacen de conflictos de intereses en donde prevalecen –lo que no es menospreciable ni siquiera en un planteamiento «personalista»– implicancias de carácter patrimonial. El derecho privado se mantiene, en cierta medida, ligado a la dimensión del patrimonio individual, y en la apreciación de las actividades, del peligro que ellas puedan representar y del daño que puedan determinar, no logra prescindir de tal aspecto”.⁸⁷ En la mayor parte de su obra no hay referencias a las críticas expuestas por DE TRAZEGNIES.⁸⁸ Solamente ha prestado atención a una denuncia de José LEÓN BARANDIARÁN, y ha acogido una sugerencia de Carlos CÁRDENAS QUIRÓS. El primero de estos autores tuvo oportunidad de manifestar su perplejidad –para muchos sacrosanta– frente a la inclusión de la voz “daño a la persona” en el art. 1985 de nuestro Código Civil,⁸⁹ el profesor CÁRDENAS QUIRÓS admite explícitamente el apócrifo discurso sobre el trasfondo filosófico de la categoría, la presunta perspectiva humanista, y contribuye a su desarrollo, con la propuesta de la denominación “daño subjetivo”.⁹⁰

⁸⁷ P. RESCIGNO, Intervención en el panel de comentaristas de las ponencias sobre “El derecho de las personas” en el Código Civil peruano, en AA.VV., El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano, cit., p. 243.

⁸⁸ Escuetamente, se intenta alguna réplica en El daño a la persona en el Código Civil de 1984, pp. 212, 214-215.

⁸⁹ J. LEÓN BARANDIARÁN, Responsabilidad extracontractual, en D. REVOREDO (compiladora), Código Civil, cit., Exposición de motivos y comentarios, vol. VI, p. 807: “El mismo artículo [1985] habla de daño moral, pero el asunto se trata en el artículo 1984. No se explica por qué en el artículo 1985 se habla usándose el giro de «el daño a la persona»”.

⁹⁰ C. CÁRDENAS QUIRÓS, Apuntes sobre el denominado daño a la persona, cit., pp. 111-112, 117 y ss. La denominación ha sido acogida por J. ESPINOZA ESPINOZA, Derecho de las personas, cit., p. 274; ID., Derecho de la responsabilidad civil, cit., p. 160, quien pretende desarrollarla aun más, con la propuesta de la locución “daño objetivo”. Pero a esta última ya había hecho referencia C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Protección jurídica de la persona, cit., p. 152.

Uno de los autores italianos más citados, y tergiversados, en la artificiosa argumentación filosófica que se critica es Francesco Donato BUSNELLI.⁹¹ Pues bien, el profesor de la Escuela Superior “Santa Ana” de Pisa fija claramente su posición en los siguientes fragmentos: “El primado de los daños a la persona, el nuevo eje de tales daños, constituido por los «daños a la persona en sentido estricto», y el lugar central que ocupa esta nueva categoría la figura del daño a la salud, son el resultado de una doble «revolución», que no es peculiar de la experiencia italiana, sino que encuentra elementos de significativa concordancia, con particular referencia a los daños a la salud, en documentos internacionales y en tendencias legislativas, doctrinarias y jurisprudenciales maduradas en ambientes con tradiciones jurídicas muy diversas”.⁹² Esta “doble revolución” consistiría, por

⁹¹ Véanse, si no, las páginas, nada originales y colmadas de erratas, de Gustavo ORDOQUI CASTILLA, Pautas y criterios para la evaluación judicial del daño a la persona, en Diez años del Código Civil peruano: Balance y perspectivas. Ponencias presentadas en el Congreso Internacional organizado por el Centro de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, del 12 al 16 de septiembre de 1994. Lima, WG Ed., 1995, t. II, pp. 411 y ss. Este autor uruguayo mezcla las citadas opiniones de BUSNELLI, que asimila íntegramente, con elementos de su propia invención (p. 414): “la persona debe ser protegida no sólo por lo que tiene, y puede obtener, sino por lo que es, y en la integridad de su proyección debe jerarquizarse la esfera espiritual, biológica y social del hombre, sin dejar de tener en cuenta que los bienes materiales son necesarios para preservar su dignidad”. Como si fuera poco, se reproduce un juicio de Guido GENTILE, sin citarlo, (p. 438): “La valorización del daño a la persona constituye sin lugar a dudas el tema más importante y grave dentro del denominado Derecho de Daños”.

⁹² F. D. BUSNELLI, Problemi di inquadramento sistematico del danno alla persona, en “Rivista Critica del Diritto Privato”, año V, núm. 1, Nápoles, 1987, p. 30. Una versión resumida de este importante ensayo fue presentada como ponencia (La tutela civil de la persona humana: Una comparación entre el Código argentino de Vélez y el nuevo Código Civil peruano) al Congreso Tendencias actuales y perspectivas del derecho privado y el sistema jurídico latinoamericano, celebrado en Lima del 5 al 7 de septiembre de 1988, cuyas actas fueron publicadas por Cultural Cuzco Editores en 1990. En su ponencia citada (p. 51), el profesor BUSNELLI destaca, con justicia: “El artículo 17 [del Código Civil peruano de 1984] a pesar que en su formulación definitiva ha perdido parte de aquella fuerza innovativa que Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO le había impreso en el proyecto preliminar, permanece todavía como una norma importante. Es, según me consta, la primera vez que un código

un lado, en “la superación de la relación entre daño al patrimonio (entendido como «suma de propiedades») y daño a la persona: una relación que por largo tiempo ha estado caracterizada por el seguro primado de la primera figura de daño, en la que había venido modelando el más conocido (y hasta ahora seguido) criterio de valorización del daño, que parte de la decimonónica *differenz theorie*. El paso de la llamada economía estática a la llamada economía dinámica, y sobre todo, la intensificación de las ocasiones de daño a la persona en la Sociedad industrial han acentuado la frecuencia y la gravedad de esta última figura de daño [...]; por otro lado, hay una “segunda «revolución» se encuentra en curso de desarrollo, al interior del concepto mismo de daño a la persona. Para Guido GENTILE, esta figura se resolvía esencialmente en la «pérdida económica que deriva para el lesionado de una determinada modificación negativa de su capacidad de trabajo», de modo tal que «el ingreso es el parámetro del daño a la persona». Hoy la referencia, cada vez más insistente y compartida, al «daño a la salud» (o «daño biológico») y al daño a la identidad personal es válida para trasladar el «eje» del problema de un daño parametrado según el ingreso a un daño referido al «valor ser humano» en su concreta dimensión: valor que no es asimilable a la sola aptitud para producir riqueza, sino que se liga a la suma de las funciones naturales (las cuales tienen relevancia biológica, social, cultural y estética, en relación con las distintas variables ambientales en las que se desenvuelve la vida, y no sólo a la económica) concernientes al sujeto”.⁹³

otorga un alcance general a la acción inhibitoria en el cuadro de la tutela de los derechos de la personalidad, modificando la tradición codificadora –a la cual se uniforma también el vigente Código civil italiano– que concibe dicha acción como remedio ocasional y no siempre referido a la tutela de la persona”. Estas consideraciones tienen que ver con el esquema original de protección de la persona que FERNÁNDEZ SESSAREGO proyectó cuando fue integrante de la Comisión Reformadora del Código Civil peruano de 1936, lamentablemente alterado en las revisiones previas a la aprobación del texto final.

⁹³ Ibid., pp. 28-29. El último enunciado citado corresponde a la sentencia de la Corte de Casación italiana núm. 2396 del 6 de abril de 1983, y no tiene nada que ver con ninguna evolución de pensamiento filosófico.

Como se aprecia, BUSNELLI se limita a constatar un hecho: la importancia cobrada por la cuestión de los daños a la persona en las reflexiones de la doctrina y la jurisprudencia. Ello es bien distinto de defender una falsa visión histórica o de pretender imponer una terminología en el medio italiano. Por si existieran dudas, BUSNELLI concluye que el sistema italiano de resarcimiento de los daños a la persona en sentido estricto se organiza en dos modelos: el de “los daños patrimoniales (que constituye la categoría general de daños contemplada, sin límites, en el art. 2043, y resultante de una revisión de los tradicionales esquemas restrictivos de la patrimonialidad) y el modelo de los daños no patrimoniales (que constituye una categoría especial de daños, dominada por el principio de tipicidad contenido en el art. 2059 e influenciada por la vinculación de dicha norma con el art. 185 código penal, que conduce a identificar la figura principal, pero no necesariamente exclusiva, de dichos daños en los daños morales subjetivos”.⁹⁴

Como se aprecia, el autor citado no pierde de vista la clasificación que, para bien o para mal, ha sido adoptada por el legislador italiano de 1942. Con mucha mayor autoridad que la mía, se ha destacado que es innecesario crear una especie adicional de daño, denominada “daño a la persona”: “En Derecho, las categorías son fundamentalmente operativas; se justifican en la medida en que establecen distinciones entre derechos y obligaciones. Pero la categoría «daños a la persona» no parece conllevar derechos u obligaciones diferentes a las que usualmente se atribuía a la categoría «daño moral» (en el sentido más puro del término, habiendo excluido de este concepto al daño patrimonial vago o impreciso)”.⁹⁵

La consecuencia de la informalidad legislativa que devino en la inclusión accidentada, y por lo mismo reversible, del “daño a la persona” en el Código Civil peruano es que tenemos un sistema con tres tipos de daño: el de nuestra cláusula normativa general (art. 1969: “Aquel que por dolo o culpa

⁹⁴ Ibid., p. 42.

⁹⁵ F. DE TRAZEGNIES GRANDA, La responsabilidad extracontractual, cit., t. II, p. 110.

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

8. LA INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS

El daño es todo detrimento que sufre una persona por la inejecución de la obligación. El daño, para ser reparado, debe ser cierto; no eventual o hipotético. Daño es sinónimo de perjuicio. Así lo establece la mayoría de las legislaciones modernas y el Código Civil Peruano.⁹⁶ Ambas palabras, sin embargo, tuvieron en su origen un significado distinto.

El daño de la ley Aquilia era el ataque a la integridad de una cosa y, aunque no hubiera perjuicio, estaba sancionado. El Código Civil Mexicano distingue, como regla excepcional en relación con las otras legislaciones, los conceptos de daño y de perjuicio. Aunque sus acepciones son distintas a las del derecho romano. El artículo 2108 del Código Civil Mexicano establece que se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación"; y el artículo 2109 del mismo Código prescribe que "se reputa perjuicio la privación de cualquier ganancia ilícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación". La distinción mexicana corresponde pues a los conceptos de daño emergente y de lucro cesante.⁹⁷

⁹⁶ Artículos 1317, 1321 y 1331 del Código Civil

⁹⁷ Felipe Osterling Parodi, La indemnización de daños y perjuicios, pág 399

a. Cuándo procede el pago de la indemnización de daños y perjuicios.⁹⁸

Para que haya un daño contractual resarcible no basta que se incumpla la obligación y que el incumplimiento sea imputable al deudor. Es necesario, además, que el incumplimiento produzca un perjuicio. Toda reclamación de daños y perjuicios, aunque se funde en un derecho inobjetable a exigirlos, requiere la prueba de su existencia. Para declarar la responsabilidad no basta comprobar judicialmente la infracción de la obligación; es preciso demostrar la existencia de los daños y perjuicios. A este respecto, establece el artículo 1331 del Código Civil que "la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso".

Por ello, el incumplimiento de un contrato no origina necesariamente el derecho a una indemnización. Tiene que haber un daño. La responsabilidad civil, a diferencia de la responsabilidad penal, no es punitiva. Así, si el deudor incumple su obligación por dolo o por culpa y el acreedor no sufre daño alguno, entonces no hay lugar a la indemnización; por ejemplo, cuando el mandatario no adquiere las acciones que le encomendó comprar su mandante y éstas bajan de valor en el mercado, siendo posible obtenerlas, por un precio inferior.

El principio general admite, sin embargo, excepciones. Las excepciones más frecuentes se presentan en las obligaciones con cláusula penal y en las obligaciones de dar sumas de dinero. Cuando se ha estipulado la obligación con cláusula penal, el acreedor, al menos teóricamente, no tiene que probar el monto de los daños y perjuicios que le ha irrogado el incumplimiento (artículo 1343 del Código Civil). Pero en la legislación peruana deberá hacerlo, cuando el deudor solicita la reducción de la pena, en el caso

⁹⁸ Felipe Osterling Parodi, La indemnización de daños y perjuicios, pág 400

previsto por el artículo 1346 del Código Civil. Esta regla autoriza al juez, a solicitud del deudor, a reducir equitativamente la pena cuando es manifiestamente excesiva, y ello obliga a 'que usualmente ambas partes, tanto el acreedor como el deudor, se pronuncien sobre el monto de los daños y perjuicios. El primero, el acreedor, tratando de demostrar su existencia y su cuantía para evitar que sea reducida la cláusula penal. El segundo, el deudor, tratando de probar su inexistencia, para obtener la reducción. Y es lógico que así sea; si no, cómo podría el juez decidir, prima facie, que la pena es manifiestamente excesiva, desconociendo los daños y perjuicios que causa la inejecución.

Anotamos, sin embargo, que en estos casos el juez está facultado a reducir equitativamente la pena, pero que no está ni obligado ni facultado para suprimirla. La indemnización pactada por la cláusula penal aunque en algunos casos pueda convertirse en simbólica, siempre subsiste. En las obligaciones de dar sumas de dinero sucede algo similar respecto a la prueba de los daños y perjuicios. Cuando no existe pacto entre las partes, la demora en entregar una suma de dinero se repara con el interés legal; aquí el acreedor no tiene que probar la existencia o el monto de los daños y perjuicios. Así lo establece el artículo 1324 del Código Civil.

Igual solución prevalece cuando las partes han estipulado un interés convencional moratoria, dentro de los límites autorizados por el legislador, para los mismos casos de demora en la entrega de una suma de dinero. Aquí el acreedor tampoco tendrá que probar la existencia o cuantía de los daños y perjuicios (artículo 1324 del Código Civil). En otros casos la regla es distinta en cuanto a la determinación de los daños y perjuicios: cuando el legislador ha fijado un límite al monto de la indemnización, el acreedor no tendrá el derecho de exigir la reparación sino hasta ese límite. En estos supuestos, si bien subsiste para el acreedor la obligación de probar los daños y perjuicios sufridos, su cuantía está limitada por la ley, por ejemplo el artículo 1719 del Código Civil.

b. En qué consiste la indemnización de daños y perjuicios y cómo se abona.⁹⁹

La indemnización de daños y perjuicios en el Código Civil Peruano siempre se traduce en el pago de una suma de dinero, pues es el dinero el denominador común de cualquier valor económico. Advertimos, sin embargo, que esta solución no se acepta unánimemente, pues algunos tratadistas piensan que puede condenarse, a veces, a reparaciones más adecuadas al perjuicio causado.¹⁰⁰ Además, la indemnización de daños y perjuicios, como equivalente, es concedida por el Código Civil Peruano sólo en la forma de un capital y no de una renta vitalicia, como sucede, en algunos casos, en la legislación francesa. El juez no tiene en el Perú la libertad para ordenar el pago de la reparación más apta.

La regla de que la indemnización siempre se traduce en el pago de una suma de dinero tiene una excepción: en el caso de la cláusula penal es posible que el acreedor y el deudor estipulen que por la inexecución, mora o violación de un pacto determinado, la reparación esté constituida por una prestación distinta al dinero. La reparación, en estos casos, puede consistir en cualquier obligación de dar o en una obligación de hacer o de no hacer.

c. Cómo se determinan los daños y perjuicios.¹⁰¹

El problema de los daños y perjuicios por la inexecución de las obligaciones emanadas del contrato conduce a decidir si ellos deben determinarse según el día en que se produjo la inexecución o según el día en que se dicta la sentencia condenatoria. El tema es de singular importancia, pues estando constituida la indemnización generalmente por una suma de dinero, ella

⁹⁹ Felipe Osterling Parodi, La indemnización de daños y perjuicios, pág 401

¹⁰⁰ Planiol y Ripert, Tratado práctico de Derecho Civil francés, tomo VII, Las Obligaciones (segunda parte), No. 822, p. 133.

¹⁰¹ Felipe Osterling Parodi, La indemnización de daños y perjuicios, pág 402

puede ser insuficiente, si se calcula su cuantía al día en que se produjo el daño, para reparar los perjuicios el día de la sentencia. El problema está vinculado a la devaluación monetaria y alza de los materiales, mano de obra y, en general, de los bienes objeto de la obligación. La indemnización, en nuestro concepto, debe ser igual al valor del perjuicio en el día en que se dicte la sentencia condenatoria: ella debe permitir que el acreedor, sin desembolsos adicionales, reponga las cosas al estado en que debían encontrarse de haberse cumplido la obligación. De lo contrario no se resarciría íntegramente el daño.

Y no se diga que el mayor valor de los materiales y mano de obra obedece a la devaluación monetaria. No puede aducirse que el aumento del perjuicio no es causado por la culpa del responsable, sino por la baja del poder adquisitivo de la moneda. El deudor que incumplió su obligación pudo proveerse, en la época del incumplimiento, usando la moneda más sólida que no entregó a su acreedor, de bienes que, justamente por la devaluación, han aumentado de valor. La indemnización, si apreciamos pecuniariamente el monto de los perjuicios al día del incumplimiento y no del pago, conduciría a permitir que el deudor, aquel que no ejecutó la obligación por dolo o por culpa, se enriqueciera a costa del acreedor, que sólo ejercitó un legítimo derecho: exigir en su oportunidad el cumplimiento de una obligación válidamente contraída. Carece de sustento, por último, la argumentación de que el perjuicio resultante de la devaluación monetaria ordinaria es imprevisible. En primer término porque la devaluación monetaria es un fenómeno generalizado y, por tanto perfectamente previsible. Y en segundo lugar, porque si el deudor hubiera indemnizado de inmediato al acreedor, sin esperar la expedición de una sentencia condenatoria, no habría sufrido esos efectos.

d. Daño emergente y lucro cesante.¹⁰²

¹⁰² Felipe Osterling Parodi, La indemnización de daños y perjuicios, pág 403

La indemnización, para ser completa, debe comprender todo lo necesario a fin de colocar al acreedor en la misma situación jurídica en que se encontraría si la obligación hubiese sido cumplida. Por eso, el acreedor tiene el derecho de exigir las pérdidas sufridas y las utilidades frustradas. Las pérdidas que sufre el acreedor como consecuencia de la inexecución de la obligación corresponden al daño emergente y las utilidades que deja de percibir, con motivo de la misma inexecución, corresponden al lucro cesante. El daño emergente es el empobrecimiento del patrimonio del acreedor. El lucro cesante corresponde al legítimo enriquecimiento que se frustró (artículo 1321 del Código Civil). Planteemos como ejemplo el caso del constructor que no ejecuta la obra que se le encomendó. En este supuesto, el constructor responde por el mayor valor de la mano de obra, material y honorario (daño emergente) y por las ganancias frustradas por no haber concluido la obra en el plazo estipulado (lucro cesante).

La doctrina¹⁰³ cita con frecuencia el caso de un contrato celebrado entre un empresario de conciertos y un artista de fama, para dar un concierto en una fecha determinada: si el artista no cumple lo convenido, la obligación de pagar daños e intereses comprenderá los dos elementos siguientes: 1) los gastos hechos por el empresario, por ejemplo: gastos de publicación y anuncio del concierto, alquiler y arreglo del local, etc., todos los cuales implican una disminución de su patrimonio y, por consiguiente, pérdidas sufridas por él (*damnum emergens*); 2) las utilidades que hubiera podido obtener por la venta de localidades (*lucrum cessans*)".

La prueba del daño emergente es relativamente sencilla. La prueba del lucro cesante es más compleja. El lucro cesante no puede acreditarse generalmente en forma directa. Entonces, cuando la ganancia podía esperarse con probabilidad, debe suponerse que esa ganancia se hubiera

¹⁰³ Jossierand, Derecho Civil, tomo 11, vol. 1, Teoría general de las obligaciones, 1959, No. 626, p. 507; Satvat, Tratado de Derecho Civil Argentino, Obligaciones en General, 1, 1952, No. 81, p. 95; Alessandri y Somarriva, Curso de Derecho Civil, tomo 111, De las Obligaciones, 1941 No. 359, p. 216.

hecho, ya que todo hombre común suele hacerla. Por eso el lucro cesante es aquello que según las circunstancias pudiera haberse esperado con probabilidad.

e. Daños compensatorios y moratorias.¹⁰⁴

Los daños y perjuicios revisten dos formas: compensatorios y moratorias. En rigor ambos, los daños y perjuicios moratorias y los daños y perjuicios compensatorios, son compensatorios, pues los primeros, simplemente, están destinados a resarcir el retraso que se produce en el cumplimiento de la obligación. Pero, por comodidad de expresión, se utilizan ambas palabras.

Los daños y perjuicios compensatorios son los que se acuerdan al acreedor por la inejecución de la obligación. Se trata de una ejecución por equivalente; los daños y perjuicios entran en lugar de la prestación prometida y compensan la falta de cumplimiento.

Los daños y perjuicios moratorias son los que el deudor está obligado a abonar al acreedor por el retraso en el cumplimiento de la obligación. Después de algún retardo el deudor ejecuta su obligación; pero debe indemnizar al acreedor por este retardo. Los daños y perjuicios compensatorios y moratorias se rigen por las mismas reglas. Sin embargo, para que el acreedor exija daños y perjuicios moratorias es siempre necesario que el deudor sea constituido en mora, salvo las excepciones previstas por la ley; mientras que para exigir daños y perjuicios compensatorios no siempre es necesaria la constitución en mora del deudor y generalmente los determina el juez, soberanamente, en razón de los perjuicios sufridos por el acreedor.

Por ejemplo, para exigir daños y perjuicios moratorias en las obligaciones de dar sumas de dinero es necesario, salvo que la ley, el pacto o la naturaleza y

¹⁰⁴ Felipe Osterling Parodi, La indemnización de daños y perjuicios, pág 404

circunstancias de la obligación indiquen lo contrario, que el deudor sea constituido en mora. Para exigir el pago de daños y perjuicios compensatorios siempre se requiere la constitución en mora del deudor. Así, si el deudor se obliga a no actuar en un teatro y lo hace, la obligación ya habría sido infringida y el acreedor, simplemente, tendría el derecho de exigir el pago de daños y perjuicios compensatorios. Advertimos, por último, que los daños y perjuicios moratorias se exigen siempre conjuntamente con la ejecución directa, en especie, de la prestación, mientras que los daños y perjuicios compensatorios son incompatibles con la ejecución en especie, pues importarían un doble pago.

f. Daños patrimoniales y morales.¹⁰⁵

Daño moral es el daño no patrimonial; es el inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afección que de la realidad económica. Son, en cuanto a la naturaleza del derecho vulnerado, aquellos que recaen sobre bienes inmateriales, tales como los que lesionan los derechos de la personalidad, y también los que recaen sobre bienes inmateriales, pero que independientemente del daño moral originan, además, un daño material. Y en cuanto a sus efectos son susceptibles de producir una pérdida pecuniaria, o son morales "strictu sensu", cuando el daño se refiere a lo estrictamente espiritual.

Las contradicciones de los textos romanos no permiten expresar con claridad si se permitía o no la reparación del daño moral. Sin embargo, los tribunales franceses hoy admiten la reparación del daño moral, contractual o extracontractual, interpretando el artículo 1382 del Código Napoleón que se refiere únicamente al daño, sin distinción de ninguna clase. La misma doctrina inspira a los tribunales belgas por la interpretación de un texto idéntico al artículo 1382 del Código francés.

¹⁰⁵ Felipe Osterling Parodi, La indemnización de daños y perjuicios, pág 405

El Código Civil Alemán (artículo 823, primer párrafo), el Código Suizo de las Obligaciones de 1911 (artículo 99), el Código Civil Brasileño (artículo 76) y el Código Helénico (artículo 299), también permiten la reparación del daño moral en las relaciones contractuales y extracontractuales. El Código Civil Italiano de 1942 limita el principio en su artículo 2059, al establecer que el daño no patrimonial debe ser resarcido sólo en los casos determinados en la ley", no refiriéndose ningún otro precepto del Código, sin embargo, a esa obligación.

Distinguidos tratadistas extranjeros¹⁰⁶ y la mayoría de los comentaristas del Código Civil Peruano de 1936,¹⁰⁷ expresan que no está autorizada la reparación del daño moral por la inejecución de las obligaciones contractuales cuando este daño moral no engendra, a su vez, un daño material. Se aduce, en apoyo de esta tesis, que los contratos sólo tienen por objeto intereses pecuniarios y no de afección; que la reparación del daño moral constituiría, para el acreedor, un aumento patrimonial sin causa legítima y, por tanto, inmoral e ilícito; y que sería imposible determinar el monto del perjuicio. Estamos de acuerdo, sin embargo, con los autores¹⁰⁸ que se pronuncian sin restricciones por el resarcimiento del daño moral en la inejecución de las obligaciones emanadas del contrato. Dice Alfredo Colmo, refiriéndose al daño moral, "que no puede haber Código con soluciones que pugnan contra el más elemental sentido jurídico. Por encima de textos literales, fuera de preceptos taxativos, está el espíritu de la legislación, está la conciencia jurídica, que valen, cuando son generales y fuertes, como aquí

¹⁰⁶ Giorgi, Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno, vol. 11, 1909, ~o 120, p. 166; Alessandri y Somarriva, ob. cit. No. 360, p. 217.

¹⁰⁷ León Barandiarán, Comentarios al Código Civil Peruano, Obligaciones, tomo 11, Modalidades y efectos, 1956, p. 61 O; Cornejo, Código Civil, Exposición sistemática y comentario, tomo 11, Derecho de Obligaciones, Vol. 1, 1938, No. 184, p. 238; Castañeda, El Derecho de las Obligaciones, tomo 11, Efecto de las Obligaciones, 1963, No .. 156, p. 157.

¹⁰⁸ Josseland, ob. cit. Nos .. 628 y 629, pp. 508 y 509; Planiol y Ripert, ob. cit. .. No. 857 p. 168; Colmo, De las obligaciones en general, tomo 1, 1928, No. 154, p. 126; Lafaille, Derecho Civil, tomo VI, Tratado de las Obligaciones, Vol 1, 1947, Nos. 228 y siguientes, pp .. 21 O y siguientes.

pasa, por todos los artículos imaginables". Y Héctor Lafaille agrega que "el perjuicio que experimenta el acreedor no es siempre de naturaleza patrimonial. Aunque con menor frecuencia, el retardo o el incumplimiento pueden afectar otro género de facultades, todavía más preciosas, como aquellas que integran la personalidad misma o determinan sentimientos legítimos".

Las normas de justicia imponen la obligación de indemnizar siempre el detrimento irrogado. Trátese de daños exclusivamente patrimoniales, trátese de daños morales que engendren perjuicios económicos o no. Porque si es claro que en el ejemplo de Laurent, del banquero que deja protestar una letra de cambio para cuyo pago había sido provisto de fondos por el aceptante y desacredita la firma de éste, procede el resarcimiento; también parece claro que debe indemnizarse la destrucción, por el depositario, de un retrato familiar, sin valor económico pero de gran valor moral; o la cancelación por el empresario de un teatro, sin motivo legítimo, de la reservación.

Es cierto que la inconducta contractual, en estos dos últimos casos, no se traduce en un daño pecuniario, pero el incumplimiento, si no se admite la reparación del daño moral, quedaría sin sanción. Las normas de justicia imponen la obligación de indemnizar siempre el detrimento irrogado. Un derecho sin protección es un absurdo conceptual. Las objeciones a la reparación de los daños y perjuicios morales carecen, en nuestra opinión, de fundamento.¹⁰⁹

Aunque es poco frecuente encontrar en materia contractual intereses lesionados de carácter exclusivamente moral, ello no es objeción para que no se reparen cuando se demuestre su existencia. La reparación del daño moral, en este orden de ideas, no constituye un enriquecimiento ilícito del acreedor, sino una reparación del daño causado. Porque ese mismo

¹⁰⁹ Laurent, F., *Principes de Droit Civil*, XVI, (1875). No. 281, p. 341.

enriquecimiento a que se refieren sus detractores podría aplicarse, sin duda, a la reparación del daño moral por acto ilícito: donde existe la misma razón existe el mismo derecho.

Y, además, en el campo contractual, al igual que en el extracontractual, es mejor buscar una reparación imperfecta, la entrega de una suma de dinero por concepto de indemnización, a dejar, simplemente, sin protección alguna un derecho vulnerado. En suma, cuando el daño moral existe, su sanción debe seguirle como consecuencia necesaria, cualquiera que sea su procedencia y naturaleza. Sustentado en estas consideraciones, el nuevo Código Civil, en su artículo 1322, ha incorporado la regla según la cual "el daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento".

g. Daños previstos o que se pudieron prever y daños imprevistos.¹¹⁰

De acuerdo con el Código Civil Peruano (artículo 1321), en el caso de culpa leve el deudor sólo responde de los daños que podían preverse al tiempo de constituirse la obligación. Y, en aplicación de la misma regla, en caso de que se inejecute la obligación por dolo o culpa inexcusable del deudor, éste responderá de los daños previstos e imprevistos. Cuando se trata de los daños y perjuicios previstos, los alcances del precepto son muy simples: él se refiere a aquellos que, según se deriva del contrato, las partes tuvieron en cuenta al contraer la obligación. Las dificultades se presentan al tratarse de determinar cuáles son los daños y perjuicios que se pudieron prever y cuáles los que no se pudieron prever. Esto explica que Giorgi,¹¹¹ citando a Paulo, se preguntara por qué el vendedor moroso en la entrega del grano vendido no está obligado a pagar al comprador el precio de los esclavos muertos de hambre? Y respondiera diciendo que era racional presumir que el comprador

¹¹⁰ Felipe Osterling Parodi, La indemnización de daños y perjuicios, pág 408

¹¹¹ Op. cit., No. 99, p. 149.

podía haber evitado la pérdida de los esclavos si se hubiera cuidado de buscar en otro sitio el grano que debía entregarse por el vendedor. Y el mismo Giorgi, citando a Ulpiano, se preguntara ¿por qué, al contrario, se pone a cargo del locador que arrendó unos pastos sabiendo que nacían yerbas venenosas, la muerte de las bestias? Y expresara que la presunción natural inducía a considerar que el propietario de las bestias no podía impedir la muerte.

Y es por ello también que Pothier¹¹² ilustraba la distinción con los ejemplos clásicos de la venta de ganado, considerando daños y perjuicios previstos a aquellos que el acreedor sufría en el bien objeto de la obligación e imprevistos a aquellos que el acreedor sufría en sus otros bienes. La apreciación de los daños y perjuicios que se pudieron prever o que no se pudieron prever, depende de la naturaleza de la obligación y, en definitiva, del criterio soberano del juez. Una observación sí es necesario formular. Lo previsible o imprevisible no puede considerarse en sentido absoluto sino relativo. En sentido absoluto todo hecho sería previsible y, por tanto, el deudor culpable tendría responsabilidad por todos los acontecimientos derivados de la inejecución de la obligación. En sentido relativo, lo previsible es aquello que las partes, razonablemente pudieron y debieron tener en cuenta, al tiempo de contratar; lo imprevisible es un factor que se aprecia considerando la naturaleza y circunstancia de la obligación.

h. Daños directos e indirectos.¹¹³

El daño llamado indirecto o mediato, o sea aquel que es reflejo lejano del incumplimiento, no es resarcible, según el mismo artículo 1321 del Código Civil. Sólo es susceptible de indemnizarse el daño directo e inmediato. Este principio de causalidad jurídica supone un nexo, también inmediato, de

¹¹² Tratado de las Obligaciones, tomo 1, Nos. 161 y ss, págs. 134 y ss.

¹¹³ Felipe Osterling Parodi, La indemnización de daños y perjuicios, pág 409

causa a efecto, de manera que se pueda inferir que el daño no se habría verificado sin el evento doloso o culpable a que dio origen el deudor.

En el caso del daño indirecto, el nexo de causalidad entre el incumplimiento y el daño desaparece, en el sentido de que entre uno y otro se introducen factores extraños. Explicaba Pothier a título de ejemplo que, si el deudor no entregaba el caballo objeto de la obligación de dar, en tiempo oportuno, por culpa, era responsable por el mayor precio que debía pagar el acreedor por otro caballo. Pero si a causa de la demora el acreedor no cobraba cierta suma de dinero en el lugar donde debía haberse trasladado con el caballo objeto de la obligación, el deudor no respondía de este perjuicio. El primero era directo; el segundo indirecto. Excepcionalmente, agrega Pothier, el deudor respondía de este último perjuicio cuando había sido previsto al contraerse la obligación. Si el deudor entregaba al acreedor, dolosamente, una vaca infectada, respondía no sólo por el daño en la vaca misma, sino por el resto del ganado que sufría el contagio. Pero el deudor no era responsable de las consecuencias lejanas y circunstanciales de la inejecución dolosa, por ejemplo, si como consecuencia del contagio el acreedor no había podido cultivar las tierras y había quebrado.

i. Daños intrínsecos y extrínsecos.¹¹⁴

Daños intrínsecos son los que afectan al bien objeto de la obligación. Daños extrínsecos los que afectan a los demás bienes del acreedor, aun cuando ellos también obedezcan a la inejecución de la obligación. Pothier decía que en caso de culpa el deudor respondía únicamente de los daños intrínsecos, que eran los previstos o los que se podían haber previsto al tiempo de concertar la obligación. Y en el caso de dolo, además, de los daños extrínsecos, o sea de aquellos imprevistos, que eran los que el deudor sufría en sus otros bienes. Pensamos, sin embargo, que esta clasificación ha sido desterrada del derecho moderno.

¹¹⁴ Felipe Osterling Parodi, La indemnización de daños y perjuicios, pág 410

j. Daños actuales y futuros.¹¹⁵

Tiene singular importancia decidir si el juez, al fijar la indemnización, debe tener en cuenta sólo los daños actuales que sufre el acreedor por la inexecución de la obligación, o también los daños futuros. Es evidente que el juez no puede considerar los daños eventuales o hipotéticos. Pero sí está autorizado a tener en consideración los daños y perjuicios futuros, cuando su realización sea cierta y cuando el juez posea elementos que le permitan fijar su cuantía. Lo contrario significaría obligar al deudor a renovar su acción. Y esta solución no sólo sería absurda, sino además injusta, pues el acreedor podría verse confrontado con la cosa juzgada.

k. Daños propios y comunes.¹¹⁶

Los daños propios son aquellos que afectan al acreedor por las especiales circunstancias en que se encuentra; por ejemplo, la falta de entrega de una suma de dinero, indispensable para que el acreedor pueda abonar una deuda y evitar el embargo de sus bienes. Los daños comunes son aquellos que afectan al acreedor en la misma medida en que usualmente afectaría a otras personas; por ejemplo, la falta de entrega de una suma de dinero que el acreedor desea invertir.

9. FUNDAMENTO DE LA INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS

La indemnización de daños y perjuicios está destinada a restablecer el estado de las cosas que se habían tenido en mira al concertar el contrato. La indemnización, en este orden de ideas, llenas una función de equivalencia para equilibrar los intereses económicos en juego. Por eso, los daños y perjuicios no constituyen una nueva obligación, sustitutoria de la obligación

¹¹⁵ Felipe Osterling Parodi, La indemnización de daños y perjuicios, pág 410

¹¹⁶ Felipe Osterling Parodi, La indemnización de daños y perjuicios, pág 410

original. Ellos se deben en virtud de la obligación inicial, de la que son un objeto secundario.

El fundamento de la indemnización de daños y perjuicios no se encuentra en la interpretación de la voluntad presunta de las partes, como afirma Alfredo Colmo.¹¹⁷ Si esto fuera exacto el resarcimiento del daño sólo tendría lugar en las obligaciones contractuales. Por otra parte, el acreedor no puede renunciar previamente a la acción derivada de la inejecución de la obligación por dolo o por culpa inexcusable del deudor, siendo nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por esas causas (artículo 1328 del Código Civil). Esto demuestra, justamente, que el fundamento jurídico de la obligación de resarcir no depende de la libre voluntad de las partes, sino que se encuentra en el principio que prohíbe a todos causar un daño a sus semejantes.

El incumplimiento contractual infringe un derecho preconstituido que la ley garantiza. El acreedor, en la misma medida en que tiene el derecho de exigir la ejecución en especie, puede, en caso de inejecución, exigir la indemnización de los daños y perjuicios. Y no se diga que el derecho del acreedor a renunciar a la acción derivada de la inejecución de la obligación por culpa leve del deudor desvirtúa esta tesis, porque ello, simplemente, cae en la esfera de autonomía de la voluntad. En la misma medida en que opera la autonomía de la voluntad cuando el deudor, por pacto, se obliga a responder de la inejecución de la obligación por causas no imputables (artículo 1317 del Código Civil). O en la misma medida en que las partes pueden estipular una cláusula penal para el caso de inejecución, mora o incumplimiento de algún pacto determinado.

Ha suscitado dudas decidir si el acreedor tiene el derecho a exigir la indemnización de daños y perjuicios sólo cuando el incumplimiento de la obligación en especie es ya imposible, o si, por el contrario, puede hacerlo

¹¹⁷ Ob. cit., No. 132, p. 106.

aunque la obligación sea aún posible. Expresa el doctor Ángel Gustavo Cornejo¹¹⁸ que sólo se apela a la indemnización de daños y perjuicios cuando no fueran factibles los medios o formas de cumplimiento específico. Discrepamos de esta opinión en la medida en que ella es considerada como una regla general. En nuestro derecho no es necesario que la ejecución directa de la obligación sea imposible para pedir la indemnización de daños y perjuicios. El acreedor, dentro de los límites que vamos a señalar, puede renunciar a la prestación en forma específica, y demandar, en cambio, el resarcimiento en dinero. La doctrina enseña que el hecho de pedir en los casos necesarios la prestación en forma específica, en lugar del equivalente, no es una obligación, sino una facultad del acreedor. Y que el acreedor, por consiguiente, puede elegir el equivalente en dinero.¹¹⁹ Y esta doctrina la comparte el doctor Jorge Eugenio Castañeda,¹²⁰ cuando expresa que el acreedor es libre de reclamar la prestación que se le debe o la indemnización de daños y perjuicios.

Si el deudor inejecuta la obligación por dolo, culpa inexcusable o culpa leve, queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios, a tenor de lo establecido por el artículo 1321 del Código Civil. Esta norma significa que el deudor doloso o culpable no tiene por qué ser compelido judicialmente por su acreedor para que cumpla la obligación en especie. El acreedor puede hacerlo, no hay duda, en caso de que la prestación aún sea posible, como también puede, a su entera elección, hacérsela procurar por otro, a costa del deudor, y exigir a éste la indemnización de daños y perjuicios, porque estos derechos se los concede el artículo 1219 del Código Civil.

Sería injusto, por decir lo menos, que el incumplimiento de la obligación exigiera al acreedor proseguir una larga controversia destinada a obtener la reparación en especie. Bien puede el acreedor proveerse, por su parte, de la

¹¹⁸ Ob. cit., No. 170, p. 227.

¹¹⁹ Giorgi, ob. cit., No. 107, p. 157.

¹²⁰ Ob. cit., No. 136 d). p. 75.

prestación, y limitarse a exigir al deudor la indemnización de los daños y perjuicios que le ha irrogado su incumplimiento. Esta regla general admite, sin embargo, una excepción. El artículo 1337 del Código Civil prescribe que cuando por efecto de la morosidad del deudor, la obligación resultase sin utilidad para el acreedor, éste podrá rehusar su ejecución y exigir el pago de la indemnización de daños y perjuicios. Si la obligación tiene utilidad para el acreedor, éste no puede rehusar su ejecución. Sólo podrá, en estos casos, exigir el pago de los daños y perjuicios moratorias.

El acreedor, sin embargo, no está obligado a esperar indefinidamente la ejecución de la obligación, que es posible y útil, pero que el deudor rehusa cumplir. Si transcurre un tiempo prudencial desde que el deudor es constituido en mora y no cumple la obligación, entonces el acreedor tendrá derecho, sin duda, a exigir la reparación de los daños y perjuicios, prescindiendo de la ejecución en especie. Este precepto excepcional se justifica porque el acreedor, en los casos previstos por la norma legal, no tendría interés alguno en rehusar la prestación en forma específica.

10. LA PRUEBA DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS

Hemos dicho que el Código Civil Peruano presume que la inejecución de la obligación obedece a culpa leve del deudor (artículo 1329). Si el deudor pretende exonerarse de responsabilidad deberá probar que la prestación llegó a ser imposible sin su culpa, y que, por tanto, la obligación se ha extinguido. Si el acreedor, por su parte, pretende que el incumplimiento de la obligación obedece a dolo o culpa inexcusable del deudor y, por consiguiente, que éste también responde de los daños y perjuicios imprevistos, deberá demostrarlo (artículo 1330).

Pero sea cual fuere la situación, y no obstante la presunción de culpa leve, la carga de la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía corresponde al acreedor (artículo 1331). La evaluación del daño depende de una serie de

factores complejos, muchas veces difíciles de acreditar: precios, valorizaciones, créditos, demandas comerciales, etc. La prueba es en algún caso sencillo y en otros muy compleja. Si el incumplimiento de la obligación origina la quiebra del acreedor, su arresto por no haber prestado alimentos o un incumplimiento contractual, entonces los hechos no serán de difícil probanza; siempre y cuando se demuestre, por cierto, el nexo de causa a efecto entre el incumplimiento del deudor y el subsiguiente incumplimiento del acreedor frente a un tercero. En otros casos la prueba del daño no es tan sencilla.

Por otra parte, la necesidad de una prueba rigurosa por parte del acreedor también aumenta o disminuye en razón de que se trate de un daño emergente o de un lucro cesante. La prueba es más severa cuando se exige el pago de una indemnización por el daño emergente, porque ella es directa y, desde luego, generalmente más sencilla. Para el lucro cesante el rigor deberá disminuir, porque la prueba directa se hace más difícil; tratándose de hechos futuros el juez, muchas veces, deberá contentarse con presunciones. Aquí insistimos una vez más en que el acreedor queda relevado de la prueba de los daños y perjuicios cuando se trata de los intereses moratorias por el retraso en dar una suma de dinero. Si no hay pacto, el retraso se repara con el interés legal. Y si hay pacto, con el interés convencional moratoria. Pero ninguno de estos dos casos obliga al acreedor a demostrar los daños y perjuicios que ha sufrido por la inejecución (artículo 1324). Y la misma regla prevalece tratándose de las obligaciones con cláusula penal. Cuando se ha estipulado una cláusula penal el acreedor también queda relevado de la obligación de probar los daños y perjuicios, con la limitación, en el caso singular de la legislación peruana, del artículo 1346 del Código Civil, que autoriza al juez, a solicitud del deudor, a reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva.

CAPITULO III

PROTECCION A LA SALUD DEL CONSUMIDOR EN EL PERU

1. NUEVO CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA AL CONSUMIDOR

1.1 Comparación entre el anterior Código de Protección y Defensa al Consumidor y el actual Código vigente (Ley 29571)¹²¹

El Código instituye la protección de los derechos de los consumidores como uno de los principios rectores de la política social y económica del Estado, conforme a lo dispuesto en el artículo 65° de la Constitución Política y a nuestro régimen de economía social de mercado. Para Walter Gutiérrez (Presidente de la comisión que elaboró el proyecto de Código de Consumo) la aprobación del Código de Consumo es una señal muy positiva de la madurez a la que está llegando nuestra sociedad: a diferencia del anterior Código de Consumo, el actual tiene a la persona como centro de la actividad económica a quien denomina consumidor, y por el hecho de realizar una operación económica no pierde tal condición.

Otra diferencia encontrada entre ambos Códigos es que en lo fundamental “el actual Código vigente establece una mirada distinta al fenómeno de consumo y a su normativa, y en esta línea aloja dos cambios esenciales:

¹²¹ Julio Baltazar Durand Carrión, Los vacíos del Nuevo Código de Protección y Defensa del Consumidor y su repercusión en los derechos del consumidor, perspectivas y efectos en el Derecho Civil, pág 6 y sig.

primero, la protección al consumidor no puede descansar solo ni principalmente en la información”. Asimismo el Estado fortalecerá su papel y ya no será sólo un ‘árbitro imparcial’ de las operaciones de consumo, pues ahora deberá cumplir efectivamente con el mandato de la Constitución. Al mismo tiempo deberá implementar políticas públicas de protección al consumidor y contar con el respectivo presupuesto y a diferencia del anterior Código, la responsabilidad no será solo del Ejecutivo, pues también el Legislativo deberá aprobar las leyes que complementen y perfeccionen este Código y a la vez, los tribunales administrativos y jueces deberán administrar justicia con el nuevo contenido que establece el Código.

La Ley de Protección del Consumidor del año 1991 (Decreto Legislativo 716) había quedado ya rezagada frente a las nuevas tendencias del mercado peruano, cada vez más creciente, y por otro lado había sufrido una serie de modificaciones y adiciones a través de distintas leyes y decretos supremos que de una u otra manera habían ido complementando sus disposiciones y estableciendo nuevos criterios en la protección de los derechos de los consumidores. No se puede dejar de señalar que el Tribunal Constitucional también había establecido nuevos parámetros en cuanto a la protección del consumidor a través de algunas resoluciones en las que se señalaba incluso el carácter constitucional de este derecho. En tal virtud era necesario establecer una nueva estructura legal de protección y defensa de los consumidores y el actual Código cumple ese objetivo. En ese sentido el Código actual tiene mayor contenido y mayor propiedad en relación al tratamiento del tema porque ha sido capaz de condensar en un solo texto legal un tratamiento unitario y orgánico del tema. Es decir, contiene una serie de disposiciones nuevas e innovadoras en esta materia para mayor eficiencia normativa.

Así tenemos por ejemplo que el Código del Consumidor tiene una estructura normativa amplia y más precisa que la norma anterior, la misma que contiene un título preliminar que orienta el tratamiento del tema, principios

normativos sobre la base de los cuales se desarrolla la protección, políticas públicas, una tabla de derechos del consumidor, obligaciones de los proveedores, normas sobre justicia de consumo y el arbitraje popular, defensa colectiva y organizada de los consumidores a través de la asociaciones, régimen de sanciones , entre otras novedades normativas destinadas a proteger y defender de manera suficiente, precisa y coherente los derechos del consumidor. En suma, el Estado en su conjunto se impone una agenda pro consumidor, que privilegia a la persona en el mercado, porque en nuestra época la democracia se fortalece si se protegen y respetan los derechos de los consumidores.

1.2 Innovaciones que tiene el Nuevo Código de Protección y Defensa al Consumidor¹²²

El Código tiene como finalidad que los consumidores accedan a productos y servicios idóneos y que gocen de derechos y mecanismos efectivos para su protección, corrigiendo, previniendo o eliminando las conductas y prácticas que afecten sus legítimos intereses. “Este Código no sólo unifica en un solo cuerpo normativo las diversas disposiciones legales expedidas en materia de protección al consumidor, sino que incorpora nuevos cambios importantes que contribuirán a perfeccionar nuestro régimen de protección, beneficiando con ello el desenvolvimiento y desarrollo del mercado” (“Código del Consumidor pone énfasis en idoneidad de productos y servicios”)

Así el Código protege al Consumidor que se encuentra directa o indirectamente expuesto o comprendido en una relación de consumo o en una etapa preliminar a ella. Entre las principales innovaciones que presenta el Código se pueden mencionar las siguientes: “sistematiza los principios que sustentan la protección del consumidor, reconocer diversas políticas

¹²² Julio Baltazar Durand Carrión, Los vacíos del Nuevo Código de Protección y Defensa del Consumidor y su repercusión en los derechos del consumidor, perspectivas y efectos en el Derecho Civil, pág 6 y sig.

públicas que debe seguir el Estado a fin de proteger adecuadamente los derechos e intereses de los consumidores; crea el Sistema Nacional Integrado de Protección al Consumidor; crea el Sistema de Arbitraje de Consumo; regula la protección de los consumidores en productos o servicios específicos (servicios públicos regulados, de salud, educativos, inmobiliarios, financieros, etc.). Asimismo, se crea un procedimiento sumarísimo de protección al consumidor, el cual se aplicará cuando la cuantía de las controversias no sea mayor de las 3 UIT y deberá resolverse en un plazo no mayor de 30 días hábiles por instancia; y se regula la obligación de los establecimientos comerciales de contar con un libro de reclamaciones en el que los consumidores podrán dejar constancia de los problemas que encuentren”.

Por otro lado, la normativa, que establece sanciones en caso de incumplimiento por parte del proveedor, también “obliga a los proveedores de servicios públicos a garantizar su continuidad y compensar a los usuarios en caso de que exista un desabastecimiento o interrupción de sus servicios” (“Pese a estar vigente el Código del Consumidor no se aplica íntegramente”). También es de destacar que el Código prohíbe la publicidad engañosa a la que recurren los comercios con el objetivo de ‘enganchar’ a los consumidores, ofreciendo bienes o servicios que finalmente no son incluidos.

Un tema muy importante que incluye el Código es el tratamiento legal de la publicidad comercial en defensa del consumidor para evitar formas de publicidad engañosa que terminen mediatizando las decisiones de los consumidores a través de spots publicitarios ilegales. Una novedad es el libro de reclamaciones que los establecimientos comerciales deberán tener para efecto de poder registrar y procesar las quejas de los consumidores frente a casos de una deficiente prestación de servicios en el mercado. Dicho libro deberá manejarse con cuidado para no convertirse en un exceso de control que pueda desalentar a los proveedores. Otro tema que vale

destacar son los principios normativos en materia de protección del consumidor que se ven en el Artículo 5 de la Ley 25971.

Estos principios son muy importantes porque constituyen sin lugar a dudas líneas rectoras, es decir grandes directrices que deberán ser tomadas en cuenta al momento de resolver conflictos de consumidor ya que son las bases informantes y las constantes culturales que subyacen en todo sistema jurídico para poder decidir justicia de consumo con equidad. Tras la promulgación del Código los sectores involucrados deberán realizar las coordinaciones necesarias y ejecutar las medidas que correspondan para difundir su contenido y alcances, pues es necesario que consumidores y proveedores conozcan los derechos y las obligaciones que les corresponde.

2. AUSENCIA DE UN SISTEMA DE REPARACIÓN DE DAÑOS¹²³

El Nuevo Código de Protección y Defensa al Consumidor (Ley 29571) estipula una serie de normas que de una u otra manera establecen disposiciones de responsabilidad civil por los daños que el empresario proveedor cause a los consumidores en la comercialización de sus bienes y servicios.

No existe un enfoque y por ende un desarrollo sistémico de reparación de daños derivados de la violación de derechos del consumidor, toda vez que a nivel administrativo sólo se pueden dar medidas correctivas (como por ejemplo la devolución de lo pagado, la reparación de los bienes defectuosos, etc.). Pero no se pueden otorgar indemnizaciones por daños y perjuicios ya que éstas solo se pueden otorgar a través de las autoridades judiciales, previo a un proceso que suele ser largo, tedioso y difuso. Por ello el Código

¹²³ Julio Baltazar Durand Carrión, Los vacíos del Nuevo Código de Protección y Defensa del Consumidor y su repercusión en los derechos del consumidor, perspectivas y efectos en el Derecho Civil, pág 6 y sig.

debió establecer un proceso especial sumaráisimo para la reparación de los daños derivadas de la violación de los derechos del consumidor.

En efecto, cabe precisar que siempre hemos sostenido que: “La ley establece el carácter omnicomprensivo de la responsabilidad civil y en tal sentido expresa que la indemnización comprende todas las consecuencias causadas por el defecto, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral y que la responsabilidad de los diversos proveedores de un producto es solidaria, sin perjuicio obviamente de que cada proveedor tiene el derecho de repetir contra aquel que le suministró el producto defectuoso causante de los daños; de manera que la omisión de información por parte del proveedor, en especial de las instrucciones o advertencias, determinan responsabilidad civil en tanto que el producto defectuoso se constituye en la causa adecuada de los daños que eventualmente sufre el consumidor, en cuyo caso no es necesario analizar la culpa del proveedor, quien debe responder objetivamente por el daño causado”.

La Comisión del Consumidor tiene la facultad de ordenar, entre otras medidas la reposición y reparación de productos, la devolución de la contraprestación pagada por el consumidor o cualquier otra medida que tenga por objeto reponer el estado de las cosas hasta antes de la producción del año. Sin embargo en el actual contexto normativo “las medidas correctivas no tienen ese carácter, porque las indemnizaciones responden otros criterios y sólo pueden ser fijadas por mandato judicial, en caso contrario deberá modificarse toda la dogmática civil sobre la responsabilidad para trasladar este tema a los órganos administrativos”.

Para que el sistema de protección del consumidor funcione adecuadamente y pueda ser eficiente y eficaz es necesario no solo la aplicación de sanciones administrativas a cargo de INDECOPI, sino también de normas de responsabilidad civil a cargo del Poder Judicial y que otorguen indemnizaciones para reparar de manera integral los daños y perjuicios

sufridos por los consumidores a consecuencia de la oferta de productos y servicios defectuosos, de manera que la tutela jurídica del consumidor no solo quede en la esfera del órgano administrativo, en nuestro caso el INDECOPI, sino que también se traslade al ámbito judicial donde un trabajo idóneo de los jueces en esta materia sin duda complementaría el sistema de protección. El consumidor en tanto que justificable tiene acceso individual a los órganos judiciales para hacer valer sus derechos como tal, y para ello tendrá que acudir a los procedimientos previstos en la ley procesal.

La ineficacia del sistema procesal en la materia viene determinada por una circunstancia muy concreta. En efecto la defensa de los consumidores se presenta como uno de los aspectos más trascendentales de la sociedad actual y en ese sentido se ha iniciado una trayectoria aparentemente coherente de protección en el seno del Derecho Sustantivo a través del incremento de medios jurídico-materiales encaminados a conseguir un equilibrio entre el consumidor y el productor.

La tutela de los consumidores debe estar articulada con los medios procesales coherentes para tal fin. Hay un desequilibrio en cuanto a la eficacia del sistema procesal en defensa de los consumidores, puesto que si bien es cierto que en nuestro país existe un sostenido proceso de mejoramiento y desarrollo de la legislación y la jurisprudencia administrativa en materia de Derecho del consumidor y Derecho de la competencia “no se aprecia sin embargo un desarrollo paralelo del Derecho procesal, con lo cual se produce un desequilibrio, puesto que los institutos procesales clásicos dificultan la tutela efectiva en materia de Protección del Consumidor”.

Esto quiere decir que los consumidores para poder tentar el pago de una indemnización por daños por la eventual violación de un derecho del consumidor, debe acudir al poder judicial y someterse a las peripecias de un juicio largo de carácter ordinario donde paradójicamente no pueda probar desde la óptica procesal su derecho y termine siendo desamparado,

después de haber sido víctima de la violación de sus derechos. Esto evidencia que el Código no tiene un tratamiento adecuado de la materia y se ha perdido la oportunidad de haber podido establecer un sistema nuevo e innovador que establezca una nueva línea de pensamiento jurídico sobre la tutela procesal de los consumidores.

Si bien es cierto que a través de este Nuevo Código se regulan las relaciones entre consumidores y proveedores, así como el papel que la autoridad de consumo debe desarrollar para que se cumplan las disposiciones del Código, se pueden observar ciertos vacíos que éste último posee los cuales no permiten que los consumidores sean satisfechos del todo y que sus derechos no sean cumplidos de la manera adecuada. Para una efectiva aplicación del Código es necesario difundir su contenido y alcances, a fin de aplicarlo adecuadamente y en la medida de lo posible mejorarlo. “La labor de difusión del Código debe ser asumida en conjunto por el Indecopi, los gremios empresariales, las asociaciones de consumidores y las empresas proveedoras de bienes y servicios”.

El Código es un cuerpo normativo destinado a hacer respetar los derechos del consumidor, y en ese sentido contiene una serie de disposiciones nuevas e innovadoras en la materia, destinadas a proteger al consumidor, promover una cultura de respeto al mercado, sancionar adecuadamente a los infractores y plantear políticas al Estado peruano para proteger a los ciudadanos. No obstante la eficiencia de una norma no depende sólo de lo que establezca en sus artículos, sino fundamentalmente del cumplimiento de sus disposiciones y que sobre todo sus destinatarios, es decir los proveedores, asuman una conducta de respeto a los derechos de los consumidores.

Para Ana Jacir De Lovo debe asumir la defensa de los consumidores una institución ágil, capaz de identificar y vigilar los problemas que puedan generarse en el mercado, que opere de forma inmediata y tenga las

herramientas y recursos para ellos. Por ningún motivo debe ser autoritaria, que imponga sus reglas sin entender que el mercado tiene dos actores: los proveedores y consumidores, y que entre ellos debe existir una relación de equidad, certeza y seguridad jurídica.

Para poder lograr un verdadero sistema de protección y defensa del consumidor, es necesario además de reconocer los derechos de estos, el dotarlos de herramientas materiales para poder ejercitarlos, pues estas herramientas no se agotan con crear solo procedimientos sumarísimos o alternativas para solución de conflictos, como el arbitraje, que sin desconocer su importancia, son sin embargo insuficientes al estar diseñadas para situaciones en donde los derechos de los consumidores ya han sido vulnerados, es decir son la solución última del problema.

Hemos podido advertir que, quizás por ser una disciplina de origen reciente, los autores todavía no se ponen de acuerdo sobre una definición del Derecho del Consumidor. A su vez la doctrina tampoco consigue armonizar una opinión en cuanto al contenido. Creemos que cualquier definición amplia o restringida toma en consideración el contenido.

Antes de buscar una definición adecuada para esta nueva disciplina, es importante destacar que hay que diferenciar y no confundir las expresiones Derecho del Consumidor y Derechos del Consumidor. El Derecho del Consumidor es un sistema global de normas, principios e instrumentos de implantación en favor del consumidor. Los Derechos del Consumidor, al contrario, constituyen modernamente la prospección individual del Derecho del Consumidor.

Hablar de derechos del consumidor, de manera aislada, como decir derechos civiles, derechos reales, derechos del ciudadano, etc., pueden transmitir la idea de una fragmentación incluso desordenada, porque se alude a los derechos de manera amplia que podría ser inclusive difusa; en

cambio cuando se habla del Derecho del Consumidor como disciplina jurídica especializada, esto simboliza una mayor organicidad y sistemática de la materia, toda vez que se alude al Derecho del Consumidor desde el punto de vista sustantivo, de donde dimanarían los derechos del consumidor de manera específica. Derecho del Consumidor incluye así mismo los mecanismos específicos para la implantación de los derechos creados (actos ilícitos de consumo, convenciones colectivas de consumo, etc.) Hablar pura y simplemente solo de los derechos del consumidor es permanecer en el estadio anterior a la aparición del Derecho del Consumidor.

Tanto el Derecho del Consumidor como los derechos del consumidor dependen de la vida en sociedad, en la medida en que todo derecho, por definición, implica una relación entre dos sujetos. Así el hombre aislado no tiene ni puede poseer derechos, pero los derechos del consumidor existen desde hace mucho tiempo, desde el momento en que el Derecho pasó a preocuparse del comprador, del pasajero, del asegurado, del arrendatario, del cliente bancario, etc. El Derecho del Consumidor, es más bien un fenómeno reciente, que se forma y se justifica en las interrelaciones sociales entre los hombres y como acontece con todas las disciplinas jurídicas, exige para su plenitud la interrelación humana en la sociedad de consumo

No existe una definición a priori del Derecho del Consumidor, ni se puede llegar a una definición válida para todos los tiempos. Definirlo presupone el entendimiento del fenómeno del consumo con sus variaciones históricas. Existen una serie de nociones y conceptos que en el fondo aluden a lo mismo, no obstante podemos establecer que hay tres fórmulas para definir el Derecho del Consumidor. Una definición objetiva, una definición teleológico-subjetiva y una definición mixta.

En la primera se resalta la idea de relación jurídica de consumo. En la segunda, al contrario, se destacan los sujetos de la relación, concediéndoles

un status iuris permanente, resaltando la tutela de uno de ellos, o sea, la protección del consumidor. La definición objetiva se preocupa fundamentalmente del objeto, la materia disciplinada por el derecho del consumidor. La subjetiva trata del ámbito personal del derecho del consumidor. Finalmente, en la tercera modalidad de definición, se conjuga el criterio objetivo con el teleológico-subjetivo. Por lo expuesto, hemos optado por denominar a esta parte como marco conceptual porque denota la idea general sobre el marco conceptual del Derecho del Consumidor como disciplina jurídica.

3. EFECTOS DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR EN EL DERECHO CIVIL

El Derecho del Consumidor y todo el movimiento pro consumista mundial desde hace buen tiempo viene ejerciendo cierta influencia en las normas clásicas del Derecho Civil y en particular a la materia contractual que se ha visto seriamente afectada en sus principios por la evolución económica y social de nuestros tiempos que han debilitado la permanencia e inmutabilidad histórica de las reglas establecidas sobre la base del derecho romano.

En particular la contratación de consumo como una nueva modalidad tiene una gran relación con el Derecho del Consumidor sobre todo en la preocupación por el llamado contratante débil que no es una noción individual sino una categoría y una cualidad con la que se acude al contrato. La contratación de consumo es en cierto modo una contratación derivada de la contratación masiva cuyas expresiones más acabadas son el contrato por adhesión y las cláusulas generales de contratación y donde la teoría general de las obligaciones ha perdido vigencia en muchos de sus principios basados en una economía agraria y de pequeños comerciantes.

El nuevo código de protección al consumidor señala que la oferta, promoción y publicidad de los productos o servicios se ajustará a su naturaleza y garantías ofrecidas darán lugar a obligaciones de los proveedores que serán exigibles por los consumidores o usuarios aún cuando no figuren en el contrato celebrado, o en el comprobante recibido. De otro lado, el citado texto normativo que contempla los derechos de los consumidores establece en sus incisos b) y d), respectivamente, que éstos tienen derecho a recibir de los proveedores toda la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuada en la adquisición de productos. Asimismo, los consumidores tienen derecho a la protección contra métodos comerciales coercitivos o que impliquen desinformación o información equivocada de los productos o servicios.

Con las normas descritas anteriormente, podríamos decir que el artículo 1398° de nuestro Código Civil se estaría derogando tácitamente, porque ya no se permitiría establecer cláusulas aprobadas administrativamente beneficiarias para la parte que la pre-redactó sin conocimiento de su contraparte. Es más, podrían quedar sin efecto aquellos artículos del citado código referidos a las cláusulas generales de contratación por los cuales se presume una publicidad adecuada, teóricamente entendida para dar paso a una defensa real del propio consumidor que trasciende el contenido a veces limitado e irreal, intencionalmente plasmado por el prototipo de hombre contractual que busca siempre asumir menores riesgos y obtener mayores beneficios. Así, ahora los consumidores pueden exigir el cumplimiento de las características inherentes al bien o servicio específico, teniendo derecho a una información adecuada y protección frente a mecanismos coercitivos que reflejen desinformación o información equivocada.

Para algunos tratadistas el Derecho del Consumidor ha derogado y desplazado el Derecho Civil en materia de contratación de consumo, sin embargo nosotros tenemos una lectura distinta y en tal sentido creemos que el reciente Derecho del Consumidor ha complementado al Derecho Civil en

la regulación de las complejas relaciones derivadas del fenómeno del consumo. En efecto, es preciso reconocer que el Derecho Civil creó figuras como el “Contrato por Adhesión” y las “Cláusulas Generales de Contratación” para facilitar el tráfico comercial, así mismo estableció figuras como la buena fe, los vicios de la voluntad, el saneamiento por los vicios ocultos, etc. y fueron estas las normas de justicia contractual que se aplicaron en un primer momento para resolver los eventuales problemas de información asimétrica que afectaban la voluntad de las partes; no obstante el fenómeno de la producción industrial, la anonimización y despersonalización de los proveedores, la masificación de los consumidores y la proliferación de los contratos por adhesión, dieron lugar a la “Contratación de Consumo” y al crecer el comercio, obviamente el Código Civil ya era insuficiente para regular los efectos jurídicos derivados de este tipo de contratos, porque dicho código estaba estructurado sobre otras bases, como la de la autonomía de la voluntad, el principio pacta sunt servanda, entre otros.

Es en este contexto que surge el Derecho del Consumidor como una disciplina jurídica que va ganando autonomía y que nace como una respuesta a este fenómeno socio-jurídico propio del crecimiento del mercado y va construyendo su propio contenido, su propio objeto de estudio, sus propios principios, instituciones y procedimientos que de una u otra forma complementan el Derecho Civil en el tratamiento jurídico del consumo.

Podemos afirmar que el Derecho del Consumidor ha hecho una construcción especializada sobre la base de las instituciones que en su momento creó el Derecho Civil Clásico y que tuvieron su aplicación en un momento dado y que hoy ya no son aplicables porque la contratación de consumo exige un tratamiento distinto que supera lo establecido en el Código Civil, por lo que resulta saludable que la normatividad elaborada posteriormente efectivice el cumplimiento de disposiciones declarativas y se delimite en forma clara y taxativa los alcances de la protección al consumidor.

Es tarea ahora de legisladores, técnicos y especialistas, concordar y actualizar las normas sustantivas civiles; sobre todo ahora que la comunidad jurídica en general propone una modificación del código. Es pertinente ahora hacer un balance de lo favorable o desfavorable del mismo. El ordenamiento civil clásico, no puede seguir manteniendo estructuras jurídicas atrasadas, sobre todo en la parte contractual y específicamente en los Contratos por Adhesión, donde las cláusulas generales deben ceder a las nuevas connotaciones del Derecho del Consumidor que han ido ganando terreno gracias a los modelos económicos imperantes, caso contrario la norma civil de contratos perderá vigencia social por estar desarraigada del contexto socio económico que paradójicamente regula, generando con ello conflictos de interés que precisamente el Derecho tiende hoy a evitar. En este contexto es preciso analizar algunos temas relacionados con la contratación de consumo y su influencia en la contratación civil clásica.

4. CONTRATACIÓN DE CONSUMO FRENTE A CONTRATACIÓN CLÁSICA

El cambio de la dinámica económica y su masificación tiene su respuesta jurídica en la estandarización de la contratación. La contratación negociada es sustituida por la contratación en masa que exige la pura adhesión. Todo esto es producto de las exigencias del mercado, de la automatización y la racionalización de la economía. La tecnificación también ha venido a cambiar el escenario: los llamados contratos con máquinas automáticas, la facturación por ordenadores, la contratación por Internet, tráfico de ventanillas, etc., exigen urgentes cambios en la doctrina de los contratos.

Como se ha dicho, esta nueva realidad, la de la contratación en masa y de consumo, produce una erosión en la teoría clásica de la contratación y la consiguiente necesidad de elaborar una nueva teoría general que involucre estas nuevas expresiones del mercado y sus correlatos jurídicos; también queda en entredicho, la vigencia de los principios generales que hasta ahora

han gobernado la teoría tradicional de los contratos: El pacta sunt servanda, la autonomía de la voluntad, la justicia contractual, etc. En otros términos, la nueva problemática nos plantea acaso, la creación de nuevos principios contractuales y como consecuencia nuevas figuras normativas.

Aun cuando el impacto de la contratación en masa ha sido importante, creemos que el remozamiento de la doctrina contractual viene a forjarse en el surgimiento del Derecho del consumo. En efecto, el Derecho del consumo choca con la visión tradicional de contrato, el contrato no es más un asunto sólo de los particulares. El Estado no puede permanecer indiferente, ausente al reglamento que crean las partes para regular sus relaciones jurídicas patrimoniales. El contrato de consumo se distancia de la contratación clásica, porque mientras que ésta se presume paritaria, aquél presupone una relación asimétrica. En la contratación clásica las partes son libres e iguales, en la contratación de consumo es recurrente la falta de total libertad y la asimetría de las partes. Ambos tipos de contratación son diferentes y como tal tienen disposiciones normativas también diferentes, pero ambas buscan la eficiencia contractual para que ambas partes satisfagan sus pretensiones y tengan garantizado el cumplimiento de lo pactado.

Legislativa, jurisprudencial y doctrinariamente está reconocida la contratación de consumo no como un tipo contractual, sino como una modalidad de contratación con caracteres propios. Se trata de transacciones que se realizan en el mercado, que por sus características no pueden ser dejadas simplemente bajo la esfera de las normas contractuales comunes, es decir las normas del Código Civil o Código de Comercio, cuando menos no en el estado en el que se encuentran; por ello se han incorporado normas especiales que reclaman su aplicación cuando se trata de esta modalidad de contratar.

En contra de la necesidad de la existencia de esta normatividad especial, podría argüirse que en el Derecho común ya existen soluciones al problema

de la asimetría informativa entre las partes, motivo por el cual la necesidad de un sistema legal de esta naturaleza deviene en innecesario. De esta manera, figuras como el error, el dolo o el saneamiento por vicios ocultos podrían ser utilizadas por quien se hubiese visto afectado por un problema de información asimétrica entre las partes, en la medida que se vea afectada su manifestación de voluntad.

La existencia de un régimen diferente se justifica plenamente, pues la legislación civil, como hemos visto, ha revelado su impotencia ante estas situaciones. Las razones son varias. En primer lugar, los principios en los que se basa la contratación clásica no se aplican linealmente a la contratación de consumo, la libertad se halla recortada, la igualdad no existe y la manifestación de voluntad no es expresión plena del querer. Adicionalmente, el excesivo carácter burocrático de la jurisdicción civil ordinaria desalienta la posibilidad de denunciar los abusos y disfunciones en la relación de consumo.

El capitalismo en su última etapa exige, debido a la competencia, la reducción de sus costos. Esto lo conduce a la producción en masa de bienes y servicios y la necesidad de una ampliación o ensanchamiento del circuito de los posibles clientes o destinatarios de los bienes y servicios producidos. El empresario, en el capitalismo avanzado, tiene que llevar a cabo una producción masiva, determinada con la mayor probabilidad posible antes de conocer el número real de los eventuales clientes, a los que es necesario captar a través de fenómenos muy singularizados como el marketing y la publicidad

El influjo del movimiento civil en defensa del consumidor y el fenómeno de la producción en masa que venían ya desde los años 50, trajo también como consecuencia una anonimización y despersonalización del vendedor y la masificación de los consumidores que no tienen más que aceptar mercadería ofrecida y suscribir contratos de adhesión con cláusulas

predispuestas. Esto implica que sistemas jurídicos como el nuestro, inspirados en el clásico Código de Napoleón se consideren en crisis porque el contrato como símbolo y expresión de la autonomía de la voluntad ha perdido vigencia y se atiende hoy al papel que cumple en la sociedad moderna, perdiendo progresivamente el significado de acuerdo de voluntades para asumir el papel de un simple acto de sometimiento a una determinada disciplina predispuesta por fuentes extrañas a la voluntad de las partes, provenientes de los poderes públicos o de entes u organismos privados.

No obstante esta realidad que no puede ser negada ni discutida por el Derecho, particularmente creemos que mientras sea posible aún celebrar un contrato interindividual, como por ejemplo una compra venta de casa habitación, se mantendrán vigentes los principios contractuales clásicos que establece el código civil, puesto que no toda adquisición de bienes es de carácter masivo, por lo tanto será la contratación masificada a la que se aplique las disposiciones pro consumidor por tratarse de una contratación de consumo, mientras que en los demás contratos se aplicará las normas del Código Civil. Obviamente hay posiciones encontradas al respecto, pero creemos que hay que tener en consideración cual es el objeto de la contratación y que tipo de relación está de por medio, ósea si es contratación de consumo o interindividual.

En este aspecto, los instrumentos jurídicos tradicionales también han revelado su insuficiencia, surgiendo la necesidad de crear nuevas expresiones jurídicas más de cara a esta realidad. Para decirlo en una frase, la responsabilidad civil codificada tampoco es apta para regular los daños en las relaciones de consumo, por lo tanto, ha sido preciso crear nuevos instrumentos, hoy expresados en leyes especiales. Queda claro, por otra parte, que el fenómeno es global; en el Perú acontece sólo un reflejo de lo que sucede en todo el mundo, donde los fenómenos derivados de la problemática del consumidor presiona las normas clásica del Derecho Civil

en la búsqueda de nuevas construcciones jurídicas que respondan mejor las situaciones cada vez más originales y novedosas que plantea la sociedad de consumo.

5. LA SALUD Y LA PROTECCION DEL CONSUMIDOR EN EL PERU

Muchas de las figuras de nuestro longevo Código Civil Peruano de 1984 (CC) han sido plasmadas en legislaciones especiales, como la Ley N° 29571 – Código de Protección y Defensa del Consumidor (CPDC); así, tenemos las cláusulas abusivas, las cláusulas generales de contratación, los deberes de protección, entre otros. Sobre el particular, el Doctor Leysser León ha aclarado que el Derecho Civil no está sufriendo un proceso de “descodificación” o de “mercantilización”,¹²⁴ al igual que él, nosotros también negamos dichos fenómenos. Por el contrario, creemos que es posible una simbiosis entre las materias especiales y el Derecho Civil, lo cual brinda una actualización al ordenamiento jurídico dotándolo de soluciones concordantes entre nuestras bases tradicionales y los fenómenos de la modernidad. Finalmente, no debemos perder de vista que muchas de estas áreas especiales se encuentran en una lógica distinta de aplicación del *ius imperium* estatal por infracciones administrativas;¹²⁵ mientras que el Derecho Civil busca la solución en conflictos entre particulares mediante otorgamiento o no de resarcimiento en Responsabilidad Civil.¹²⁶

¹²⁴ LEON, Leysser – “El Sentido de la Codificación Civil” (2004). Lima: Palestra, p. 265.

¹²⁵ Como señala Guzmán, “debemos definir el papel que la Administración Pública cumple en el incentivo negativo de conductas antisociales a través de la imposición de sanciones, puesto ante una infracción determinada debemos optar por emplear el ordenamiento penal o el ordenamiento administrativo, siempre que el fundamento sea distinto, a fin de no vulnerar el *non bis in ídem*. (...) Por la potestad sancionadora, la Administración se encuentra facultada para sancionar a los administrados por la comisión de infracciones establecidas por el ordenamiento jurídico”. GUZMAN Napurí, Christian – “Tratado de la Administración Pública y del Procedimiento Administrativo”. Lima: RAE – Caballero Bustamante, 2011, pp. 792-797.

¹²⁶ Como ha señalado González, “la tutela resarcitoria es el remedio general de protección de las distintas situaciones jurídicas reconocidas. (...) Ante una situación de este tipo, el ordenamiento

En las siguientes líneas tocaremos un tema de alto interés y de mucha importancia en la actualidad: la responsabilidad, en el término común de la palabra, de los establecimientos de salud cuando sucede alguna ocurrencia por parte de los médicos, técnicos, auxiliares de los mismos¹²⁷ o, más allá aún, por parte de los empleados aparentes de los mismos, como veremos.

Primero cabe realizar una precisión técnica. En materia de ocurrencias en servicios de salud o servicios médicos a los pacientes, por un lado, está la responsabilidad administrativa por vulneración al derecho a un servicio idóneo por parte de los consumidores (pacientes), la cual es imputada y sancionada por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI); y, por otro lado, está la responsabilidad civil por daños injustos sufridos por los pacientes que pueden ser resarcidos a través de los juzgados del Poder Judicial.

En este sentido, un mismo hecho puede generar distintas consecuencias; en efecto, la fattispecie o supuesto que describe la realidad en las normas

jurídico concede un remedio general que sirve para la tutela de todos los derechos subjetivos: el resarcimiento. En efecto, si se produce la pérdida o imposibilidad de actuación de los derechos, entonces solo queda la compensación económica como mecanismo para protegerlos, aun cuando sea en forma indirecta. (...) Nótese que todos los derechos, incluso los de muy distinto contenido, características y eficacia, tiene como remedio último la tutela por el resarcimiento". GONZALES, Gunther – "Introducción a la Responsabilidad Contractual en el Código Civil Peruano" en ZIMMERMANN, Reinhard – "Derecho de Obligaciones". Traducción de Antoni Vaquer Aloy. Lima: Ediciones legales, 2012, pp. 27-28.

¹²⁷ Recordemos casos tan absurdos como la amputación de la pierna sana de un anciano, en el Hospital Sabogal del Callao. EFE – "Amputan por error la pierna sana a un anciano en Hospital Sabogal". Diario La República. Lima, 25 de enero de 2010. Consulta: 16 de junio de 2013. < <http://www.larepublica.pe/25-01-2010/amputan-por-error-la-pierna-sana-un-anciano-en-hospital-sabogal> >; o uno más reciente como el de la operación a la lengua de un niño que acudió al Hospital Hipólito Unanue de Tacna para una circuncisión. Producción de América Televisión – "Tacna: Niño va a hospital para circuncisión y lo operan de la lengua". Diario Peru21. Lima, 17 de mayo de 2013. Consulta 16 de junio de 2013. < <http://peru21.pe/actualidad/tacna-nino-debia-someterse-circuncision-y-lo-operan-lengua-2131556> >

puede ser el mismo:¹²⁸ la amputación de la pierna sana de un paciente, la operación de lengua de un paciente que quería una circuncisión, la inyección de una vacuna con agujas infectadas de SIDA a un paciente, entre otras. Sin embargo, cada una de las circunstancias fácticas antes enunciadas pueden desencadenar, como hemos señalado, dos sistemas: primero, la vulneración del derecho a un servicio médico o de salud idóneo, pone en marcha el aparato Estatal de Protección al Consumidor; y, segundo, el derecho al resarcimiento que nace de la producción de daños injustos, pone en marcha el aparato Estatal de la Responsabilidad Civil.

Sin duda alguna, en todos estos casos, tanto el sentido común del dañado o perjudicado como el razonamiento del legislador llevan a presumir que quien está en mejor posición de responder económicamente por estos supuestos es el establecimiento de salud, más que cualquier médico, técnico o auxiliar individualmente. Sin embargo, el criterio no puede estar basado en el mero deep pocket,¹²⁹ sino que se busca un criterio objetivo adicional. De esta manera, tanto el Derecho Civil como el Derecho Administrativo Sancionador, basan la imputación de responsabilidad primeramente en la obligación,¹³⁰ la

¹²⁸ Concepción de los supuestos de hecho de las normas (fatispecie) como descripción de la realidad. Ver más en: DE BARROS Carvalho, Paulo – “El absurdo de la interpretación económica del ‘hecho generador’. Derecho y su autonomía. La paradoja de la interdisciplinariedad”. *Advocatus*, Revista de Derecho. N° 19, 2008, pp. 27-38.

¹²⁹ Como señala Espinoza, citando a Calabresi, “el criterio del cheapest (or easiest) cost avoider no debe ser confundido con el del deep pocket (buena bolsa), según el cual el coste secundario de los accidentes se podría reducir mucho si se imputaran las pérdidas a aquellos grupos sociales que están mejor protegidos contra las consecuencias sociales y económicas que se derivarían del hecho de tener que soportarlas, es decir, si se imputaran las pérdidas a quienes normalmente designamos como ‘ricos’”. ESPINOZA, Juan – “Los Principios Contenidos en el Título Preliminar del Código Civil Peruano de 1984”. Lima: Grijley, 2011, p. 294.

¹³⁰ Recordemos que toda la responsabilidad civil contractual está basada en la inejecución de obligaciones. Para lo cual es nuestro deber recordar que la Obligación o Relación Jurídico Patrimonial es definida como “Vinculación Inter-subjetiva Concreta de Cooperación de Contenido Patrimonial”. FERNÁNDEZ, Gastón – “La Obligación como Relación Jurídico Patrimonial”. En “La Obligación.

ley,¹³¹ o en la relación de consumo.¹³² Luego, ambos sistemas tienen sus propias reglas de atribución de responsabilidades específicas, entre las cuales se encuentra la responsabilidad de los establecimientos de salud.¹³³ Por un lado, el Derecho Civil plasma la responsabilidad de quien contrata a terceros en el artículo 1325 del CC:

Artículo 1325: “El deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de éstos, salvo pacto

Apuntes para una Dogmática Jurídica del Concepto”. Themis, Revista de Derecho. N° 27 – 28. Lima, 1993, pp. 49 – 56.

¹³¹ De igual manera, Buendía De Los Santos, señala que de la concordancia del artículo 3 y 39 de la LGS, se llega a la conclusión de una Relación Jurídico Patrimonial derivada de la Ley General de Salud. Este autor señala que “el paciente tiene el derecho a ser atendido y, por ende, a utilizar los servicios de atención médico quirúrgicos de emergencia, sea este un establecimiento prestador de servicios de salud, tanto público como privado (... y) en el sentido opuesto, dichos establecimientos tienen la obligación de prestar los servicios de emergencia (...). Al ser conceptos contrapuestos, el derecho y la obligación consideramos (...) que la Ley General de Salud puede establecer una relación obligatoria entre una persona que se encuentra en una situación de emergencia y las entidades prestadoras de salud”. BUENDIA De Los Santos, Eduardo Emmanuel – “El Seguro Obligatorio contra Accidentes por Negligencia Médica: ¿Vía para garantizar la indemnización de las víctimas o método de reducción de los casos de mal praxis médica? ¿Es viable en el Perú? Tesis para optar por el Título de Abogado. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2011, p. 114.

¹³² Tengamos presente que para el Derecho de Protección al Consumidor, el ámbito de aplicación se encuentra limitado a aquellas situaciones en que el consumidor (paciente) se encuentre, directa o indirectamente, expuesto o comprendido por una relación de consumo o en una etapa preliminar a ésta, según la norma III del Título Preliminar del CPDC – Código de Protección y Defensa del Consumidor. Siendo la Relación de Consumo, aquella “relación por la cual un consumidor adquiere un producto o contrata un servicio con un proveedor a cambio de una contraprestación económica” como se señala en el inciso 5 de la norma IV del Título Preliminar del CPDC.

¹³³ El artículo 17 del Reglamento de Establecimientos de Salud y Servicios Médicos de Apoyo – Decreto Supremo N° 013-2006-SA define establecimientos de salud como “aquellos que realizan, en régimen ambulatorio o de internamiento, atención de salud con fines de prevención, promoción, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, dirigidas a mantener o restablecer el estado de salud de las personas”.

en contrario”. De esta manera, aplicando esta normativa a los servicios médicos y de salud, sólo se puede atribuir responsabilidad civil dentro de una relación jurídico patrimonial por daños cuando exista un vínculo (nosotros creemos: contractual o laboral) entre el médico, técnico o auxiliar con el establecimiento de salud. Por otro lado, el Derecho de Protección al Consumidor ha regulado la responsabilidad específica de los establecimientos de salud en el artículo 68 del CPDC, de la siguiente manera:

Artículo 68 – Responsabilidad por la prestación de servicios de salud:

“El establecimiento de salud es responsable por las infracciones al presente Código generadas por el ejercicio negligente, imprudente o imperito de las actividades de los profesionales, de los técnicos o de los auxiliares que se desempeñen en el referido establecimiento, sin perjuicio de las responsabilidades que les correspondan a estos.

El establecimiento de salud también es responsable por los actos de los profesionales que de manera independiente desarrollen sus actividades empleando la infraestructura o equipos del primero, salvo que el servicio haya sido ofrecido sin utilizar la imagen, reputación o marca del referido establecimiento y esa independencia haya sido informada previa y expresamente al consumidor; sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 68.1. La responsabilidad del establecimiento de salud conforme a esta norma es solidaria”. Aquí, podemos observar una norma similar pero legislada de manera específica para el caso de servicios médicos y de salud; así como una disposición adicional.

De esta manera, podemos observar que la norma civil (artículo 1325 del CC) está en concordancia sistémica con la norma de protección al consumidor (primer párrafo del artículo 68 del CPDC) cuando se establece la responsabilidad vicaria. Tal como señalan, en sede nacional, los Doctores Osterling y Castillo, en este supuesto: “la obligación de resarcir sólo se

presenta en los casos en que la ley faculta a la víctima o damnificado a reclamar que sea resarcido por quien, sin haber causado directamente el daño, tiene particular vinculación con el victimario”.¹³⁴ De igual manera, los particulares requisitos de esta figura son: que la relación jurídico patrimonial sea válida entre el deudor responsable y la víctima; que el tercero sea el mismo responsable del daño; debe existir una relación de dependencia entre el autor del hecho y el deudor; el daño debe ser sufrido por el acreedor de la primigenia obligación válida; y debe existir vinculación entre las tareas derivadas de la dependencia y el hecho del tercero.¹³⁵ Por otro lado, en sede internacional, el Doctor Cesare Massimo Bianca ha señalado que “los presupuestos de la responsabilidad del deudor por el hecho del auxiliar son: la posición de auxiliar que tiene el autor del hecho; el carácter doloso o culposo del hecho; y la conexión entre el hecho y los encargos dados al auxiliar”.¹³⁶ En este sentido, los sujetos protagonistas de esta figura son tres:

- (i) El deudor de la relación obligatoria
- (ii) El acreedor de la relación obligatoria, y
- (iii) El tercero vinculado¹³⁷ al deudor.

Igualmente, de la referencia cruzada de la doctrina nacional o internacional, encontramos que existe un presupuesto necesario de la responsabilidad vicaria: La obligación válida entre el acreedor y el deudor, quien cumple a

¹³⁴ OSTERLING, Felipe y CASTILLO, Mario – “Compendio de Derecho de las Obligaciones”, Lima: Palestra, 2008, p. 884. Se han reemplazado las menciones al concepto “indemnización” puesto que, en nuestra opinión, el término correcto es “resarcimiento”.

¹³⁵ Ídem, p. 885.

¹³⁶ BIANCA, Cesare Massimo – “La responsabilidad del deudor por sus auxiliares”. Traducción de Leysser León del original “Diritto civile 5, La responsabilità”. Milán: Giuffrè, 1994, pp. 59-64. En LEON, Leysser – “Derecho de las Relaciones Obligatorias”. Lima: Jurista, 2007, p. 427.

¹³⁷ Aquí hacemos referencia a la “vinculación” para no detenernos en la “dependencia” que limitaría los supuestos a contratos como el contrato de trabajo o laboral, y dejaría de lado los contratos de obra o de locación de servicios que también podían ser susceptibles de vincular, pero sin dependencia.

través de un tercero (vinculado a él por otra relación jurídica patrimonial). Adicionalmente, a la configuración del presupuesto antes mencionado encontramos tres requisitos que deben presentarse concurrentemente:

- (a) Primero, debe configurarse un daño resarcible al acreedor;
- (b) Segundo, el tercero vinculado al deudor debe ser el autor del hecho generador del daño resarcible.
- (c) Finalmente, el hecho generador del daño debe ocasionarse en plena ejecución de las obligaciones derivadas de la vinculación entre el deudor y el tercero.

Esto, analizado y señalado en el siguiente cuadro, es lo previsto por las dos normas referidas:

LA RESPONSABILIDAD VICARIA

Artículo 1325 del CC	Primer párrafo del artículo 68 del CPDC
“El deudor (i) que para ejecutar la obligación se vale de terceros (iii), responde (a) de los hechos dolosos o culposos de éstos (b) [en plena ejecución de las obligaciones derivadas de la relación con este] (c), salvo pacto en contrario”	“El establecimiento de salud (i) es responsable (a) por las infracciones al presente Código generadas por el ejercicio negligente, imprudente o imperito de las actividades (b) de los profesionales, de los técnicos o de los auxiliares que se desempeñen en el referido establecimiento (iii) [en plena ejecución de las obligaciones derivadas de la relación con este] (c), sin perjuicio de las responsabilidades que les correspondan a estos (...)”.

FUENTE: Código Civil y Código de Protección al Consumidor

Notemos que ambas normas presentan una característica particular; primero, el artículo 1325 del CC brinda la posibilidad de pactar en contra mediante uso de la autonomía privada; mientras que el primer párrafo artículo 68 del CPDC no otorga la posibilidad de pactar en contra de dicha norma, sino por el contrario atribuye la posibilidad de imponer

responsabilidad administrativa individual a cada profesional, técnico o auxiliar. El telos de esta diferencia es sencillo de encontrar, es el mandato de protección al consumidor, ya señalado; el derecho civil está regido por la primacía de la autonomía privada,¹³⁸ mientras que el derecho administrativo sancionador se basa en la protección del interés del consumidor.¹³⁹

¹³⁸ Todo derivado de: Artículo 1354: “Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo”. Debemos recordar que la Autonomía Privada es, según Navarretta, “un poder privado de darse reglas dispositivas y vinculantes que producen efectos jurídicos”. NAVARRETTA, Emanuela – “Hechos y Actos Jurídicos” en Revista Jurídica del Perú. N° 91, Setiembre. Traducción de Rómulo Morales Hervias. Lima: Gaceta Jurídica, 2008, p. 294; del mismo modo, Roppo señala es el “poder de darse por sí las propias reglas ([...] las reglas relativas a las propias relaciones jurídicas patrimoniales)”. ROPPO, Vincenzo – “El Contrato”. Traducción bajo la dirección de Eugenia Ariano Deho. Lima: Gaceta Jurídica, 2009, p. 48. Siguiendo esta idea, Forno señala que es “el poder delegado a los privados para dictar para sí mismos sus reglas jurídicas” FORNO, Hugo – “Acerca de la noción de contrato” en Gaceta Jurídica, legislación, doctrina y jurisprudencia. Mayo, Tomo 78-B. Lima: Gaceta jurídica, 2000, p. 22. Según este concepto, se derivan, de un lado, la libertad de contratar o de conclusión consiste en la libertad del sujeto de celebrar o no celebrar un contrato y de elegir con que otro sujeto lo celebra; y, por otro lado, la libertad contractual o de configuración interna consistente en la libertad del sujeto de determinar el contenido de los contratos que va a celebrar, teniendo entre otras la facultad de determinar el objeto del contrato. Ver: Ideas de Menezes Cordeiro citadas por MORALES HERVIAS, Rómulo – “Nuevas Perspectivas del negocio jurídico” en Derecho & Sociedad. Año XVIII, N° 28. Lima, 2007, p. 299. CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos – “Autonomía privada, contrato y constitución” en Contrato & Mercado. Lima: Gaceta Jurídica, 2000, p. 66. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel – El Contrato en general. Tres Volúmenes. Lima: Palestra, 2001, pp. 199-200.

¹³⁹ En este supuesto, es importante la finalidad del CPDC que prima el interés público fijado por la Constitución y la posibilidad de individualizar la sanción a los prestadores. Artículo 65 de la Constitución Política Peruana de 1993: “El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. (...)”. Artículo II del Título Preliminar del CPDC – Finalidad: “El presente Código tiene la finalidad de que los consumidores accedan a productos y servicios idóneos y que gocen de los derechos y los mecanismos efectivos para su protección, reduciendo la asimetría informativa, corrigiendo, previniendo o eliminando las conductas y prácticas que afecten sus legítimos intereses. En el régimen de economía social de mercado establecido por la Constitución, la protección se interpreta en el sentido más favorable al consumidor, de acuerdo a lo establecido en el presente Código”. Artículo III del Título Preliminar del CPDC – Definiciones: “Para los efectos del presente Código, se

Finalmente, sin embargo, cabe analizar el supuesto adicional de responsabilidad administrativa de los establecimientos de salud que añade el CPDC. Aquí es importante definir previamente a qué nos referimos con la teoría de la apariencia del diritto. La situación de apariencia, señala Falzea, es entendida como aquella en la cual “un fenómeno (materialmente presente e inmediatamente real) manifiesta otro fenómeno (ni materialmente presente, ni inmediatamente real)”.¹⁴⁰ En nuestro país, la Resolución N° 240-2002/CPC-INDECOPI fue uno de pocos casos donde se utilizó esta teoría; efectivamente, la Comisión señaló:

“La Comisión considera que en este caso particular, se ha configurado un supuesto de apariencia, que es una situación compleja, en la cual una situación real se manifiesta o significa frente a los terceros de otra manera, vale decir, a través de una situación aparente. Este supuesto de apariencia se manifiesta objetivamente, bajo criterios socialmente apreciables. Frente a ello, el ordenamiento jurídico considera eficaz la situación aparente, privilegiándola frente a la situación real, a efectos de proteger a los terceros que, confiando en la misma, han celebrado actos jurídicos. Las situaciones de apariencia no son ajenas a las previsiones del Código Civil. Así, se regula al acreedor aparente (art. 1225 c.c.), al heredero aparente (art. 665 c.c.), entre otros. En estos casos, los actos realizados tanto con el acreedor aparente, como con el heredero aparente, tienen efectos jurídicos. En efecto, en el primero, se extingue la obligación por el pago hecho al acreedor aparente y, en el segundo, haciendo una interpretación a sensu contrario, el heredero real no podrá reivindicar los bienes transmitidos por el heredero aparente al tercero de buena fe”.

entiende por: 2. Proveedores: Las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, que de manera habitual fabrican, elaboran, manipulan, acondicionan, mezclan, envasan, almacenan, preparan, expenden, suministran productos o prestan servicios de cualquier naturaleza a los consumidores. En forma enunciativa y no limitativa se considera proveedores a: 2.4. Prestadores: Las personas naturales o jurídicas que prestan servicios a los consumidores”.

¹⁴⁰ FALZEA, Angelo – Voz “Apparenza”. Enciclopedia del Diritto. Tomo II. Milán: Giuffrè, 1958, p. 687.

De igual manera, complementariamente, la Casación N° 18191-2007 de la Corte Suprema di Cassazione italiana ha aclarado que en aplicación de esta teoría fundamentada en la protección de terceros, es condición indispensable para la protección de la situación aparente la culpa de la persona contra la cual se invoca la misma.¹⁴¹ Así, tenemos la estructura de la teoría de la apariencia del diritto que está compuesta de: (i) una situación aparente, y (ii) una situación real; y, ante la existencia de estas dos versiones de la realidad, la regla es la efectividad de la versión aparente de la realidad, fundamentándose en la protección de los terceros en base a la buena fe¹⁴² si y sólo si esta situación de apariencia ha sido creada por aquel sujeto de derecho ante quien se quiere hacer valer esta apariencia. Precisamente, estas son las características que encontramos en este segundo párrafo del artículo 68 del CPDC: “(...) El establecimiento de salud también es responsable por los actos de los profesionales que de manera independiente desarrollen sus actividades empleando la infraestructura o equipos del primero, salvo que el servicio haya sido ofrecido sin utilizar la imagen, reputación o marca del referido establecimiento y esa independencia haya sido informada previa y expresamente al consumidor; sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 68.1. La responsabilidad del establecimiento de salud conforme a esta norma es solidaria” Por un lado, tenemos:

(i) La Situación real consistente en el hecho de que las actividades de profesionales independientes sólo son desarrolladas empleando la

¹⁴¹ Corte Suprema di Cassazione – “Rassegna della Giurisprudenza di legittimità” [online]. En: Portal Jurídico de la Corte Suprema di Cassazione (WEB). Roma, 2008, pp. 110 – 111. < <http://www.cortedicassazione.it/Documenti/RassegnaCivile2007.pdf> >

¹⁴² Recordemos que el principio de buena fe prima tanto en la interpretación del negocio jurídico; así como en la celebración de los contratos. Artículo 168 del Código Civil Peruano de 1984: “El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe”. Artículo 1362 del Código Civil Peruano de 1984: “Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”.

infraestructura o equipos de un establecimiento de salud, más no se desempeñan como empleados o contratados del establecimiento de salud.

De otro lado, tenemos:

(ii) La Situación aparente consistente en el hecho que las actividades de profesionales, técnicos o auxiliares que se desempeñen como empleados (dependientes) o contratados (no dependientes, pero vinculados¹⁴³ del establecimiento de salud.

(iii) La Condición indispensable, que consiste en que el servicio haya sido ofrecido utilizando la imagen, reputación o marca del establecimiento de salud, y no se haya informado de manera previa y expresa al paciente (consumidor) de la separación de responsabilidades.

En este sentido, nuevamente vemos que el CDPC, a diferencia del CC, brinda protección tuitiva por mandato expreso de nuestra Constitución a los consumidores, quienes se encuentran en situación de asimetría informativa; así lo ha recogido el Doctor Marcial Rubio cuando señala: “En general, en la economía, el consumidor es protegido y compete al Estado asegurar tal protección, especialmente a través de los organismos reguladores. El consumidor debe recibir un trato razonable y adecuado de los proveedores, quienes tendrán en cuenta la satisfacción de las necesidades del consumidor y no solo relaciones de características objetivas. Cuando haya dos o más posibilidades de aplicación del Derecho, no se puede interpretar las normas y decisiones de regulación del mercado en favor del proveedor sino del consumidor”.¹⁴⁴

En este caso, vemos la protección específica del legislador en los servicios médicos o de salud, al haber introducido incluso la protección de una

¹⁴³ Supra pie de página 14.

¹⁴⁴ RUBIO, Marcial – “La Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional”. 2da Edición. Lima: PUCP, 2005, p. 177.

situación aparente que podrá ser opuesta a cualquier establecimiento de salud que preste su infraestructura o equipos, únicamente, a profesionales independientes siempre que (i) utilicen su imagen, su reputación o marca, y (ii) no informen previa y expresamente al paciente de la separación de responsabilidades.

De esta manera, la norma está imponiendo una obligación dual de no confusión e información para con los consumidores de servicios médicos o de salud con respecto a los que asumen responsabilidades por infracciones administrativas:

- A los establecimientos de salud que presten su infraestructura o equipos a profesionales independientes:
 - ✓ Obligación de supervisar que los profesionales no utilicen su imagen, reputación o marca, consistente en vigilar que los médicos no utilicen ropa de trabajo (como mandiles) con el logo del establecimiento; ordenar a los médicos independientes a no publicitar sus servicios aludiendo a la imagen del establecimiento (a lo mucho consignar la localización del local), entre otras; y
 - ✓ Obligación de informar previa y expresamente a los pacientes de la separación de responsabilidades, que puede realizarse mediante carteles en la parte del local donde atiende el médico, que individualicen los servicios y consignando en la publicidad del establecimiento que dicho médico no forma parte del staff del mismo, entre otros.
- A los profesionales independientes a quienes se les presta infraestructura o equipos de establecimientos de salud:

- ✓ Obligación de no utilizar la imagen, reputación o marca de los establecimientos de salud que les presten su infraestructura o equipos, es decir evitar utilizar ropa de trabajo (como mandiles) con el logo del establecimiento, publicitarse sin aludir al establecimiento de salud generando vinculación alguna, entre otras; y
- ✓ Obligación de informar previa y expresamente a los pacientes de la separación de responsabilidades, que puede realizarse mediante una nota aclaratoria en tarjetas personales; colocación de carteles en la puerta en contacto con el público del local, consignando en la publicidad individual que no forma parte del staff del mismo, entre otros.

En resumen, podemos observar que la norma civil (artículo 1325 del CC) está en concordancia sistémica con la norma de protección al consumidor (primer párrafo del artículo 68 del CPDC) cuando se establece la responsabilidad vicaria entre el médico, técnico o auxiliar negligente, y el establecimiento de salud vinculado al mismo. Igualmente, también se puede observar que la responsabilidad de los establecimientos de salud se encuentra ampliada en el Derecho Administrativo Sancionador, que sirve de base para el Derecho de Protección al Consumidor, llegando a incluir un supuesto de la teoría de la apparenza del diritto, que por su condición indispensable, impone una obligación dual de no confusión e información para con los consumidores de servicios médicos o de salud con respecto a los que asumen responsabilidades por infracciones administrativas. De esta manera, aquel paciente que sufre daños podrá activar el sistema de responsabilidad civil para obtener un resarcimiento por parte del establecimiento de salud sólo en caso de existir vinculación entre el profesional, técnico o auxiliar que generó el daño. De manera más amplia, también podrá activar el sistema administrativo sancionador con la finalidad de sancionar al establecimiento, además del supuesto antes mencionado, incluso cuando el profesional que lo atendió no tenga vinculación con el

establecimiento siempre y cuando se haya creado la apariencia de derecho por negligencia tanto del mismo profesional como del propio establecimiento.

6. RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR

En el caso peruano, el Código de Protección y Defensa del Consumidor, estipula una serie de normas que de una u otra manera establecen disposiciones de responsabilidad civil por los daños que el empresario proveedor cause a los consumidores en la comercialización de sus bienes y servicios. En efecto del artículo 100 pueden eventualmente derivarse responsabilidad civil por haber generado falsas expectativas respecto a la promoción u oferta publicitada de determinado bien o servicio o por los daños ocasionados por el incumplimiento de la oferta publicitaria; el artículo 30 obliga a reponer el producto devolver la cantidad pagada en exceso cuando exista discrepancia entre la cantidad supuestamente vendida y la cantidad efectivamente entregada; el mismo razonamiento tienen los artículos 101, 102, 103.

La norma ha efectuado un tratamiento riguroso del tema de la responsabilidad civil en su título “De las Responsabilidades frente a los Consumidores”, y en este sentido la ley aborda la responsabilidad civil por productos defectuosos estableciendo que el proveedor es responsable de los daños y perjuicios causados a la integridad física de los consumidores o a sus bienes por los defectos de sus productos y se considera que un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad a que las personas tienen derecho, tomando en consideración todas las circunstancias, como el diseño del producto; la manera como ha sido puesto en el mercado, su apariencia, su marca, la publicidad referida a la misma o el empleo de advertencias o instrucciones; el uso previsible del producto; los materiales, el contenido y la condición del producto, entre otros.

La ley establece también el carácter omnicomprensivo de la responsabilidad civil y en tal sentido expresa que la indemnización comprende todas las consecuencias causadas por el defecto, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral y que la responsabilidad de los diversos proveedores de un producto es solidaria, sin perjuicio obviamente de que cada proveedor tiene el derecho de repetir contra aquel que le suministró el producto defectuoso causante de los daños; de manera que la omisión de información por parte del proveedor, en especial de las instrucciones o advertencias, determinan responsabilidad civil en tanto que el producto defectuoso se constituye en la causa adecuada de los daños que eventualmente sufre el consumidor, en cuyo caso no es necesario analizar la culpa del proveedor, quien debe responder objetivamente por el daño causado.

La Autoridad Nacional de Protección del Consumidor en el Perú (Indecopi) a través de su Comisión de Protección del Consumidor y de su actual Sala de Protección del Consumidor del Tribunal del Indecopi, no tenía facultades para pronunciarse sobre la pretensión de medidas correctivas solicitadas por un consumidor afectado, porque se entendía que estas tenían un carácter indemnizatorio y esta facultad es propia del poder Judicial. Sin embargo la Ley 27311 del año 2003 otorgó a la Comisión la facultad de ordenar, entre otras medidas la reposición y reparación de productos, la devolución de la contraprestación pagada por el consumidor o cualquier otra medida que tenga por objeto el reponer el estado de las cosas hasta antes de la producción del daño. Algunos autores consideran a estas medidas como un resarcimiento del daño dadas las expectativas económicas del consumidor y las consideran como eventuales indemnizaciones por especie para resarcir el daño emergente y propugnan una corriente de opinión para otorgarles este carácter; sin embargo creemos que en el actual contexto normativo, las medidas correctivas no tienen ese carácter, porque las indemnizaciones responden otros criterios y solo pueden ser fijadas por mandato judicial, caso

contrario deberá modificarse toda la dogmática civil sobre la responsabilidad para trasladar este tema a los órganos administrativos.

Pero cuál es la naturaleza de la responsabilidad civil que contempla la Ley de Protección del Consumidor? Al respecto el artículo 101 del Código en referencia señala que los proveedores son objetivamente responsables por infringir las disposiciones contenidas en la ley y que los proveedores infractores podrán ser sancionados con una amonestación o multa de hasta 500 Unidades Impositivas Tributarias (US 500,000 aproximadamente), sin perjuicio de las medidas correctivas que correspondan para revertir los efectos que las conductas infractoras hubieran ocasionado o para evitar que éstas se produzcan nuevamente en el futuro. El debate es si se trata de responsabilidad civil objetiva o de responsabilidad administrativa. En nuestra opinión la ley contempla un principio de responsabilidad objetiva y en tal sentido un proveedor infractor responderá administrativamente por la infracción las normas de protección del consumidor, pero a su vez responderá también objetivamente si a consecuencia de la infracción administrativa ha causado daños al consumidor en cualquiera de sus dimensiones, es decir daños materiales o patrimoniales y daños personales.

El Código de Protección y Defensa del Consumidor del Perú, en esta materia es innovadora y marca la pauta en las legislaciones de la región y en ese sentido está a la vanguardia, al estatuir normas tanto de responsabilidad civil contractual, como extracontractual y en el caso de productos defectuosos la responsabilidad extracontractual permite dirigirse contra el comerciante o distribuidor, el proveedor, el fabricante o importador. No obstante creemos que la responsabilidad civil es una sola, dado que el denominador común de ambos tipos de responsabilidad estriba en la antijuridicidad, la obligación legal de indemnizar los daños, la relación de causalidad y los factores de atribución, con diferencias de matiz en su regulación legal. Para Taboada Cordova (2000) la actual regulación del Código Civil peruano no es impedimento para estudiar el sistema de responsabilidad civil desde una

óptica unitaria, en la medida en que se respeten las diferencias de orden legal existentes.

El artículo 100 del Código de Protección y Defensa del Consumidor del Perú es una norma especial, de aplicación a las relaciones de consumo que establece la responsabilidad civil por productos defectuosos en tanto que los productos no ofrezcan las garantías de seguridad y pongan en riesgo la integridad física del consumidor por falta de información sobre instrucciones de uso o advertencias, lo que se relaciona con el artículo 9 de la ley que señala que los productos puestos a disposición del consumidor no deben conllevar riesgo injustificado o no advertido para su salud o seguridad la de sus bienes, agregando que los riesgos previsibles deben advertirse, así como señalarse el correcto modo de utilización del producto. Es decir, si el producto conlleva un riesgo y no se informa, éste es defectuoso, si el producto tiene determinada forma de uso y no se informa, éste es defectuoso porque se torna inseguro, he aquí donde radica el acto antijurídico como uno de los elementos de la responsabilidad civil.

La responsabilidad es objetiva en tanto que no se requiere demostrar la culpa del proveedor, sino solamente el riesgo creado como factor atributivo de la responsabilidad civil, en virtud del cual se atribuye el daño al proveedor que oferta los productos en el mercado y que potencialmente pueden causar daño por deficiencias de información, uso inadecuado o falta de advertencias, prescindiendo de la subjetividad del agente, centrando el debate en la reparación del daño causado.

Probado el defecto de información y el nexo causal, responde el proveedor. La relación causal debe ser de causa adecuada es decir de una conducta que sea capaz de producir el daño, donde entran en juego factores como la naturaleza del defecto, las instrucciones o advertencias, la intensidad del riesgo creado, la previsibilidad del uso inadecuado, et tipo de lenguaje empleado, etc. El consumidor debe probar que el daño sufrido es a

consecuencia del defecto y que hay un nexo causal entre el defecto y los daños, por lo que se debe demostrar que si el defecto no hubiera existido, el daño no se hubiera producido, porque la causalidad adecuada supone que el daño es resultado esperado en circunstancias normales del defecto, es decir que el defecto es idóneo para producir daños.

Lo importante en esta materia es que las normas sobre responsabilidad civil por productos defectuosos contenida en la ley, sea interpretada en armonía con las demás disposiciones sobre protección del consumidor, de la mano del trabajo de aplicación legal de los órganos encargados de resolver los conflictos de consumo, los que deberán atender a desincentivar la producción de daños derivados de productos defectuosos en el mercado, a través de resoluciones que se ajusten a la ley y que tiendan a crear conciencia de cultura de consumo en el país. En 1916 la Corte de Aplicaciones de New York estableció el precedente de Responsabilidad Civil por productos defectuosos en el célebre caso *Brow vs Buick Motor Company*. El incumplimiento de las disposiciones legales establecidas al respecto en la normas de consumidor determina la responsabilidad administrativa del proveedor, sin embargo para que el sistema de protección del consumidor funcione adecuadamente y pueda ser eficiente y eficaz es necesario no solo la aplicación de sanciones administrativas a cargo de las autoridades como en el caso del Perú, el Indecopi, sino también de normas de responsabilidad civil a cargo del Poder Judicial y que otorguen indemnizaciones para reparar de manera integral los daños y perjuicios sufridos por los consumidores a consecuencia de la oferta de productos y servicios defectuosos, de manera que la tutela jurídica del consumidor no solo quede en la esfera del órgano administrativo, sino que también se traslade al ámbito judicial donde un trabajo idóneo de los jueces en esta materia sin duda complementaría el sistema de protección.

Existe una falta de aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales peruanos del artículo 100 del Código de Protección y Defensa del

Consumidor , sobre responsabilidad civil por productos defectuosos, toda vez que los jueces a pesar de ser esta norma idónea y especializada, prefieren aplicar las regulaciones contenidas en el Código Civil, generando a veces debates inocuos sobre el tema, afectando los derechos de los consumidores, quienes a veces paradójicamente han obtenido ya una resolución favorable en la vía administrativa.

Al respecto, no obstante la existencia de un régimen especial de responsabilidad del productor como el que contempla el artículo 100 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, éste no ha tenido aplicación hasta el momento por parte de la jurisprudencia peruana, la que más bien, ha continuado aplicando a los poquísimos casos sobre la materia la disciplina general de la responsabilidad civil. Woolcoot Oyague (2001) sostiene que resulta palmario que los casos de responsabilidad del proveedor por productos defectuosos son propios de economías desarrolladas, lo que explicaría la escasa aplicación de la normativa en el Perú.

La jurisprudencia administrativa del Tribunal del Indecopi en el Perú, revela que existen muchos casos que involucran daños causados a los consumidores y que deberían ser objeto de procesos por responsabilidad civil, sin embargo la realidad nos demuestra que los consumidores no tienen incentivos para demandar judicialmente indemnizaciones por los daños sufridos; quizás porque no saben defender sus derechos, por los altos costos procesales, por la lentitud de los procesos , por el difícil acceso a los órganos jurisdiccionales, etc. Esto explica el porque no existe en nuestro medio un desarrollo jurisprudencial permanente y sostenido sobre responsabilidad civil de los empresarios proveedores por daños causados en las relaciones de consumo, por ello podemos señalar sin temor a equivocarnos que estos temas aún son extraños a los jueces peruanos.

Es preciso señalar que esta escasa jurisprudencia sobre el tema demuestra también la falta de mecanismos procesales idóneos respecto de las indemnizaciones por daños derivados de la violación de los derechos del consumidor y tal como lo hemos expuesto es preciso proponer figuras como la inversión de la carga de la prueba, los procesos sumarios especiales para este tipo de debates. Anteriormente la responsabilidad civil por defectos de los productos se fundamentaba en el artículo 1970 del Código Civil Peruano sobre daños causados por bienes riesgosos o peligrosos que estatuyó la responsabilidad civil objetiva, sin embargo, dadas las características de la sociedad moderna, como la producción masiva y la contratación de consumo, motivaron que el tratamiento de la responsabilidad civil objetiva se vaya especializando en materia de consumidor, por ello ahora ya no es necesario recurrir a la norma del código, toda vez que existe una norma especial que se aplica a todos los casos en que existen daños a los consumidores ocasionados por defectos de los productos comercializados en el mercado, aunque es obvio que los grandes principios de la teoría general de la responsabilidad civil, estarán siempre inmersos en todo razonamiento sobre el tema. El Derecho del Consumidor también persigue la prevención de los posibles daños a los consumidores, de ahí que existen leyes y directivas que apuntan a ese objetivo como es el caso de las medidas correctivas que el Indecopi está facultado a otorgar y que en el fondo buscan desincentivar conductas generadoras de daños a los consumidores.

La doctrina actual acepta que la responsabilidad civil no puede estudiarse y analizarse solamente como un problema de dos actores, un causante de un daño y la víctima, sino que se necesita de una visión integral del fenómeno, es decir una visión totalizadora de las relaciones de consumo en el mercado, porque los daños derivados de ellas, por el riesgo difuso en toda la sociedad, pueden afectar a toda la comunidad de consumidores en general. En este sentido la doctrina italiana entiende que la responsabilidad civil debe ser estudiada desde dos perspectivas: una microeconómica, que permita

comprobar la forma como se manifiestan los elementos de la responsabilidad civil en una vinculación intersubjetiva; y una macroeconómica, a partir de la cual se analice las funciones de la responsabilidad civil.

Creemos que sea cual fuere el modelo económico social en el que opere la norma sobre protección de los consumidores, un adecuado sistema de responsabilidad civil en esta materia es aquel que es capaz de articular armónicamente la función preventiva de daños y perjuicios en el mercado, la función compensatoria y reparadora de los daños para beneficio de las víctimas, la función represora o punitiva para sancionar adecuadamente a quienes incumplen la ley y desincentivar las conductas ilícitas.

Algunos autores proponen una visión moderna de la responsabilidad civil y aluden a una visión económica propia de la corriente del Análisis Económico del Derecho, cuyo propulsor, Guido Calabresi, establece que además de la compensación a las víctimas y la desincentivación de conductas, lo más importante es la reducción de los costos administrativos inherentes a todo sistema de responsabilidad civil. En efecto, creemos que lo importante es tener una visión sistémica que sea capaz de nuclear los principios de la teoría de la responsabilidad civil objetiva en relación con los fenómenos derivados de las relaciones de consumo, donde se busque reparar a los consumidores por los daños causados, prevenir las conductas infractoras y promover un mercado transparente para una eficiente asignación de recursos en la sociedad. En este contexto, la doctrina del Derecho Civil ha iniciado una revisión sus instituciones contrastándolas con la realidad económica donde opera la norma y a pesar de que existen frondosas legislaciones sobre protección al consumidor en el ámbito administrativo, la doctrina señala que se requiere contar con una legislación civil que responda a las complejas situaciones que se presentan en las relaciones de consumo, por ello creemos que es innegable la transformación o en todo caso la complementación del Derecho Civil a consecuencia de las normas de

protección del consumidor cuya vigencia en todo el sistema jurídico viene provocando una especie de revolución en el campo del Derecho contractual.

7. EL CONSUMIDOR Y LA IMPORTANCIA DE SU PROTECCIÓN

El Código de Protección y Defensa del Consumidor (Ley N° 29571) establece en su artículo 1, inciso 1.1, acápite a): “**Artículo 1. Derechos de los consumidores.-** 1.1 En los términos establecidos por el presente Código, los consumidores tienen los siguientes derechos: a. Derecho a una protección eficaz respecto de los productos y servicios que, en condiciones normales o previsibles, representen riesgo o peligro para la vida, salud e integridad física.”

El 15 de marzo de 1962 el entonces presidente de Estados Unidos John Fitzgerald Kennedy pronunció un célebre discurso ante el Congreso de su país donde dijo: “Ser consumidor, por definición, nos incluye a todos, somos el grupo económico más grande en el mercado, que afecta y es afectado por casi todas las decisiones económicas públicas y privadas, pero es el único grupo importante cuyos puntos de vista a menudo no son escuchados”. Ahí nació la protección del consumidor que luego se legisló e institucionalizó, primero en Estados Unidos, posteriormente en Europa y finalmente en América Latina, llegando al Perú en 1991 con la dación de la primera Ley de Protección al Consumidor (Decreto Legislativo N° 716) y en 1992 con la creación de la Comisión de Protección al Consumidor dentro de la estructura orgánica del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).

Se trataba pues de reconocer que, en la relación de consumo (plasmada a través de la contratación), ciertamente las partes intervinientes difieren una de la otra, más no porque una sea “la parte fuerte” y, la otra, “la parte débil”, como antaño se sostenía, sino porque una cuenta con más y/o mejor información que la otra, lo que conlleva al principio de asimetría informativa.

Entonces el Estado debe asumir un rol tuitivo y para ello establece el sistema de protección al consumidor que, por cierto, no protege al consumidor per se, sino stricto sensu al consumidor final (precedente de observancia obligatoria, contenido en la Resolución N° 101-96-TDC, en el caso Cheenyi vs. Konica), el cual podría ser incluso una persona jurídica (precedente de observancia obligatoria, contenido en la Resolución N° 422-2003-TDC, en el caso Moquillaza vs. Milne).

Antes de la corriente pro-consumidor (que empezó notoriamente en 1962) el mercado era distinto pues la empresa se mostraba como una insaciable máquina lucrativa, el empresario era el único a quien podía importarle el destino de la empresa, la información era un privilegio de los socios mayoritarios, sólo existían las grandes empresas y los monopolios se adueñaban íntegramente de los sectores económicos más rentables. Todo ello se traducían en el mundo del Derecho donde las relaciones económicas se plasmaban en un vetusto Derecho Comercial que sólo miraba a los comerciantes o a los actos de comercio. Pero todo eso fue hace más de 50 años y desde entonces todo cambió. Hoy en día la empresa es el motor de la sociedad contemporánea, actúa con responsabilidad social corporativa, atiende a sus diversos grupos de interés, incorpora política de gobierno corporativo, convive con pequeñas y medianas empresas y se somete al marco regulatorio de la libre competencia.

El Derecho entonces también cambió. Ya no es el otrora Derecho Comercial; hoy estamos ante el Derecho Empresarial que reconoce a la empresa como un fenómeno socioeconómico complejo (no inventado por abogados) en cuyo alrededor encontramos diversos grupos de interés: el inversionista mayoritario, el inversionista minoritario, el trabajador, el acreedor, el consumidor, el Estado y la comunidad, entre otros. A todos les conviene el éxito de la empresa, aunque por diversas razones; así, por ejemplo, al inversionista minoritario para maximizar la rentabilidad de su inversión, al

consumidor para gozar de productos de calidad y al Estado para recaudar mayores ingresos por Impuesto a la Renta.

Por consiguiente, la tarea actual del Derecho Empresarial es lograr una regulación jurídica integral; no una simple regulación jurídica porque eso ya se consiguió: si enfocamos la relación empresa-trabajador tenemos el Derecho Laboral y si hacemos lo propio con la relación empresa-acreedor tenemos el Derecho Concursal. Eso ya existe.

El reto hoy en día es conseguir una regulación jurídica integral, es decir, enfocar con realismo a la empresa y atender, a la vez, a todos los grupos de interés: ninguno es más importante que otro pues todos son necesarios. ¿Qué hace una empresa sin inversionistas que se arriesguen por ella?, ¿o con trabajadores insatisfechos que van a la huelga?, ¿o con consumidores que organizan un boicot en el mercado? La tarea es ardua pero es lo que corresponde en la actualidad.

En ese orden de ideas tiene que alinearse el Código de Protección y Defensa del Consumidor (Ley N° 29571), sin pretender una protección única, exclusiva, excluyente e irracional del consumidor, como si fuese el único grupo de interés y creyendo que la empresa es un ogro malvado, abusivo y despiadado; no se trata pues de ser exagerados: ni un mercado sin regulaciones (que devenga en anarquía) ni un mercado con regulaciones excesivas (que asfixie a todos). Se requiere un mercado con regulaciones adecuadas y razonables; por lo demás, este es el sustento de una economía social de mercado, siendo éste el régimen económico consagrado en la Constitución Política del Perú.

En suma, la importancia de la protección del consumidor reposa en dos claras razones: por un lado, la superación de la antigua dicotomía “parte fuerte/parte débil” en la contratación y, por otro, el reconocimiento de la asimetría informativa en la relación de consumo.

8. EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL ECONÓMICO Y LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

La Constitución Política del Perú dedica el Título III al Régimen Económico y empieza con el Capítulo I avocado a los Principios Generales, dentro de los cuales se ubica el artículo 65 que, a la letra, estipula: “Artículo 65.- El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.”

Atendiendo a su carácter constitucional, la norma transcrita constituye la norma matriz respecto a la regulación normativa de la protección al consumidor en el Perú. De ella se derivan tres funciones básicas del Estado, cuales son las siguientes:

- a) El Estado asume un rol defensor respecto al interés de los consumidores y los usuarios, aunque en realidad debería ser un rol tuitivo, es decir, protector, en virtud del actual modelo económico (la economía social de mercado) que otorga al Estado la tarea regulatoria, más no intervencionista, en la economía.
- b) El Estado garantiza el derecho a la información que deberán ofrecer los proveedores sobre los bienes y los servicios que se encuentran en el mercado a disposición de los consumidores y los usuarios, precisamente para contrarrestar (en parte) la natural asimetría informativa.
- c) El Estado vela particularmente por la salud y la seguridad de la población, al estimar que se trata de dos bienes jurídicos de especial relevancia, por lo que merecen una mayor tutela estatal.

Todo lo anterior podríamos vincularlo sosteniendo que el Estado procura la protección del consumidor y, para tal cometido, garantiza que el proveedor le

dará información al consumidor, siendo especialmente trascendente cuando la relación de consumo involucra la salud y/o la seguridad del consumidor o usuario. En palabras de Alfredo Quispe Correa: “La empresa, como se sabe, busca utilidad. El consumidor, se supone, busca calidad y precio. De esa relación asimétrica entre la empresa y el consumidor, la ventaja marcha al lado de la empresa: tiene mayor capacidad económica para influir en la decisión del usuario o consumidor, lo que realiza a través de la publicidad y la propaganda, estudio de mercado, experiencias de laboratorio, etc. El usuario o consumidor se encuentra indefenso ante una campaña agresiva a favor de un producto, por lo que el Estado, o la asociación de consumidores, o quienes están encargados de proteger los llamados intereses difusos, deben intervenir para equilibrar la presión que se ejerce”.¹⁴⁵

Sin embargo, no confundamos lo expuesto en las líneas precedentes con el paternalismo que “es la tendencia a aplicar las formas de autoridad y protección propias del padre en la familia tradicional a relaciones sociales de otro tipo, como políticas...”.¹⁴⁶ Como bien explica Víctor Hugo Montoya Chávez: “... no solamente se requiere una orientación de las actividades económicas necesarias para el desarrollo real del país, sino también, en algunos casos, es imprescindible una intervención vigilante y controladora por parte del Estado”.¹⁴⁷

En ese sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 2016-2004-AA/TC cuando refiere que las políticas

¹⁴⁵ Quispe Correa, Alfredo. *La Constitución Económica*. Lima, MaxiGraphica Impresores, 2007, segunda edición, ps. 111 y 112.

¹⁴⁶ Cfr. Vega Castro-Sayán, Diego. “Responsabilidad social empresarial, paternalismo y legislación”. En: *Constitución, Economía y Empresa en el Perú*. Lima, Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, abril del 2010, ps. 180 y 181.

¹⁴⁷ Montoya Chávez, Víctor Hugo. “Principios rectores de la Constitución Económica”. En: *Revista Foro Jurídico*. Lima, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, marzo del 2009, Año IX, N° 9, p. 164.

públicas que se realicen como expresión de obligaciones concretas para garantizar los derechos de las personas importa que tanto el Estado como la comunidad, a través de un deber de solidaridad, deban intentar conseguir aquellos bienes que les permitan el goce efectivo de sus derechos económicos. Esta regulación legal no tiene que ser paternalista sino promotora de la actuación del consumidor diligente, informado y razonable.

Así, para Víctor Hugo Montoya Chávez “es menester enfatizar que la satisfacción de las necesidades del consumidor y del usuario (artículo 65 de la Constitución) es el punto de referencia que debe tenerse en cuenta al momento de determinar el desenvolvimiento eficiente del mercado, y es así como surge la función reguladora que debe cumplir. El control de los estándares de calidad del servicio, la razonabilidad del precio que se le asigne, el desarrollo sostenido del sector, la acción proactiva y efectiva en el cuidado del medio ambiente y la competencia técnica son consideradas como conductas a ser asumidas por los organismos reguladores, ya sea mediante acciones ex ante (regulaciones previas) como ex post (sanciones disuasivas para el infractor como para los distintos competidores de atentar contra los valores de un mercado eficiente y humano)”.¹⁴⁸ Véase, entonces, que el actual régimen constitucional económico tiende a la protección del consumidor, sin que ello suponga una actuación paternalista, que lejos de ser beneficiosa, termina siendo contraproducente para todos quienes de una u otra manera están involucrados en el mercado.

9. LA INFORMACIÓN A FAVOR DEL CONSUMIDOR COMO MEDIO IDÓNEO PARA SU PROTECCIÓN EFICAZ

Alicia Ferrer Montenegro anota que “la relación de consumo refiere a una relación jurídica entre dos sujetos -consumidor y proveedor- que los vincula

¹⁴⁸ Montoya Chávez, Víctorhugo. “Principios rectores de la Constitución Económica”, obra citada, p.

en calidad de deudor acreedor”.¹⁴⁹ El detalle está en que dicha relación es, por su propia naturaleza, asimétrica puesto que usualmente el proveedor cuenta con mayor y/o mejor información que el consumidor. Carlos Alberto Montaner nos recuerda que “la lucha por la igualdad ante la ley, consagrada en todos los textos legales desde las revoluciones liberales del siglo XVIII, se ha ido depurando y refinando, y hoy, tácitamente, incluye también el derecho que tiene el consumidor a ser tratado con equidad, y sin sufrir el agravio comparativo de que otra persona posea privilegios que a él le son negados”.¹⁵⁰ En sintonía con ese ánimo modernizado de igualdad ante la ley y en aras de superar la asimetría informativa, la legislación contemporánea ensalza la información a favor del consumidor como un mecanismo idóneo para su protección eficaz.

Actualmente, la información es pues un derecho consustancial al consumidor y así lo entiende nuestro Código de Protección y Defensa del Consumidor cuando en su artículo 1.1 inciso b) regula el “derecho a acceder a información oportuna, suficiente, veraz y fácilmente accesible, relevante para tomar una decisión o realizar una elección de consumo que se ajuste a sus intereses, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios”. La norma anteriormente referida no hace más que reiterar el criterio expuesto en la jurisprudencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), tal como puede apreciarse en la Resolución N° 72-97-TDC según la cual los proveedores tienen “la obligación de consignar de manera veraz toda la información relevante sobre los productos y servicios ofertados”, así como en la Resolución N° 102-97-TDC donde se sostiene

¹⁴⁹ Ferrer Montenegro, Alicia. “El consumidor, su endeudamiento y la insuficiencia legal de su protección”. En: Revista de Derecho Comercial. Montevideo, Instituto de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, 2010, Tercera Época, N° 3, p. 233.

¹⁵⁰ Montaner, Carlos Alberto. “El comercio libre, los precios y los derechos de los consumidores”. En: Revista de Economía y Derecho. Lima, Sociedad de Economía y Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2004, p. 9.

que “para determinar qué prestaciones y características se incorporan a los términos y condiciones de una operación en caso de silencio de las partes o en caso de que no existan otros elementos de prueba que demuestren qué es lo que las partes acordaron realmente, se acudirá a las costumbres y usos comerciales, a las circunstancias que rodean la adquisición y a otros elementos que se consideren relevantes”.

La revaloración del consumidor hace posible que éste haya ganado, cuando menos, un derecho mínimo, cual es la información: oportuna, suficiente, veraz y accesible. Aquí conviene traer a colación las declaraciones que, en alguna oportunidad, diera Gastón Acurio: “Nosotros entendimos hace tiempo, como cocineros, que un restaurante no es solo su cocina. Es sobre todo una experiencia. Todo tiene que significar, decir y transmitir emociones. Servicio, comida, discurso, ambiente, valor, son variables igual de importantes.

Lo más importante es ser coherente”.¹⁵¹ Ante ello subrayamos que para significar, decir y transmitir es fundamental la información. En otro contexto, Steve Ballmer, presidente ejecutivo de Microsoft, anunció el 6 de junio del 2002 que el nuevo objetivo de la corporación era la excelencia, siendo uno de los pilares la excelencia en cada punto de la relación con sus clientes, lo cual supondría información de calidad¹⁵² porque, como solía decir Walt Disney, “en Disneyland, los visitantes son nuestros invitados”.¹⁵³ El proveedor que realmente quiera calificar para tal título deberá procurar que el consumidor tenga a su disposición la correspondiente información; no se trata de tener a un consumidor a ciegas (y retenerlo mientras permanezca

¹⁵¹ Cfr. Luque, Julio. Gastón Acurio. La marca del movimiento gastronómico peruano. Lima, Empresa Editora El Comercio, 2010, p. 57.

¹⁵² Cfr. Slater, Robert. El relanzamiento de Microsoft. Cómo reinventaron su empresa Bill Gates y Steve Ballmer. Barcelona, Ediciones Deusto, 2007, p. 200.

¹⁵³ Cfr. Capodagli, Bill y Jackson, Lynn. La gestión al estilo Disney. Cómo aplicarla a su empresa. Barcelona, Ediciones Deusto, 2007, p. 71.

así) porque esa será una falsa percepción, tan irreal como efímera, insostenible en el tiempo.

En este orden de ideas, la información “puede ser conceptualizada como un bien, en cuanto tiene un valor económico determinado por las circunstancias y por la utilidad que tiene para los particulares”,¹⁵⁴ de modo tal que “el deber de información debe ser entendido como el derecho de los consumidores a recibir de los proveedores toda la información oportuna y necesaria a efectos de tomar una decisión adecuada en la adquisición de productos o prestación de servicios”.¹⁵⁵ Atendiendo a los Lineamientos 2006 de la Ley de Protección al Consumidor, la información antes aludida debe entenderse como la información relevante: “Existe cierta información mínima que, por su relevancia para efectos que el consumidor tome su decisión de consumo, debe ser puesta en conocimiento del consumidor”.¹⁵⁶ Empero hay veces en que la simple información no es suficiente para conseguir la protección eficaz¹⁵⁷ del consumidor, lo cual se presenta especialmente tratándose de productos o servicios riesgosos o peligrosos.

¹⁵⁴ Cfr. Bullard Gonzáles, Alfredo. La asimetría de información en la contratación, a propósito del dolo omisivo. Lima, Palestra Editores, 2000, p. 292.

¹⁵⁵ Cfr. Salas Valderrama, Rodolfo Alejandro. “Algunos apuntes y reflexiones sobre la tutela de los derechos de los consumidores y la asimetría informativa en el mercado”. En: Revista Foro Jurídico. Lima, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, diciembre del 2010, N° 11, 188.

¹⁵⁶ Lineamientos 2006 de la Ley de Protección al Consumidor, aprobados mediante Resolución N° 001-2006- LIN-CPC/INDECOPI, de fecha 30 de noviembre del 2006.

¹⁵⁷ Felizmente el legislador se interesa por la “protección eficaz” del consumidor, que debiera ser igualmente importante para la autoridad cuando resuelve el conflicto. Como acertadamente sostiene Sergio Huidobro Corbett, “es necesario que los jueces realicen algún estudio económico que les permita acercar a las partes a soluciones más rápidas y eficaces, mediante proposiciones económicas, eficientes y atractivas”. Cfr. Huidobro Corbett, Sergio. “Justicia y economía”. En: Revista de Derecho de la Empresa. Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibañez y Editorial Legis, octubre-diciembre del 2005, N° 4, p. 25.

10. LA PROTECCIÓN EFICAZ RESPECTO A PRODUCTOS O SERVICIOS RIESGOSOS O PELIGROSOS

La norma glosada establece como uno de los derechos mínimos del consumidor el derecho a la seguridad que se manifiesta como la “protección eficaz respecto de los productos o servicios que, en condiciones normales o previsibles, representen riesgo o peligro para la vida, salud e integridad física”. Algunos autores confunden el alcance de la referida norma al considerar que procura prevenir “todo peligro que pueda causar el consumo de un producto mal fabricado o de un servicio mal realizado”¹⁵⁸ o que “los proveedores deben tomar las medidas de seguridad, mínimas y previsibles, para reducir los riesgos que puedan perjudicar a los consumidores en las transacciones comerciales que tengan y que puedan repercutir en su salud, seguridad y/o integridad física”.¹⁵⁹ No es éste el sentido del artículo sub-examine: hay que ir más allá y entenderlo aplicable a los productos y servicios que, por sí mismos, son riesgosos o peligrosos, sin tener que llegar al extremo que su fabricación o prestación hayan sido mal realizadas, ni tener que incidir en el deber mínimo de diligencia esperada del proveedor.

Resulta preciso efectuar un análisis comparativo del derecho a la seguridad en cuanto a los textos contenidos tanto en la anterior como en la vigente legislación de la materia, los cuales podrán apreciarse claramente a continuación:

a. Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema de Protección al Consumidor

Decreto Supremo N° 006-2009-PCM

¹⁵⁸ Cfr. Carbonell O’Brien, Esteban. Análisis al Código de Protección y Defensa del Consumidor. Lima, Jurista Editores, octubre del 2010, p. 87.

¹⁵⁹ Cfr. Salas Valderrama, Rodolfo Alejandro. “Algunos apuntes y reflexiones sobre la tutela de los derechos de los consumidores y la asimetría informativa en el mercado”, obra citada, p. 186.

Norma derogada

Artículo 5.- En los términos establecidos por el presente Decreto Legislativo, los consumidores tienen los siguientes derechos:

- a) Derecho a una protección eficaz contra los productos y servicios que, en condiciones normales o previsibles, representen riesgo o peligro para la salud o la seguridad física.

b. Código de Protección y Defensa del Consumidor

Ley N° 29571

Norma vigente

Artículo 1. Derechos de los consumidores.-

1.1 En los términos establecidos por el presente Código, los consumidores tienen los siguientes derechos:

- a) Derecho a una protección eficaz respecto de los productos y servicios que, en condiciones normales o previsibles, representen riesgo o peligro para la vida, salud e integridad física.

Del contraste de ambos dispositivos jurídicos se aprecian nítidamente sólo tres cambios: primero, se reemplaza “contra los productos y servicios” por “respecto de los productos y servicios”, lo que denota una mejor redacción; segundo, se agrega “la vida” como bien jurídico tutelado, lo cual también es pertinente porque se aludían a bienes jurídicos menores (la salud y la seguridad física), dejándose de lado un bien jurídico de mayor relevancia (la

vida); y, tercero, se reemplaza la “seguridad física” por la “integridad física”, lo que es concordante con el derecho fundamental de la persona consagrado en la Constitución Política del Perú.

En el tema materia de análisis hay un precedente de observancia obligatoria, contenido en la Resolución N° 095-96-TDC recaída en el Expediente N° 202-96-CPC y publicada en el Diario Oficial El Peruano el 18 de diciembre de 1996, en los siguientes términos: “La razonabilidad de una advertencia, sea que esté referida a los riesgos y peligros que normalmente tienen ciertos productos (es decir, las advertencias a las que alude el segundo párrafo del artículo 9 del Decreto Legislativo N° 716) o que esté referida a los riesgos y peligros no previstos que se detecten con posterioridad a la colocación de los productos en el mercado (es decir, la obligación de advertir al consumidor, contenida en la última parte del artículo 10 del Decreto Legislativo N° 716)

Este precedente de observancia obligatoria (pronunciado a propósito de un caso que, en verdad, se refirió a un riesgo injustificado)¹⁶⁰ está actualmente recogido en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, en el Capítulo IV (Salud y seguridad de los consumidores), Sub-capítulo I (Protección a la salud y seguridad de los consumidores), específicamente en los artículos 25 (deber general de seguridad), 26 (medidas de los proveedores frente a los riesgos previstos), 27 (información de productos o sustancias peligrosas), 28 (medidas de los proveedores para eliminar o reducir los peligros no previstos) y 29 (criterios aplicables a la información y advertencia sobre el riesgo y la peligrosidad).

¹⁶⁰ Cfr. Atoche Fernández, Paola. Precedentes de observancia obligatoria del INDECOPI. Lima, Editora Jurídica Grijley, 2007, p. 79.

CAPITULO III

ANALISIS E INTERPRETACION DE LOS RESULTADOS

1. PRESENTACION

El desarrollo de la tesis utilizó como método de investigación la perspectiva teórico-metodológica así como la investigación descriptiva explicativa. En razón a ello se realizó la investigación pertinente respecto a aquellos procesos de daños y perjuicios que se interpusieron por los consumidores que se vieron afectados por el producto defectuoso en perjuicio de su salud, así como la investigación, análisis y crítica a la normativa nacional e internacional y al actual desempeño realizado por las instituciones que integran el sistema de protección del consumidor.

Las unidades de estudio de campo, se encuentran constituidas por los procesos civiles sobre indemnización por daños y perjuicios que afectaron al consumidor, tramitados en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de la ciudad de Arequipa en el año 2012, que sumaron un total de 160 procesos (número estimado) y en vista que el universo no es muy numeroso, la muestra no se justificaría por lo que se tomó todo el universo considerado en su conjunto.

Los datos recopilados fueron sometidos a un análisis exhaustivo por parte de la investigadora a efectos de determinar las repercusiones del sistema de reparación por daños y perjuicios en el menoscabo de la salud del consumidor, todo lo cual fue contrastado con la hipótesis formulada, permitiéndonos con ello elaborar los cuadros y gráficos que exponemos a continuación, como asimismo las conclusiones y sugerencias pertinentes.

2. ANALISIS DE LOS RESULTADOS

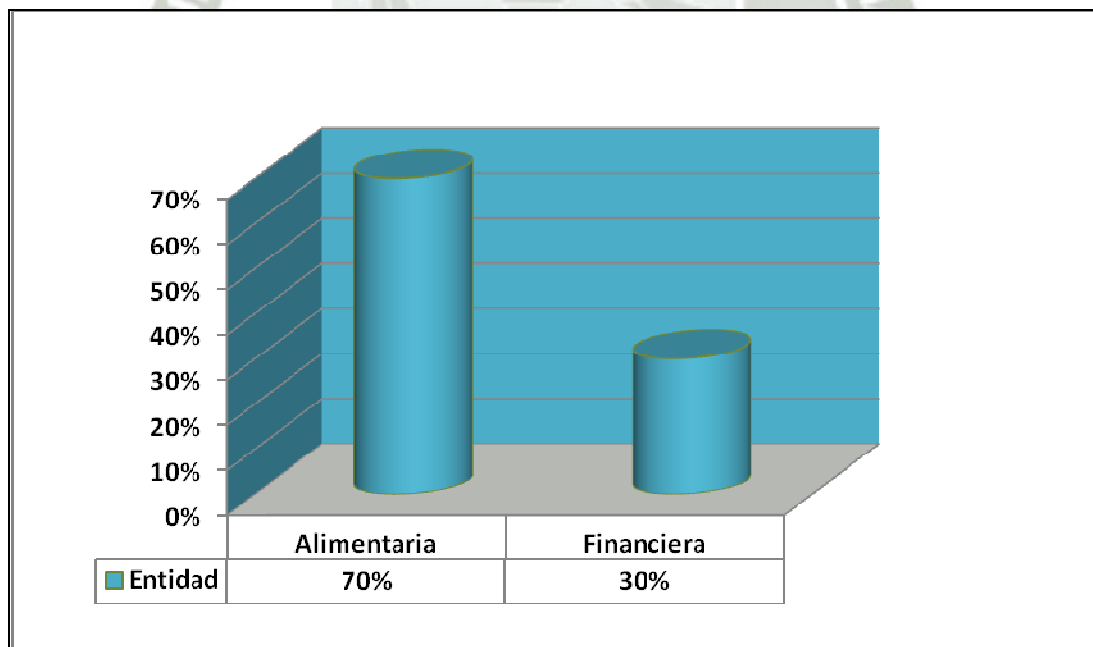
CUADRO Nº 1

Entidad contra la cual se interpuso la demanda de daños y perjuicios

Entidad	1° Sala C.	2° Sala C.	3° Sala C.	4° Sala C.	Total	%
Alimentaria	28	29	30	25	112	70
Financiera	12	11	10	15	48	30
Subtotal	40	40	40	40	160	100

Fuente: Información obtenida por la investigadora de los procesos por daños tramitados en las Salas Civiles de Arequipa en el año 2012

GRAFICO Nº 1



Fuente: Información obtenida por la investigadora de los procesos por daños tramitados en las Salas Civiles de Arequipa en el año 2012

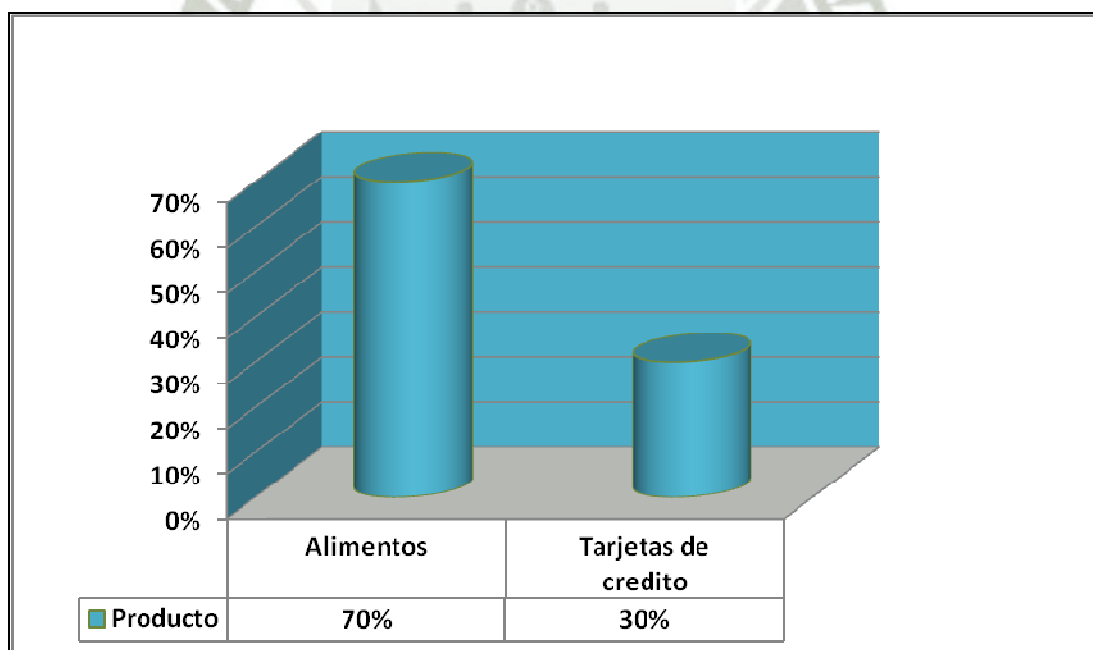
CUADRO Nº 2

Producto defectuoso por el cual se interpuso la demanda

Producto	1° Sala C.	2° Sala C.	3° Sala C.	4° Sala C.	Total	%
Alimentos	28	29	30	25	112	70
Tarjetas de crédito	12	11	10	15	48	30
Subtotal	40	40	40	40	160	100

Fuente: Información obtenida por la investigadora de los procesos por daños tramitados en las Salas Civiles de Arequipa en el año 2012

GRAFICO Nº 2



Fuente: Información obtenida por la investigadora de los procesos por daños tramitados en las Salas Civiles de Arequipa en el año 2012

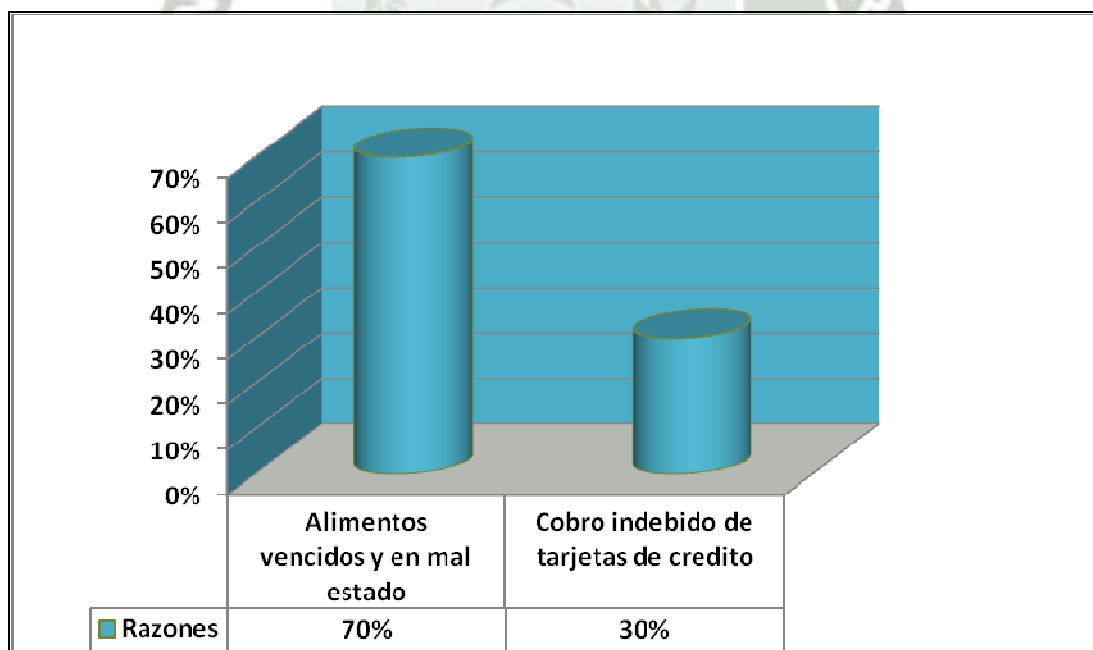
CUADRO Nº 3

Razones por la cuales el consumidor detecto el producto defectuoso

Razones	1° Sala C.	2° Sala C.	3° Sala C.	4° Sala C.	Total	%
Alimentos vencidos y en mal estado	28	29	30	25	112	70
Cobro indebido de tarjetas de crédito	12	11	10	15	48	30
Subtotal	40	40	40	40	160	100

Fuente: Información obtenida por la investigadora de los procesos por daños tramitados en las Salas Civiles de Arequipa en el año 2012

GRAFICO Nº 3



Fuente: Información obtenida por la investigadora de los procesos por daños tramitados en las Salas Civiles de Arequipa en el año 2012

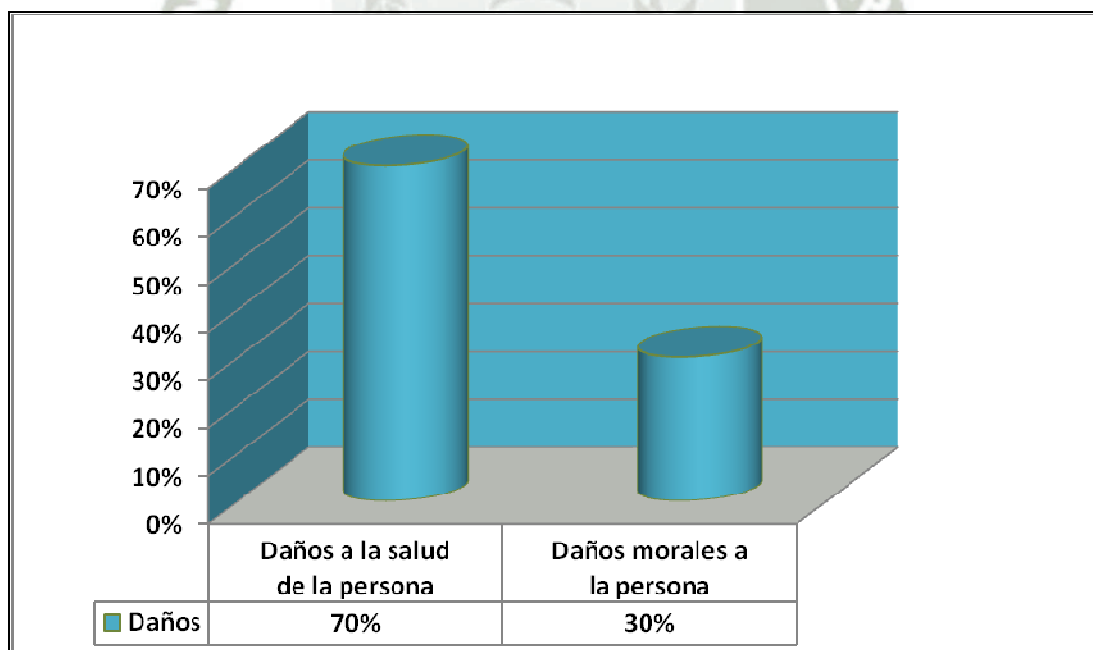
CUADRO Nº 4

Daños producidos al consumidor por el producto defectuoso

Daños	1° Sala C.	2° Sala C.	3° Sala C.	4° Sala C.	Total	%
Daños a la salud de la persona	28	29	30	25	112	70
Daños morales a la persona	12	11	10	15	48	30
Subtotal	40	40	40	40	160	100

Fuente: Información obtenida por la investigadora de los procesos por daños tramitados en las Salas Civiles de Arequipa en el año 2012

GRAFICO Nº 4



Fuente: Información obtenida por la investigadora de los procesos por daños tramitados en las Salas Civiles de Arequipa en el año 2012

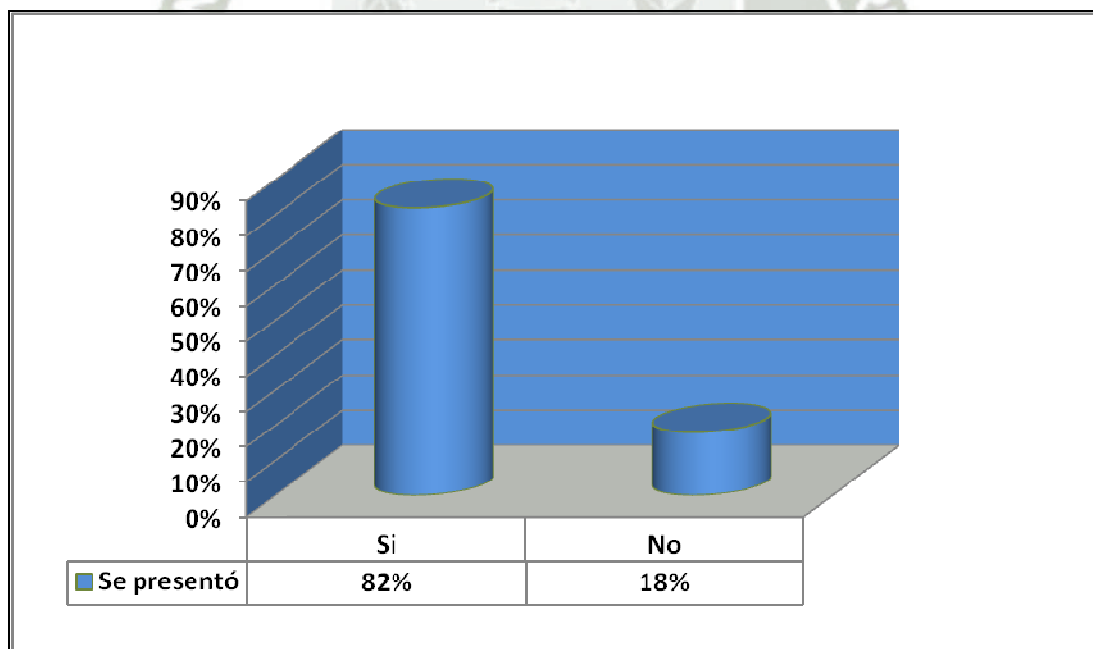
CUADRO Nº 5

Se presentó en el consumo del producto defectuoso el menoscabo de la salud del consumidor

Se presentó	1° Sala C.	2° Sala C.	3° Sala C.	4° Sala C.	Total	%
Si	32	35	33	31	131	82
No	8	5	7	9	29	18
Subtotal	40	40	40	40	160	100

Fuente: Información obtenida por la investigadora de los procesos por daños tramitados en las Salas Civiles de Arequipa en el año 2012

GRAFICO Nº 5



Fuente: Información obtenida por la investigadora de los procesos por daños tramitados en las Salas Civiles de Arequipa en el año 2012

CUADRO Nº 6

Razones por las cuales se presentó o no en el consumo del producto defectuoso el menoscabo de la salud del consumidor

Razones	1° Sala C.	2° Sala C.	3° Sala C.	4° Sala C.	Total	%
Las pruebas probaron el daño ocasionado	32	35	33	31	131	82
No se logra demostrar el daño ocasionado	8	5	7	9	29	18
Subtotal	40	40	40	40	160	100

Fuente: Información obtenida por la investigadora de los procesos por daños tramitados en las Salas Civiles de Arequipa en el año 2012

GRAFICO Nº 6



Fuente: Información obtenida por la investigadora de los procesos por daños tramitados en las Salas Civiles de Arequipa en el año 2012

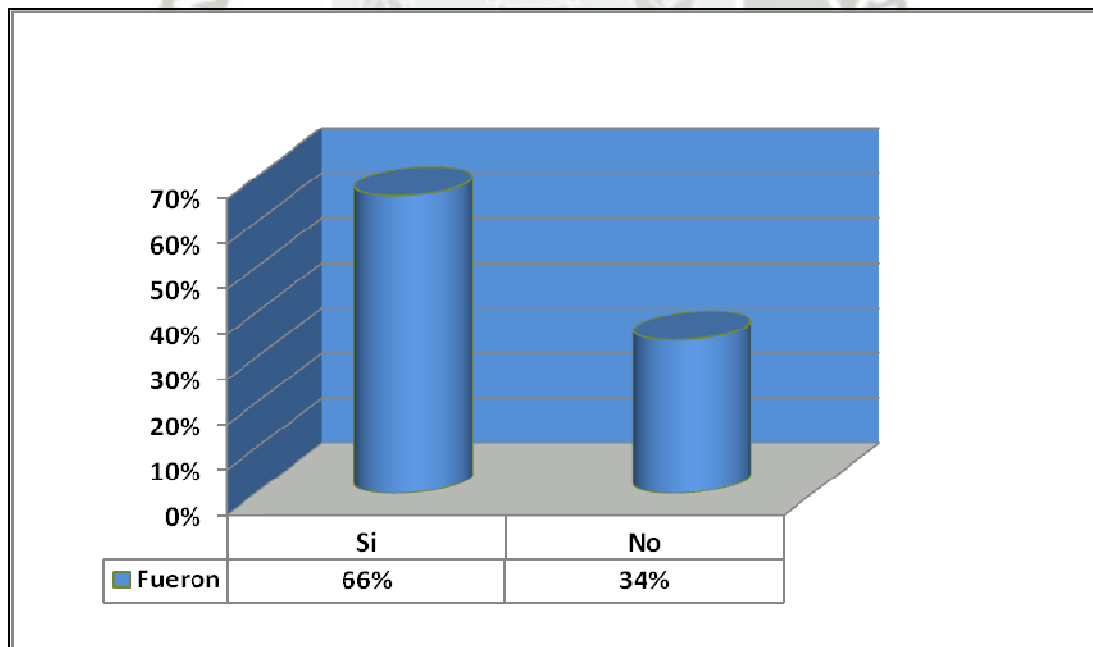
CUADRO Nº 7

Fueron idóneos los medios probatorios que sustentaban la demanda de daños y perjuicios

Fueron	1° Sala C.	2° Sala C.	3° Sala C.	4° Sala C.	Total	%
Si	27	26	25	28	106	66
No	13	14	15	12	54	34
Subtotal	40	40	40	40	160	100

Fuente: Información obtenida por la investigadora de los procesos por daños tramitados en las Salas Civiles de Arequipa en el año 2012

GRAFICO Nº 7



Fuente: Información obtenida por la investigadora de los procesos por daños tramitados en las Salas Civiles de Arequipa en el año 2012

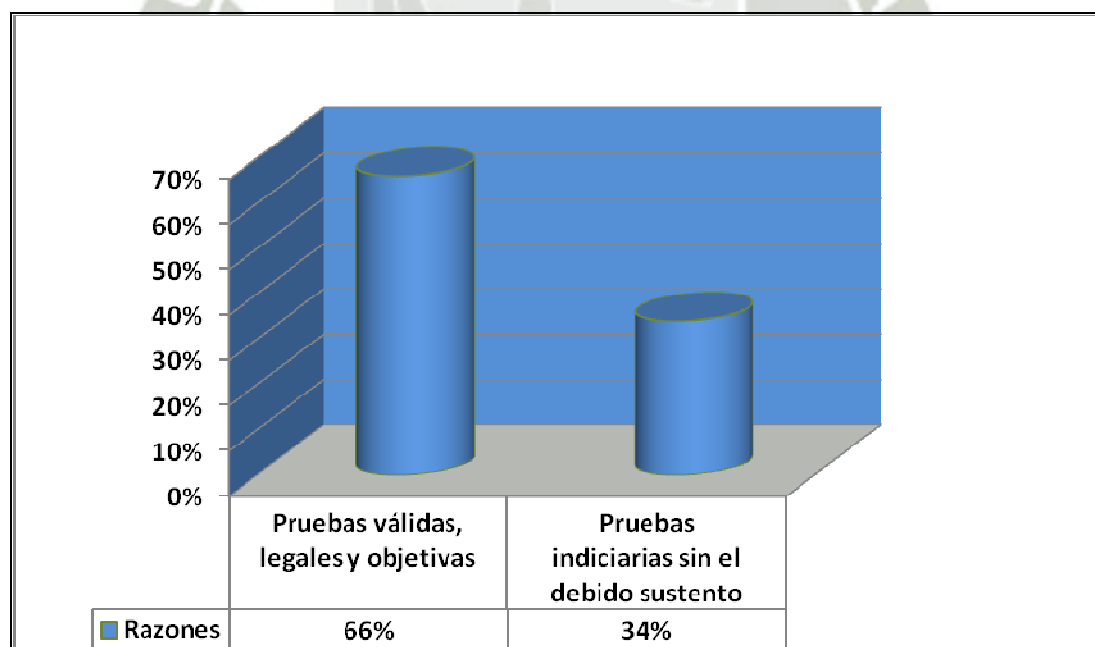
CUADRO Nº 8

Razones por las cuales fueron idóneos o no los medios probatorios que sustentaban la demanda de daños y perjuicios

Razones	1° Sala C.	2° Sala C.	3° Sala C.	4° Sala C.	Total	%
Pruebas válidas, legales y objetivas	27	26	25	28	106	66
Pruebas indiciarias sin el debido sustento	13	14	15	12	54	34
Subtotal	40	40	40	40	160	100

Fuente: Información obtenida por la investigadora de los procesos por daños tramitados en las Salas Civiles de Arequipa en el año 2012

GRAFICO Nº 8



Fuente: Información obtenida por la investigadora de los procesos por daños tramitados en las Salas Civiles de Arequipa en el año 2012

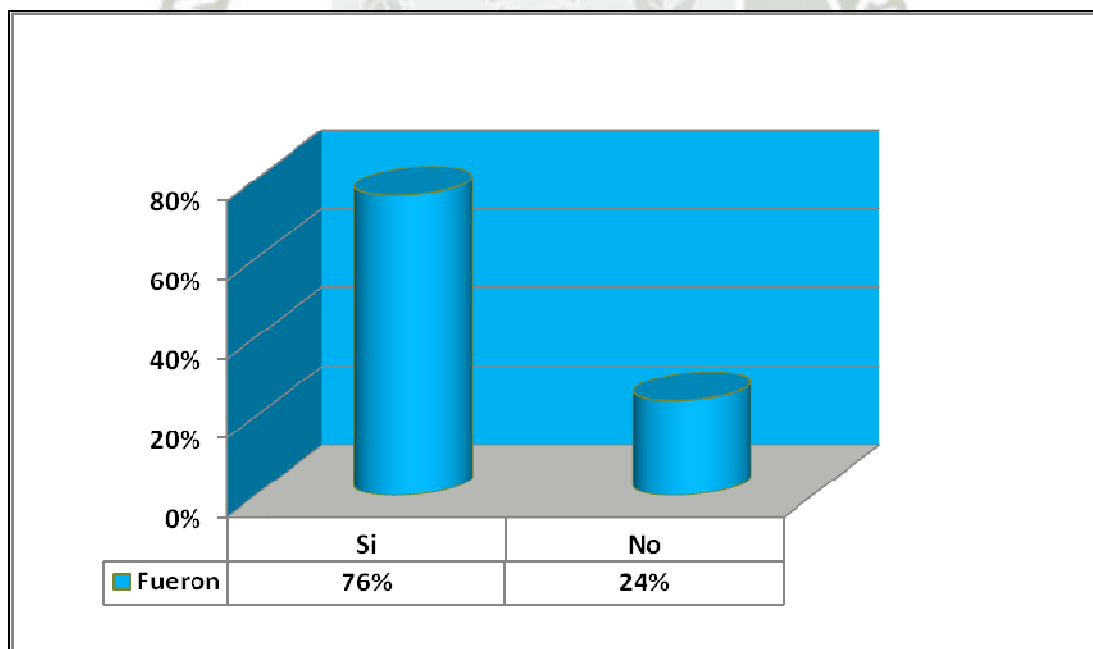
CUADRO Nº 9

Fueron idóneos los argumentos fácticos y jurídicos que declararon fundada la demanda

Fueron	1° Sala C.	2° Sala C.	3° Sala C.	4° Sala C.	Total	%
Si	32	31	30	29	122	76
No	8	9	10	11	38	24
Subtotal	40	40	40	40	160	100

Fuente: Información obtenida por la investigadora de los procesos por daños tramitados en las Salas Civiles de Arequipa en el año 2012

GRAFICO Nº 9



Fuente: Información obtenida por la investigadora de los procesos por daños tramitados en las Salas Civiles de Arequipa en el año 2012

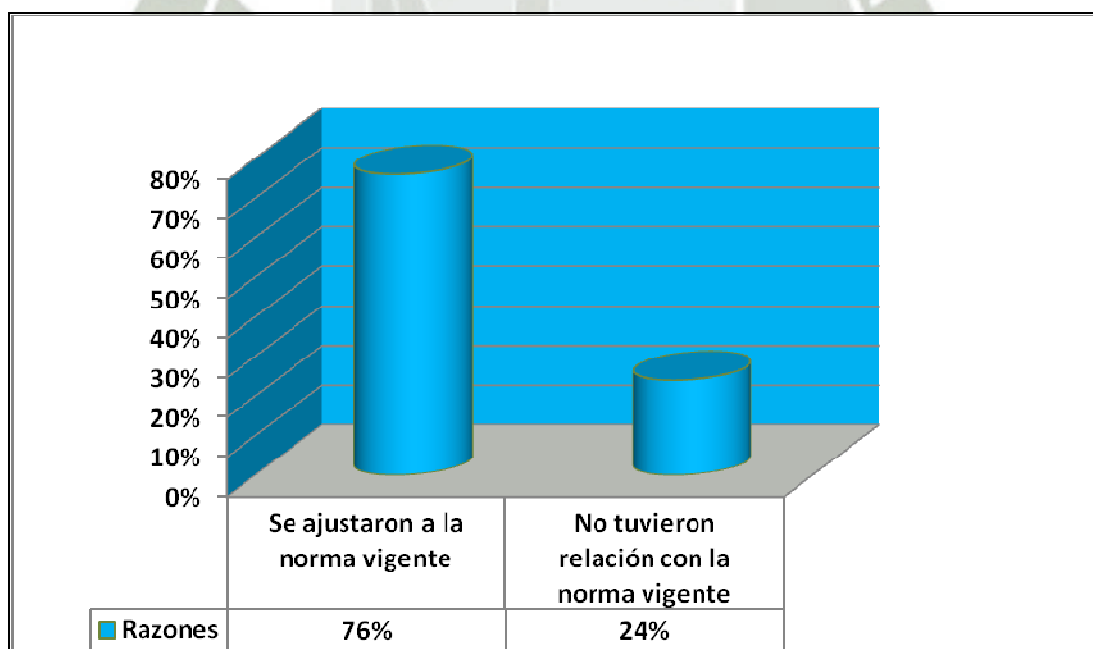
CUADRO N° 10

Razones por las que fueron idóneos o no los argumentos fácticos y jurídicos que declararon fundada la demanda

Razones	1° Sala C.	2° Sala C.	3° Sala C.	4° Sala C.	Total	%
Se ajustaron a la norma vigente	32	31	30	29	122	76
No tuvieron relación con la norma vigente	8	9	10	11	38	24
Subtotal	40	40	40	40	160	100

Fuente: Información obtenida por la investigadora de los procesos por daños tramitados en las Salas Civiles de Arequipa en el año 2012

GRAFICO N° 10



Fuente: Información obtenida por la investigadora de los procesos por daños tramitados en las Salas Civiles de Arequipa en el año 2012

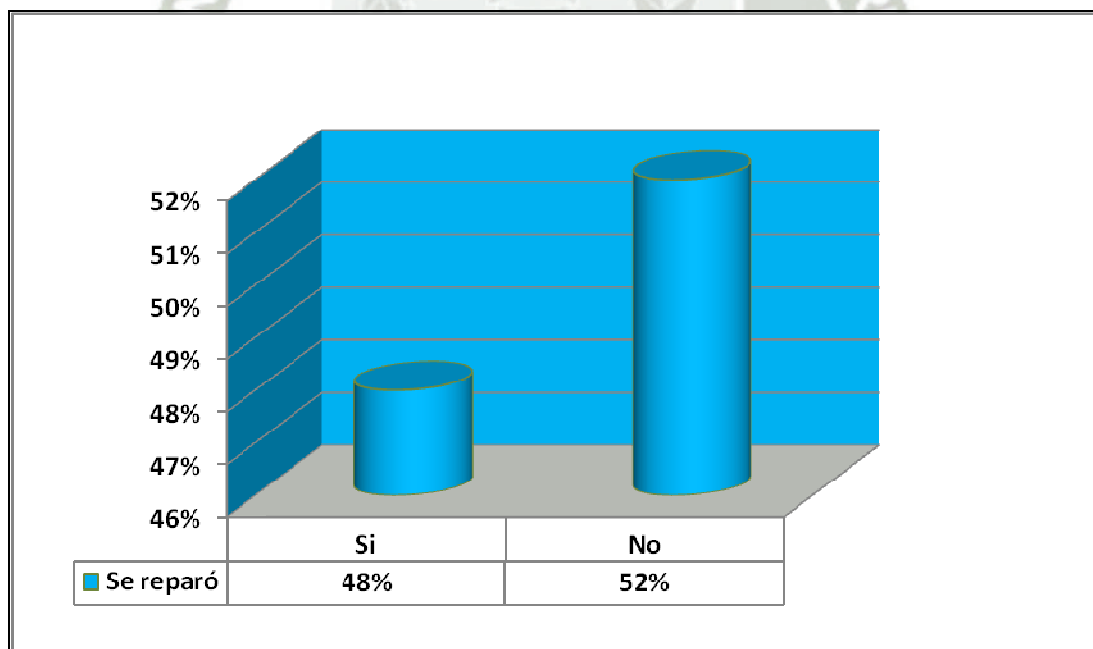
CUADRO N° 11

Se reparó el daño ocasionado por el producto defectuoso de parte de la entidad demandada

Se reparó	1° Sala C.	2° Sala C.	3° Sala C.	4° Sala C.	Total	%
Si	20	18	15	24	77	48
No	20	22	25	16	83	52
Subtotal	40	40	40	40	160	100

Fuente: Información obtenida por la investigadora de los procesos por daños tramitados en las Salas Civiles de Arequipa en el año 2012

GRAFICO N° 11



Fuente: Información obtenida por la investigadora de los procesos por daños tramitados en las Salas Civiles de Arequipa en el año 2012

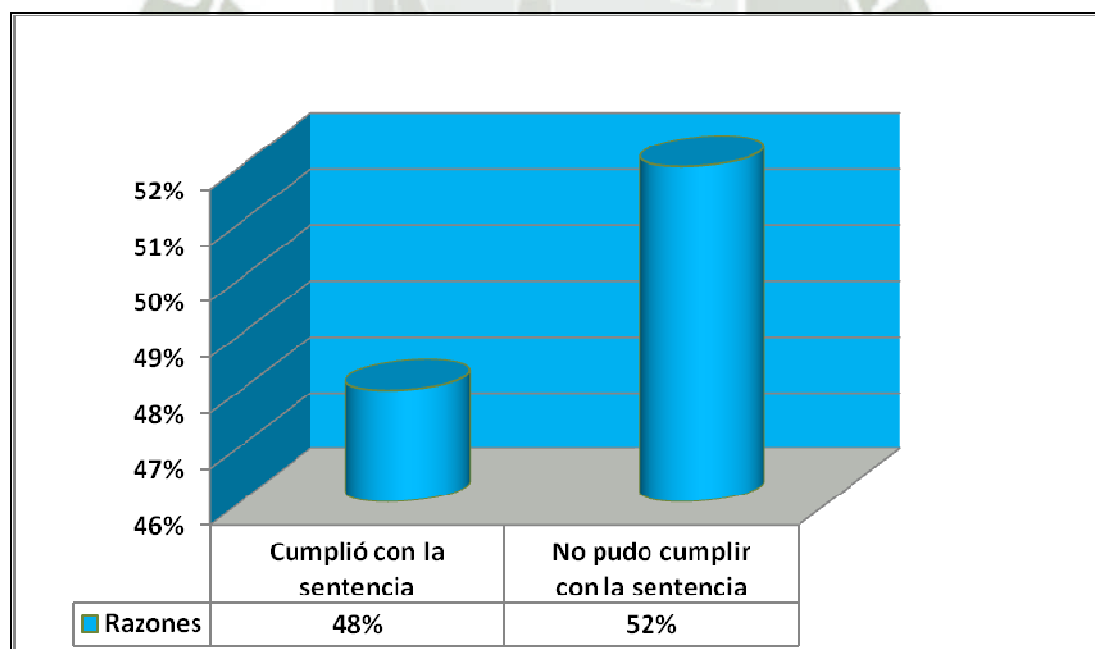
CUADRO N° 12

Razones por las cuales se reparó o no el daño ocasionado por el producto defectuoso de parte de la entidad demandada

Razones	1° Sala C.	2° Sala C.	3° Sala C.	4° Sala C.	Total	%
Cumplió con la sentencia	20	18	15	24	77	48
No pudo cumplir con la sentencia	20	22	25	16	83	52
Subtotal	40	40	40	40	160	100

Fuente: Información obtenida por la investigadora de los procesos por daños tramitados en las Salas Civiles de Arequipa en el año 2012

GRAFICO N° 12



Fuente: Información obtenida por la investigadora de los procesos por daños tramitados en las Salas Civiles de Arequipa en el año 2012

3. DISCUSION DE LOS RESULTADOS

El consumidor tiene derecho a recibir bienes y servicios que no atenten contra su seguridad física y su salud; recibir información veraz, pertinente y oportuna para tomar decisiones informadas de consumo; y asimismo que el proveedor debe cumplir normativas internacionales, regionales y nacionales tendientes a garantizar condiciones adecuadas de los productos.

Los alimentos, los productos alimentarios y todos aquellos productos, materias utensilios que entran en contacto con los alimentos han de reunir unas condiciones mínimas de seguridad que los hagan aptos para el consumo humano. En este sentido existe una relación directa entre alimentación y el aspecto más fundamental de la seguridad del consumidor: su salud ¿cómo se protege la salud de los consumidores? Las normas relativas a los distintos productos alimenticios y alimentarios, así como las que afectan a los diferentes procesos productivos, distribución, manipulación, transporte y comercialización, deben tener como objeto prioritario la protección a la salud de los consumidores. A razón de ello ningún producto, actividad o servicio puesto en el mercado tendrá riesgo para la salud o seguridad del consumidor o usuario y en caso de que haya artículos que sin ser peligrosos puedan no ser recomendables para algunos usuarios es obligatorio informar en el etiquetado de los riesgos, consecuencias y cómo evitarlos. Los derechos de los consumidores y usuarios respecto alimentos, deben ser objeto de protección prioritaria por su consideración legal de productos de uso o consumo común, ordinario y generalizado.

Los derechos a la protección de la salud, seguridad, y los legítimos intereses económicos de los consumidores deben ser garantizados por los poderes públicos mediante procedimientos eficaces. Su comercialización y consumo está permitida siempre y cuando se cumplimente el deber general de no lesionar ni poner en peligro la salud y seguridad de los consumidores. En las

transacciones comerciales se exige honestidad y no se permite ni fraude ni las falsificaciones de alimentos. La información de los productos debe ser veraz, eficaz y suficiente en relación a sus características esenciales. En ningún caso la publicidad realizada de los productos alimenticios puede ser falsa, errónea o tendenciosa. En la actualidad, el consumidor tiene derecho a reclamar resarcirse de los daños si resulta perjudicado por una información incorrecta en cuanto a la forma de preparación, conservación, manipulación, composición o advertencias sobre determinados riesgos del producto alimenticio que se haya consumido. Desde esta perspectiva el concepto es estrictamente jurídico, definible desde parámetros jurídicos y enjuiciable desde criterios jurídicos, judiciales o administrativos.

El consumidor puede exigir del productor, distribuidor y comerciante toda una serie de obligaciones que inciden de manera directa sobre la seguridad del producto y el derecho a la salud. Entre ellas, que únicamente pongan a disposición del consumidor productos seguros, informar de los riesgos derivados, adoptar medidas en caso de riesgos para el consumo, establecer instrucciones, advertencias e indicaciones sobre los riesgos previsibles (por ejemplo: aquellos casos que determinados alimentos presenten algún tipo de alergia, contraindicación o problemática para sectores específicos de consumidores), identificar productos, realizar pruebas de muestreo entre productos comercializados, vigilar y controlar la seguridad de los productos comercializados o adoptar medidas adecuadas para evitar riesgos derivados de los productos.

El derecho fundamental del consumidor a la protección de la salud y de su seguridad está íntimamente relacionado con el derecho a la información. Sin embargo este debe tener la capacidad suficiente para determinar si un producto cumple o no con la normativa que le afecta, esto requiere un esfuerzo del consumidor en su aproximación a leyes, reglamentos de elaboración y comercialización de productos así podrá determinar entre otros aspectos como han de ser etiquetados, requisitos de conservación que

deben respetar, materia prima para todo esto la información y formación del consumidor son aspectos básicos en la protección de sus derechos. Porque no hay norma más ineficaz que aquella que no se conoce, ni derecho más injusto que no se ejerce.

Para poder vivir con dignidad y poder ser consumidor, es necesario estar sano y tener salud. Los poderes públicos tienen el deber de crear los medios asistenciales y las normas de protección de los consumidores que garanticen nuestra salud y seguridad cuando consumimos. Los bienes y servicios puestos en el mercado deben ser seguros. El carácter gratuito de un bien o servicio facilitado a un consumidor no excluye la exigencia de que sea seguro. Ningún producto, actividad o servicio puesto en el mercado puede suponer un riesgo para nuestra salud o seguridad como consumidores. Además, el etiquetado de los productos debe informar de los riesgos de consumir o utilizar los mismos.

Entre los derechos de los consumidores destaca el derecho a que, si se nos causa un perjuicio de cualquier tipo (sobre nuestra salud o sobre nuestro bolsillo) al menos se repare el daño causado. Los consumidores y usuarios tenemos derecho, de conformidad con la legislación comunitaria, estatal y autonómica que resulte de aplicación, a ser indemnizados por los daños y perjuicios ocasionados por la adquisición, consumo o utilización de bienes y servicios.

Para promover este derecho a la reparación de daños, se hace necesario la creación de administraciones públicas que adopten medidas que favorezcan y promuevan la indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos por los consumidores, incluyendo entre ellas los procedimientos voluntarios de resolución de conflictos (el arbitraje de consumo). El inconveniente de estas medidas voluntarias es ese, que son voluntarias, con lo cual si el negocio o empresario denunciado por el consumidor no se quiere someter, sólo nos quedará la vía judicial, que para pequeñas cuantías

es inviable. Si los daños causados son derivados de la mala prestación de un servicio público, quedamos como consumidores sometidos a las reglas aplicables sobre responsabilidad patrimonial de la administración. El incumplimiento por una empresa de esto “será considerado como infracción en materia de consumo, sin perjuicio de otras responsabilidades administrativas, civiles o penales que pudieran exigirse” y “los daños derivados de la actuación de las administraciones públicas estarán sometidos a las reglas de aplicación sobre responsabilidad patrimonial de la administración

En el pasado, el Estado tenía una errada concepción por la que creía que la mejor manera de proteger al consumidor era intervenir en sus relaciones de intercambio, dictando innumerables normas, incurriendo en una regulación excesiva (sobre regulación) que lejos de las buenas intenciones de proteger al consumidor lo perjudicaban. Hoy en día la función protectora del Estado no debe manifestarse en la intervención en las transacciones de los consumidores, ni en el control “ex ante” de las actividades productivas, ni en la sobre regulación que signifique en la práctica una barrera de acceso al mercado y un mayor costo a los consumidores

Tal y como lo señala la Constitución de 1993 (artículo 65) la función del Estado moderno es “garantizar el derecho a la información” de los consumidores. En este sentido, la Ley de Protección al Consumidor en su artículo 5 inciso b) prescribe que el consumidor tiene derecho a recibir de los proveedores toda la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la adquisición de productos o servicios, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios.

Asimismo, el proveedor está obligado a consignar en forma veraz, suficiente, apropiada muy fácilmente accesible al consumidor o usuario, la información sobre los productos y servicios ofertados. Tratándose de productos

destinados a la alimentación y la salud de las personas, esta obligación se extiende a informar sobre sus ingredientes y componentes; está prohibida toda información o presentación que induzca al consumidor a error respecto a la naturaleza, origen, modo de fabricación, componentes, usos, volumen, peso, medidas, precios, forma, empleo, características, propiedades, idoneidad, cantidad o cualquier otro dato de los productos o servicios ofrecidos.

Nadie está en mejor situación para saber qué es lo que le conviene al consumidor que el propio consumidor. De esta manera un consumidor suficientemente informado tomará decisiones que considere le son más convenientes al adquirir productos o servicios. Por ello los proveedores están obligados a proporcionar al consumidor toda la información esencial (calidad, precio, peso, garantía, vencimiento, etc.) sobre el producto o servicio de manera clara y oportuna. En ese sentido la ley establece en su artículo 8, que los proveedores son responsables además, por la idoneidad y calidad de los productos y servicios, por la autenticidad de las marcas y leyendas que exhiben los productos; por la veracidad de la propaganda comercial de los productos y por el contenido y la vida útil del producto indicado en el envase, cuando corresponda.

Los Derechos del Consumidor, deben enmarcarse dentro de una economía de mercado que consagra la Constitución de 1993, en donde sean los propios agentes económicos y no el Estado, los que decidan cuál es la asignación más eficiente de sus recursos, es decir, es derecho de los consumidores el decidir por sí solos qué es lo que más conviene a sus intereses. Dentro de esta economía de mercado los proveedores y consumidores concurren leal y libremente en ella para realizar sus transacciones; y en donde la intervención del Estado se reduce a un control "ex post" a través de la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI, sólo cuando el mercado no es capaz por sí solo de proteger al consumidor.

Esto último ocurre en los casos cuando el proveedor hace difícilmente accesible la información o cuando induce a error al consumidor, en tales situaciones la Comisión de Protección al Consumidor sancionará al proveedor atendiendo, principalmente, a su intencionalidad, al daño causado y a los beneficios obtenidos por éste; cumpliendo dicha sanción una función de desincentivo de las conductas contrarias a los derechos de los consumidores por parte de los proveedores.

La intervención de la Comisión cuidará pues de no distorsionar las reglas del mercado, es decir, no establecer trabas al acceso o permanencia en el mercado a los proveedores, no sustituir las decisiones o preferencias de los consumidores, así como de no restringir ni simular la libre competencia.

Actualmente el consumidor ya no es un agente pasivo sino el propio protagonista: la realidad ha demostrado que el Estado no puede decidir qué es mejor para los consumidores, es el propio consumidor el que debe decidir al adquirir los bienes y productos qué es lo que mejor satisface sus necesidades. A este hecho se le conoce como la “Soberanía del Consumidor”. El consumidor se encuentra en mejor situación para conocer qué es lo que realmente necesita y a qué precio está dispuesto a adquirirlo, difícilmente el Estado podría llegar a tener dicha información de todos y cada uno de los consumidores. Sin embargo, se dice que como el Estado ya no controla a las empresas, éstas pueden abusar de tal situación en perjuicio de los consumidores. Tal afirmación resulta falsa. No es cierto que ya no exista un control a las empresas; tal control sí existe y lo ejercen los consumidores.

Son los consumidores y no el Estado, quienes como soberanos, deciden a través de sus adquisiciones qué empresas deben permanecer en el mercado y qué empresas deben salir de él. El consumidor, como dijimos, es quien conoce sus preferencias, además de conocer mejor que nadie el presupuesto con que cuenta; ante esta situación mal haría el Estado en decidir por él, por considerarlo como no capaz de elegir adecuadamente sus bienes de

consumo. Y es que detrás de ello está el “controlar” que las empresas no puedan hacer presa fácil a los consumidores. Como lo hemos mencionado, el querer controlar resulta ser un grave error pues dicha intervención estatal produce perjuicios mayores a los consumidores que aquellos que se quisieran evitar. Por ello el acceso del consumidor a la información resulta ser más importante que cualquier tipo de control estatal.

La mejor manera de beneficiar al consumidor es lograr un consumidor informado (siendo incluso la experiencia una de las maneras más usuales de adquirir información), pero a su vez racional y responsable en sus relaciones contractuales, para que de esta manera tome una adecuada decisión de consumo; para que consiga con ello el máximo de utilidades o beneficios posibles en sus relaciones de intercambio.

En consecuencia, veamos en el caso de la transferencia de bienes defectuosos. El Código Civil Peruano, establece un sistema de responsabilidad civil contractual en la transferencia de bienes defectuosos. Por lo mismo el adquirente tiene el derecho a resolver el contrato obligando al transferente al pago del valor que tiene el producto al momento de la resolución (acción redhibitoria); o, en todo caso, el adquirente puede optar por exigir la reducción en el precio del producto defectuoso (acción quanti minoris).

Por otro lado, la Ley de Protección al Consumidor adoptando un sistema distinto, el de la responsabilidad civil extracontractual, dispone que en caso de bienes defectuosos el proveedor (transferente) está obligado a pagar al consumidor (adquirente) una indemnización que comprenda todas las consecuencias causadas por el defecto, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral.¹⁶¹

¹⁶¹ Ricardo Magüiña Pardo. ¿Es Estatista el Código Civil de 1994?. Revista Jurídica de Derecho, Nro. 4, Oct.-Dic., Trujillo, 1995.

Es una tendencia, aunque no pacíficamente aceptada, el considerar al saneamiento por vicio oculto como una responsabilidad por incumplimiento contractual,¹⁶² vale decir, que el transferente incumple con su obligación de entregar un bien en estado apto para la finalidad por la cual se adquiere, cometiendo una conducta negligente que lo hace incurrir en responsabilidad. Lo que sucede es que esta responsabilidad contractual alcanza sólo al directo transferente, situación distinta a la responsabilidad extra-contractual presente en la transferencia de productos defectuosos a los consumidores, en donde incluso los anteriores transferentes tienen que responder por el vicio o defecto en el bien.

Ateniéndonos a la concepción dispuesta por el Código Civil, sólo en el caso que el bien transferido provoque daños al adquirente, los transferentes pueden responder extracontractualmente por dichos daños, siempre que exista entre tanto una conducta culposa, salvo que el bien sea riesgoso o peligroso en cuyo caso responde objetivamente (artículo 1970).

Como se ha señalado, el Código Civil siguiendo la línea de la responsabilidad contractual sólo faculta al adquirente a accionar contra su transferente. Situación contraria se presenta en el Decreto Legislativo No 716, en donde el consumidor (adquirente) puede dirigirse no sólo contra su transferente (proveedor inmediato), sino también contra toda la cadena de proveedores que han intervenido en la circulación del producto en el mercado (incluyendo al fabricante mismo), todos los cuales responden solidariamente ante el consumidor, reforzando su adhesión de la citada ley, al sistema de responsabilidad extracontractual. Por lo tanto, el consumidor ante una adquisición de un producto en estado defectuoso puede exigir la indemnización correspondiente al proveedor, distribuidor, importador y/o fabricante de dicho producto, quienes responderán ante él de manera solidaria.

¹⁶² Consultar trabajos de José Antonio Payet. La Responsabilidad por Productos Defectuosos. Biblioteca para leer el Código Civil. Vol. VIII, Tomo III, PUCP, Lima, 1992, págs. 492-523.

Podemos señalar que, contrariamente, en el saneamiento por vicios ocultos la responsabilidad es mancomunada, pues si en la transferencia de un bien defectuoso intervienen varios transferentes, la obligación de saneamiento recae sobre todos ellos, pero de forma divisible por cuanto la solidaridad no se presume, debiendo de ser establecida de manera expresa en virtud del artículo 1183 del Código Civil, lo que evidentemente no beneficia al perjudicado con la adquisición del bien defectuoso.

El sistema de responsabilidad por vicios ocultos establecido por el Código Civil a favor del comprador, es un sistema que no reposa exclusivamente en la responsabilidad objetiva, pues coexiste una regla de responsabilidad por culpa, de tal forma que para autores como Guido CALABRESI, “esta cuestión se ha convertido o se está convirtiendo, en un sector de responsabilidad objetiva; esto es, que el resarcimiento de los consumidores por defectos en los productos opera con independencia de la culpa del fabricante y del vendedor”,¹⁶³ así, según el sistema de responsabilidad objetiva, son los fabricantes quienes asumen totalmente los riesgos del producto, mientras que según el sistema de responsabilidad por culpa las pérdidas se asignan enteramente a los consumidores (siempre que los fabricantes observen el estándar de diligencia adecuado)¹⁶⁴

Para José Antonio PAYET la garantía por los vicios ocultos, en cuanto está destinada a restablecer el equilibrio entre las prestaciones del contrato, opera independientemente de la culpa del transferente, pero, sin embargo, para reconocer al adquirente el derecho a la indemnización de daños y perjuicios, se requiere un elemento subjetivo que permita formular un reproche al transferente.¹⁶⁵ Ante tal evidente inconveniente, la normas de protección al consumidor vienen variando a una responsabilidad totalmente objetiva con la

¹⁶³ Guido Calabresi. El costo de los accidentes. Editorial Ariel, Barcelona, 1994, pág. 32.

¹⁶⁴ Mitchell Polinsky. Introducción al Análisis Económico del derecho. Editorial ariel, Barcelona, 1985, pág. 117.

¹⁶⁵ José Payet, ob. cit., pág. 505.

finalidad de lograr una protección eficiente de los compradores, siendo que este aspecto es el que consideramos más relevante en la evolución de la responsabilidad civil por bienes defectuosos o con vicios ocultos. En consecuencia, con ello se vienen exigiendo modernamente una actitud diligente de los proveedores y fabricantes en los bienes que ponen al alcance de los consumidores, respondiendo automáticamente por los defectos que estos presenten.¹⁶⁶

El saneamiento por vicio en la práctica sólo resulta útil para hacer responsable al transferente inmediato, pues como ha dicho DE LA PUENTE Y LAVALLE, el comprador, por regla general, puede exigir el saneamiento no sólo a su vendedor sino también a los anteriores transferentes de la cosa que hubieran estado obligados también a saneamiento, pero que, sin embargo, puede ocurrir que en una de las anteriores transferencias de la cosa se hubiera pactado la supresión de la obligación de saneamiento, al amparo de lo dispuesto por el artículo 1489 del Código Civil. En tal caso sólo podría recurrirse contra el adquirente de ese transferente y los que le suceden.¹⁶⁷

De igual forma, debido a los breves plazos de caducidad de las acciones redhibitoria y estimatoria a las que tienen derecho los adquirentes de un bien con vicio oculto, establecidos en el artículo 1514 del Código (tres meses si se trata de bienes muebles y seis en el caso de inmuebles), hacen prácticamente inviable una acción de saneamiento contra los transferentes anteriores, pues la caducidad opera a partir de la celebración de sus respectivos contratos traslativos del bien (artículo 1488), lo que hace -en la generalidad de los casos- que cuando el perjudicado adquiere la cosa con vicio oculto, ya se ha extinguido el derecho a pedir el saneamiento a varios (sino a todos) los transferentes anteriores a su inmediato transferente.

¹⁶⁶ De la Puente y Lavalle, Manuel. El contrato en general. Págs. 498-499

¹⁶⁷ Ibid., pág. 282

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Las repercusiones del sistema de reparación por daños y perjuicios en el ordenamiento jurídico peruano no es del todo eficiente, pese al desarrollo de la jurisprudencia y la legislación en cuanto a los derechos del consumidor, no existe un desarrollo simultáneo del derecho procesal, lo cual genera un desequilibrio al dificultar la defensa de los consumidores y la obtención de indemnizaciones por daños y perjuicios

SEGUNDA.- De los expedientes analizados se advierte que el proveedor no cumple con advertir del peligro de sus productos a los consumidores, por lo tanto hace caso omiso a las sanciones que se le puedan imponer, generalmente una multa cuya graduación dependerá del mayor o menor peligro a que se encuentre expuesto el consumidor. Ello sin perjuicio de la correspondiente indemnización que se puede obtener en la vía civil o la denuncia en la vía penal por atentar contra la vida y salud de los consumidores.

TERCERA.- Los menoscabos que presenta la salud del consumidor en el ordenamiento jurídico peruano están orientados al ámbito administrativo, como señalamos, se sanciona la falta de información oportuna al consumidor y no se entra a tallar en la naturaleza de esos peligros no previstos. Deberá entenderse entonces, que si como consecuencia de aquellos peligros no previstos se causa daños al consumidor, éste deberá dilucidar la responsabilidad del proveedor en la vía civil.

SUGERENCIAS

PRIMERA.- Es muy importante informar a los consumidores de sus derechos, labor que debe ser realizada no solamente por los proveedores sino también por el propio Estado, concretamente a través de Indecopi como entidad tutelar, porque toda decisión de consumo debe ser sobre la base de una información adecuada, suficiente, oportuna, precisa y coherente.

SEGUNDA.- Los aspectos normativos que se deben mejorar en el sistema de reparación por daños y perjuicios para proteger la salud del consumidor están guiados a diferenciar que si se trata de una actividad riesgosa o peligrosa, el régimen de responsabilidad aplicable será objetivo, recayendo sobre el productor-proveedor la carga de la prueba. En este contexto, este último podrá exonerarse de responsabilidad si logra quebrar el nexo causal por un factor externo, como puede ser el caso fortuito o fuerza mayor, el hecho de un tercero o el descuido o negligencia del propio consumidor; circunstancias en las cuales no puede hacerse responsable al proveedor.

TERCERA.- Se debe proponer una identificación clara de los derechos y mecanismos de protección de los consumidores como lo es el derecho a la salvaguarda de la salud; asimismo, plantear una tutela procesal verdadera, otorgando potestad jurisdiccional a la entidad administrativa que pueda ventilar los casos de reparación de daños ocasionados al consumidor por el uso de productos defectuosos.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALIAGA HUARIPATA, Luis Alberto 2005 "El Derecho Societario en la Jurisprudencia actual". Gaceta Jurídica. Lima, número 50.
2. BREBBIA, Roberto H.: La persona jurídica como sujeto pasivo del agravio moral, en ALTERINI et al.: Temas de Responsabilidad Civil, en honor al Dr. Augusto M. Morello. Librería Editora Platense. La Plata (Argentina), 1981.
3. BULLARD, Alfredo, "Lo que no mata, engorda", Ius Veritas, 12, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996.
4. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge: Teoría General de la Responsabilidad Civil. 3ª. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1980.
5. COMISIÓN EUROPEA, "Sus derechos como consumidor: ¿Cómo protege sus intereses la Unión Europea?", Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Bruselas, 2007.
6. CASTRO GARCÍA, Paul 2009 "Fortaleza del Consumidor está en la organización". El Peruano Derecho: Lima, 7 de septiembre de 2010.
7. CUADROS GUEDES, Juan Carlos 2010 "Crean red de consumo seguro". El Comercio. Economía & Negocios. Lima, 9 de octubre de 2010.

8. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel (1995). "Las Cláusulas Generales de Contratación y la Protección del Consumidor". En Themis, Revista de Derecho, segunda época.
9. DE TRAZEGNIES, FERNANDO. La responsabilidad extracontractual, Tomo I. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol IV. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1995.
10. DIEZ PICAZO, Luis (1996). Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Madrid: Civitas.
11. DIRECTIVA 87/577 sobre protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, del 20 de Diciembre de 1985.
12. DIRECTIVA 93/13 CEE del Consejo de las Comunidades Europeas sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, del 5 de Abril de 1993
13. DURAND CARRIÓN, Julio 1995 Tutela Jurídica del Consumidor y la Competencia. Lima: Editorial San Marcos.
14. DURAND CARRIÓN, Julio 2007 Tratado de Derecho del Consumidor en el Perú. Lima: Fondo Editorial de la Universidad San Martín de Porres.
15. DURAND CARRIÓN, Julio 2008 El Derecho del Consumidor como disciplina jurídica autónoma. Lima: Asamblea Nacional de Rectores. EL PERUANO

16. DURAND CARRIÓN, Julio 2010 "Controversias de consumo serán resueltas en 30 días". El Peruano Derecho: Lima, 10 de septiembre de 2010.
17. ELIAS, ENRIQUE, "Lo barato sale caro: Mata y no engorda", Ius Veritas, 13, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997.
18. ESPINOZA, JUAN, La Ley de Protección al Consumidor, Lima, Editorial Rodhas, 2004.
19. ESPINOZA ESPINOZA, Juan, Capacidad y responsabilidad civil de la persona jurídica. Diálogo con la Jurisprudencia. En Gaceta Jurídica. Abril, 2000.
20. FERNANDEZ, Demetrio y TORO VIZCARRONDO, Carlos E.: El lucro cesante en materia de responsabilidad civil extracontractual. La confusión de la Torre de Babel. Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico. Vol. LII, No. 11. 1983.
21. GOLDENBERG, Isidoro H.: La relación de causalidad en la responsabilidad civil. Astrea. Buenos Aires, 1984.
22. GONZALES, Matilde M. Zabala de: La responsabilidad del principal por el hecho del dependiente. Editorial Abaco de Roberto Depalma. Buenos aires, 1980
23. GUTIÉRREZ CAMACHO Walter (2004). "Derecho de Consumo, Constitución y Contratante Débil". En Diálogo con la Jurisprudencia, año 9, 5

24. HERRERA GUERRA, Paul 2010 "Acciones ante el Código de Consumo". El Peruano Derecho: Lima, 20 de septiembre de 2010.

25. LA LEY 2010 "Los Derechos del Consumidor posibilitan que la dignidad de la persona adquiera contenido en el plano económico". Entrevista a Walter Gutiérrez. La Ley: Lima, junio de 2010.

26. LA LEY 2010 "Código del Consumidor pone énfasis en idoneidad de productos y servicios", La Ley: Lima, agosto de 2010.

27. LA LEY 2010 "Pese a estar vigente el Código del Consumidor no se aplica íntegramente". La Ley: Lima, octubre de 2010.

28. LASARTE ÁLVAREZ, Carlos 2010 Manual sobre protección de consumidores y usuarios. Madrid: Dykinson

29. LEÓN TORRES, Azucena 2010 "Consumidor peruano se vuelve cada vez más especializado". El Comercio. Economía & Negocios: Lima, 9 de septiembre de 2010.

30. LEON BARANDIARAN, José: Responsabilidad Extracontractual. Exposición de Motivos y Comentarios, en Delia Revoredo de Debakey (ed): Código Civil. Vol. Vi. Comisión Encargada del Estudio y la Revisión del Código Civil de 1936. Lima, 1985.

31. MANZANO CHÁVEZ, Liliana, Defensa del consumidor: Análisis de los casos de Argentina, Brasil, Chile y Uruguay, Fundación Friedrich Ebert, 40 años en Chile, enero, 2008.

32. MIRABELLI, Giuseppe (1980). Dei Contratti in Generale. Torino: UTET.
33. PEIRANO FACIO, Jorge; Responsabilidad Extracontractual. 3^a. Ed. Editorial Temis. Bogotá, 1981.
34. ROCA, SANTIAGO, "Concepción y descentralización de la protección al consumidor en el Perú: Un análisis comparado con México, Brasil, Estados Unidos y Suecia", Revista del CLAD: Reforma y Democracia, junio 2010.
35. RUBIO CORREA, Marcial: Título Preliminar. Biblioteca "Para leer el Código Civil". Vol. III. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1986.
36. RIPERT GEORGES (1951). El Régimen Democrático y el Derecho Civil Moderno. Puebla
37. RUBIO CORREA, Marcial 1999 Estudio de la Constitución de 1993. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
38. TABOADA CORDOVA, Lizardo (2000). Elementos de la Responsabilidad Civil. Lima: Grijley.
39. VEGA MERE, Yuri (1996). Oferta, Información y Consumidor. Lima: Gaceta Jurídica.
40. WOOLCOOT OYAGUE, Olenka (2001). "Apuntes y Reflexiones sobre el Régimen de Responsabilidad Civil del Productor". En Advocatus. Nueva Época, 5



PROYECTO DE INVESTIGACION

PLANTEAMIENTO TEÓRICO

1.- PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.-

1.1 ENUNCIADO DEL PROBLEMA.-

REPERCUSION DEL SISTEMA DE REPARACION POR DAÑOS Y PERJUICIOS ANTE EL MENOSCABO A LA SALUD DEL CONSUMIDOR, AREQUIPA 2013

1.2 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA.-

1.2.1 AREA DE CONOCIMIENTO, CAMPO Y LÍNEA DE INVESTIGACIÓN.-

- ◆ AREA : Ciencias Jurídicas
- ◆ CAMPO: Derecho Empresarial
- ◆ LINEA DE INVESTIGACIÓN: Protección del consumidor

1.2.2 ANALISIS DE VARIABLES.-

VARIABLE INDEPENDIENTE:

El sistema de reparación por daños y perjuicios.

VARIABLE DEPENDIENTE:

La salud del consumidor.

CUADRO DE OPERACIONALIZACION DE VARIABLES

VARIABLES	INDICADORES
<p>El sistema de reparación por daños y perjuicios</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Criterios para determinar la reparación del daño • Sujetos que intervienen en la reparación del daño • Delineamientos normativos en la reparación del daño • Aspectos a considerar en la reparación del daño • Repercusiones de la reparación del daño
<p>La salud del consumidor</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Características de la salud del consumidor • Productos riesgosos para la salud del consumidor • Delineamientos normativos para la salud del consumidor • Servicios riesgosos para la salud del consumidor • Menoscabos en la salud del consumidor

1.2.3 TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN.-

◆ **TIPO:**

- Por el objetivo: Aplicada
- Por el enfoque: Especializada

- Por la perspectiva temporal: Coyuntural
- Por las fuentes de información: Documental y de campo

◆ **NIVEL DE INVESTIGACIÓN:**

- Descriptiva - Explicativa

1.2.4 INTERROGANTES BÁSICAS.-

- ¿Cuáles son las repercusiones del sistema de reparación por daños y perjuicios en el ordenamiento jurídico peruano?
- ¿Cuáles son los menoscabos que presenta la salud del consumidor en el ordenamiento jurídico peruano?
- ¿Cuáles son los aspectos normativos que se deben mejorar en el sistema de reparación por daños y perjuicios para proteger la salud del consumidor?

1.3 JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA.-

Nuestra investigación es importante, porque es necesario realizar un análisis de cuáles son las repercusiones del sistema de reparación por daños y perjuicios en el ordenamiento jurídico peruano, puesto que el derecho de consumo, el tema tiene relativamente fácil solución en daños materiales, daños que bien son reparables, o bien, son fácilmente valorables, pero la cuestión se complica

cuando hablamos de daños a la salud, la valoración de un daño corporal, como la pérdida de un ojo, o incluso la vida de una determinada persona no es tarea fácil.

Nuestra investigación es útil, porque es necesario delimitar cuáles son los menoscabos que presenta la salud del consumidor en el ordenamiento jurídico peruano, pues no debe olvidarse que no puede equipararse los daños causados en una actividad que conlleva un evidente riesgo para todo aquel que la práctica, como es la circulación con vehículos de motor, con el daño causado a un consumidor por el consumo de un producto que en principio se debe presumir seguro. El daño causado al consumidor tiene un indudable plus de antijuricidad en cuanto que el consumidor no asume, ni tiene porqué asumir, la causación de daños por el uso normal de productos destinados al consumo corriente. En definitiva, existe una serie de elementos de índole subjetiva, que difícilmente pueden ser baremados, y que deberán ser valorados por el Juzgador en cada caso concreto según su leal saber y entender.

Nuestra investigación es relevantemente jurídica, porque es necesario examinar cuáles son los aspectos normativos que se deben mejorar en el sistema de reparación por daños y perjuicios para proteger la salud del consumidor, dado que los consumidores necesitan que esta situación se debe controlar, mediante una "norma de mínimos", pero en materia de daños corporales causados al consumidor (y muy especialmente en los daños causados por Productos Defectuosos), la reparación integral del daño debe ser individualizada.

2.- ESQUEMA DE CONCEPTOS BASICOS.-

a. Indemnización:

Es un término utilizado principalmente en el área de las leyes y se refiere a la transacción que se realiza entre un acreedor o víctima y un deudor o victimario. En palabras simples es una "compensación" que alguien pide y eventualmente puede recibir por daños o deudas de parte de otra persona o entidad.¹⁶⁸

b. Indemnización por daños y perjuicios:

Consiste en la acción que tiene el acreedor o el perjudicado para exigir del deudor o causante del daño una cantidad de dinero equivalente a la utilidad o beneficio que a aquél le hubiese reportado el cumplimiento efectivo, íntegro y oportuno de la obligación o a la reparación del mal causado.¹⁶⁹

c. Clases de daños y perjuicios:

Se clasifican en dos clases, en función de su procedencia:¹⁷⁰

- Contractuales son las que debe pagar un deudor encaso de incumplir una obligación contractual,

¹⁶⁸ DE TRAZEGNIES, FERNANDO. La responsabilidad extracontractual, Tomo I. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol IV. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1995.

¹⁶⁹ *Ibidem*.

¹⁷⁰ *Ibidem*

con el fin de resarcir al acreedor por su incumplimiento.

- Extracontractuales son aquellas que no proceden de un contrato. Su causa se debe a una acción dolosa o culpable que provoca un daño a otras personas.

d. El daño emergente y lucro cesante:

Es el daño o pérdida sufrida por el acreedor y el lucro cesante la ganancia dejada de obtener a consecuencia del incumplimiento contractual o de la acción u omisión generadora de la responsabilidad extracontractual.¹⁷¹

e. Daños y Perjuicios:

Los daños y perjuicios cuya reparación impone la ley, pueden provenir de un hecho ilícito.¹⁷²

- Son lícitos los hechos voluntarios que, produciendo consecuencias de derecho, no son contrarios de la ley. Son ilícitos los hechos voluntarios contrarios a la ley
- El acto o el hecho jurídico que provoca responsabilidad civil o responsabilidad objetiva, debe contener los elementos de culpa, ilicitud o antijuridicidad, en el entendido de que el responsable deberá ser capaz de restablecer las

¹⁷¹ LEON BARANDIARAN, José: Responsabilidad Extracontractual. Exposición de Motivos y Comentarios, en Delia Revoredo de Debakey (ed): Código Civil. Vol. Vi. Comisión Encargada del Estudio y la Revisión del Código Civil de 1936. Lima, 1985.

¹⁷² *Ibíd*em

cosas a su situación original, y en caso de no hacerlo, indemnizar al perjudicado de acuerdo a la ley.

f. Responsabilidad:

Solemos denominar como "responsabilidad" a la consecuencia lógica del vínculo entre un derecho y una obligación, en atención a la necesidad jurídica de una persona de cumplir con el derecho de otra. Esto se debe a que en nuestro entorno cotidiano, podemos identificar diferentes tipos de obligaciones, tanto las morales, como jurídicas, sociales, familiares, personales, técnicas, ambientales y muchas más, según la utilidad que pueda aportar su clasificación; el aspecto rescatable en todas ellas, es que a una obligación siempre será correlativa a un derecho.¹⁷³

g. El daño:

Todo aquel daño que no tiene naturaleza puramente patrimonial y podrían concebirse como todo aquellos que afectan a los bienes o derechos inmateriales de las personas. La Jurisprudencia tiende a admitir que todos los daños, patrimoniales o morales, siempre que sean reales y se hayan probando, dan lugar a la correspondiente reparación.¹⁷⁴

¹⁷³ Ibídem

¹⁷⁴ SANTOS BRIZ, Jaime: La Responsabilidad Civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal. 4ta. ed. Editorial Montecorvo S.A. Madrid, 1986.

La cuestión teórica que se plantea hoy en día en relación con las obligaciones extracontractuales estriba en determinar si el daño moral y el daño material o patrimonial deben englobarse bajo un mismo concepto o si, por el contrario, responden a dos conceptos diferentes. La doctrina mayoritaria se pronuncia a favor de esta última tesis, al afirmar que sólo el daño patrimonial puede ser propiamente resarcido, mientras que los daños morales nunca son resarcibles, sino, de algún modo, compensables.

h. El monto de la indemnización:

El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.¹⁷⁵

i. Indemnización por daño moroso y culposo

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.¹⁷⁶

j. Responsabilidad por riesgo

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.¹⁷⁷

¹⁷⁵ *Ibidem*

¹⁷⁶ *Ibidem*

k. Consumidores o usuarios

Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios¹⁷⁸

1. Producto

En la medida que el producto constituye el instrumento mediante el cual se produce el daño indemnizable conviene precisar los alcances de dicho término dentro del ámbito de la responsabilidad civil, así como establecer las características que debe tener el producto para considerarlo defectuoso.

José Antonio Payet define al producto como "toda entidad dotada de utilidad, resultado de un proceso de producción, destinada a ser distribuido en el mercado".¹⁷⁹

3.- ANALISIS DE ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS.-

Se efectuó la búsqueda de trabajos de investigación respecto al tema "REPERCUSION DEL SISTEMA DE REPARACION POR DAÑOS Y PERJUICIOS ANTE EL PERJUICIO A LA SALUD DEL CONSUMIDOR", en las diferentes universidades de la ciudad de Arequipa, y no se pudieron encontrar trabajos relacionados con el tema que hubieran podido servir para la sustentación del presente estudio.

¹⁷⁷ Ibídem

¹⁷⁸ Alejandro Giraldo, El estado de situación de protección al consumidor, 2002

¹⁷⁹ Ovalle Fabella, Los derechos de los consumidores, 2005

4.- OBJETIVOS.-

4.1 OBJETIVO GENERAL.-

Examinar cuáles son los aspectos normativos que se deben mejorar en el sistema de reparación por daños y perjuicios para proteger la salud del consumidor.

4.2 OBJETIVOS ESPECIFICOS.-

- Describir cuáles son las repercusiones del sistema de reparación por daños y perjuicios en el ordenamiento jurídico peruano.
- Detallar cuáles son los menoscabos que presenta la salud del consumidor en el ordenamiento jurídico peruano.

5.- HIPOTESIS.-

DADO QUE: La salud del consumidor se refiere a que la persona tiene como condición innata, gozar de una atención integral en el consumo de un producto que en principio se debe presumir seguro para su salud y cosmovisión de vida del consumidor.

POR LO QUE ES PROBABLE: Que las repercusiones del sistema de reparación por daños y perjuicios no garantice el resarcimiento de los menoscabos que presenta la salud del consumidor en el ordenamiento jurídico peruano, para lo cual se debe mejorar aspectos normativos importantes.

PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

1.- TÉCNICAS E INSTRUMENTOS.-

Tanto para la variable independiente como para la dependiente, se empleará las siguientes técnicas e instrumentos:

CUADRO DE SISTEMATIZACION DE TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

TIPO	TECNICAS	INSTRUMENTOS
VARIABLE INDEPENDIENTE	<ul style="list-style-type: none"> - Observación directa - Observación documental - Cuestionario 	<ul style="list-style-type: none"> - Ficha bibliográfica - Ficha documental - Libreta de apuntes - Cédula de preguntas - Matriz de registro - Tablas estadísticas
VARIABLE DEPENDIENTE	<ul style="list-style-type: none"> - Observación directa - Observación documental - Cuestionario 	<ul style="list-style-type: none"> - Ficha bibliográfica - Ficha documental - Libreta de apuntes - Cédula de preguntas - Matriz de registro - Tablas estadísticas

2.- CAMPO DE VERIFICACIÓN.-

2.1.- UBICACIÓN ESPACIAL.-

Los procesos civiles sobre indemnización por daños y perjuicios que afectaron al consumidor, tramitados en

las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de la ciudad de Arequipa en el año 2012.

2.2.- UBICACIÓN TEMPORAL.-

La presente investigación abarca desde el mes de enero a diciembre del año 2013.

2.3.- UNIDADES DE ESTUDIO, UNIVERSO Y MUESTRA.-

Las unidades de estudio documentales se encuentran constituidas por los dispositivos legales en materia constitucional y civil como son la Constitución Política, la ley del consumidor, el Código civil y doctrina en general.

Las unidades de estudio de campo, se encuentran constituidas por los procesos civiles sobre indemnización por daños y perjuicios que afectaron al consumidor, tramitados en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa en el año 2012, que sumaron un total de 160 procesos y en vista que el universo no es muy numeroso, la muestra no se justificaría por lo que se tomó todo el universo en su conjunto de acuerdo a los siguientes porcentajes:

UNIDADES DE ESTUDIO

SALAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Primera Sala	40	25%
Segunda Sala	40	25%
Tercera Sala	40	25%
Cuarta Sala	40	25%
TOTAL	160	100%

3.- ESTRATEGIA DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN.-

- La información que se requiere para la presente investigación será recogida por la propia investigadora y el apoyo de un colaborador estudiante del último año del programa de Derecho de cualquier Universidad del medio.
- En cuanto a lo parte documental y material de la investigación se tomará información de las bibliotecas de la Universidad Católica de Santa María, de la Universidad Nacional de San Agustín, del Colegio de Abogados de Arequipa y otras bibliotecas especializadas así como la que se obtenga vía internet, que serán consignadas en fichas bibliográficas, documentales y libreta de apuntes.
- La información de campo se obtendrá de la observación documental a realizarse corresponde a los procesos civiles sobre indemnización por daños y perjuicios que afectaron al consumidor, tramitados en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de la ciudad de Arequipa en el año 2012, empleándose para tal efecto como instrumento de campo una cédula de preguntas, para posteriormente trasladar los datos a la matriz del registro correspondiente.



ANEXO 01

FICHA BIBLIOGRÁFICA



NOMBRE DE AUTOR:

TÍTULO DEL LIBRO:

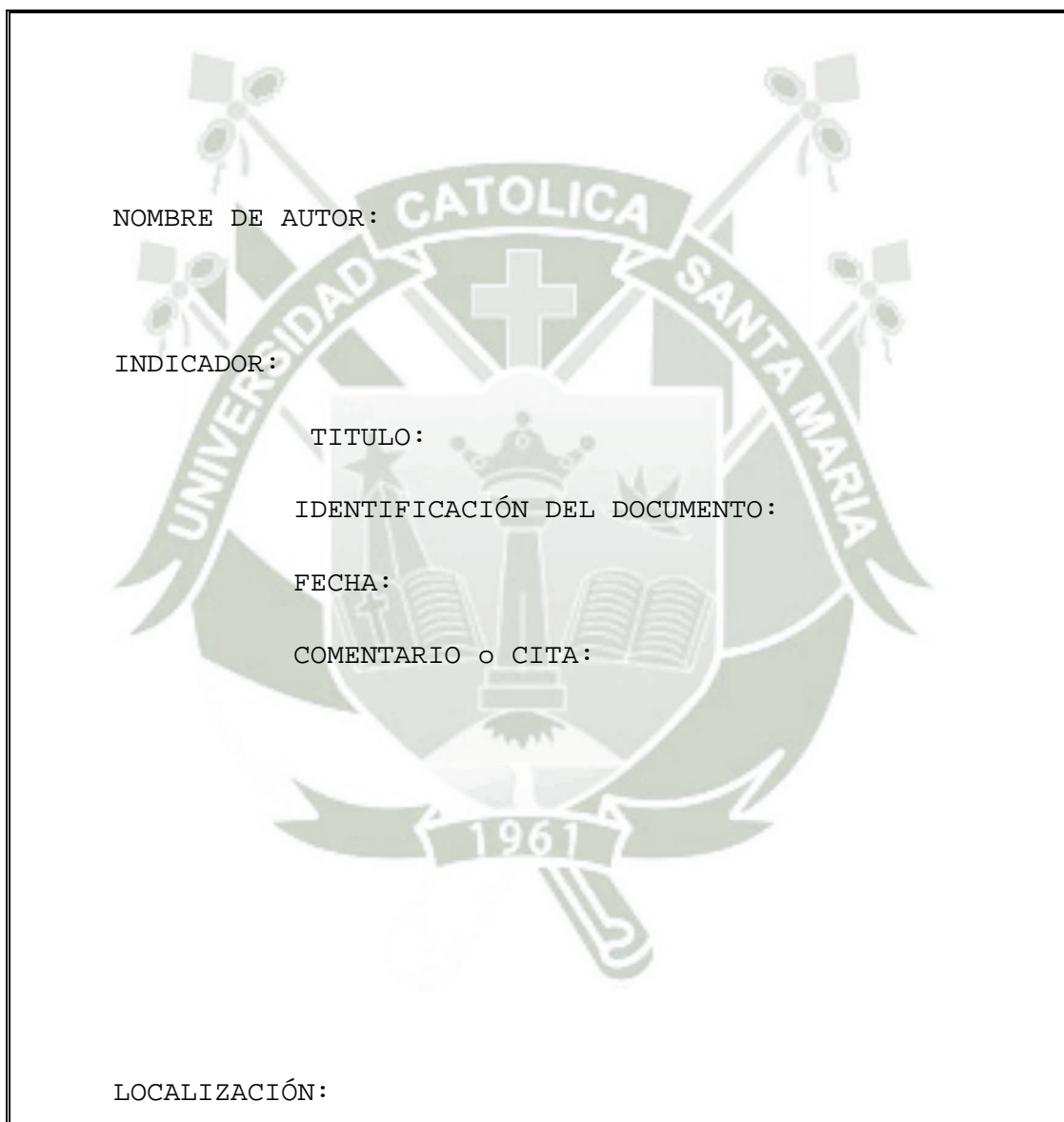
EDITORIAL, LUGAR Y AÑO:

NOMBRE DE LA BIBLIOTECA:

CODIGO:

ANEXO 02

FICHA DOCUMENTAL



NOMBRE DE AUTOR:

INDICADOR:

TÍTULO:

IDENTIFICACIÓN DEL DOCUMENTO:

FECHA:

COMENTARIO O CITA:

LOCALIZACIÓN:

ANEXO 03

CEDULA DE PREGUNTAS

1. Entidad contra la cual se interpuso la demanda de daños y perjuicios.

2. Producto defectuoso por el cual se interpuso la demanda.

3. Razones por la cuales el consumidor detecto el producto defectuoso.

4. Daños producidos al consumidor por el producto defectuoso.

5. Se presentó en el consumo del producto defectuoso el menoscabo de la salud del consumidor.

a. Si () b. No ()

¿Por qué? _____

6. Fueron idóneos los medios probatorios que sustentaban la demanda de daños y perjuicios.

a. Si () b. No ()

¿Por qué? _____

7. Fueron idóneos los argumentos fácticos y jurídicos que declararon fundada la demanda.

a. Si () b. No ()

¿Por qué? _____

8. Se reparó el daño ocasionado por el producto defectuoso de parte de la entidad demandada.

a. Si () b. No ()

¿Por qué? _____