



**UNIVERSIDAD PARTICULAR
DE CHICLAYO
FACULTAD DE DERECHO Y
EDUCACIÓN**



TÍTULO:

**“LA PERDIDA DE LA OPORTUNIDAD O CHANCE COMO
NEXO CAUSAL DEL DAÑO EN LA JURISPRUDENCIA”**

TESIS

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

ABOGADO

BACHILLER:

Katherine Noemy Rivadeneyra Prado

CHICLAYO – PERÚ

2018

**“LA PERDIDA DE LA OPORTUNIDAD O CHANCE COMO NEXO
CAUSAL DEL DAÑO EN LA JURISPRUDENCIA”**

Tesis presentada por la bachiller Srta. KATHERINE NOEMY RIVADENEYRA PRADO, a la facultad de Derecho de la Universidad Particular de Chiclayo, para optar el **TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO.**

Bachiller Srta. Katherine Noemy Rivadeneyra Prado
Autor

Asesor: Mg. Jorge Oliva Cornejo

Aprobado por:

Dra. Flor Obregon Vara
Presidente

Dr. Teofilo Rojas Quispe
Secretario

Mg. Erwin Quispe Diaz
Vocal

DEDICATORIA

La presente tesis se la dedico a mi Dios quién supo guiarme por el buen camino, darme fuerzas para seguir adelante y no desmayar en los problemas que se presentaban, enseñándome a encarar las adversidades sin perder nunca la dignidad ni desfallecer en el intento.

A mi familia quienes por ellos soy lo que soy. Para mis padres por su apoyo, consejos, comprensión, amor, ayuda en los momentos difíciles, y por ayudarme con los recursos necesarios para estudiar. Me han dado todo lo que soy como persona, mis valores, mis principios, mi carácter, mi empeño, mi perseverancia, mi coraje para conseguir mis objetivos.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a la vida y mis padres, por ser personas de gran sabiduría por esas ganas de transmitirme sus conocimientos, dedicación que lo has regido, por lo cual he logrado importantes objetivos y haber llegado al punto en que me encuentro.

Agradezco a mi hermano por ayudarme en este proyecto de investigación y por ser ejemplo de lucha constante para mi.

Agradezco a mis maestros por ser lumbrera en esta senda del saber, por la formación impartida, por sus conocimientos vertidos y ser artífices, participes dentro de mi proyecto de mi vida.

RESUMEN

En la presente tesis vamos a reestructurar la naturaleza de la pérdida de la oportunidad o chance como del nexo causal analizando el gran bagaje y matices del daño, observando las variantes del mismo, su relación de causalidad como también la responsabilidad de agente dañoso y las repercusiones que se les atribuye al mismo.

La jurisprudencia reconoce la pérdida de la oportunidad o chance como una nueva variante del daño, siendo esto una calificación errónea ya que debería ser calificada como un nexo de causalidad del daño emergente y no una nueva variante del daño ni del lucro cesante, porque esto acarrearía a concebir una inidónea estructura de la responsabilidad civil y más aún en su estructura siendo esta la calificación de la antijuricidad, el daño causado, la relación de causalidad (nexo causal), factores de atribución.

ABSTRACT

In this thesis we are going to restructure the nature of the loss of opportunity or chance as the causal link analyzing the great baggage and nuances of the damage, observing the variants of it, its causal relationship as well as the responsibility of the harmful agent and the repercussions that are attributed to it.

The jurisprudence recognizes the loss of opportunity or chance as a new variant of the damage, this being an erroneous qualification since it should be qualified as a nexus of causality of the emerging damage and not a new variant of the damage or loss of profit, because this would lead to to conceive an inidónea structure of the civil responsibility and even more in its structure being this the qualification of the unlawfulness, the caused damage, the causality relation (causal nexus), attribution factors.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación a tratar tiene como supuesto la de pérdida de la oportunidad o chanche como nexo causal del daño que para que se declare responsable a un sujeto debe concurrir el hecho dañoso o conducta del agente, el daño, el nexo de causalidad y un factor de atribución de la responsabilidad. Para efectos de la presente investigación a tratar, se tendrá en cuenta el factor de atribución de la responsabilidad.

Así las cosas, cuando un daño es imputable a la conducta ejercida por el agente, hablamos de la existencia de un nexo de causalidad, el cual es una valoración que realiza el juez, es una inferencia lógica que se produce en la mente del juzgador. En este sentido, para determinar el alcance de la obligación de reparar el daño causado, es menester que exista nexo de causalidad.

Sin embargo, al momento de establecer el contenido de la obligación de reparar, es de especial importancia preguntarse ¿qué ocurre cuando la relación de causalidad que surge entre la conducta del agente y el daño no es directa, sino que es difusa? En este orden de ideas, llama la atención en el estudio del tema, la pérdida de oportunidad como teoría especial de causalidad, cuyo tratamiento no es pacífico en la doctrina ni en la evolución de la jurisprudencia nacional y foránea, entendiéndose como una categoría autónoma de daño.

En este sentido, es menester tener presente que, tanto en la jurisprudencia como doctrina nacional en su gran mayoría, se ubica la pérdida de la oportunidad como una tipología de daño autónomo de categoría mixta, bajo el entendido que dependiendo de las circunstancias de cada caso en concreto, la pérdida de la oportunidad puede derivar consecuencias en la órbita patrimonial o extrapatrimonial.

El fenómeno de la pérdida de la oportunidad, no ha sido pacífico por parte de las jurisdicciones en las cuales se acepta su aplicación, ya sea como un problema causal o como una tipología de daño, debido a que resulta ser un fenómeno transversal dentro de los diferentes sistemas legales alrededor del mundo, por lo cual su estudio cada vez resulta más relevante para el derecho de daños.

No obstante a criterio particular este fenómeno jurídico de la pérdida de la oportunidad debe enmarcarse dentro del nexo causal y no como una categoría autónoma del daño el cual sustentare en la tesis a tratar.

TABLA DE CONTENIDO

CAPÍTULO I

ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO Y CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS

I.	ASPECTOS DE LA PROBLEMÁTICA	Pág.
1.1.	REALIDAD PROBLEMÁTICA.....	11
1.2.	PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	17
1.3.	FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	18
1.4.	JUSTIFICACION E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO.....	18
II.	OBJETIVOS	
2.1.	OBJETIVOS GENERALES.....	19
2.2.	OBJETIVOS ESPECIFICOS.....	19
III.	HIPÓTESIS Y VARIABLE	
3.1.	HIPOTESIS.....	19
3.2.	VARIABLE INDEPENDIENTE.....	20
3.3.	VARIABLE DEPENDIENTE.....	20
IV.	MARCO MEDOLÓGICO	
4.1.	DISEÑO Y CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.....	20
4.2.	POBLACIÓN Y MUESTRA	22
4.3.	MATERIALES Y TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE DATOS...22	
4.4.	MÉTODOS.....	22

CAPÍTULO II

EL DAÑO

2.1.	CONCEPTO	
2.1.1.	DAÑO CIERTO Y DAÑO PROBADO.....	24
2.2.	REQUISITOS DE DAÑO	33
2.3.	CLASIFICACIONES DE DAÑO	35
2.4.	DAÑO PATRIMONIAL Y DAÑO EXPATRIMONIAL O DAÑO A LA PERSONA	37
2.4.1.	DAÑOS PATRIMONIALES	

2.4.1.1.	DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE.....	46
2.4.1.2.	RESARCIMIENTO DEL DAÑO PATRIMONIAL.....	62
2.4.2.	DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES.....	63
2.4.2.1.	DAÑO MORAL.....	64
2.4.2.2.	DAÑO A LA PERSONA.....	67
2.4.2.3.	RESARCIMIENTO DEL DAÑO EXTRAPATRIMONIAL..	71
2.5.	EL DAÑO COMO ELEMENTO ESTRUCTURADOR DE LA RESPONSABILIDAD.....	72

CAPITULO III

LA RESPONSABILIDAD CIVIL

3.1.	FORMAS DE RESPONSABILIDAD.....	78
3.2.	FUNCIÓN RESARCITORIA DE LA RESPONSABILIDAD.....	78
3.3.	LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL..	80
3.4.	ESTRUCTURA RESPONSABILIDAD CIVIL.....	81
3.4.1.	LA ANTIJURICIDAD.....	82
3.4.2.	EL DAÑO CAUSADO	82
3.4.3.	LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD (NEXO CAUSAL)	82
3.4.4.	FACTORES DE ATRIBUCIÓN.....	83
3.5.	EL NEXO DE CAUSALIDAD COMO ELEMENTO ESTRUCTURADOR DE LA RESPONSABILIDAD	84
3.6.	LA IMPUTACIÓN COMO ELEMENTO ESTRUCTURADOR DE LA RESPONSABILIDAD.....	85

CAPÍTULO IV

RELACIÓN DE CAUSALIDAD O NEXO CAUSAL

4.1.	LA RELACIÓN DE LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD	90
4.2.	ASPECTOS GENERALES DEL NEXO DE CAUSALIDAD.....	90
4.2.1.	NOCION DE CAUSA ADECUADA	92

4.2.2. LAS FRACTURAS CAUSALES Y LA CONCAUSA.....	94
4.3. LA DIFERENCIA ENTRE CAUSALIDAD Y CULPABILIDAD.....	95
4.4. VICISITUDES DE LA CAUSALIDAD.....	97
4.5. CONSTRUCCIONES TEÓRICAS EN TORNO A LA CAUSALIDAD....	97

CAPITULO V

LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD O CHANCE COMO NEXO CAUSAL DEL DAÑO EN LA JURISPRUDENCIA

5.1. PERDIDA DE LA OPORTUNIDAD	99
5.2. REPARACION DE LA PERDIDA DE OPORTUNIDAD	99
5.3. VALOR DE LA PERDIDA DE LA OPORTUNIDAD	100
5.4. LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD O CHANCE EN LA JURISPRUDENCIA.....	100
5.5. DIFERENCIAS ENTRE LA PERDIDA DE LA OPORTUNIDAD O CHANCE Y EL LUCRO CESANTE.....	105

CONCLUSIONES.....	107
SUGERENCIAS.....	108
BIBLIOGRAFIA.....	109
ANEXO.....	119

CAPITULO I
ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO Y CONSIDERACIONES
METODOLÓGICAS

I. ASPECTOS DE LA PROBLEMÁTICA

1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA

Al referirnos a “La pérdida de la oportunidad o chance” es importante destacar la variabilidad en la denominación de esta teoría; en Francia el nombre con el que todo se inicia es el de “perte de chance, perte d’ une chance, perte de chances o chance perdue”; y al empezar su migración a otros países se ha empleado la palabra “chance” francesa por su traducción o equivalente según el lenguaje de las diferentes legislaciones que aplican este nuevo concepto dañoso.

Los italianos le denominan “perdita di chance o perdita di chances”, o en ciertos casos “opportunita perdita, perdita di occasione, possibilità perdita”. En países hispanoamericanos como Argentina, Colombia y España se habla de “pérdida de una oportunidad”. En países anglosajones como Estados Unidos, Inglaterra y Australia se habla por lo general de “loss of chance, chance lost o loss of opportunities”.

En aras de hacer una ubicación conceptual sobre esta figura y determinar su real alcance, se acude como primera medida, al diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, donde a la oportunidad¹ la define, en su primera acepción, como la razón, coyuntura, conveniencia de tiempo y de lugar; y en su segunda acepción como sección de un comercio en la que se ofrecen artículos a un precio más bajo del que normalmente tienen.

¹Del latín, oportunitas, Diccionario de la lengua española. Vigésima segunda edición, 2001. En: <http://www.rae.es/rae.html>. consultada el 26 de mayo de 2011.

MEDINA ALCOZ² señala que independientemente de la palabra que se emplee para nombrarla, la palabra francesa chance, en singular, significa posibilidad o probabilidad, la manera favorable o desfavorable en que se desarrolla un determinado acontecimiento, pero en una segunda acepción, significa suerte, fortuna, ocasión, oportunidad, posibilidad o probabilidad favorable. Y el lenguaje jurídico ha tomado este segundo sentido, concretamente en el ámbito del derecho de la responsabilidad civil, para hacer referencia a un discutible pero ampliamente admitido concepto dañoso consistente en la pérdida de una ocasión favorable, de una posible ventaja o beneficio, de un concreto resultado apetecido y esperado.

Por su parte, Trigo Represas³ explica que la pérdida de una oportunidad o chance constituye una zona gris o limítrofe entre lo cierto y lo incierto, lo hipotético y lo seguro; tratándose de una situación en la que media un comportamiento antijurídico que interfiere en el curso normal de los acontecimientos, de forma tal, que ya no se podrá saber si el afectado por el mismo habría o no obtenido una ganancia o evitado una pérdida de no haber mediado aquél; o sea, que para un determinado sujeto había probabilidades a favor y en contra de obtener o no cierta ventaja, pero un hecho de un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades. Por ello, este autor añade que debe efectuarse un balance de las perspectivas a favor y en contra y del saldo resultante se obtendrá la proporción del resarcimiento; por lo que, la indemnización deberá ser de la chance y no de la ganancia pérdida.

En virtud de lo expuesto líneas atrás, a la pérdida de oportunidad podemos definir como una figura jurídica representado en la frustración de la

²**MEDINA ALCOZ**, Luis.(2007). La teoría de la pérdida de oportunidad, estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado. Editorial Civitas. Primera edición. Madrid, España. Pág. 61.

³**TRIGO REPRESAS**, Félix Alberto.(2008). Pérdida de chance. Presupuestos, Determinación y Cuantificación. Editorial Astrea. Primera edición. Buenos Aires. Pág. 55.

“posibilidad” de obtener una ganancia o beneficio o de evitar que se produzca un evento dañino.

Ahora bien, una vez conceptualizado la figura de pérdida de oportunidad, es necesario pasar al estudio de los elementos que deben ser establecidos para que pueda configurarse un evento de pérdida de oportunidad y, en consecuencia, se pueda abrir paso la posibilidad de que dicha situación sea indemnizada.

Es notorio que esta teoría de pérdida de oportunidad es novísima por lo no se ha paramentado la ubicación exacta en cuanto si la perdida de la oportunidad es una variante del daño o está ubicada dentro de la esfera del nexo de causalidad como es visible en la jurisprudencia nación o de alguna jurisdicción y normativa distinta a la nuestra como es de manifiesto en la siguientes jurisprudencias.

Sentencia 1 del 07 de enero de 1991 la Corte Suprema

Una conocida empresa alemana fabricante de automóviles entró en negociaciones con un grupo de inversionistas peruanos con la finalidad de otorgarle la representación en el Perú de los automóviles que fabrica en tanto cumplieran con determinados supuestos obligatorios. Dentro de estos requisitos se incluyó la compra de un terreno de 15,000 m² y la adquisición de un importante stock de repuestos. Con la finalidad de cumplir los requerimientos de la referida empresa alemana el grupo peruano incurrió en una serie de inversiones y gastos, teniendo en cuenta los beneficios y la importancia que un contrato con estas características redituaría para su grupo.

Luego de que las negociaciones habían estado muy avanzadas, de manera intempestiva la empresa alemana decidió no formalizar el negocio con el grupo peruano sino otorgarle la representación de sus marcas a un segundo inversionista. Como consecuencia de esta

conducta el grupo peruano acudió al Poder Judicial a fin de solicitar una indemnización.

Mediante Sentencia¹ del 07 de enero de 1991 la Corte Suprema estableció lo siguiente:

“Considerando: Que por carta de 27 de agosto de 1981 los actores en unión de otras personas formularon una oferta de contrato a la demandada Daimler Benz A.G., la que a solicitud de ella fue objeto de sucesivas prórrogas y de intenso intercambio de correspondencia telegráfica entre las partes sobre las condiciones del negocio y el contrato a concertar, concretándose al efecto reuniones en febrero de 1982 como consecuencia de las cuales la firma demandada, en marzo de dicho año, por telex corriente en traducción oficial a fojas 219 se dirigió al grupo inversionista ofertante, manifestando en el mismo la voluntad de la demandada que dicho grupo asuma su representación general en el Perú cuando se cumplieran ciertos supuestos obligatorios para ambas partes, pero en los cuales eran de cargo de los actores y su grupo y los dos restantes eran de cumplimiento a cargo de la ofertada; en ejecución de sus prestaciones el grupo demandante ha incurrido en elevadas inversiones y gastos para el negocio, sin que la demandada atendiera las suyas, pues decidió modificar los alcances de la representación privándole de su carácter para dar intervención a un tercero sobre bases diferentes a las convenidas en el punto 4 del citado documento que contiene el convenio de bases, negándose en consecuencia a suscribir el contrato de representación en los términos acordados, reflejados en dicho telex, a raíz de las cuales se frustraron las inversiones efectuadas cuyo cumplimiento reconocía en forma expresa la demandada al contestar la demanda, lo mismo que se frustraron las expectativas de ganancia del negocio en proceso, por lo que demanda indemnización por daño emergente, económico y moral y por el lucro cesante dejado de percibir”.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, la Corte Suprema resolvió lo siguiente:

“El incumplimiento de la obligación de la demandada no solamente debe resarcírseles el daño moral provocado, sino la ganancia que era la legítima expectativa de repararles el perjuicio moral irrogado en su imagen empresarial; en estos extremos si bien la sentencia prevista contempla una adecuada indemnización por gastos inmobiliarios y capital paralizado en función de la prueba actuada, no ocurre lo mismo al fijar en US\$ 300,000.00 por un año por lucro cesante, y en US\$ 50,000.00 la indemnización por (...) tal de US\$ 638,500.00 y US\$ 100,000.00 la indemnización por la pérdida de la operación con el Grupo Lohmann que se demandaron por US\$ 893,900.00, extremos en que resulta evidente que se omitió evaluar la magnitud y responsabilidad del negocio determinado por el capital objeto de inversiones, el porcentaje de ganancias, así como que son siete el número de empresarios demandantes, por lo que resulta entendible compensar adecuadamente dichos perjuicios, (...)”.

Sobre esta base la Corte Suprema fijó en US\$ 900,000.00 la reparación por lucro cesante, US\$ 50,000.00 para cada uno de los demandantes por daño personal y moral, y US\$ 200,000.00 por pérdida en la operación con el Grupo Lohmann, y en consecuencia, ordenó a la empresa alemana que pague a los actores la cantidad total de US\$ 2'184,651.00.

Comentario:

De los numerosos conceptos que contiene la Sentencia, para efectos del presente trabajo hemos decidido destacar el referido a la indemnización que otorga la Corte Suprema por pérdida de la operación del grupo peruano. Es decir, que aun cuando el contrato no había sido concretado, la Sentencia ordena a la empresa alemana reparar al grupo

peruano por su razonable y fundada expectativa de obtener ganancias producto de la celebración del contrato. El concepto indemnizatorio que la Corte Suprema ha incorporado en su fallo, aunque no ha sido expresamente mencionado, corresponde al de pérdida de oportunidad. La pérdida de oportunidad, o pérdida de la chance como se le denomina en la doctrina comparada, intenta reparar el agravio que se produce cuando el acto dañino ha frustrado la posibilidad –todavía no era una certidumbre- de obtener una cierta ventaja patrimonial o de evitar una pérdida. Ello determina que se haya privado al sujeto agraviado de ejercer las posibilidades que tenía de obtener un beneficio patrimonial o de evitar un menoscabo que, aunque futuro, no por ello puede desestimarse su indemnización.

Sentencia N° 485 del 28 de noviembre de 2001

El caso más complejo quizás se encuentre en la pérdida de la chance infringida a una pareja de esposos que engendraron un hijo que padecía de Trisomía 21, por parte de la institución hospitalaria que, encargada de monitorear el embarazo de la cónyuge, no cumplió con prevenir la posibilidad de la ocurrencia de este hecho en la etapa prenatal. De acuerdo con los fundamentos de la Corte de Casación emitidos mediante Sentencia N° 485 del 28 de noviembre de 2001, “el médico tenía la obligación de aconsejar a la paciente embarazada que practicara al feto un examen cromosómico o una amniocentesis a efectos de despistar la posibilidad de que el feto nazca con aberraciones cromosómicas, sobre todo, teniendo en cuenta que se trataba de una ‘paciente de alto riesgo’, dado que presentaba antecedentes familiares de anomalía en la estructura cromosómica y que, además, había presentado dificultades en el curso de los dos embarazos precedentes, pues el primer hijo nació afectado de Trisomía 21 y el segundo embarazo estuvo a punto de ser interrumpido”.

Comentario:

Sobre la base de esa consideración, la Corte determinó que “el hecho de que el médico de la clínica no haya propuesto a su paciente un test que permita el despistaje del Trisomía 21 ha privado a la pareja de esposos demandantes de la posibilidad de recurrir a una interrupción terapéutica del embarazo, sin haber indagado previamente si la pareja de esposos habría renunciado por adelantado a practicar la referida interrupción del embarazo” (resaltado agregado). De este modo, “se ha privado a la pareja de una información que les hubiera brindado la oportunidad, ya sea de recurrir a la interrupción voluntaria del embarazo, o de prepararse para el recibimiento de un segundo hijo con deficiencias mentales”.

Nos encontramos ante un supuesto de pérdida de la chance consistente, no en la probabilidad de obtener una ganancia futura, sino de evitar un agravio. En el caso descrito, la falta del médico sustrajo a la pareja de esposos la oportunidad de ejercer la opción de interrumpir el embarazo por motivos terapéuticos, lo cual muy probablemente les habría evitado una desventaja. Quizás no sea posible determinar si, conscientes de la enfermedad, la pareja hubiese decidido tener al niño; o si, por el contrario, hubiese optado por la interrupción del embarazo; lo cierto es que en la etapa prenatal existía una chance de hacerlo. Esta oportunidad, como señala la sentencia, les fue arrebatada a los demandantes. En consecuencia, el centro hospitalario fue obligado a indemnizar la pérdida de la chance irrogada.

1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La pérdida de oportunidad o pérdida de la chance es una institución que no está regulada por nuestro ordenamiento jurídico, no obstante, ha tenido un desarrollo en la jurisprudencia nacional como es puesto en evidencia en el presente trabajo de investigación. Asimismo, se advierte que la pérdida de la chance no es una variante del lucro cesante, en tanto que el lucro cesante

busca indemnizar las ganancias latente que muy probablemente se habrían percibido de no haberse verificado el acto dañoso, mientras que la pérdida de la chance busca proteger las oportunidades de obtener ganancias futuras que podrían generarse en la esfera del agraviado tomando así la naturaleza de nexo causal del daño emergente.

La pérdida de la oportuna o chance no está normada en nuestro ordenamiento jurídico pero ha sido de interés para nuestros juzgador para determinados casos los cuales están plasmándolos y reflejados en nuestra jurisprudencia poniendo a la pérdida de la oportunidad o chance dentro de una nueva variante de daño y no como nexo causal, la cual a criterio personal desvirtúa la naturaleza de la misma ya que esta debería estar dentro de la esfera de la causalidad o nexo causal ya que producto de la omisión del agente se pierde la oportunidad y da origen al daño emergente.

1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿De qué manera la pérdida de la oportunidad o chance está debidamente parametrada doctrinalmente como relación de causalidad o nexo causal y no como una variante del daño como manifiesta nuestra jurisprudencia siendo esta una novísima especie jurídica en nuestro ordenamiento jurídico contemporáneo?

1.4. JUSTIFICACION E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO

Esta Tesis, trata sobre un tema técnicamente complejo y doctrinal del Derecho Civil, y en especial de responsabilidad Civil desde un enfoque jurisprudencial. No obstante a criterio particular este fenómeno jurídico de la pérdida de la oportunidad debe enmarcarse dentro del nexo causal y no como una categoría autónoma del daño como lo menciona la jurisprudencia nacional, logrando así tener una mejor aplicación del derecho en casuística a través de lineamientos doctrinales establecidos a futuro para poder identificar plenamente el daño tratar como también el nexo causal del mismo.

II. OBJETIVOS

2.1. OBJETIVOS GENERALES

Definir la estructura básica de la pérdida de la oportunidad o chance como nexo causal y la necesidad de su aplicación como parámetro doctrinal en nuestro ordenamiento jurídico.

2.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS

- Definir los tipos de daños y comparar las supuestas variantes expuestas en nuestra jurisprudencia.
- Diferenciación de la pérdida de la oportunidad o chance y el lucro cesante.
- Describir naturaleza de pérdida de la oportunidad como nexo causal y no como una nueva variante de daño.
- Analizar la jurisprudencia, y la seguridad jurídica que manifiestan éstas para la protección hacia la pérdida de la oportunidad.
- Establecer parámetros doctrinales en cuanto a la pérdida de la oportunidad para un buen desenvolvimiento jurídico normativo.

III. HIPÓTESIS Y VARIABLE

3.1. HIPOTESIS

Si la pérdida de la oportunidad o chance esta doctrinalmente establecida en la jurisprudencia no debería estar plasmada como un tipo u variante de daño sino como nexo causal del mismo ya que producto de la omisión o pérdida de la oportunidad del agente esta es causante originaria del daño.

3.2. VARIABLE INDEPENDIENTE

- La pérdida de la oportunidad o chance entorno al daño en la jurisprudencia.

3.3. VARIABLE DEPENDIENTE

- La pérdida de la oportunidad como nexo causal.

IV. MARCO MEDOLÓGICO

4.1. DISEÑO Y CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPOTESIS	VARIABLES DE LA HIPOTESIS	TECNICAS DE RECOLECCION DE DATOS	METODOS E INSTRUMENTOS
¿De qué manera la perdida de la oportunidad o chance está debidamente parametrada doctrinalmente como relación de	Objetivo General: Definir la estructura básica de la perdida de la oportunidad o chance como nexo causal y la necesidad de su aplicación como parámetro doctrinal en nuestro ordenamiento jurídico. Objetivos Específicos: Definir los tipos de daños y comparar las	Hipótesis: Si la pérdida de la oportunidad o chance esta doctrinalmente establecida en la jurisprudencia no debería estar plasmada como un tipo u variante de daño sino como nexo	Variable independiente La pérdida de la oportunidad o chance entorno al daño en la jurisprudencia. Variable Dependiente.	Fichas de Resoluciones, Fichas Textuales, Fichas de Resumen, Fichas Bibliográficas, Artículos y contribuciones en publicaciones selladas.	• Análisis y síntesis. • Inducción - deducción. • Comparación Histórico. • Dogmático penal. • Dogmático

causalidad o nexo causal y no como una variante del daño como manifiesta nuestra jurisprudencia siendo esta una novísima especie jurídica en nuestro ordenamiento jurídico contemporáneo?	supuestas variantes expuestas en nuestra jurisprudencia. - Diferenciación de la pérdida de la oportunidad o chance y el lucro cesante. - Describir naturaleza de pérdida de la oportunidad como nexo causal y no como una nueva variante de daño. - Analizar la jurisprudencia, y la seguridad jurídica que manifiestan estas para la protección hacia la pérdida de la oportunidad. - Establecer parámetros doctrinales en cuanto a la pérdida de la oportunidad para un buen desenvolvimiento jurídico normativo.	causal del mismo ya que producto de la omisión o pérdida de la oportunidad del agente esta es causante originaria del daño.	La pérdida de la oportunidad como nexo causal.		constitucional. . INSTRUMENTOS. • Revistas de Derecho constitucional. • Revistas de Derecho Penal.
--	---	--	---	--	---

4.2. POBLACIÓN Y MUESTRA

Se ha omitido la población de la presente tesis ya que estamos ante un trabajo de investigación meramente dogmático de corte descriptivo-explicativo, enfocado desde un análisis cualitativo de la Pérdida de la oportunidad como nexo causal del daño emergente.

4.3. MATERIALES Y TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

La técnica de recolección de información predominante estará basada principalmente en el enfoque cualitativo de análisis de contenido de jurisprudencia nacional como comparada.

Los instrumentos de recolección de información están conformados por las fichas técnicas en las que constará de manera sistemática las variables con sus correspondientes indicadores; ello nos permitirá probar la consistencia de las hipótesis formuladas.

Fichas de resoluciones, Fichas Textuales, Fichas de Resumen, Fichas Bibliográficas, Artículos y contribuciones en publicaciones selladas.

4.4. MÉTODOS

La investigación que realizaremos es de naturaleza descriptiva - explicativa puesto que además de describir de modo sistemático las características de la pérdida de la oportunidad o chance, precisaré sus antecedentes jurisprudenciales, sus diversos componentes temáticos; doctrinas y elaboraciones teóricas nacionales y extranjeras; y su regulación primigenia ubicada en la Normativa peruana, en suma no solo abordaré el desarrollo del marco teórico, teórico normativo; sino que realizaré en análisis y discusión de la jurisprudencia realizada en materia de daños con un enfoque doctrinal propio hacia la pérdida de la oportunidad o chance como nexo causal y no como variante de daño. Deduciendo que, la contratación de las hipótesis

formuladas con los resultados de la investigación teórica - empírica es la evidencia y prueba de que esta investigación transvasa los parámetros de una investigación descriptiva para ubicarse dentro de las investigaciones causales-explicativas.

CAPITULO II

EI DAÑO

2.1. CONCEPTO

El daño proviene de la raíz latín *damnum* el cual es empleado y meritado cuando existe un detrimento, menoscabo, lesión o perjuicio que sufre un sujeto sea en su integridad personal o en su patrimonio.

2.1.1. DAÑO CIERTO Y DAÑO PROBADO

El daño efectivo. Existen diferentes tipos de daños reparables. Pero, ante todo, es importante destacar una característica general de todo daño susceptible de reparación: el daño, cualquiera que sea su naturaleza, debe ser cierto si quiere aspirar a una reparación; presente o futuro, pero cierto. No puede ser eventual o hipotético: el simple peligro no da lugar a indemnización, tiene que materializarse en daño”⁴.

Notemos que, en algunas ocasiones, el mal implícito en el peligro puede no realizarse y sin embargo, el mismo hecho de haber existido peligro crea un daño de otro orden. Por ejemplo, un propietario descuidado deja abierta la reja de su casa por la que se escapa un feroz perro doberman que se arroja sobre una anciana con el propósito de morderla. El propietario del animal lo detiene antes de que logre hincar los dientes, pero la anciana cae al suelo a causa del impacto y se rompe un brazo. No cabe duda de que, aunque el peligro de una mordedura no se ha materializado, se ha producido otro daño reparable, constituido por la rotura del brazo. Aún más; puede no existir materialidad en el nexo causal; supongamos que el propietario detiene con un grito al animal antes de que se abalance sobre la señora, a la que no llega a tocar. Sin embargo, la señora retrocede por

⁴ **ORGAZ**, Alfredo (1967): El Daño Resarcible, Actos Ilícitos. 3a. ed. Ediciones Depalma. Buenos Aires, pg.120

el susto de ver al animal corriendo hacia ella, y esto la hace tropezar y caer, con el mismo resultado de la fractura del brazo. No cabe duda de que estamos aquí también ante un daño cierto producido por el ataque del perro y no simplemente ante un mero peligro.

El caso nítido de daño no cierto -luego, no reparable- sería el del pasajero que decide por razones personales no tomar avión que luego se estrella; evidentemente, no puede reclamar daños y perjuicios alegando que pudo haber sido parte del desastre. Aun cuando este caso resulte ex professo caricaturesco con fines de exposición, la realidad proporciona muchas situaciones intermedias en las que la distinción entre el daño y su mera eventualidad o expectativa no es tan clara.

El daño indirecto.

Hay una noción cuyo carácter equívoco tiende a obscurecer innecesariamente la teoría del daño: la idea de un daño indirecto.

Esta expresión es usada por los autores y por la jurisprudencia con múltiples sentidos. Unas veces, el daño indirecto resulta un equivalente del daño extrapatrimonial: frente a la directa materialidad de un perjuicio, se señala la existencia de otros daños indirectos que no vulneran intereses económicos sino morales. Sin embargo, con el propósito de identificar claramente el objeto de que se habla, preferimos utilizar en este caso la denominación de daño extrapatrimonial o aun la de daño moral (a pesar de las dificultades que este adjetivo encierra) ya que estos daños también son directos, aunque de naturaleza distinta a la de los daños económicos.

Otras veces la expresión daño indirecto se usa para señalar la falta de ganancia originada por el perjuicio, como un elemento distinto y

complementario del daño en la integridad corporal o en el patrimonio de la víctima: no solo perdió un brazo y tuvo que hacer frente a los gastos de hospitalización, sino que además no pudo trabajar durante seis meses lo que le impidió percibir su ingreso habitual. Pero aquí las expresiones de daño directo y daño indirecto están siendo usadas como sinónimos de daño emergente y de lucro cesante. En consecuencia, para evitar confusiones, preferimos no recurrir a esta sinonimia debido a que la fuerza significativa de los adjetivos "directo-indirecto" no se agota en la situación descrita sino que inevitablemente evoca otros conceptos ajenos a las ideas de daño emergente y de lucro cesante los que pueden desvirtuarlas.

También se ha empleado esta expresión para distinguir los daños inmediatos del accidente (directos) y sus consecuencias dañinas futuras (daños indirectos). Desde esta perspectiva preferimos hablar de daños futuros lo que refleja mejor lo que se quiere decir.

Finalmente, se ha utilizado también la denominación de daños indirectos para referirse a aquellos perjuicios que no son sufridos por la primera víctima (víctima directa) del accidente sino por otras personas a través de una cascada causal de daños: el caso de Ulpiani que choca con el automóvil de Papiniani, el cual, al desviarse de su curso, atropella y mata a Traso, este último habría sufrido un daño indirecto. Este parecería ser la acepción más propia del daño indirecto. Sin embargo, pensamos que debe ser utilizada con cuidado dado que se presta a confusión con todos los otros sentidos antes expuestos.

El daño futuro.

Pero, independientemente de la denominación que le demos, ¿es indemnizable el daño futuro?. Con ello no nos referimos al lucro cesante -que, en realidad, puede ser a su vez presente o futuro- sino

al daño que todavía no se ha producido al momento de sentenciar pero que puede preverse con toda seguridad que ocurrirá más tarde como consecuencia retardada del mismo acto dañino. Por consiguiente, el daño futuro no lo es propiamente tal sino que está ya implícito en al acto dañino. El ejemplo clásico es el del accidentado que deberá seguir realizando gastos para su rehabilitación, aun después de expedido el fallo indemnizatorio.

Ese daño futuro, así entendido, es considerado como resarcible por la doctrina. Como dicen los hermanos MAZEAUD y André TUNC, desde el punto de vista de la posibilidad de reparación "no debe distinguirse entre el perjuicio actual y el perjuicio futuro, sino entre el perjuicio cierto y el perjuicio hipotético, eventual⁵" sólo este último no es reparable.

No cabe duda de que este daño futuro no es todavía un daño efectivo en el momento en que se pronuncia la sentencia. Pero el juez puede tomarlo en cuenta si existe la posibilidad efectiva de que se produzca. En términos aristotélicos, podríamos decir que el daño futuro es un daño ya existente con potencia, que se convertirá en acto con el transcurso del tiempo. Por consiguiente, la posibilidad de lograr una indemnización por este daño potencial y no actual radica en la capacidad de crear una convicción en el juez de que el daño se producirá, es decir, en facilitarle al juez un conocimiento de lo que ya está potencialmente implícito en la conducta dañina del causante. Adriano de CUPIS se refiere a ello como a una "función profética" que corresponde al juez, porque tiene que leer el futuro en el presente: otorgará indemnización en la medida que vea el daño futuro como relativamente cierto⁶.

⁵ Henri y León MAZEAUD y André TUNC(1965): *Traité Théorique de la Responsabilité Civile Delictuelle et Contractuelle*.T.1.6ta.ed.Editions Montchrestein. París. No 216, p. 268.

⁶ **DE CUPIS**, Adriano(1975): *El daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Trad. de la 2a. ed. italiana. Bosch. Barcelona. 1975. No 39. pp. 322-323.

En este sentido se ha pronunciado también la jurisprudencia peruana al reconocer indemnizaciones para las víctimas, que toman en cuenta el daño futuro. En el juicio seguido por el Guardia Civil Fabio Francisco Ticona Valdivia contra el Capitán de Sanidad de Policía doctor Gilberto Robles Rázuri por el hecho de que éste último lo atropelló 476, el Fiscal GARCIA ARRESE opinó (habiendo sido acogida su opinión por la Corte Suprema) que el monto fijado por el Juez de Primera Instancia para la indemnización era procedente atendiendo a que el daño condenaba a la víctima a "un programa de invalidez de por vida". Por consiguiente, en la mente del Fiscal estaban presentes no sólo los daños ya sufridos por Ticona sino los que sufrida por el resto de sus días.

La señora Elena Guibert Alva de Carbajal inició un juicio de indemnización contra don Leoncio Guerrero Loayza y don Angel Losno Perez por el accidente sufrido por su hijo, el menor Guillermo Guibert Alva, como consecuencia del mismo, dicho menor "sufrió gravísimas lesiones que originaron la pérdida de una pierna, que lo obliga a usar costosos aparatos de prótesis". Pero sucede que esos aparatos deben renovarse periódicamente, probablemente debido al crecimiento del niño. En consecuencia, la Corte Suprema por resolución de 14 de setiembre de 1971, aumentó el monto de la indemnización fijado por la instancia inferior, en previsión de los gastos futuros que originaría el cambio de los aparatos de prótesis⁷.

La probanza del daño.

Una condición que aparentemente se deriva de la anterior -pero que puede presentar algunas peculiaridades- es que el daño se encuentre probado. De primera intención, podríamos pensar que esta referencia

⁷ Revista de jurisprudencia Peruana. Febrero de 1972. No. 337, pp. 202-203.

es innecesaria pues si se establece que un daño es cierto, ello significa que está probado. Sin embargo, aun cuando esto es exacto en términos generales, existen diferentes grados de convicción que permiten tener por probado un daño; y, a su vez, la producción de esos diferentes grados de convicción en el juez impone diferentes exigencias de probanza en el demandante (víctima).

Al igual que en cualquier otro campo, salvo que intervenga una presunción (como en el caso de la culpa), rige respecto del daño el principio enunciado por Paulo que prescribe que *ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat*. Por consiguiente, el actor debe probar que el daño se produjo. En este sentido, los Tribunales han negado indemnización cuando el daño no ha sido acreditado. Así, en el juicio seguido por doña Gloria Mujica Cabezas contra doña Maria Dancuart Accinelli y otra, la Corte Suprema por Ejecutoria de 27 de marzo de 1974 negó indemnización por lucro cesante a la demandante por no haber acreditado este tipo de datos⁸.

Es importante destacar que la presunción de culpa establecida por el artículo 1969 del Código Civil, no es presunción de daño. Por consiguiente, si bien el demandante (víctima) no requiere probar la culpa del demandado (agente), tiene en cambio que probar necesariamente su propio daño. De esta manera, la probanza del daño por el actor es una regla general, que se aplica aunque funcione la presunción de culpa. Evidentemente, por las mismas razones, esta regla se aplica a los casos de responsabilidad objetiva.

La apreciación "prudencial" del daño.

⁸ Revista de Jurisprudencia Peruana, Abril de 1974. No. 363, pp. 397-398.

Sin embargo, dadas las dificultades que implica usualmente la probanza precisa de los daños, los Tribunales han aliviado esta carga del demandante exigiendo sólo que se acredite de una manera genérica la existencia del daño; acreditado este hecho, el monto indemnizatorio es apreciado prudencialmente por el juez.

Los señores Ricardo Carty y Manuel Cornejo eran arrendatarios del señor Marcos Uskokovi con relación a unos locales comerciales de propiedad de éste último. Sucedió que el propietario Uskokovi decidió reconstruir la fachada del edificio y para ello cerró por fuera las puertas de los locales arrendados. Los inquilinos demandaron por daños y perjuicios producidos por el hecho de no poder funcionar comercialmente debido a "la clausura abusiva" de sus tiendas, realizada por el demandado. Los demandantes acreditaron exhaustivamente el hecho de la clausura arbitraria. En el juicio se demostró que "la fachada de los inmuebles donde los demandantes tenían sus establecimientos comerciales ha sido construida últimamente con ladrillo y cemento; que las puertas de calle están aseguradas con trozos de madera que imposibilitan su apertura y dificultan su comunicación con el exterior; y que otros hechos, como la falta de instalación eléctrica, que ha sido cortada por la realización de las obras y la colocación de vigas para sostener el techo, indudablemente han ocasionado una serie de obstáculos para el normal funcionamiento de las actividades comerciales a que se dedicaban los actores".

Sin embargo, los demandantes no probaron en forma alguna que todo ello les hubiera causado daño efectivo. El Fiscal SOTELO reconoce que los autores no han probado el monto de los perjuicios causados. Por ello, su afirmación que de esos hechos "indudablemente" han causado daño, es una presunción. Esta presunción se encuentra

reafirmada en otras expresiones similares del dictamen: "Es evidente que tales obras, tan imperfecta y lentamente ejecutadas, han causado perjuicio a los demandantes, quienes además han tenido que trabajar en condiciones deplorables durante tiempo apreciable y hasta verse obligados a pedir autorización para arreglar y asegurar por su cuenta las puertas de calle, para evitar los inconvenientes que la situación descrita les producía". Aquí también ese "es evidente" resulta más bien una deducción de los hechos o quizá simplemente una mera convicción porque no es el resultado de una verificación factual. De ahí que el Fiscal fundamente su opinión por el pago de una indemnización en razones de equidad, lo que es aceptado por la Corte Suprema en resolución de 4 de agosto de 1951⁹.

Un razonamiento similar sigue la Corte Suprema en la resolución de 14 de abril de 1953. En este caso, don Liborio Bazalar demanda daños y perjuicios a la Empresa de Transportes Nor-Pacífico por la muerte de su hijo ocurrida con motivo de un accidente de carretera, viajando en un ómnibus de propiedad de la demandada. El demandante sostiene que su hijo contribuía a su sostenimiento; sin embargo, no logra acreditar este hecho. La Corte, haciendo notar que este aspecto (que otorgaba la materialidad económica al daño) no ha sido probado, considera que debe estimarse "prudencialmente" el monto del daño material y del daño moral. Notemos como no sólo el daño moral es apreciado de esta manera genérica sino que incluso el daño material --que, por su propia naturaleza, podía y debía haber sido acreditado-- resulta exonerado de prueba. Esta atribución del juez de fijar la indemnización sin referencia expresa a una prueba específica del monto de los daños, es ejercida aun cuando ha habido pruebas periciales con este objeto.

⁹ Revista de Jurisprudencia Peruana, Noviembre de 1951. N°94, pp.1317-1319.

La Resolución Suprema de 21 de octubre de 1949 ordena al Monasterio de Santa Catalina de Arequipa que pague la suma de S/. 15,000 por daños y perjuicios al señor Víctor M. Rodríguez. Lamentablemente, la redacción del dictamen fiscal es deficiente y no nos permite conocer la naturaleza de los hechos que dan lugar a tal indemnización. Sin embargo, puede apreciarse que el juez de la causa había ordenado un peritaje de los daños, que fue realizado por los Ingenieros Agrónomos César Alberto Muñoz y Alfredo Belaunde, que estableció un monto superior al ordenado pagar por la sentencia. El Fiscal SOTELLO, en opinión que fue acogida por la Corte, expresó que ello es irrelevante porque "el dictamen pericial para la fijación de daños y perjuicios no constituye sino un antecedente o elemento de orientación para la apreciación del Juez" y que la indemnización que se señale debe ser el resultado de "una justa, equitativa y prudencial compulsión de la real y verdadera cuantía de los daños que deben ser indemnizados". Como puede verse esto implica una distinción entre "la real y verdadera cuantía de los daños" (que es el resultado del dictamen pericial) y "la real y verdadera cuantía de los daños que deben ser indemnizados" (que incorpora otros elementos de juicio, tales como pruebas adicionales, los antecedentes del caso, etc). De la misma manera como en la Ejecutoria anterior veíamos que la Corte puede ordenar una indemnización menor que la suma establecida por los peritos como monto de los daños, también sucede que la Corte señale indemnizaciones mayores. Don Rodolfo Gil había seguido con la Empresa Agrícola Chicama un interdicto de recobrar en el que, en ejecución de sentencia, se le otorga una indemnización por daños y perjuicios de S/. 1,500. Para fijar esta suma el juez se basa en un peritaje que señala que los daños reales ascienden a S/.866. El señor Gil apela y la Corte Superior aumenta la indemnización S/. 7,463.50, teniendo en cuenta que los peritos de parte presentados por el demandante consideran que los daños ascienden a S/. 20,481.75.

El Fiscal GARCIA ARRESE opina que "los peritos oficiales, a quienes impugna el actor de ser empleados de la demandada, no se han ceñido a la realidad de los daños y perjuicios fijando una cantidad irrisoria". Ahora bien, continúa, "el informe de los peritos, como es bien sabido, solo tiene por objeto ilustrar el criterio del juzgador, pero de ninguna manera lo obliga". Por ello sostiene que los fundamentos de la Corte Superior para elevar el monto indemnizatorio "responden a la magnitud de los hechos y a los principios de equidad". La Corte Suprema hace suyos estos planteamientos en resolución de 3 de agosto de 1950.

Como puede apreciarse en todos estos casos, la jurisprudencia está realizando una inversión relativa de la carga de la prueba del daño: acreditado éste en términos generales, la Corte fija el monto del mismo en atención a las circunstancias y a la equidad; sin perjuicio de que el demandado intente reducir el monto probando que el daño no fue de la magnitud sostenida por el demandante manda o establecida en la sentencia inferior.

2.2. REQUISITOS DE DAÑO

Desde la perspectiva doctrinal se señala que el daño puede estudiarse como un fenómeno de la realidad o como un fatto giuridico(hecho legal). En el primer supuesto se entiende en sentido amplio como cualquier perjuicio o alteración de una situación favorable.

En cambio, para ser calificado como parte del supuesto de hecho complejo que genera la responsabilidad, es necesario que cumpla ciertos requisitos como la certeza, su subsistencia y la especialidad del mismo.

Respecto a lo primero, se realiza una constatación preliminar en los hechos, es decir, el evento dañoso y las consecuencias negativas del mismo deben haber acaecido y ser actuales, por lo que se deja de lado supuestos hipotéticos del mismo¹⁰.

Así también en aquellos supuestos en los cuales el perjuicio implícito no haya ocurrido, sin embargo genera otro daño, también estaremos frente a un caso de certeza del mismo.

Por ejemplo, que se escape un perro y amenace a una anciana, justo cuando la va a atacar, el dueño con un grito lo detiene, pero la señora del susto retrocede, tropieza y cae produciéndose la fractura de su brazo¹¹. No cabe duda que nos encontramos frente a un daño cierto.

Asimismo, no debe haberse resarcido los daños previamente, es decir debe subsistir, toda vez que lo que se busca en general en la responsabilidad civil es la reparación de la víctima, mas no así el enriquecimiento de la misma a propósito del daño.

Así por ejemplo, si producto de un choque automovilístico se generan daños sólo de índole patrimonial y el seguro cubre todos los gastos del mismo, se ha eliminado en los hechos las consecuencias negativas del evento dañoso, por lo que no podría considerarse al daño como subsistente.

Finalmente, se requiere que el daño sea especial, es decir, que las consecuencias negativas del mismo deben afectar a un sujeto de derecho - en forma individual o en forma colectiva- titular de un interés tutelado.

¹⁰ **MAZEAUD**, Henry y León, TUNC, André, óp. cit., p.301.

¹¹ **DE TRAZEGNIES GRANDA**, Fernando. La responsabilidad extracontractual. Volumen IV tomo II, cit., p. 17. 76

2.3. CLASIFICACIONES DE DAÑO

Tradicionalmente se ha clasificado al daño en patrimonial y no patrimonial o personal. Con el primero se hace referencia a aquel daño que incide en el patrimonio económico de las personas menoscabando la situación del perjudicado. En cambio, con daños no patrimoniales o personales se denota aquellos que no pueden ser valorados patrimonialmente. Así pues, en Alemania se adopta tal distinción Vermögensschaden (daño patrimonial¹²) y nicht Vermögensschaden (daño no patrimonial). LARENZ hace la distinción entre daño material (entiéndase como patrimonial) y daño inmaterial (léase como no patrimonial). El primero es el daño patrimonial que puede generarse directamente en forma de privación, destrucción, menoscabo o deterioro de un bien patrimonial, o indirectamente, en forma de pérdida de adquisiciones o de ganancias o de causación de gastos necesarios originados por el daño. Daño inmaterial, en cambio, es el daño directo que alguien sufre en un bien de la vida (Vg. salud, honor, etc.) que no puede ser valorado en bienes patrimoniales¹³.

En Italia se adopta la distinción alemana de daño patrimonial y no patrimonial, con la precisión que estos últimos, según lo dispuesto por el Art. 2059 de su código sustantivo deben ser determinados por ley, lo que se ha entendido en términos de delitos penales. De otro lado, respecto a los daños denominados patrimoniales se hace la distinción entre daño emergente y lucro cesante. El primero hace referencia a la disminución patrimonial que sufre el perjudicado como consecuencia directa del daño. En cambio, el segundo se refiere a la frustración de todo aquello que se ha dejado de ganar producto del acaecimiento del daño.

¹² Debemos tener en cuenta que por tradición en el Common Law —y, hasta cierto punto también de la del Derecho alemán— se contraponen otro tipo de clasificaciones que distinguen el denominado daño tangible (physical damage), que se refiere tanto al daño a las personas como a las cosas, y del daño llamado patrimonial puro.

¹³ **MARTÍN CASALS**, Miquel(1958), óp. cit., p.9. 77 LARENZ, Karl. Derecho de obligaciones. Traducción por Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, p.195. Tal cual lo señala Leysser León, la distinción en material e inmaterial, tiene un mero valor adjetivo y no técnico LEÓN HILARIO, Leysser.

En Francia, se hace la distinción entre lo que se denomina daños materiales y daños inmateriales. Los primeros denotan la afectación de los bienes de los individuos y su correspondiente disminución en el valor del patrimonio¹⁴; en cambio, los segundos de forma abierta se refieren a todos los demás, incluyendo al denominado daño moral, en el cual se encuentra comprendido el denominado daño a la persona.¹⁵

En el Perú se ha recogido en términos generales la distinción francesa. Así pues, en sede contractual se señala en el Art. 1321 que se resarce “(...) El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución. (...)” Adicionalmente el Art. 1322 señala que “El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento.” En sede extracontractual el Art. 1985 indica que “La indemnización incluye, el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, (...)” Ahora bien, se ha generado disyuntiva en sede nacional sobre el daño a la persona a partir de la importación del Dr. Fernández Sessarego de este término de sede italiana.

Así pues dicho autor manifiesta “Sea cual fuere la denominación que se adopte, lo importante es verificar que bajo todas y cada una de tales expresiones se aloja un mismo único concepto: el daño a la persona de carácter no patrimonial. (...) El daño no patrimonial es el que lesiona a la persona en sí misma, estimada como un valor espiritual, psicológico, inmaterial”¹⁶.

¹⁴ **MAZEAUD**, Henry y León, TUNC, André, óp. cit., p.298

¹⁵ **LEÓN HILARIO**, Leysser. “Funcionalidad del “daño moral” e inutilidad del “daño a la persona” en el derecho civil peruano”, cit., p. 243.

¹⁶ **FERNÁNDEZ SESSAREGO**, Carlos (1988). “Derecho de las personas”. En COMISIÓN ENCARGADA DEL ESTUDIO Y REVISIÓN DEL CÓDIGO CIVIL. Código Civil, IV, Exposición de motivos y comentarios, al cuidado de Delia Revoredo. Lima: Ocurra Ediciones, pág. 91

Dado que en nuestra legislación tenemos una cláusula abierta en el Art. 1969 del Código Civil, y no un artículo como el 2059 del Codice Italiano el cual restringe los daños no patrimoniales a los supuestos determinados por Ley - que en la práctica han derivado normalmente a ilícitos penales- producto de lo cual se han creado diferentes nuevos supuestos de ilícitos (daño a la persona, daño biológico, daño existencia, entre otros); entonces, consideramos que dicho agregado de daño a la persona en el Art. 1985 debe entenderse contenido en el concepto mayor de daño moral, siendo por tanto innecesaria su regulación de manera distinta¹⁷.

En el supuesto que las consecuencias negativas del evento dañoso sólo generen perjuicio en el patrimonio de la víctima, la valoración del daño no debe estar en referencia a la naturaleza de los bienes lesionados, sino a las consecuencias económicas que dicha lesión produce en la utilidad o valoración social de los mismos los cuales tienen incidencia negativa en el patrimonio antes mencionado¹⁸.

2.4. DAÑO PATRIMONIAL Y DAÑO EXPATRIMONIAL O DAÑO A LA PERSONA

La doctrina como la jurisprudencia se ha ocupado de la clasificación del daño. Tal clasificación no ha sido caprichosa, sino que ha obedecido a sus órdenes, exigencias probatorias y la forma de indemnización. En materia civil se manejan dos grandes grupos de daños: los materiales e inmateriales o patrimoniales y extra patrimoniales (términos de mayor uso por la jurisprudencia y la doctrina iusprivatista). Conceptualmente, los daños se consideran patrimoniales cuando el evento dañoso golpea directamente

¹⁷ Toda vez que no es materia del presente trabajo la profundización de la supuesta distinción entre daño a la persona y daño moral, adoptamos la posición que el Dr. Leysser León manifiesta en su texto LEÓN HILARIO, Leysser. <<Funcionalidad del “daño moral” e inutilidad del “daño a la persona” en el derecho civil peruano.>>, cit., pp. 223 y ss

¹⁸ **SALVI**, Cesare. Voce: “Responsabilità IV. Responsabilità extracontrattuale b. Diritto Vigente”, op.cit., p.1207

el patrimonio, mientras que en el orden extra patrimonial impacta los derechos de las personas distintos de aquellos con medición económica que hacen parte del patrimonio.

Con todo y hecha la salvedad indicada, la doctrina ha señalado que: “Es imposible concebir un daño que afecte un bien que se encuentre fuera del patrimonio, es decir, que sea ‘extrapatrimonial’. Si patrimonio es el conjunto de bienes y obligaciones de una persona, y si bien es, al decir de los mismos autores, ‘todo derecho subjetivo patrimonial’, los daños sólo pueden afectar el patrimonio. Lo que ocurre es que los mal llamados ‘daños extrapatrimoniales’, como ya se ha visto, no tienen una naturaleza económica porque no tienen un valor de cambio medible en dinero, lo cual no implica que suponga la lesión de derechos que se encuentren por fuera del patrimonio. Se han confundido históricamente dos ideas: el daño como aminoración del patrimonio, y la forma de indemnización del daño, con lo cual se ha llegado a la clasificación que, en su enunciación mas no en su contenido, se critica”.

Continuando con la premisa de su clasificación inicial, los daños patrimoniales se dividen en lucro cesante y daño emergente de conformidad con la concepción clásica e incorporada en nuestro código civil por el Artículo 1614. Por virtud de su texto, el daño emergente corresponde al perjuicio derivado del incumplimiento de la obligación contraída, o ya por haberse cumplido de la manera pactada, o de haberse retrasado en su ejecución. El lucro cesante corresponde a la ventaja patrimonial que dejo de percibirse como consecuencia de la ocurrencia del hecho daños.

A su turno, de los perjuicios inmateriales, que no cuentan con consagración expresa en el Código Civil- han sido configurados y desarrollados jurisprudencialmente.

Esta categoría del perjuicio inmaterial se divide en perjuicios morales – (subjetivos y objetivables) fisiológicos. El perjuicio material es el perjuicio patrimonial; el perjuicio moral es el perjuicio extrapatrimonial, el “no económico”. Lo anterior no implica que no se pueda tasar económicamente.

A nivel jurisprudencial, es preciso señalar que el primer registro que en tal sentido se halla es de la sentencia del 21 de julio de 1922, en la cual se admitió que el demandante había sufrido daños morales porque al trasladar los restos de su difunta esposa y depositarlos en una fosa común, las autoridades habían actuado negligentemente, causándole pena y congoja, que, in fine, constituyen un daño moral. En aquel entonces, en efecto, la Corte afirmó que “tanto se puede dañar a un individuo menoscabando su hacienda, como infiriéndole ofensa en su honra o en su dignidad personal o causándole dolor y molestia por obra de malicia o negligencia del agente”. A renglón seguido, puntualizó la misma corporación que: “Y si bien en muchos casos es difícil determinar el quantum de la reparación, esa circunstancia no puede ser óbice para fijarlo aunque sea aproximadamente, ya que de otro modo habría que concluir qué derechos de alta importancia quedan desamparados por las leyes civiles”.

Dicha providencia marcó los lineamientos principales y básicos que hasta el presente se han sostenido a nivel jurisprudencial, esto es:

- 1) La naturaleza del daño moral comprende la lesión a bienes de la personalidad o la integridad física o psíquica.
- 2) Sí es posible solicitar la indemnización por perjuicios morales, adicionales o concomitantes a aquellos patrimoniales.
- 3) Los daños morales deben ser probados por la parte que solicita la subsecuente reparación.

4) Con el fin de determinar la cuantía de los daños morales, resulta imperioso acudir al arbitrium iudicis en procura de excluir la arbitrariedad.

Cabe señalar, también, que con frecuencia corren paralelos los daños morales y los materiales. Suele suceder que un mismo hecho dañino, lleve consigo una pérdida pecuniaria y un daño moral, un claro ejemplo es cuando una herida disminuye la capacidad para el trabajo de la víctima y le hace padecer al mismo tiempo diversos sufrimientos. Y a la inversa, puede acaecer que el perjuicio que afecta a los derechos extrapatrimoniales tiene compartida una pérdida pecuniaria, como acontece, como bien señala Mazeaud, en los atentados contra el honor de un comerciante cuando resultan del hecho de poner en duda su probidad o idoneidad, porque son también susceptibles de arruinar su negocio.

De igual manera, la Corte Suprema de Justicia, ha establecido una distinción útil, al afirmar que: Distingue la jurisprudencia entre los perjuicios morales subjetivos y los objetivos, caracterizándose los primeros por el agravio que implican a los sentimientos o a la personalidad moral de la víctima, sin consideración a factor alguno de orden patrimonial o económico; y los segundos, son aquellos que procediendo de causas morales tienen sin embargo, repercusión en la esfera económica o patrimonial de la persona que los ha sugerido. Ambos, desde luego, dan derecho a su reparación, pero en el fondo son modalidades distintas que responden a diferentes conceptos jurídicos y específicamente se diferencian hasta en la forma como deben ser regulados.

En el ámbito de la responsabilidad delictual y cuasidelictual, el artículo 2341 del Código Civil señala que “El que ha cometido un delito con dolo o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización (...)”. Dicho precepto, huelga señalar, está concebido en términos muy generales, puesto

que “un daño” puede ser tanto moral como material. Y donde la ley no distingue, no es dable al intérprete distinguir. Pero, en ese mismo orden de ideas, resulta claro que el daño moral, al menos en la legislación civil, no se encuentra definido. Y la jurisprudencia, en lo que atañe a la definición de dicho concepto, también vacila. En efecto, en algunas ocasiones se ha entendido el daño moral como un deterioro en patrimonio moral por el daño ocasionado en los derechos como el de la personalidad, derecho a la vida, cuerpo o salud de sí mismo o de un familiar. Y en otra, se ha dicho que es el que padece la víctima como consecuencia de “un dolor psíquico o físico”. Y hay perjuicio moral cuando “se vulneran intereses legítimos o bienes no económicos de los que integran el patrimonio moral de una persona, en su parte social y en su parte afectiva, en su honor, por ejemplo, o en el sentimiento”.

Zannoni a su vez enseña que define al daño moral como “el menoscabo o lesión a intereses no patrimoniales provocado por el evento dañoso, es decir, por el hecho o acto antijurídico”.

La Corte Suprema de Justicia, en dicente jurisprudencia, ha afirmado que: “Todo daño es resarcible, aún el no patrimonial, en la medida en que sea resultado de un ataque antijurídico a un interés que ante el Derecho deba juzgarse digno de protección. El daño moral cuyo resarcimiento se pretende debe ser “personal” en tanto por definición hiere derechos de la personalidad (...). Este tipo de agravios son económicamente inasibles, significándose que la reparación no puede ser exacta y frente a esta deficiencia debe buscarse con ayuda del buen sentido, con apoyo en hechos probados que den cuenta de las circunstancias personales de los damnificados reclamantes, una satisfacción relativa para estos últimos.”

Una de las categorías dominadas en la jurisprudencia y que llama la atención por considerarse una tipología concreta dentro de los daños no patrimoniales

se edifica en el llamado daño biológico. Su primera formulación aplicada a la valoración del daño a la persona, jurisprudencialmente fue esbozada –al menos inicialmente- por el Tribunal de Génova en sentencia del 25 de mayo de 1974. No se trata, valga anunciar de entrada, de un tipo de daño nacido en la experiencia propia de la jurisprudencia colombiana, pero ha hecho curso en las fuentes doctrinaria y jurisprudenciales autóctonas.

El caso fallado en la sentencia en mención fue resuelto con ocasión a una serie de dificultades respiratorias que el actor sufrió, y fruto de la cual padeció una “distorsión de la raíz cervical con destrucción de la musculatura paravertebral cervical”.

El tribunal aludido no había nunca resuelto una cuestión de dicha naturaleza, y sin embargo fue claro en preceptuar que, en las hipótesis de lesiones físicas a la persona, para la determinación del daño resarcible se podían considerar dos distintos tipos de perjuicios:

- 1) El perjuicio de orden patrimonial del damnificado a causa de la lesión sufrida, en razón de los frutos, rentas o dineros que pudo dejar de percibir.
- 2) Un perjuicio no patrimonial consistente en el daño biológico, materializado en la lesión a la integridad física en si misma considerada.

En dicha sentencia el juzgador subrayaba con vigorosa fuerza la originalidad y la utilidad práctica de esta noción que propugnaba por satisfacer las exigencias de justicia e igualdad del ordenamiento jurídico italiano.

Como bien escribía el Tribunal de Génova: “El motivo fundamental por el cual la praxis interpretativa examinada debe ser abandonada para dar lugar a una nueva y sofisticada noción de daño viene identificado en una profunda razón

de equidad (...). Si un mismo daño biológico (que no incide entonces en la respectiva capacidad o relación de trabajo-ganancia) golpea a las personas que gozan de réditos de trabajo de diversa entidad, éstas, por el hecho mismo que el daño no está definido en términos de incapacidad laboral y por ello mismo concretamente referido a los respectivos débitos de trabajo, recibirán en consecuencia un tratamiento resarcitorio muy distinto. La inequidad de esta situación es tan grave y evidente que pese a que el Derecho en la actualidad no reconoce el resarcimiento de daños de ésta naturaleza, por vía jurisprudencial debe protegerse los intereses jurídicos superior y tutelados por nuestro ordenamiento jurídico.”

Resulta evidente entonces que en este sentido la conexión entre el daño moral y el daño biológico era bastante estrecha. La doctrina entonces comenzó a elaborar diversas teorías y se empezó a buscar normas jurídicas que justificasen o sustentasen aquello que ya el tribunal de Génova había sostenido. En efecto, encontraron como norma básica aquella del artículo 2043 del Código Civil Italiano, disposición que sin embargo se quedaba corta al establecer la obligación del resarcimiento del daño a cargo del responsable del hecho dañoso o culposo que le causó, pero limitándose únicamente a definir como injusto el daño resarcible sin agregar que tal daño deba ser patrimonial. La postura entonces, carecía de fundamentos normativos sólidos.

Pese a ello, las orientaciones esgrimidas por el fallo del Tribunal de Génova, si bien fueron vistas con recelo, sí contribuyeron en buena medida a la creación de esta nueva noción de daño, al establecer un punto de partida para la discusión del tema dentro y fuera de Italia. Otros tribunales a lo largo del país parecieron seguir el camino trazado por el Tribunal de Génova.

En efecto, el Tribunal de Piza en sentencia del 10 de marzo de 1979 puntualizó que: “(...) no se puede negar que en nuestro ordenamiento existe

un principio general de reparación del daño a la salud considerado como tal, puesto que de una correcta interpretación del artículo 32 de la Constitución y los diferentes desarrollos doctrinales y jurisprudenciales más recientes se puede concluir que las normas constitucionales en el ámbito de las relaciones privadas y personales reconocen al derecho a la salud como un derecho subjetivo que cobija a cualquier individuo.”

La Corte de Apelación de Génova en sentencia del 15 de julio de 1975 fue aún más categórica al afirmar que no era resarcible dentro del ordenamiento italiano el así llamado daño biológico, en tanto dado que las lesiones a la salud no eran de carácter patrimonial. Según dicho pronunciamiento la afectación psicofísica considerada como tal e independiente de su incidencia sobre la capacidad laboral y el daño del damnificado, debía ser clasificada dentro del daño no patrimonial, resarcible únicamente en las hipótesis contempladas en la ley.

Solicitada la intervención de la Corte Constitucional italiana, ésta se pronunció por primera vez en materia de daño biológico con dos sentencias gemelas de fecha 26 de julio de 1979.

En esencia, dichas sentencias sostuvieron la inconstitucionalidad de la interpretación del artículo 2053 del Código Civil Italiano por encontrarse este riñendo directamente con las normas constitucionales en cuanto no reconocía la resarcibilidad del daño a la salud, como daño autónomamente considerado, independiente de las consecuencias económicas.

Sostuvo también la Corte que la lesión al derecho a la salud y la integridad física podía ser definida como derecho fundamental y absoluto de la persona que daba origen a un daño no patrimonial. Preciso en aplicación del artículo 2059 del Código Civil era posible acordar el resarcimiento de todos los perjuicios de carácter patrimonial y no patrimonial, entre los cuales se hallaba

aquel de la salud, que hacía parte de los segundos al no ser susceptible de valoración económica.

Pese a ello, el Tribunal Constitucional en dicho fallo también señaló que únicamente sería reparable en aquellos casos en que la ley así lo dispusiese y como consecuencia de un ilícito de carácter penal. Sin embargo, es éste el primer reconocimiento a nivel constitucional del daño biológico, que desde aquel entonces ha tenido amplio y vigoroso desarrollo en la doctrina y la jurisprudencia italiana. Hoy por hoy dicha categoría del daño es autónoma e independiente, y la jurisprudencia la ha definido como: “Aquel que, prescindiendo de las consecuencias lesivas que inciden directamente en la eficiencia laboral del sujeto lesionado y sobre su capacidad de producir renta, toma en consideración todos los efectos negativos del acto lesivo que inciden sobre el bien de la salud en sí mismo considerado y como derecho inviolable del hombre”. No obstante, nuestro Código Civil a pesar de no tener regulación expresa sobre la reparación de los perjuicios inmateriales sí consagra un artículo que permite la interpretación sobre la reparación de este tipo de perjuicios por vía legal, tal artículo es el 2341: “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por culpa o el delito cometido”, respecto al perjuicio fisiológico que se fundamenta en la pérdida de las funciones que hacen agradable la existencia humana, por ejemplo aquella persona que pierde el oído y no puede escuchar la música de su preferencia, o asistir a un concierto, e incluso dejar de practicar el deporte que más le agrada como por ejemplo la caza, es en suma la relación que la persona tenía con la vida frente a su existencia ya no será más.

De otra parte y una vez enunciados los perjuicios frente a los cuales tradicionalmente el daño se ha ocupado, tenemos que la pérdida de oportunidad, cuya definición y ubicación es de complejo abordaje de cara a las tipologías de los perjuicios enunciados. La razón radica en que como se

anticipó al estudiar los requisitos del daño la pérdida o el hecho de dejar de aumentar el activo de una persona sea cierto, tal como ocurre en el lucro cesante o el daño emergente, incluso el dolor que sufrió la persona debe estar acreditado para que la reparación por el perjuicio moral se abra paso, asimismo la pérdida de las funciones que hacen que la vida sea agradable deben demostrarse, en suma el común denominador de estos tipos de perjuicios está en la certeza. Por el contrario la pérdida de oportunidad se sitúa entre la probabilidad de aminoración del activo de una persona bien sea porque incurre en gastos que pudo evitar o por que dejó de incrementar su activo, al respecto, ha dicho la jurisprudencia: “La pérdida de oportunidad o pérdida del chance alude a todos aquellos eventos en los cuales una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro sujeto, acontecer o conducta que genera por consiguiente la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido, o no, pero que al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial”.

En los capítulos subsiguientes se precisará no solo la caracterización de la pérdida de oportunidad sino su ubicación efectiva dentro de los componentes estructuradores de la responsabilidad.

2.4.1. DAÑO PATRIMONIAL

2.4.1.1. DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE

Los aspectos del daño.

El daño no golpea en una sola dirección, causando un solo tipo de consecuencias económicas, sino que, por regla general, hace estallar la situación en diversos fragmentos económicamente dañinos: aquél que es atropellado por un

vehículo puede necesitar pagar sus gastos de hospitalización, pero además tiene que comprar remedios, requiere pagar la ambulancia que lo lleve hasta el hospital desde el lugar del accidente, puede necesitar tratamiento psiquiátrico, quizá va a tener que someterse a una costosa rehabilitación por varios meses, paralelamente pierde un negocio importante debido a su hospitalización y además no se encuentra en aptitud de trabajar para mantener a su familia durante un largo tiempo, etc.

Es, entonces, importante intentar una categorización de los diferentes tipos de daños en razón de las correspondientes formas de indemnización, a fin de poner un poco de orden en este caleidoscopio trágico.

De primera intención encontramos fundamentalmente dos grandes categorías de daños económicos, que parecen estar en condiciones de comprender la multiplicidad de situaciones que se presentan en la práctica: el daño emergente y el lucro cesante.

Damnum emergens.

La indemnización del daño emergente es la que pretende restituir la pérdida sufrida.

PAULUS define el daño emergente como quantum mihi abest es decir, el monto que para mí ya no es, lo que para mí deja de tener existencia. El daño emergente es siempre un empobrecimiento. Esta pérdida puede presentarse como consecuencia directa y súbita del daño: el costo de la intervención quirúrgica, hospitalización y medicamentos para curar la pierna rota; la factura por la reparación del automóvil abollado, etc. Pero a continuación de tales

pérdidas inmediatas. encontramos otras que sólo se manifestarán posteriormente; algunas de ellas las podemos prever desde ahora (el costo de los ejercicios de rehabilitación de la pierna lesionada, aun varios meses después de que el caso se encuentre judicialmente resuelto) y otras quizá ni siquiera la sospechamos al momento del accidente, tampoco al tiempo de demandar y quizá ni aun al momento en que el juez expida sentencia (caso de la aparición posterior de una complicación médica inesperada, pero cuya vinculación con el accidente puede ser demostrada). Sin embargo, todos estos daños entran dentro de la categoría del daño emergente: su emergencia se produce en distintas épocas, pero siempre como consecuencia del acto dañino primitivo y siempre se expresan en una pérdida de lo que la víctima ya tenía. Por consiguiente, el daño emergente comprende tantos daños inmediatos como daños futuros.

La jurisprudencia peruana no ha tenido usualmente dudas en cuanto a la reparación del daño emergente. En los casos de daños corporales, ha considerado como daño emergente a los gastos de curación y tratamiento, incluyendo los que se requieran en el futuro, como es el caso de la renovación de aparatos de prótesis a que antes hemos hecho referencia. En los casos de daños a propiedades, ha considerado como daño emergente la reparación de los desperfectos; por ejemplo, el levantamiento de una pared medianera que se derrumbó debido a que el vecino procedió a demoler su propiedad en épocas de lluvias y sin tomar las debidas precauciones 49% los gastos de reparación del vehículo chocado. Es interesante señalar que in Re don Eduardo Fuller con don

Carlos Cornejo, la Corte Suprema en los Considerandos de su resolución de 18 de agosto de 1975 manifestó que la depreciación o menor valor del vehículo resultante del choque aunque éste fuera reparado (y la sentencia establecía precisamente la reparación como elemento independiente a considerar), constituye también un daño emergente resarcible.

Lucrum cessans.

La segunda gran categoría de indemnizaciones está constituida por el lucro cesante, que ha sido expresamente mencionado en el artículo 1985, respetándose en este punto la innovación de redacción introducida por el Proyecto de la Comisión Reformadora. El concepto de lucro cesante comprende aquello que ha sido o será dejado ganar a causa del acto dañino. La frase antes citada de PAULI se completa con la idea del lucro cesante: quantum mihi abest quatumque lucrari potui. Esta última parte nos dice que es también daño aquello que hubiera podido ganar (y que no lo gane debido al daño). Por consiguiente, mientras en el daño emergente hay empobrecimiento en el lucro cesante hay un impedimento a que me enriquezca legítimamente. Por otra parte, como dice Adriano de CUPIS, el daño emergente afecta un bien o un interés actual, que ya corresponde a la persona en el instante del daño; en cambio, el lucro cesante afecta un bien o un interés que todavía no es de la persona al momento del daño.

Sin embargo, debemos reiterar que esto no significa que el daño emergente sea presente, mientras que el lucro cesante es futuro. La fecha para considerar el pasado,

presente y futuro en este caso es la de la sentencia. Desde esta perspectiva tanto el daño emergente como el lucro cesante pueden ser pasados, presentes o futuros. El lucro cesante es siempre futuro con respecto al momento del daño. Pero entre esa fecha y la sentencia puede haberse producido un lucro cesante que ya será considerado como pasado y además cabe la posibilidad de que las consecuencias del daño sigan afectando en adelante la posibilidad de ganancias futuras.

A este respecto, es preciso insistir en la condición esencial -también para el lucro cesante- de que el daño debe ser cierto: no son reparables las ganancias hipotéticas sino aquéllas que se producirán con toda certidumbre, que inevitablemente se dejarán de percibir como consecuencia del acto dañino.

Sin embargo, en materia de lucro cesante puede ser muy difícil distinguir a veces entre una mera esperanza de ganancia y un daño cierto por dejar de percibir una ganancia futura imaginemos el daño causado a unos cultivos. No cabe duda de que no solamente debe indemnizarse el valor presente de los cultivos (daño emergente) sino también la expectativa habitual de margen de ganancia (no el ingreso bruto) que esa cosecha habría producido (lucro cesante). Pero, ¿debe considerarse también como lucro cesante el hecho de con posterioridad al daño, el precio de los frutos a cosecharse tuvo una alza extraordinaria en el mercado? Esa alza no era previsible, pero no cabe duda que la falta de ganancia de esa diferencia extraordinaria es también consecuencia del daño. Estos casos difíciles son muy numerosos y admiten

soluciones diversas. Por ejemplo, la jurisprudencia argentina ha decidido que, cuando la circunstancia de un accidente automovilístico impide a un vendedor de terrenos entrevistarse con posibles compradores de los lotes, podemos considerar que aún no hay una ganancia cierta en perspectiva; porque tales personas no eran todavía compradores sino interesados. Pero si, precisamente antes de la temporada, se produce un daño a un inmueble de verano que frustra el alquiler de esa casa, los jueces argentinos han considerado que procede una indemnización equivalente a cuatro meses de alquiler aun cuando todavía no habla inquilino en perspectiva, porque era normal que la casa se hubiera alquilado dentro del curso ordinario de la vida y de las cosa"¹⁹.

Por otra parte, la indemnización del lucro cesante presume que el curso de la vida y de las cosas del demandante habría sido normal, de no mediar el hecho dañino; pero ello no es tan obvio. Por ejemplo, cuando se indemniza al hijo menor cuyo padre fue muerto al ser mordido fatalmente por el perro del vecino, se toma en cuenta que ese padre era la fuente de sustento de tal hijo hasta su mayoría de edad. Sin embargo, bien podría haber sucedido que, por razones absolutamente naturales, el padre no hubiera vivido todo ese lapso. Quizá, si no hubiera sido mordido por el perro, habría muerto esa misma tarde de un infarto impredecible; por lo que el hijo no habría conservado su fuente de sustento hasta los 18 años sino solo por algunas horas más. Evidentemente, las distinciones en esta materia se hacen

¹⁹ **CAZEAUX**, Pedro Néstor(1981): Daño actual. Daño futuro. Daño eventual o hipotético. Pérdida de chance. En Temas de Responsabilidad Civil. en honor al Dr. Augusto M. Morello. Librería Editora Platense, La Plata, p. 21.

extremadamente sutiles y el terreno está sembrado de conjeturas, por lo que el juez debe ser particularmente prudente al considerar el lucro cesante y atenerse a las circunstancias normales y previsibles, para bien o para mal.

Debe destacarse también que el lucro cesante se convierte en daño emergente cuando hay remedio a la situación de manera que la ganancia no se pierda, aunque ese remedio sea costoso. Por ejemplo, si una persona que dedica su automóvil al servicio público independiente es chocado y tiene que paralizar el vehículo durante los días que demore la compostura, estamos aparentemente ante un lucro cesante: ese taxista dejará de percibir sus ingresos habituales en esos días. Sin embargo, si le es posible alquilar un automóvil mientras tanto y seguir realizando sus actividades, el lucro cesante no es procedente: todo lo que le corresponde como indemnización por los días de paro del automóvil es el importe del alquiler del otro auto, lo que constituye un daño emergente”²⁰. Notemos que este razonamiento es válido aun cuando no alquile otro auto, pudiendo hacerlo: el lucro cesante ha desaparecido con la mera posibilidad (efectiva) de realizar la ganancia de otra manera. En realidad, si la víctima no adopta las medidas necesarias para reducir el daño (sea daño emergente o lucro cesante), pudiendo hacerlo, está introduciendo una nueva causa del resultado dañino: el daño se habrá producido porque al acto del causante concurrió la omisión de la víctima, lo que también es una forma de actuar.

²⁰ **DE CUPIS**, Adriano (1975): El daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil. 2a. ed. italiana. Bosch. Barcelona. No. 38. p. 314.

Adriano de CUPIS indica además que la ganancia esperada tiene que ser legítima: no se puede pretender lucro cesante por actividades ilegales.

El principio es perfectamente sólido. Sin embargo, no debe confundirse moralidad con legalidad. El ejemplo que señala el propio de CUPIS para explicar este tema ha sido recientemente tratado de una manera diferente por los Tribunales suizos. Dice de CUPIS que "la meretriz que ha sufrido una lesión física no puede pretender que sea resarcida por la falta de ganancias en su profesión ya que estas ganancias jurídicamente no le pertenecerían, dado que la relación de prostitución va en contra de las buenas costumbres"²¹. Sin embargo, hace algunos meses los diarios nos traían la noticia de una prostituta en Suiza que había sufrido un daño de esa naturaleza y que ganó una indemnización por lucro cesante aduciendo que su trabajo no podía considerarse ilícito ni su ganancia antijurídica desde el momento en que la prostitución era legal: la meretriz-víctima tenía autorización oficial de la sanidad pública y de las autoridades policiales y, por último pagaba impuestos sobre sus ganancias, conforme demostró con su declaración jurada.

En realidad, si la prostitución se encuentra proscrita en un determinado país y, consecuentemente, es ilegal, no cabe duda que la damnificada en estas actividades, ejercidas clandestinamente, no puede aspirar a una indemnización. Pero si la actividad considerada como inmoral no se encuentra prohibida sino que, por el contrario, está sujeta a autorizaciones y se ejerce libremente dentro de ciertas

²¹ DE CUPIS, Adriano: Op. cit.. No. 38, p. 3 16.

condiciones, no parece haber razón válida para que la indemnización no sea procedente: moral y derecho son disciplinas profundamente relacionadas pero no idénticas.

En Francia se presentó una discusión sobre este tema con motivo de una decisión de la Corte de París de 20 de junio de 1960 que concedió indemnización a una "strip-teasera" porque el cirujano que le había practicado una operación estética, le dejó una cicatriz -no precisamente en el rostro que le impedía seguir desempeñando su actividad. Es verdad que este caso podría ser considerado como una responsabilidad contractual -el punto es discutible conforme veremos después²² pero lo que interesa es saber es si una indemnización (contractual o extracontractual) era procedente, atendiendo a la actividad a la que se dedicaba la señorita. Algunos autores, como el propio André TUNC, comentaron desfavorablemente esta sentencia: Y Boris STARCK acota que aparentemente la Corte concibió la indemnización más bien como una sanción al médico negligente antes que como una reparación a la "strip-teasera"²³. Sin embargo, dado que el "strip-tease" es una actividad legal, no vemos las razones que hubiera podido aducir la Corte para denegar la indemnización.

²² En la 6ta edición del *Traité de MAZEAUD y TUNC*, este último discrepa en una nota de pie de página respecto de la opinión de Henri y León MAZEAUD, quienes sostienen que la concubina no tiene derecho a indemnización por los daños sufridos por el concubino debido a que su situación es inmoral. André TUNC objeta esta calificación y sostiene que el verdadero concubinato es casi un matrimonio. Pero a continuación declara que no vacilaría en aplicar la regla *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* contra una prostituta o contra una actriz de striptease a f~ que un accidente hubiera impedido de continuar con su industria. Vid. Henri y Ledn MAZEAUD y Andrt TUNC: *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Delictuelle et Constructuelle*. 6ta. ed. T. 1. Editions Montchrestein. París, 1965, N° 279, nota in fine, p. 379.

²³ Boris STARCK, Henri ROLAND y Laurent BOYER (1985): *Droit Civil. Obligations. I. Responsabilité dellectuelle*, 2a. ed. Librairies Techniques. Pds, No. 109. pp. 61-62.

En el Perú hay quien podría sostener que una sentencia de ese tipo no sería jurídicamente procedente porque, de conformidad con el Artículo V del Título Preliminar del Código Civil, son nulos actos contrarios a las buenas costumbres: y la prostitución o el "strip-tease" no son precisamente buenas costumbres y consiguientemente no pueden ser amparados judicialmente. Sin embargo, la artificiosidad de este razonamiento es evidente. No sólo presenta problemas lógicos sino que además implica una utilización extensiva del concepto de "malas costumbres". Parece claro que esta distinción entre buenas y malas costumbres -que difícilmente puede ser precisa, porque la moral no presenta juicios tajantes- sólo es aplicable a aquella costumbre que no han sido tratadas por la ley. Si una norma legal ha proscrito una determinada costumbre, no cabe duda de que es mala y esto no admite discusión. Aún más, como señala Marcial RUBIO²⁴, en esta hipótesis, si se produjera un acto jurídico violatorio de tal norma, ya no sería propiamente un acto contra las buenas costumbres sino contra el orden público. Ahora bien, si contrariamente una norma jurídica reconoce la legalidad de una conducta -lo que no supone necesariamente que se le otorgue incentivos tributarios o de otro tipo sino simplemente que la someta a cierta reglamentación o que la subordine a un permiso-ya no podemos decir que esa conducta atenta contra las buenas costumbres. Agrega RUBIO: "Es obvio que esto no resulta necesariamente así desde una perspectiva social o filosófica, puesto que existen muchas normas legislativas injustas y criticables.."; pero "si una

²⁴ **RUBIO CORREA**, Marcial (1986) : Título Preliminar, Biblioteca «Para Leer el Código Civil*. Vol 111. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, p. 102.

norma legislativa recoge una costumbre, ésta será por definición buena para el Derecho. No cabe pues suponer que existen leyes que recogen costumbres 'malas' o 'neutras'.

Apreciación del *lucri cessantis*.

No cabe duda de que la apreciación del *quantum* del lucro cesante es muy subjetiva y existe gran prudencia y criterios claros y coherentes por parte de los jueces.

La situación más simple se presenta cuando el daño origina la pérdida de una renta efectiva. En tal caso, el monto de la indemnización por lucro resulta sencillamente de multiplicar el importe de tal renta por el número de períodos (días, semanas, meses, etc) en que la renta no será percibida. Don Edgard Vizcarra Rosas y doña Livia Pacheco de Vizcarra demandaron la firma A. y F. Wiese S. A. por los daños causados en su propiedad ubicada en la ciudad del Cuzco, con motivo de la demolición del inmueble de propiedad de la demandada, colindante con el de hechos, lo que produjo la caída de la pared medianera. Los demandantes acreditaron que obtenían renta de alquiler de parte del inmueble, pero que habían tenido que desocupar a los inquilinos debido a los derrumbes. En consecuencia, solicitaron, entre otras cosas, una reparación del lucro cesante por la merced conductiva que dejarían de percibir. El juez de Primera Instancia valorizó esta renta frustrada en S/. 1,800 y ordenó en la sentencia que la demandada pagara esa cantidad por mes transcurrido desde que se ocasionó el daño hasta que este fuera reparado. Sin embargo, es de señalar que la Corte Superior del Cuzco resumió ese lucro cesante de manera arbitraria -es decir,

sin fundamentar su decisión ni explicar su razonamiento-en la suma global de S/. 10,000. El Fiscal FEBRES denuncia esta globalización por considerar que " debe existir proporcionalidad entre el monto de la indemnización y el tiempo de duración del perjuicio". Pero la Corte Suprema respaldó el criterio de la Corte Superior por resolución de 14 de setiembre de 1960²⁵.

Aparentemente, a pesar de las resoluciones inexplicables de ambas Cortes, se trataba de un caso en el que la indemnización por lucro cesante puede ser establecido con referentes más objetivos, puesto que existía un contrato de alquiler con un monto preciso de merced conductiva. Sin embargo, debe advertirse que el lucro cesante no es el ingreso bruto dejado de percibir sino la ganancia frustrada; y si bien el daño impide que se produzca el ingreso, también es verdad que en muchos casos -no siempre, por lo que cada caso debe ser estudiado en particular- esto conlleva igualmente que ciertos gastos no se tengan que realizar. Por tanto, el lucro cesante será el ingreso bruto frustrado menos los gastos que no ha sido necesario realizar.

Don José Calero Paz demanda al Estado porque la policía no ha sido capaz de controlar al pueblo de Iquitos en los actos vandálicos que finalizan con el incendio de tres cinemas de su propiedad en la ciudad de Iquitos²⁶. Todas las instancias le acuerdan tanto indemnización por daño emergente como también indemnización por lucro cesante por haber tenido que cerrar los cinemas durante seis meses. Sin embargo, la Corte Suprema, en resolución de 4

²⁵ Revista de Jurisprudencia Peruana. año de 1961. N° 209, pp. 895-898.

²⁶ Esta Ejecutoria ha sido examinada más adelante desde el punto de vista de la responsabilidad del Estado, infra. N° 507.

de enero de 1960, aclara con buen criterio que no puede tomarse como lucro cesante "el ingreso bruto mensual de los tres locales durante ... el tiempo de seis meses en que dejaron de funcionar los cinemas", sino que es preciso "deducir los gastos de explotación del negocio".

En otros casos, el bien dañado no producía una renta para el propietario. Pero la imposibilidad de usarlo obliga a un egreso de ese propietario para reemplazarlo. La situación es limítrofe entre el daño emergente y el lucro cesante. Puede entenderse que la suma que necesita gastar para suplir el bien que le falta a causa del daño es una pérdida o daño emergente. Pero también puede considerarse que la renta o lucro cesante de ese bien está determinado por la ventaja económica que le significa la posesión y utilización del mismo, que se cuantifica por la suma que debe abonar cuando el bien le falta; por tanto, al dejar de ganar esa ventaja económica que le significaba la posesión del bien, ésta se convierte en un lucro cesante. La discusión sobre la naturaleza de este daño es puramente teórica porque en ambos casos ese importe es resarcible.

El automóvil del Oficial de Aviación Rolando Gilardi fue destrozado por el ómnibus de propiedad de la Empresa Perú S. A. El demandante acreditó en autos que, en razón de su trabajo, la inutilización de su automóvil lo había obligado a utilizar carros de alquiler. El Fiscal CALLE estuvo de acuerdo en que esto le sea reembolsado y la Corte suprema, por resolución de 9 de mayo dc 1947, ordenó que la indemnización, que se valorizaría por peritos, tome en cuenta los perjuicios provenientes de la inutilización temporal del automóvil. Una situación similar se presenta en

el juicio antes citado en este acápite, que siguieron don Edgar Vizcarra y doña Livia Pacheco de Vizcarra contra A. y F. Wiese S. A. Los demandantes no sólo acreditaron que la parte de su casa que se derrumbó estaba alquilada a terceros sino que además en otra parte de ella vivía la pareja y otra parte más constituía el Estudio de Abogados del demandante quien, según declara el Fiscal FEBRES, había tenido que arrendar tanto una casa como una oficina para reemplazar las habitaciones que tuvo que abandonar hasta que la pared fuera reparada. Sin embargo, la Corte Suprema en su resolución de 14 de setiembre de 1960 no hace ningún análisis sobre estas pretensiones; aun cuando, al fijar una indemnización global, parece acogerlas.

Más difíciles son los casos en los que no hay una renta manifiesta ni una necesidad manifiesta de un gasto para reemplazar lo perdido con el daño. En esta hipótesis, la discrecionalidad del juez para apreciar el monto del lucro cesante es mucho mayor. Veremos algunos de los casos en que se presenta esta situación.

Doña Rosa Zapata Guzmán demanda a don José F. Botto para que le pague una indemnización, que incluya el lucro cesante, por los daños sufridos a causa de la negligencia del demandado. El señor Botto es propietario de la Empresa Lima Park que instala parque de diversiones. La señorita Zapata ingresó al espectáculo denominado "La Casa de los Locos". Al finalizar el paseo en el pequeño tren por el trayecto establecido para esta atracción, la demandante se levantó de su asiento y salió del coche. Para ello se apoyó en una baranda que existía en el lugar con ese objeto. Sin embargo, debido a una impericia del operador, el pequeño

tren se puso en marcha de improviso y la demandante sufrió una fractura del antebrazo derecho. De acuerdo a lo expresado por el Fiscal GARCIA ARRESE, uno de los elementos que se tomó en cuenta para establecer la indemnización fue el hecho de que la señorita Zapata era taquígrafa-mecanógrafa; y que la herida sufrida en el brazo derecho le imposibilitaría ejercer su profesión por algún tiempo”²⁷.

Un caso del mismo orden es el protagonizado por don Sidney Summers, quien demandó a la Compañía de Omnibus Olaya S. A. por el hecho de que un vehículo de esa empresa chocó su automóvil en el jirón Arias Aragüez. El accidente fue muy grave porque el impacto lanzó al automóvil del señor Summers contra un poste de alumbrado público, en el que se incrustó. El señor Summers fue arrojado de su automóvil, sufriendo la fractura del fémur izquierdo a la altura de la cadera, así como de dos huesos del antebrazo. Esto lo obligó a permanecer inmovilizado y enyesado por un lapso de dos meses, desatendiendo su Estudio de Abogado durante tres meses. El Fiscal GARCIA ARRESE consideró que era procedente indemnizar "el tiempo de inhabilitación sufrido por el profesional para atender a su actividad habitual por espacio de meses"; opinión que acogió la Corte Suprema por resolución de 15 de mayo de 1957.

En los casos mencionados, el Juez ha establecido prudencialmente una indemnización general por lucro cesante. Otras veces, el Juez ha recurrido a la fijación de

²⁷ La responsabilidad extracontractual (Sétima edición, septiembre de 2001). Tomo II. (Biblioteca Para leer el Código Civil, Vol. IV pag.44

una suma mensual relativamente arbitraria, aunque cuando menos referida a un lapso determinado. En el juicio seguido por don Javier Mariátegui Campos contra don Julio Poppe Yesup por haber sido atropellado por éste último en la Avenida Sáenz Peña del Callao, la sentencia de Primera Instancia - que hace suya en este punto la Corte Suprema por resolución de 27 de junio de 1955²⁸- otorga una indemnización de S/. 32,000 "a razón de S/. 1,000 al mes en que el actor ha estado inhabilitado para dedicarse a sus labores habituales".

La globalización de la indemnización.

Es importante hacer presente que los tribunales han utilizado con frecuencia el recurso de no distinguir incluso entre el daño emergente y el lucro cesante, aunque tal práctica sea muy discutible desde el punto de vista teórico.

Un gran número de las Ejecutorias que hemos citado, si bien hacen referencia al lucro cesante en la sentencia de Primera Instancia o en el dictamen fiscal, no discriminan la indemnización en el fallo definitivo: se limitan a establecer una cifra global que comprende todos los conceptos materia de la indemnización.

Además de los casos reseñados, baste señalar el de doña Dora Mercedes Rodríguez que demanda a don Alberto Revilla por un accidente de tránsito y le exige lucro cesante. El Fiscal SOTELO opina que hay que tener en cuenta "la grave invalidez permanente de ésta (la demandante) y como consecuencia la merma de sus actividades y

²⁸ La Responsabilidad Extracontractual (Sétima edición, septiembre de 2001). Tomo II. (Biblioteca Para leer el Código Civil, Vol. IV pag.45

consiguiente reducción de los ingresos económicos que ellas le procuraban para hacer frente a su vida". La Corte Suprema, en su resolución de 28 de octubre de 1949, rebaja ligeramente la indemnización establecida en la sentencia, pero no proporciona ningún fundamento ni opinión sobre la forma como se distribuye la indemnización entre los diferentes tipos de daños demandados.

2.4.1.2. RESARCIMIENTO DEL DAÑO PATRIMONIAL

Así pues, en sede nacional Gastón Fernández ha señalado que la patrimonialidad del objeto "(...) no corresponde al daño en sí considerado, sino a las consecuencias de la lesión, por lo que el carácter patrimonial del daño deriva o de la verificación contable de un saldo negativo en el «estado patrimonial de la víctima; sino de la idoneidad del hecho lesivo, según la valuación social típica, a determinar en concreto una disminución de los valores y de las utilidades económicas de las cuales el damnificado puede disponer»²⁹.

Entendido esto, podemos señalar que en doctrina señalan generalmente como formas de resarcimiento al dinerario o por equivalente, y al resarcimiento en especie o in natura. El primero se refiere a que el resarcimiento se efectuará en su equivalente monetario, el cual se entiende mejor a través de una función compensatoria, lo cual que es congruente con una economía de mercado en la cual el dinero es factor de medida de los bienes y prestaciones³⁰.

²⁹ **FERNÁNDEZ CRUZ**, Gastón. Los supuestos dogmáticos de la responsabilidad contractual: la división de sistemas y la previsibilidad, op.cit., pp. 266.

³⁰ **SALVI**, Cesare. Voce: "Risarcimento del danno", op.cit., pp.1085.

Dicha compensación implica un traslado del costo de la víctima al responsable, lo cual deriva en una redistribución del mismo, es decir, también se “(...) se realiza la función de redistribución de los costos económicos que es cumplida por el juicio de responsabilidad frente a los daños patrimoniales. Como base de la regulación de tal remedio se encuentra el principio según el cual la víctima tiene derecho a una suma en dinero correspondiente a la entidad del daño que ha padecido, sea como disminución del patrimonio (daño emergente), sea como ganancia no realizada (lucro cesante)³¹.

Ahora bien, respecto al resarcimiento en forma específica o in natura, debemos señalar que el ordenamiento permite que el resarcimiento no sólo se realice por su equivalente en dinero, sino que puede realizarse mediante la entrega de una cosa, la realización de una actividad, u otro medio que permita reparar de alguna manera el daño ocasionado a la víctima.

2.4.2. DAÑO EXTRAPATRIMONIAL

En principio, el daño moral stricto sensu es aquel que no tiene ningún contenido patrimonial. Cuando el daño moral puede ser expresado en términos económicos (el costo de la cirugía plástica que restablecerá el bello rostro herido de una mujer, la pensión o renta para una pareja de ancianos que han perdido en un accidente al hijo que cuidaba de su sustento), deja de ser daño moral para convertirse ya sea en daño material emergente, ya sea

³¹ **SALVI**, Cesare (2001). “El daño”. En LEÓN HILARIO, Leysser (traductor y editor). Estudios sobre la responsabilidad civil. Lima: ARA editores, pp. 305.

en lucro cesante. Por consiguiente, es preciso distinguir muy claramente entre el daño material o patrimonial y el daño moral o extrapatrimonial.

Lo dicho no es obstáculo, evidentemente, para que un mismo hecho dañino genere daños tanto patrimoniales como extrapatrimoniales: la desfiguración del rostro de una conocida artista implica daños patrimoniales conformados por los gastos de curación (daño emergente) y la frustración de las expectativas económicas de su carrera de artista que no podrá continuar (lucro cesante): pero también implica daños extrapatrimoniales, tales como el dolor físico y moral sufrido, la frustración de su vocación de artista, etc.

Ahora bien, lo extrapatrimonial, por definición, no puede medirse en dinero ni consecuentemente repararse con dinero. Es posible obligar al causante a que pague el costo de la operación, de los remedios y de la rehabilitación de la persona a la que le quebró una pierna en un accidente de automóvil. Pero cómo puede medirse cuánto vale en dinero el puro dolor que sintió el atropellado, el sentimiento de terror y de impotencia que tuvo al verse arrojado intempestivamente por tierra, la aprehensión de la intervención quirúrgica? Y aun si asignáramos un valor arbitrario al sentimiento, acaso la víctima sentimental "volverá al estado original" -que es la función de la reparación- por el hecho de recibir una suma de dinero?.

2.4.2.1. DAÑO MORAL

Sin embargo, el resarcimiento del daño moral no parece ser un dogma de la ciencia jurídica. El tema admite diversos enfoques desde perspectivas muy diferentes: la noción de daño moral es bastante discutida entre los juristas y no todo el mundo está de acuerdo sobre ella ni de la misma manera.

En el fondo, el pago de una suma de dinero por el daño moral no es sino una reminiscencia de la vieja idea de la venganza: aun cuando este tipo de daño por su naturaleza misma no es reparable económicamente, hay quienes creen que no es posible que quien ha causado un

sufrimiento moral a otro no reciba algún castigo, que no sea cuando menos obligado a pagar algo por ello.

En consecuencia, la indemnización del daño moral se asemeja más - consciente o inconscientemente- a una multa privada que a una reparación de perjuicio.

EL DAÑO MORAL EN EL DERECHO ROMANO.

En este aspecto, como en muchos otros, el Derecho Romano nos suministra un análisis invaluable que permite aclarar nuestros propios puntos de vista modernos.

Esto no significa que el Derecho romano sea el "verdadero Derecho" subyacente bajo el Derecho moderno, al cual hay que acudir como quien viene a beber en la fuente virginal aquellas aguas que han sido contaminadas río abajo por los bárbaros y los inciviles. El Derecho romano no es la esencia platónica del derecho y no podemos encontrar en él la respuesta fundamental a todas nuestras inquietudes. Pero es el resultado de la reflexión de hombres inteligentes, con una profunda mentalidad jurídica, que sin desprenderse nunca de la realidad de las cosas (la jurisprudencia, dice Ulpianus, es la ciencia de lo justo y de lo injusto basada en la *renum notitia*, en el conocimiento de las cosas), sin caer en la tentación moderna de construir un paraíso conceptual de juristas³² fundado en una lógica formal, donde se progresa mecánicamente de un concepto a otro "" sin contacto con la realidad, desarrollaron un método y un estilo de análisis que aún nos puede servir como vía magna para recorrer los problemas de nuestro tiempo.

³² H. L. A, HART (1961) : The concept of Law. At. Clarendon Press. Oxford, p. 127.

¿Y que nos dicen los juristas romanos? Ciertamente, no cayeron en las trampas conceptuales contenidas en las ideas abstractas de "daño" y de "indemnización", que llevan a incorporar dentro de ellas tanto los efectos patrimoniales como extrapatrimoniales de la conducta del causante. Fieles a su espíritu concreto, agudos observadores de la realidad, comprendieron que la palabra daño -en su sentido jurídico de "daño reparable"- sólo puede ser patrimonial: es un requisito esencial del daño que implique una lesión patrimonial.

La lex Aquilia concibe el daño como algo muy concreto, que se produce corpore corpori (por un cuerpo a un cuerpo)³³. Un daño meramente espiritual era impensable (en tanto que resarcible por el Derecho).

Como explica Pietro BONFANTE para los romanos, "el daño que no tiene valor económico, el así daño moral, no es tomado en cuenta (como daño reparable)"³⁴.

Esto no significa que, en el Derecho romano el actualmente daño moral fuera ignorado. Este tipo de lesión recibía una "satisfacción", pero no era incorporado a la idea de daño resarcible³⁵. Los juristas romanos, atentos a la realidad de las cosas, advirtieron que el objeto de esta "satisfacción" no era una reparación del daño sino una venganza. Por eso, le otorgaron acciones independientes, la principal de las cuales era la actio iniuriarum que comprendía tanto las lesiones físicas como las morales, desde una perspectiva

³³ **ARANGIO-RUIZ**, Vincenzo (1958): Responsabilita Contrattuale in Diritto Romano. Casa Editore Dott. Eugenio Jovene. Napoles, p. 229.

³⁴ **BONFANTE**, Pietro (1979): Corso di Diritto Romano. Vol IV. Le obbligazioni (dalle lezioni). Don. A. Giuffre Editorc. Milano, p. 415.

no patrimonial. El origen de estas acciones diferentes se remonta a las XII Tablas y estaba basado en una aplicación del talión que pronto se redujo de una pena aflictiva a una pena pecuniaria. En realidad, la lesión extrapatrimonial estaba considerada más bien desde la perspectiva del delito; y la "satisfacción" pecuniaria era antes una pena privada que una reparación. Algunos juristas contemporáneos han comprendido perfectamente el enfoque romano y distinguen entre el carácter de "reparación" que tiene la indemnización frente al daño material y el carácter de "satisfacción que tiene frente al daño moral". Pero precisamente esta distinción ilumina la verdadera naturaleza vengativa de la indemnización por daño moral: no es una reparación sino una satisfacción del deseo de que al agresor le pase también algo, que sufra cuando menos en su patrimonio.

2.4.2.2. DAÑO A LA PERSONA

Un nuevo tipo de daño.

Ninguno de los textos legales vigentes en el Perú habían hablado hasta la fecha de un "daño a la persona". Sin embargo, el artículo 1985 se refiere expresamente a este daño e incluso lo coloca antes del daño moral. Pensamos que este agregado era innecesario. En efecto, para nosotros, el daño a la persona no es sino una sub-especie del daño moral, como veremos a continuación. En consecuencia, bastaba la mención al daño moral en la regla comentada.

Naturaleza del daño a la persona.

El daño a la persona es una novedad del Código peruano de 1984, promovida por el doctor Carlos FERNANDEZ SESSAREGO.

Según este jurista, la distinción clásica entre el daño patrimonial y el daño no patrimonial admitiría una subdivisión: el daño extrapatrimonial estaría conformado por el daño moral y por el daño a la persona. Este último sería "el que lesiona a la persona en si misma, estimada como un valor espiritual, psicológico, inmaterial" En cambio, el daño moral habría quedado reducido al "dolor de afección, pena, sufrimiento"³⁶.

Desde la prescripción del contenido de llamado daño a la persona y del esfuerzo de distinción con el daño moral que ella conlleva, advertimos las dificultades teóricas y prácticas de esta tesis. Analicemos las diferentes dimensiones que definen el daño a la persona. Veamos en primer lugar las lesiones psicológicas a la persona. Si se produce una "perturbación o alteración de su equilibrio psíquico" de magnitud -es decir, que justifica un tratamiento psiquiátrico- no cabe duda de que los gastos de curación y los días o meses de inhabilitación constituyen un daño patrimonial: tal daño psicológico es una lesión económicamente similar a la física y, consecuentemente, da lugar a daño emergente y lucro cesante.

Las cosas son diferentes cuando hablamos de perturbaciones o alteraciones del equilibrio psíquico que no

³⁶ **FERNANDEZ SESSAREGO**, Carlos (1985): "Exposición y Comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano. Derecho de las personas", en Código Civil, Vol. N. Comisión encargada del estudio y In Revisión de código Civil. Compiladora: Delia Revoredo de Debakey. Lima, p. 88.

llegan a crear una patología. Entonces estamos antes las emociones fuertes de la vida: una gran pena, un gran dolor, un sufrimiento, una frustración. Sin embargo, todo ello parece pertenecer a la categoría de los daños morales, conforme antes ha sido definida por el mismo jurista. Esto significa que, habiendo deslindado los aspectos económicos que encierran muchos de los daños más íntimos, lo que nos queda fundamentalmente es aquello que la doctrina usualmente ha conocido por "daño moral": éste es el contexto espiritual e inmaterial del daño.

También puede llamarse "daño a la persona" aquél que no está formado necesariamente por un dolor, sino que simplemente constituye una violación de los llamados derechos de la personalidad (o derechos de la persona, como ha preferido acertadamente llamarlos el doctor FERNANDEZ SESSAREGO en el Código de 1984, para acentuar su sentido concreto).

En realidad, muchas de estas violaciones producen daños patrimoniales: la privación ilegal de la libertad, la pérdida de la integridad física, la lesión al honor, la apropiación por persona ajena de los derechos de autor o inventor, etc. conllevan consecuencias económicas. Sin embargo, cabe también la posibilidad de considerar los daños que se derivan de ellas desde una perspectiva no patrimonial, conjuntamente o independientemente de la perspectiva patrimonial: la humillación de la prisión injusta, la frustración del proyecto de vida de quien ha sufrido una lesión física deformante, el sentimiento herido del honor, etc. Pero tales daños espirituales tampoco no son diferentes de lo que se ha conocido tradicionalmente como daño moral. Esta última

institución no está limitada únicamente a la *pecuniam doloris*, a la afección o al sufrimiento, sino que habitualmente tal expresión se extiende también en el sentido de los efectos no patrimoniales de la violación de los derechos de la personalidad.

Basta interrogar a los autores franceses (que fueron los creadores de la expresión "daño moral") para comprobar que se trata de una referencia amplia a todo daño no patrimonial. El Proyecto del Código Franco-italiano de las obligaciones ilustraba el daño moral en su artículo 85 con los siguientes ejemplos: "lesión corporal, daños que afectan al honor, a la reputación o a la de la familia, a la libertad personal, violación de domicilio o de un secreto, dolor sufrido por los padres, parientes o cónyuge, en caso de muerte de la víctima". LALOU y AZARD nos dicen clara y directamente que la distinción entre daño material y daño moral corresponde a esa gran división de derechos entre derechos patrimoniales (derechos reales y personales) y derechos extrapatrimoniales (derechos de la personalidad, derechos de la familia)³⁷. Las violaciones a los derechos de la personalidad son, pues, parte del dominio que era conocido como daño moral.

Entiéndase bien: no estamos discutiendo por un nombre. Lejos está de nuestra mente defender la expresión "daño moral". No cabe duda de que esta denominación no es feliz; y esto ya ha sido dicho cientos de veces. Podemos utilizar cualquier otra. Podríamos usar la expresión de "daño a la persona"; a pesar de que todo daño es, directa o

³⁷ Cit. p. Henri y León MAZEAUD Y André TUNC (1965): *Traite Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile delictuelle*. T. 1. 6a. ed. Editions Montchrestien. París.. No. 293. p. 394.

indirectamente, un daño a la persona (incluyendo los daños patrimoniales). Nosotros preferimos llamarlo daño extrapatrimonial (o no patrimonial, si se quiere), como puede apreciarse por la forma como hemos denominado el presente Capítulo. Pero, más allá de un pleito de etiquetas, lo que importa es si estamos ante uno o ante dos campos conceptuales: hay que preguntarse si el dolor y el sufrimiento tienen un tratamiento jurídico diferente de la frustración del proyecto de vida de una persona o del atentado contra su honor, o si, como lo parecen entender los juristas franceses, todo ello tiene un tratamiento similar y, por consiguiente, pertenece al mismo campo y debe merecer un mismo nombre genérico. Nosotros estamos dentro de esta última posición.

Por eso, no vemos la necesidad de crear una especie adicional bajo el nombre de "daño a la persona". En Derecho, las categorías son fundamentales 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). En consecuencia, aquí también es sabio adoptar el consejo del Venerabilis Inceptoris, cuando nos dice que non sunt entia multiplicanda praeter necessitatem.

2.4.2.3. RESARCIMIENTO DEL DAÑO EXTRAPATRIMONIAL

Al mencionar el tema de resarcimiento en términos genéricos partimos por la circunstancia que se causa un

daño a un interés que es pasible en sí de una valoración económica.

Sin embargo, dicha valoración económica no puede darse siempre, dado que habrá ciertas afectaciones dañinas a intereses que no tienen per sé valoración económica alguna, por tanto les es extraña la función de compensación. De esto se deriva, que cualquier tipo de resarcimiento de tipo económico que se realice sólo tendrá como efecto el enriquecimiento de la víctima a propósito del daño ocasionado. Así pues se señalan en doctrina remedios que puedan reparar el daño no patrimonial, como por ejemplo en los casos de la lesión al honor, si alguien difama vía un medio de comunicación masiva a un sujeto, este puede verse desagraviado mediante un retracto del dañante en el mismo medio. Así también, la publicidad de la sentencia es también un mecanismo de reparación del daño.

2.5. EL DAÑO COMO ELEMENTO ESTRUCTURADOR DE LA RESPONSABILIDAD

Podría decirse que, además de ser el primer elemento a revisar en el estudio de la responsabilidad, el daño se ha definido como una variación, un hecho modificador de una realidad preexistente que afecta a un sujeto de derecho tanto en su persona como en su patrimonio, como en sus sentimientos, abarcando las distintas esferas que integran el ser y que pueden verse afectadas por su acaecimiento, dando origen al deber reparador. En síntesis, ha expresado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que:

“Por todo ello cabe afirmar que dentro del concepto y la configuración de la responsabilidad civil, es el daño un elemento primordial y el único común a todas las circunstancias, cuya trascendencia fija el ordenamiento. De ahí que

no se dé responsabilidad sin daño demostrado, y que el punto de partida de toda consideración en la materia, tanto teórica como empírica, sea la enunciación, establecimiento y determinación de aquél, ante cuya falta resulta inoficiosa cualquiera acción indemnizatoria” Igualmente, el profesor Juan Carlos Henao afirma que “El daño es la causa de la reparación y la reparación es la finalidad última de la responsabilidad civil.

Estudiarlo en primer término es dar prevalencia a lo esencial en la figura de la responsabilidad”.

La doctrina calificada ha descrito el daño en diversas construcciones conceptuales que se considera pertinente denotar. El profesor Javier Tamayo Jaramillo, por ejemplo, define el daño como “el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial. Ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente de la víctima”.

Para **Adriano de Cupis** “daño no significa más que nocimiento o perjuicio, es decir, aminoración o alteración de una situación favorable”.

En resumidas cuentas, dependiendo de dónde se le mire, el daño es una lesión siempre al patrimonio (manejando en esta óptica la distinción entre daño material e inmaterial, ambos concebidos como daños al patrimonio) o una lesión ora al patrimonio o a otros atributos de la personalidad (distinguiéndose en este caso entre daños patrimoniales y extra patrimoniales).

Los requisitos de existencia del daño son básicamente los siguientes: Directo, personal, cierto y no haber sido reparado, que pasan a explicarse.

a) El daño debe ser Directo: Se refiere a la relación entablada entre el daño y su atribución jurídica o imputación. En consecuencia, la premisa que da cuenta de este requisito sostiene que el daño debe ser consecuencia directa de la acción u omisión del agente al cual pretende imputarse.

b) El daño debe ser Personal: Éste debe ser sufrido por el sujeto de derechos que reclama su reparación, de modo que, éste requisito define para efectos procesales la legitimación en la causa por activa a fin de exigir la indemnización respectiva. En términos de la doctrina dice al respecto Javier Tamayo Jaramillo: “(...) solo la víctima del daño, o sus herederos, tiene derecho a demandar la reparación”.

Sin embargo, conviene precisar que el elemento personal del daño no quiere decir que de manera privativa la persona que experimenta el daño pueda exigir la indemnización, puesto que los herederos tienen la atribución jurídica para reclamar su indemnización en caso que aquél haya fallecido. La responsabilidad comporta un derecho de crédito consistente en el derecho a la reparación. Una importante evolución sobre este requisito ha sido evidenciada en la jurisprudencia de la Sala Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, que es conveniente considerar.

La Corte Suprema de Justicia ha referido al carácter personal del daño, a propósito de los perjuicios ocasionados a personas distintas de la víctima por la muerte de ésta:

“Las personas que ya por vivir directamente del esfuerzo del muerto, ya por derivar utilidad cierta y directa de las actividades del fallecido, tienen derecho, la personería, la acción, para reclamar o pedir la indemnización de perjuicios, porque ellas directamente han sido perjudicadas”

No obstante, no se ha investido en tesis absoluta, por cuanto la regla aducida a partir de la lectura del Artículo 2341 del Código Civil, según la cual tiene derecho a indemnización permitió dimensionar en el alto tribunal que “todo aquel a quien el delito o la culpa haya inferido daño”.

En el año 1964 la Corte amplió el ámbito de protección a partir del concepto de interés jurídicamente protegido, al de beneficio lícito o interés legítimo: “La protección de la ley no ha de circunscribirse, sin faltar a la equidad, a los casos de lesión de derechos que las instituciones aseguran con acciones

judiciales (jurídicamente protegidos), sino que debe comprender también aquellos en que hay menoscabo de un interés legítimo, como es el del padre que recibe del hijo una pensión periódica para el mejoramiento de sus condiciones de vida, aunque no constituya una carga obligatoria; se trata de un caso en que el daño, si bien ajeno a la existencia de un vínculo de obligación alimentaria civil, afecta sin embargo los medios de vida de quien lo sufre, en forma que poco difiere de cómo afectaría a los del acreedor alimentario”.

Bajo otra óptica, pero en el mismo sentido, se refiere el profesor Juan Carlos Henao, al decir que “el daño es personal cuando quien demanda la reparación es la persona que lo sufrió, con independencia de que se encuentre o no de manera abstracta en una situación jurídicamente protegida, que se presume, salvo prueba de que el título que sustenta el derecho para obtener indemnización del daño es ilegal”.

c) El daño debe ser Cierto: El daño cierto es aquel que, siendo actual o futuro, se opone al eventual o hipotético. El profesor Peirano Facio ilustra esta característica y requisito de la siguiente manera: “Próximo al daño futuro, pero discernible de él en la mayoría de los casos, se encuentra el daño eventual. La diferencia fundamental entre estos dos tipos de daño se caracteriza suficientemente cuando se recuerda que el daño futuro no es sino una variedad del daño cierto, en tanto que el concepto de daño eventual se opone, precisamente y en forma radical, al concepto de certeza: daño eventual equivale, entonces, al daño que no es cierto; o sea, el daño meramente fundado en suposiciones o conjeturas”.

Conviene resaltar que el daño puede ser consolidado o no serlo. El primero corresponde a aquel efectivamente realizado, mientras que el segundo no se ha concretado al momento de la sentencia que reconoce la indemnización, pero se proyecta con certeza en el futuro, como acontecen lesiones corporales que precisan de por vida el consumo de medicamentos para mitigar los dolores.

En resumidas cuentas, la doctrina calificada ha denotado que:

“Para que el perjuicio se considere existente es indiferente que sea pasado o futuro, pues el problema será siempre el mismo: probar la certeza del perjuicio, bien sea demostrando que efectivamente ya se produjo, bien sea probando que, como lo enuncia una forma bastante utilizada en derecho colombiano, el perjuicio ‘aparezca como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual’. Pero debemos subrayar que no debe confundirse perjuicio futuro con perjuicio eventual e hipotético, puesto que aquél es indemnizable, siempre y cuando se demuestre oportunamente que se realizará”

d) El daño no debe haber sido reparado: Se trata de una condición habilitante para reclamar la indemnización correspondiente, puesto que si ya se recibió una indemnización, la demanda interpuesta no puede estar llamada a prosperar en la medida que doble indemnización equivale a un enriquecimiento sin causa.

Ha dicho la Corte Suprema de Justicia, que:

“Dentro de los principios universales o reglas generales de derecho figura el de que nadie puede enriquecerse a expensas de otro sin causa que lo justifique, principio este con antecedentes muy remotos, que la doctrina denomina "enriquecimiento sin causa", señalándole a la acción in rem verso, proveniente del mismo, como elementos constitutivos, los siguientes: a) Que exista un enriquecimiento; b) Que haya un empobrecimiento correlativo; c) Que el desplazamiento patrimonial carezca de causa que los justifique; d) Que el agraviado con el empobrecimiento no tenga otra acción a la cual pueda legalmente acudir.

En efecto, la jurisprudencia de la Corte ha sostenido, de manera reiterada y uniforme, que "la acción proveniente del enriquecimiento injusto no puede tener cabida sino en subsidio de toda otra y siempre que a lo menos concurren tres requisitos: que el demandado se haya enriquecido, que el

demandante se haya empobrecido correlativamente y que este desplazamiento patrimonial carezca de causa que los justifique desde el punto de vista.

CAPÍTULO III

LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

La noción de responsabilidad civil hace referencia a la obligación de un sujeto de reparar, a través de una compensación monetaria, un daño que le haya provocado a otra persona. Lo habitual es que la responsabilidad civil obligue al responsable del año a pagar una indemnización por los perjuicios que ocasionó, en materia de responsabilidad civil es cada sujeto de derecho responde por hecho propio, es decir, cada uno es responsable por los daños que cause a los terceros.

3.1. FORMAS DE RESPONSABILIDAD

De acuerdo con la doctrina, “inquirir la fuente de una disposición jurídica es buscar el sitio en que ha salido de las profundidades de la vida social a la superficie del derecho”, la comunidad jurídica tradicional ha considerado que la responsabilidad encuentra asidero en dos fuentes primordiales. La primera de ellas, el contrato y la segunda en los hechos ilícitos civilmente generadores de daño.

La responsabilidad se clasifica en dos órdenes: responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual. La contemporaneidad ha llevado a un importante sector de la doctrina a concluir que la fuente única de la responsabilidad es el daño, en oposición a la dualidad tradicionalmente expuesta.

Así las cosas, la ratio de la responsabilidad emana del daño, como se advierte de la lectura del Código Civil, que establece una relación causa – efecto entre el concepto de daño y de responsabilidad. De manera que se afirma que quien comete un daño está obligado a repararlo.

3.2. FUNCIÓN RESARCITORIA DE LA RESPONSABILIDAD

La importancia del estudio de las funciones de la responsabilidad sea civil o estatal, radica en que los fines de la responsabilidad tienen una fuerza

normativa que se traduce en la necesidad de que el perjudicado sea reparado integralmente lo que guarda estrecha relación con el quantum indemnizatorio, así pues, hablamos de la función reparadora o resarcitoria de la responsabilidad.

Para efectos del presente escrito, nos enfocaremos en la función reparadora o resarcitoria de la responsabilidad ya que es la representante por excelencia del contenido económico de la obligación consistente en indemnizar al perjudicado con el daño, o sujeto pasivo en la declaración de responsabilidad.

La función resarcitoria es entendida como aquella que tiene como fin la indemnización integral del perjudicado con el hecho dañoso. Ahora bien, por indemnización integral se entiende la reparación de todos los perjuicios que el sujeto activo haya causado sean patrimoniales o extra patrimoniales. Al respecto, en nuestro ordenamiento jurídico tal principio se encuentra de manera expresa en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998:

“Valoración de daños. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”. Lo anterior, pone de presente que la cuantificación del daño tiene una importancia capital, pues permite que el sujeto activo pueda efectivamente ser reparado o resarcido frente al daño que experimentó sea en su patrimonio o en su personalidad.

Así las cosas, la cuantificación del daño se erige como el efectivo impacto que experimentó el sujeto activo con ocasión del hecho jurídico calificado como dañoso. En tal sentido y en línea de principio la correcta valoración del daño, significa que los anhelos de justicia que persigue eventualmente el justiciable sean satisfechos, por eso mismo una inadecuada valoración de los perjuicios pone en entredicho la reparación misma de los perjuicios.

En suma, lo que se pretende con la reparación del daño, sea in natura o por su equivalente pecuniario, es que el sujeto pasivo recupere el equilibrio económico o moral quebrantado con ocasión del hecho dañoso. Por esta razón, la reparación de los perjuicios sufridos no puede constituirse en fuente de enriquecimiento, “el principio que gobierna la reparación se expresa por una máxima que nosotros hemos forjado todo el daño pero nada más que el daño”

Lo anterior, hace referencia a que el contenido jurídico de la obligación de reparar no puede constituir bajo ninguna circunstancia una justificación para que la víctima termine enriqueciéndose a expensas del agente. Se indemniza el daño y nada más que el daño, de modo que el quantum indemnizatorio debe ser establecido de manera adecuada toda vez que se configuraría un dislate en el ordenamiento jurídico en términos de justicia correctiva.

3.3. LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL

Como debate primigenio se tomó el tema en la doctrina de los diferentes sistemas jurídicos el problema referido a la unidad de la Responsabilidad Civil como sistema normativo cuya finalidad es resolver conflictos entre los particulares como consecuencia de la producción de daños según criterio tradicional, deben mantenerse como ámbitos separados la Responsabilidad Civil Contractual de la Responsabilidad Civil Extracontractual, en la manera en que el origen del daño causado es diferente de un caso a otro. Y es esta justamente la posición actual del Código Civil Peruano el cual ha tenido conveniente desdoblar ambos aspectos de la Responsabilidad Civil. Contrariamente la doctrina contemporánea, y desde hace cierto tiempo, es unánime en que la responsabilidad Civil es única y que existen algunas diferencias de matiz, especie y empleabilidad en la aplicación del daño Patrimonial y Extrapatrimonial el cual emana la Responsabilidad Contractual y Extracontractual.

3.4. ESTRUCTURA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Los requisitos comunes a la responsabilidad civil son la antijuricidad, el daño causado, la relación de causalidad y los factores de atribución.³⁸

3.4.1. LA ANTIJURICIDAD

Modernamente existe acuerdo en que la antijuricidad, consiste en que una conducta es antijurídica no solo cuando contraviene una forma prohibitiva, sino también cuando la conducta viola el sistema jurídico en su totalidad, en el sentido de afectar los valores o principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico. Esto ha llevado a la doctrina a señalar que en el ámbito de la responsabilidad civil no rige el criterio de la tipicidad en materia de conductas que pueden causar daños y dar lugar a la obligación legal de indemnizar, sino que dichas conductas pueden ser típicas, en cuanto previstas en abstracto en supuestos de hechos normativos, y atípicas, en cuanto a pesar de no estar reguladas en esquemas legales, la producción de las mismas viole o travenga el ordenamiento jurídico. Sin embargo, este concepto de la antijuricidad, en el sentido de la antijuricidad genérica, no se acepta sino en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, por cuanto en el lado contractual se acepta que la antijuricidad es siempre exclusivamente típica y no atípica, pues ella resulta del incumplimiento total de la obligación, del cumplimiento parcial, del cumplimiento defectuoso, o del cumplimiento tardío o moroso. Esto significa que en la responsabilidad contractual las conductas que pueden dar lugar a la obligación legal de indemnizar son siempre conductas tipificadas legalmente.

La antijuricidad típica contractual se encuentra expresamente prevista en el artículo 1321° del Código Civil, mientras que la antijuricidad típica

³⁸ **TABOADA CORDAVA**, Lizardo (2013). "Elementos de la responsabilidad civil". Edt. Librería jurídica GRIJLEY. Lima. Perú. pag. 36

y atípica, es decir, antijuricidad en sentido amplio y material (no formal), fluye de los artículos 1969° y 1970° del mismo texto, pues en ambos se hace referencia únicamente a la producción de un daño, sin especificar el origen del mismo o la conducta que lo hubiera podido ocasionar o causar; entendiéndose que cualquier conducta que cause un daño, con tal que sea ilícita, da lugar a la obligación legal del pago de una indemnización. Esto es evidente, por cuanto mientras en el ámbito contractual, al estar tipificadas y predeterminadas las conductas ilícitas o antijurídicas, resulta notorio que la obligación de indemnizar nacerá siempre que se cause un daño al acreedor como consecuencia de haber incumplido absoluta o relativamente una obligación; en el ámbito extracontractual por el contrario al no ser predeterminadas dichas conductas, debe entenderse que cualquier conducta será susceptible de dar lugar a una responsabilidad civil, en la medida que se trate de una conducta ilícita que cause un daño.

3.4.2. EL DAÑO CAUSADO

El segundo aspecto fundamental de la responsabilidad civil en términos genéricos es el daño causado, siendo este el aspecto fundamental, no único, de la responsabilidad civil contractual o extracontractual, pues se entiende que en ausencia de daño no hay nada que reparar o indemnizar y, por ende, no hay ningún problema de responsabilidad civil. Tan importante es este aspecto del daño producido, que hay quienes han preferido denominar con mucho acierto la responsabilidad civil como “derechos de daños”.

3.4.3. LA RELACION DE CAUSALIDAD

En lo relativo a la relación de la causalidad, la misma es un requisito de toda la responsabilidad Civil, pues si no existe una relación jurídica de causa a efecto entre la conducta típica o atípica y el daño producido a la víctima, no habrá responsabilidad de ninguna clase. La diferencia

de regulación legal en nuestro código consagrado en el mismo artículo 1985° la teoría de la causa adecuada, mientras que en el contractual en el mismo artículo 1321° la teoría de la causa inmediata y directa. Sin embargo, para efectos prácticos, las dos teorías no llevan al mismo resultado. Más aún en ambas clases de responsabilidad Civil existen las figuras de las concausas y de la fractura causal, que se presenta cuando dos conductas o acontecimientos contribuyen a la producción del daño, o cuando existe un conflicto de causas o conductas, una de las cuales llega a producir efectivamente el daño, haciendo que imposible que la otra hubiera llegado a producirlo. A la conducta que si se ha producido el daño efectivamente fracturando el eventual nexo causalidad de la otra conducta que se le llama justamente fractura causal. Las fracturas causales en el ámbito extracontractual son cuatro: El caso fortuito, la fuerza mayor, el hecho de la víctima, el hecho de un tercero.

3.4.4. FACTORES DE ATRIBUCIÓN

Finalmente, tenemos que referirnos, muy brevemente, a los factores de atribución, que son aquellos que determinan la existencia de la responsabilidad Civil, una vez que se ha presentado, en su supuesto concreto de un conflicto social, los requisitos antes mencionados de la antijuricidad, el daño producido y la relación de causalidad. En materia de responsabilidad contractual, el factor de atribución es la culpa, mientras en el campo extracontractual de acuerdo al código actual son dos los factores de atribución: La culpa y el riesgo creado. En el campo contractual, la culpa se clasifica en tres grados: La culpa leve, la culpa grave, o inexcusable y el dolor; mientras en el lado extracontractual, se habla únicamente de la culpa y también del riesgo creado. Estos dos factores de la atribución se encuentran consagrados independientemente en los artículos 1969° y 1970° respectivamente.

Aún cuando debe destacarse que el haber invertido la carga de la prueba en el artículo 1969°, se ha llegado a objetivar el sistema subjetivo de la responsabilidad civil por culpa, en el ámbito extracontractual. No obstante lo cual, debe destacarse la bondad del código Civil Peruano a la haberse consagrado en el artículo 1970° en el sistema objetivo basado en la idea del riesgo como factor distinto, pero coexistente con el favor subjetivo de la culpa. La diferencia de ambos factores de atribución es evidente, y apunta principalmente al que sistema subjetivo y el autor de una conducta antijurídica que ha causado un daño debe responder únicamente si ha actuado con culpa entendiéndose dolo o culpa, mientras que el sistema objetivo de riesgo, además de las tres condiciones lógicamente necesarias, solo se debe probar fehacientemente que la conducta que ha causado el daño es una peligrosa o riesgosa, sin necesidad de acreditar ninguna culpabilidad.

3.5. EL NEXO DE CAUSALIDAD COMO ELEMENTO ESTRUCTURADOR DE LA RESPONSABILIDAD

El nexo causal, como factor estructural de la responsabilidad, es en resumidas cuentas uno de los elementos constantes e independientes de la culpa, que permite atribuir la responsabilidad del hecho jurídico a una persona ya sea por acción o por omisión, en tal sentido la causalidad entre la conducta o la omisión debe generar una lesión al interés jurídico que el derecho protege, en otras palabras, se debe causar un daño.

Ahora bien, el nexo causal es determinante para establecer qué tipo de perjuicios se deben reparar, es decir que un adecuado manejo de la causalidad establece el límite de la responsabilidad y por tanto, tiene incidencia directa en el quantum indemnizatorio, al respecto:

“El contenido jurídico del daño está, ante todo, en función de la relación de causalidad entre el hecho productor del daño y el daño, es decir, que para

fijar el montante del daño que debe reprimirse jurídicamente, se requiere, en primer lugar, establecer los límites dentro de los que el daño pueda considerarse causado por un hecho humano provisto de los atributos exigidos por la ley con fines de responsabilidad.”

Lo anterior, pone de presente la importancia capital del nexo causal para la cuantificación del daño, frente a lo cual parte de la doctrina⁴⁸ actual ha subestimado esta perspectiva. En razón a que el enfoque que se ofrece solo estudia a profundidad un efecto del nexo de causalidad, que se sintetiza en la relación existente entre la conducta y el daño, pero no se estudia el nexo de causalidad como elemento que permite establecer los límites en la cuantificación de daño, en otras palabras, se privilegia la causalidad como fenómeno, frente a la causalidad jurídica.

3.6. LA IMPUTACIÓN COMO ELEMENTO ESTRUCTURADOR DE LA RESPONSABILIDAD

La imputación deviene en la atribución de la responsabilidad bajo el señalamiento del sujeto generador del daño por vía de acción u omisión. De suerte que existe una relación entre la causalidad apreciada desde su esfera natural con el fin de reportar de su análisis la atribución de responsabilidad. El Consejo de Estado ha resaltado con claridad que:

“Más allá de la compleja cuestión relacionada con la identificación de los elementos estructurales de la responsabilidad extracontractual del Estado a partir de la entrada en vigor de la Constitución Política de 1991, incluso frente a supuestos que han dado lugar a comprensiones —al menos en apariencia— dispares en relación con dicho extremo, la Sala ha reconocido que con el propósito de dilucidar si procede, o no, declarar la responsabilidad patrimonial del Estado en cualquier supuesto concreto, resulta menester llevar a cabo tanto un análisis fáctico del proceso causal que, desde el punto de vista ontológico o meramente naturalístico, hubiere conducido a la producción del daño, como un juicio valorativo en relación con la posibilidad

de imputar o de atribuir jurídicamente la responsabilidad de resarcir el perjuicio causado a la entidad demandada; dicho en otros términos, la decisión judicial que haya de adoptarse en torno a la responsabilidad extracontractual del Estado en un caso concreto debe venir precedida de un examen empírico del proceso causal que condujo a la producción del daño, de un lado y, de otro, de un juicio, a la luz de los diversos títulos jurídicos de imputación aplicables, en torno a la imputabilidad jurídica de dicho daño a la entidad demandada.

En consecuencia, no debe desdeñarse la importancia de precisar con mayor rigor, en el plano jurídico del Derecho de Daños, el concepto filosófico de causa, toda vez que en esta parte del universo del Derecho dicha noción “no se trata para nada de causa y efecto, en el sentido de las ciencias naturales, sino de si una determinada conducta debe ser reconocida como fundamento jurídico suficiente para la atribución de consecuencias jurídicas, o sea de la relación de fundamento a consecuencia”

Empero, la responsabilidad no es automática en punto de la imputación por considerase desde un prisma naturalístico con consecuencias jurídicas el advenimiento de una causa extraña o ajena a la esfera de dominio del sujeto comitente que evita la consumación y acreditación de la imputación del daño. Las causales eximentes que permiten que no se pueda realizar la imputación de daño a la conducta de un agente toda vez que se rompe el nexo de causalidad.

En relación con las causales de eximentes de responsabilidad, existe pacífico entendimiento en que su configuración pende de la concurrencia de tres elementos o factores. (i) Su irresistibilidad; (ii) su imprevisibilidad; y (iii) su exterioridad respecto del demandado, extremos en relación con los cuales la jurisprudencia del Consejo de Estado ha dispuesto:

“En cuanto tiene que ver con (i) la irresistibilidad como elemento de la causa extraña, la misma consiste en la imposibilidad del obligado a determinado

comportamiento o actividad para desplegarlo o para llevarla a cabo; en otros términos, el daño debe resultar inevitable para que pueda sostenerse la ocurrencia de una causa extraña, teniendo en cuenta que lo irresistible o inevitable deben ser los efectos del fenómeno y no el fenómeno mismo pues el demandado podría, en determinadas circunstancias, llegar a evitar o impedir los efectos dañinos del fenómeno, aunque este sea, en sí mismo, irresistible, caso de un terremoto o de un huracán (artículo 64 del Código Civil) algunos de cuyos efectos nocivos, en ciertos supuestos o bajo determinadas condiciones, podrían ser evitados.

Y, por otra parte, en lo relacionado con (iii) la exterioridad de la causa extraña, si bien se ha señalado que dicho rasgo característico se contrae a determinar que aquella no puede ser imputable a la culpa del agente que causa el daño o que el evento correspondiente ha de ser externo o exterior a su actividad, quizás sea lo más acertado sostener que la referida exterioridad se concreta en que el acontecimiento y circunstancia que el demandado invoca como causa extraña debe resultar ajeno jurídicamente, pues más allá de sostener que la causa extraña no debe poder imputarse a la culpa del agente resulta, hasta cierto punto, tautológico en la medida en que si hay culpa del citado agente mal podría predicarse la configuración al menos con efecto liberatorio pleno de causal de exoneración alguna, tampoco puede perderse de vista que existen supuestos en los cuales, a pesar de no existir culpa por parte del agente o del ente estatal demandado, tal consideración no es suficiente para eximirle de responsabilidad, como ocurre en los casos en los cuales el régimen de responsabilidad aplicable es de naturaleza objetiva, razón por la cual la exterioridad que se exige de la causa del daño para que pueda ser considerada extraña a la entidad demandada es una exterioridad jurídica, en el sentido de que ha de tratarse de un suceso o acaecimiento por el cual no tenga el deber jurídico de responder la accionada” Así las cosas, la comprensión de la dinámica de la responsabilidad, su importancia en los contextos social y jurídico, así como el abordaje de sus elementos estructurales, daño, causalidad e imputación, permite dirigir el

desarrollo subsiguiente de esta reflexión académica a connotar y ubicar la pérdida de oportunidad en el seno de la jurisprudencia del Consejo de Estado y su tratamiento como categoría autónoma de daño y adoptar una posición propia sobre la naturaleza jurídica de esta categoría (chance).

CAPÍTULO IV

RELACIÓN DE CAUSALIDAD O NEXO CAUSAL

La finalidad de este capítulo consiste en demostrar que la pérdida de la oportunidad resulta ser un problema de incertidumbre o probabilista causal. Para efectos de sustentar esta aproximación al tema, resulta imperante realizar un estudio detallado ontológico y epistemológico de la causalidad como fenómeno axiológico y autónomo dentro del mundo jurídico, ya que solo de esta manera se podría colegir que en efecto el loss of chance pertenece a este elemento esencial y problemático de la responsabilidad civil y del Estado.

Asimismo, en este capítulo se analizarán las características del nexo causal como una categoría problemática dentro de la literatura legal, para después analizar las distintas teorías o construcciones legales que se han desarrollado para efectos de entender este tema y darle una aplicación práctica, para resolver los distintos escenarios jurídicos tanto litigiosos como no litigiosos.

De igual manera se expondrán las críticas primordiales que se han generado frente a cada teoría y las limitaciones de las mismas. Adicionalmente, se hará diferencia a la interrelación entre causalidad física y la causalidad jurídica y sus diferencias, al igual que se hará alusión a la finalidad de la causalidad jurídica. Una vez desarrollado lo anterior, se explicará la tesis mediante la cual se aduce que la pérdida del chance es un fenómeno perteneciente al nexo causal, lo cual resulta esencial para entender las limitaciones de la segunda concepción doctrinaria y jurisprudencial que afirma que el loss of chance es una tipología de daño.

Con base en lo anterior, el presente capítulo tiene como objetivo resolver los siguientes interrogantes: ¿qué implicaciones tiene analizar esta institución en el nexo de causalidad?, ¿de qué sirve ver la pérdida de la oportunidad en el nexo causal? y ¿cuál es la naturaleza jurídica de esta institución?.

4.1. LA RELACIÓN DE LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD

Como hace mención Lizardo Taboada Córdova³⁹ Además hace referencia que la responsabilidad civil como son la *conducta antijurídica y el daño causado*, es necesario un tercer requisito de orden fundamental denominado “relación de causalidad”, que se entiende en el sentido que debe existir una relación de causa-efecto, es decir, de antecedente-consecuencia entre la conducta antijurídica del autor y daño causado a la víctima, pues de lo contrario no existiría responsabilidad civil extracontractual y no nacerá la obligación legal de indemnizar. Esto significa que el daño causado debe ser de consecuencia de la conducta antijurídica del autor para que se configure un supuesto de responsabilidad civil extracontractual. Sucediendo lo mismo en el campo de la responsabilidad civil contractual, ya que el daño causado al acreedor debe ser consecuencia inmediata y directa del incumplimiento absoluto o relativo de la presentación de vida por parte del deudor. La relación de causalidad es pues un requisito general de la responsabilidad civil, tanto en el ámbito contractual y como el extracontractual la diferencia reside que mientras en el campo extracontractual la relación de causalidad debe entenderse según el criterio de la causa adeudada, en el ámbito contractual la misma deberá debe entenderse bajo la óptica de la causa inmediata y directa.

4.2. ASPECTOS GENERALES DEL NEXO DE CAUSALIDAD

Es inadmisibles que la existencia de un daño deba ser soportado por quien no ha contribuido en su realización. Debe darse de manera necesaria una relación entre el daño causado y la conducta de quien está llamado a responder por el mismo. Dicho vínculo constituye, como se afirmó en el capítulo primero de este texto el segundo elemento estructural de la responsabilidad.

³⁹ **TABOADA CÓRDOVA, Lizardo** (2013):“Elementos de la Responsabilidad Civil”.Edit. GRIJLEY. Lima. Perú. pag.97.

El nexo causal puede definirse como el ligamen, de causa a efecto, tejido entre la acción humana y el daño producido o, lo que es lo mismo, aquella vinculación ideal entre el daño y la causa que produjo su materialización. Es, pues, el elemento intermedio dentro de la responsabilidad, cuyo estudio precede al deber reparador, siendo el primero el daño y el tercero la causa de tal.

Sobre la relación de causalidad, ha dicho la doctrina:

“Es un concepto tomado de las ciencias naturales, aunque tiene raíces filosóficas. Con ella se expresa una conexión necesaria entre un antecedente (causa) y un consiguiente (efecto). La causa siempre está formada por un conjunto de hechos. Como en la mayoría de los casos es imposible un conocimiento exacto de todos y cada uno de los fenómenos que componen la causa, no es tarea del jurista la indagación de cuál es la causa compleja de un resultado sancionado (...) porque esto pertenece a las ciencias jurídico-naturales; su tarea más bien es averiguar qué papel desempeña en el complejo causal un acto humano que se inserta entre los antecedentes del resultado”

Es por ello la base del estudio de la causalidad es la causa. La idea de causa se asocia con las nociones de anterioridad y necesidad⁵⁸. De modo que al verse sumadas permiten señalar por causa la ocurrencia de una cosa después de otra, así las cosas, que sin la primera sería imposible el acaecimiento de la segunda. Por ello, en una aproximación conceptual simple, la causa de un resultado será aquella que suprimida haría desaparecer dicho resultado.

La doctrina calificada ha referido por causalidad:

Todo lo que llega a ser tiene su causa, es la correcta expresión del principio de causalidad, y la causa, en el sentido de causa eficiente, es el influjo proveniente de otro ser que hace que una cosa sea lo que es. De este modo la causalidad puede ser definida como el lazo que se establece entre dos

fenómenos cuando uno de ellos debe su existencia al otro. Aplicada esta noción al mundo jurídico podemos afirmar que entre dos fenómenos existe causalidad, cuando uno de ellos existe o subsiste en razón de la existencia de otro.

Por ende, se concluye, que todo cuanto llega a ser tiene una causa, y, desde un prisma jurídico, la relación de causalidad significa que el advenimiento de un resultado se debe a un hecho anterior, a una conducta, sin la cual aquel no se hubiere realizado el segundo existe en razón a la existencia o subsistencia de la primera.

4.2.1. NOCION DE CAUSA ADECUADA

Habiendo establecido la necesidad de este tercer requisito de la responsabilidad civil, como hace mención Lizardo Taboada⁴⁰: Que corresponde ahora determinar el sentido de la noción de causa adecuada para poder entender el significado de la relación causal en el campo de la responsabilidad civil extracontractual. En este sentido, conviene plantearse las siguientes preguntas: ¿Cuándo se debe entender que una conducta es causa adecuada de un determinado daño? La respuesta a esta interrogante es la siguiente, para que una conducta sea causa adecuada de un daño es necesario que concurren dos factores o aspectos: un factor in concreto y un factor in abstracto. El factor in concreto debe entenderse en el sentido de una relación de causalidad física o material, lo que significa que los hechos la conducta debe hacer causado el daño, es decir, el daño causado debe ser consecuencia fáctica o material de la conducta antijurídica del autor. Sin embargo, no basta la existencia de este factor, pues es necesaria la concurrencia del factor in abstracto para que exista una relación de causalidad adecuada. Este segundo factor debe entenderse en los

⁴⁰ **TABOADA CÓRDOVA, Lizardo** (2013): "Elementos de la Responsabilidad Civil". Edit. GRIJLEY. Lima. Perú. pag.98-99.

términos siguientes: La conducta jurídica abstractamente considerada, de acuerdo a la experiencia normal y cotidiana, es decir, según el curso normal y ordinario del acontecimiento debe ser capaz o adecuada para producir el daño causado. Si la respuesta a esta interrogante es negativa, no existiría una relación causal, aun cuando se hubiera cumplido con el factor in concreto. Es pues necesaria la concurrencia de ambos factores para que se configure una relación de causalidad adecuada. Un ejemplo podría gratificar adecuadamente la aplicación de esta tesis: si una persona de 25 años de edad, sin ningún problema cardíaco, fallece en forma inmediata como consecuencia de un susto producto de una broma, no existirá una relación de causalidad adecuada, aun cuando la muerte haya sido consecuencia del susto por la broma, por cuanto de acuerdo a la experiencia normal y cotidiana un susto por una broma no es capaz de producir la muerte de una persona joven de esa edad. Por lo contrario, si tratara de un susto por una broma a una persona de 75 años de edad, no habría duda alguna de que se trataría de una causa adecuada, en tanto y en cuanto el susto provocado a una persona de edad avanzada es causa adecuada, de acuerdo a la experiencia normal y cotidiana, para producir la muerte.

De esta forma, resulta claro el sentido de la noción de causa adecuada, de aplicación obligatoria para todos los casos de responsabilidad civil extracontractual en el sistema legal peruano, por haber sido consagrada expresamente y en forma imperativa en el artículo 1985° del Código Civil. No basta con establecer si una conducta ha causado físicamente un daño, pues es necesario también determinar si esa conducta abstractamente considerada es capaz de producir ese daño de acuerdo al curso ordinario y normal de los acontecimientos.

Ahora bien, el tema de la relación de causalidad no se agota en la noción misma de causa adecuada, sino que es necesario precisar todas las figuras y supuestos que se presentan en torno a este aspecto fundamental de la responsabilidad civil, para poder entender la mecánica de la relación de causalidad dentro del sistema de responsabilidad civil extracontractual. En tal sentido, resulta fundamental determinar las nociones de fractura causal o causa ajena, la de concausa y aquella de pluralidad de causas, reguladas sucesivamente en los artículos 1972°, 1973° y 1983° del Código Civil.

4.2.2. LAS FRACTURAS CAUSALES Y LA CONCAUSA

En lo concerniente a la noción, de fractura causal, debemos señalar que la misma se configura cada vez que en un determinado supuesto se presenta un conflicto entre dos conductas o causas sobre la realización de un daño, el mismo que será resultado de una sola de dichas conductas. En este sentido, en todo supuesto de fractura causal, una de las conductas o causas habrá producido o causado el daño y la otra no habrá llegado a causarlo justamente por haber sido el mismo consecuencia de la otra conducta. Y es por ello que a la conducta que no ha llegado a causar el daño se le denomina causa inicial, mientras que a la conducta que si llegó a causar el daño se le denomina causa ajena. Todo supuesto de fractura casual implica, pues, un conflicto entre la causa ajena y la causa inicial, siendo el daño consecuencia de la causa ajena y no existiendo ninguna relación de causalidad respecto de la causa inicial.

Esto significa que la causa ajena es un mecanismo jurídico para establecer que no existe responsabilidad civil a cargo del autor de la causa inicial justamente por haber sido el daño consecuencia del autor de la causa ajena. Dicho en otros términos, cada vez que se le intente atribuir a un sujeto una responsabilidad civil extracontractual por la supuesta producción de un daño, el mismo tendrá la posibilidad de

liberarse de dicha responsabilidad si logra acreditar que el daño causado fue consecuencia no de su conducta, sino de una causa ajena, o lo que es lo mismo de otra causa, bien se trate de un supuesto de caso fortuito, o de fuerza mayor, o del hecho determinante de un tercero, o del propio hecho de la víctima, según lo establece el artículo 1972° del Código Civil, cuyo texto señala lo siguiente: “En los casos del artículo 1970°, el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de tercero o de la imprudencia de quien padece el daño”. Si se trata de caso fortuito la causa ajena será un fenómeno de la naturaleza, como un terremoto, una inundación consecuencia del fenómeno del Niño, etc. Del mismo modo, si se trata de fuerza mayor, la causa ajena será un acto de la autoridad como una prohibición repentina decretada por norma jurídica de una conducta antes permitida, la declaración de guerra de un Estado a otro, etc. Si se trata del hecho determinante de tercero, la causa ajena será justamente el hecho del tercero y en el caso del hecho de la propia víctima. De esta manera, en estos cuatro supuestos el daño no será producto del autor de la causa inicial, el mismo que no será responsable civilmente, por ser la misma consecuencia de caso fortuito, o de una fuerza mayor, o del hecho de un tercero, o del hecho de la misma víctima, es decir, de una causa ajena.⁴¹

4.3. LA DIFERENCIA ENTRE CAUSALIDAD Y CULPABILIDAD

Es común emplear indistintamente los conceptos de culpabilidad y causalidad. Empero, desde la técnica jurídica no es admisible su equiparación, por cuanto se trata de fenómenos diferentes. Ontológicamente hablando, existe una clara distinción entre las nociones de causalidad y culpabilidad, puesto que la noción de culpa responde a la subjetividad, en tanto que la noción de causalidad, nos ofrece la idea de un fenómeno

⁴¹ Ob. Cit.

objetivo, que escapa a la subjetividad. Sin embargo: “La causalidad y la culpabilidad resultan dos elementos independientes y de diferente contenido”.

Es así como para el doctrinante Héctor Patiño.

“El nexo de causalidad a diferencia de la culpa, no admite, por norma general, ningún tipo de presunción. Esa es la razón por la cual es necesario quitarnos de la cabeza la sinonimia entre culpabilidad y causalidad, cierto un hecho puede ser producto de muchos factores, entre ellos la culpa, lo que de suyo no implica un nexo causal que obligue a reparar a quien cometió culpa. Por fortuna, el Consejo de Estado, ha superado la discusión sobre la presunción de culpabilidad, de causalidad y de responsabilidad en los regímenes objetivos y actualmente se tiene claro en la jurisprudencia del Alto Tribunal que cuando se está en presencia de un régimen objetivo de responsabilidad no se tiene por existente una presunción de culpabilidad ni de responsabilidad, sino que es un régimen en el cual el actor deberá probar todos los elementos de la responsabilidad (incluida, por supuesto la causal), mientras que el demandado deberá acreditar una causa extraña para exonerarse de responsabilidad, pues demostrar diligencia y cuidado no le será suficiente para liberarse.”

La causalidad y la culpabilidad son distintas maneras de establecer un ligamen entre dos fenómenos o seres independientes, pero la causalidad se refiere a una simple imputación física, (que de antaño se denominaba imputatio facti), en tanto que la culpabilidad se refiere a la imputabilidad moral o jurídica (actualmente denominado imputatio iuris). A la primera corresponde la indagación por un sujeto que materialmente ha realizado un acto; con la segunda, obtenemos el dato de si también debe ser considerado autor moral del mismo. En conclusión, la culpabilidad y la causalidad no son equivalentes ni concurrentes; son intelectualmente discernibles; por ello puede existir independientemente una y otra, en cuanto es posible la presencia de relación de causalidad sin relación de culpabilidad.

Para entender, la diferencia entre culpabilidad y el nexo de causalidad vale la pena traer a colación un ejemplo clásico del jurista Orgaz: una persona le da veneno a otra, pero antes de que se muera por el veneno, la víctima muere por un accidente, en este caso habría culpabilidad por parte de la persona que le dio veneno a la víctima pero no existiría ningún tipo de relación de causalidad.

4.4. VICISITUDES DE LA CAUSALIDAD

Respecto de la causalidad se han identificado inconvenientes que han dificultado su aplicación. Existen vicisitudes relativas al concurso de causas en la realización de un resultado jurídicamente relevante, por lo que la doctrina ha evolucionado distintas elaboraciones teóricas explicativas de la causalidad en procura de resolver la cuestión.

Por su parte se ha visto la necesidad de circunscribir la noción de causa dentro de la cadena interminable de sucesos vinculados a la realización del daño y su consecuente reparación, es decir, a la satisfacción de perjuicios directos e indirectos, que varía de sistema jurídico en sistema jurídico.

Habida cuenta de su importancia se precisa abordar de manera sucinta cada una de dichas elaboraciones, bajo el tríptico noción, ventajas y crítica respectiva.

4.5. CONSTRUCCIONES TEÓRICAS EN TORNO A LA CAUSALIDAD

Se han construido diversas teorías que explican la causalidad como fenómeno. Al respecto tenemos la teoría de la equivalencia de las condiciones la cual indica:

“Que para dar por acreditada la causalidad debe mostrarse que el hecho por el cual se responde es una condición necesaria del daño. Y un hecho es condición necesaria de un cierto resultado cuando de no haber existido la condición, el resultado tampoco se hubiera producido (el hecho es *condictio sine qua non* del daño)”.

Las teorías de la causalidad buscan explicar, el nexo de causalidad como fenómeno, pero no como causalidad jurídica lo que genera que la comprensión del derecho de daños no sea precisa ya que como se verá el nexo de causalidad no solamente permite imputar a un sujeto determinado un daño, sino que permite saber cuáles son los perjuicios susceptibles de reparación en sede judicial.

CAPITULO V
LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD O CHANCE COMO NEXO CAUSAL DEL
DAÑO EN LA JURISPRUDENCIA

5.1. PERDIDA DE LA OPORTUNIDAD

La pérdida de oportunidad o pérdida de la chance es una institución que no está regulada por nuestro ordenamiento jurídico, no obstante, ha tenido un desarrollo en la jurisprudencia nacional, así mismo se advierte que la pérdida de la chance no es una variante del lucro cesante, en tanto el lucro cesante busca indemnizar las ganancias que muy probablemente se abrían percibido o se estuviesen percibiendo de no haberse verificado el acto dañoso, mientras que en la pérdida de la chance busca proteger las oportunidades de obtener ganancias futuras que podrían generarse en la esfera del agraviado. Un claro ejemplo es manifestado en el comportamiento del médico negligente y el daño sufrido al paciente, pero existe una probabilidad significativa de que el evento dañoso no hubiera tenido lugar de haberse dado la conducta debida, la doctrina de la pérdida de la oportunidad permite considerar que dicha negligencia privó al paciente de oportunidades de curación o supervivencia que debe ser indemnizadas, esto es cuanto la pérdida de la oportunidad se encuentra inmersa dentro de la esfera del nexo de causalidad el cual da origen al daño emergente y no al lucro cesante ya que lo que es resarcible es la pérdida de la oportunidad es producto de la omisión causada por el agente dañoso.

5.2. REPARACION DE LA PERDIDA DE OPORTUNIDAD

La doctrina de la pérdida de oportunidad es un instrumento de facilitación probatoria de creación jurisprudencial cuya consolidación en el derecho de daños y, en particular, en la responsabilidad civil, por su parte el Prof. Joseph H. King⁴² quien apuntó a la necesidad de estudiar la causalidad en conexión

⁴² **H.KING** Joseph (1981).Causation, Valuation and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and future Consequences, 90 Yale Journal 1353. Traducción Alvaro Luna Hierga.revista para análisis de Derecho INDRET.www.indret.com

con el proceso de identificación y determinación del valor del interés destruido. En este trabajo se plasma la pérdida de oportunidad la cual se entiende como una teoría de causalidad probalística (Probabilistic Causation), que mérita una reparación por parte del agente dañoso producto de la omisión generada por este, siendo así que nos encontramos ante la reparación de la omisión misma que manifestándose como nexo de causalidad da origen al daño emergente.

5.3. VALOR DE LA PERDIDA DE LA OPORTUNIDAD

El cálculo de indemnización de los supuestos de pérdida de la oportunidad dificulta la valoración de daños siendo así que el problema sería cuantificar las probabilidades estadísticas y analizar la repercusión u dolencia ocasionada por el agente dañoso lo que supone aventurar dependiendo del caso que hubiese sucedido de no haber incurrido el demandado agente dañoso en negligencia u omisión. La pérdida de la oportunidad la cual da origen al daño emergente no debería repararse cuantificablemente el daño en su totalidad ya que nos encontramos ante el supuesto de una probabilidad latente, claro está que será determinante el análisis de cada caso en particular.

5.4. LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD O CHANCE EN LA JURISPRUDENCIA

Nuestra jurisprudencia nacional no ha sido ajena a esta novísima especie doctrinal de la pérdida de la oportunidad siendo así que está la toma como una nueva variante del daño delimitando así el efecto del agente dañoso, haciendo una interpretación endeble en cuanto al agente dañoso, el nexo de causalidad, la responsabilidad y el daño ocasionado ya que a criterio personal la pérdida de la oportunidad no sería una nueva especie jurídica de daño sino tendría como connotación la calificación de nexo causal que daría origen al conocido daño emergente.

Sentencia 1 :del 07 de enero de 1991 la Corte Suprema

Una conocida empresa alemana fabricante de automóviles entró en negociaciones con un grupo de inversionistas peruanos con la finalidad de otorgarle la representación en el Perú de los automóviles que fabrica en tanto cumplieran con determinados supuestos obligatorios. Dentro de estos requisitos se incluyó la compra de un terreno de 15,000 m² y la adquisición de un importante stock de repuestos. Con la finalidad de cumplir los requerimientos de la referida empresa alemana el grupo peruano incurrió en una serie de inversiones y gastos, teniendo en cuenta los beneficios y la importancia que un contrato con estas características redituaria para su grupo.

Luego de que las negociaciones habían estado muy avanzadas, de manera intempestiva la empresa alemana decidió no formalizar el negocio con el grupo peruano sino otorgarle la representación de sus marcas a un segundo inversionista. Como consecuencia de esta conducta el grupo peruano acudió al Poder Judicial a fin de solicitar una indemnización.

Mediante Sentencia del 07 de enero de 1991 la Corte Suprema estableció lo siguiente:

“Considerando: Que por carta de 27 de agosto de 1981 los actores en unión de otras personas formularon una oferta de contrato a la demandada Daimler Benz A.G., la que a solicitud de ella fue objeto de sucesivas prórrogas y de intenso intercambio de correspondencia telegráfica entre las partes sobre las condiciones del negocio y el contrato a concertar, concretándose al efecto reuniones en febrero de 1982 como consecuencia de las cuales la firma demandada, en marzo de dicho año, por telex corriente en traducción oficial a fojas 219 se dirigió al grupo inversionista ofertante, manifestando en el mismo la voluntad de la demandada que dicho grupo asuma su representación general en el Perú cuando se cumplieran ciertos supuestos obligatorios

para ambas partes, pero en los cuales eran de cargo de los actores y su grupo y los dos restantes eran de cumplimiento a cargo de la ofertada; en ejecución de sus prestaciones el grupo demandante ha incurrido en elevadas inversiones y gastos para el negocio, sin que la demandada atendiera las suyas, pues decidió modificar los alcances de la representación privándole de su carácter para dar intervención a un tercero sobre bases diferentes a las convenidas en el punto 4 del citado documento que contiene el convenio de bases, negándose en consecuencia a suscribir el contrato de representación en los términos acordados, reflejados en dicho telex, a raíz de las cuales se frustraron las inversiones efectuadas cuyo cumplimiento reconocía en forma expresa la demandada al contestar la demanda, lo mismo que se frustraron las expectativas de ganancia del negocio en proceso, por lo que demanda indemnización por daño emergente, económico y moral y por el lucro cesante dejado de percibir”.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, la Corte Suprema resolvió lo siguiente:

“El incumplimiento de la obligación de la demandada no solamente debe resarcírseles el daño moral provocado, sino la ganancia que era la legítima expectativa de repararles el perjuicio moral irrogado en su imagen empresarial; en estos extremos si bien la sentencia prevista contempla una adecuada indemnización por gastos inmobiliarios y capital paralizado en función de la prueba actuada, no ocurre lo mismo al fijar en US\$ 300,000.00 por un año por lucro cesante, y en US\$ 50,000.00 la indemnización por (...) tal de US\$ 638,500.00 y US\$ 100,000.00 la indemnización por la pérdida de la operación con el Grupo Lohmann que se demandaron por US\$ 893,900.00, extremos en que resulta evidente que se omitió evaluar la magnitud y responsabilidad del negocio determinado por el capital objeto de inversiones, el porcentaje de ganancias, así como que son siete el

número de empresarios demandantes, por lo que resulta entendible compensar adecuadamente dichos perjuicios, (...)”.

Sobre esta base la Corte Suprema fijó en US\$ 900,000.00 la reparación por lucro cesante, US\$ 50,000.00 para cada uno de los demandantes por daño personal y moral, y US\$ 200,000.00 por pérdida en la operación con el Grupo Lohmann, y en consecuencia, ordenó a la empresa alemana que pague a los actores la cantidad total de US\$ 2'184,651.00.

Comentario:

De los numerosos conceptos que contiene la Sentencia, para efectos del presente trabajo hemos decidido destacar el referido a la indemnización que otorga la Corte Suprema por pérdida de la operación del grupo peruano. Es decir, que aun cuando el contrato no había sido concretado, la Sentencia ordena a la empresa alemana reparar al grupo peruano por su razonable y fundada expectativa de obtener ganancias producto de la celebración del contrato. El concepto indemnizatorio que la Corte Suprema ha incorporado en su fallo, aunque no ha sido expresamente mencionado, corresponde al de pérdida de oportunidad. La pérdida de oportunidad, o pérdida de la chance como se le denomina en la doctrina comparada, intenta reparar el agravio que se produce cuando el acto dañino ha frustrado la posibilidad –todavía no era una certidumbre- de obtener una cierta ventaja patrimonial o de evitar una pérdida². Ello determina que se haya privado al sujeto agraviado de ejercer las posibilidades que tenía de obtener un beneficio patrimonial o de evitar un menoscabo que, aunque futuro, no por ello puede desestimarse su indemnización.

Sentencia N° 485 del 28 de noviembre de 2001

El caso más complejo quizás se encuentre en la pérdida de la chance infringida a una pareja de esposos que engendraron un hijo que padecía

de Trisomía 21, por parte de la institución hospitalaria que, encargada de monitorear el embarazo de la cónyuge, no cumplió con prevenir la posibilidad de la ocurrencia de este hecho en la etapa prenatal. De acuerdo con los fundamentos de la Corte de Casación emitidos mediante Sentencia N° 485 del 28 de noviembre de 2001, “el médico tenía la obligación de aconsejar a la paciente embarazada que practicara al feto un examen cromosómico o una amniocentesis a efectos de despistar la posibilidad de que el feto nazca con aberraciones cromosómicas, sobre todo, teniendo en cuenta que se trataba de una ‘paciente de alto riesgo’, dado que presentaba antecedentes familiares de anomalía en la estructura cromosómica y que, además, había presentado dificultades en el curso de los dos embarazos precedentes, pues el primer hijo nació afectado de Trisoma 21 y el segundo embarazo estuvo a punto de ser interrumpido”.

Comentario:

Sobre la base de esa consideración, la Corte determinó que “el hecho de que el médico de la clínica no haya propuesto a su paciente un test que permita el despistaje del Trisomía 21 ha privado a la pareja de esposos demandantes de la posibilidad de recurrir a una interrupción terapéutica del embarazo, sin haber indagado previamente si la pareja de esposos habría renunciado por adelantado a practicar la referida interrupción del embarazo” (resaltado agregado). De este modo, “se ha privado a la pareja de una información que les hubiera brindado la oportunidad, ya sea de recurrir a la interrupción.

voluntaria del embarazo, o de prepararse para el recibimiento de un segundo hijo con deficiencias mentales”.

Nos encontramos ante un supuesto de pérdida de la chance consistente, no en la probabilidad de obtener una ganancia futura, sino de evitar un agravio. En el caso descrito, la falta del médico sustrajo a

la pareja de esposos la oportunidad de ejercer la opción de interrumpir el embarazo por motivos terapéuticos, lo cual muy probablemente les habría evitado una desventaja. Quizás no sea posible determinar si, conscientes de la enfermedad, la pareja hubiese decidido tener al niño; o si, por el contrario, hubiese optado por la interrupción del embarazo; lo cierto es que en la etapa prenatal existía una chance de hacerlo. Esta oportunidad, como señala la sentencia, les fue arrebatada a los demandantes. En consecuencia, el centro hospitalario fue obligado a indemnizar la pérdida de la chance irrogada.

5.5. DIFERENCIAS ENTRE LA PERDIDA DE LA OPORTUNIDAD O CHANCE Y EL LUCRO CESANTE

La pérdida de la oportunidad o chance pareciese ser una variante del lucro cesante sin embargo las diferencias de estos dos conceptos se encuentran bastante definidos. En efecto, mientras que el lucro cesante busca indemnizar las ganancias que muy probablemente se hubieran percibido de no haberse verificado el acto dañoso la pérdida de la chance va un poco más atrás, tratando de proteger las oportunidades de obtener ganancias futuras que podrían generarse en la esfera del agraviado.

El lucro cesante indemniza la pérdida de los beneficios que de manera ordinaria se habrían percibido siendo este un beneficio latente, por su parte la pérdida de la chance o pérdida de la oportunidad, en cambio, indemniza la probabilidad de la misma: La oportunidad altamente verificable que conlleva la opción de obtener beneficios.

Este criterio es compartido por Adriano de Cupis⁴³, para quien el concepto indemnizatorio bajo análisis no configura un lucro cesante sino un daño

⁴³ **DE CUPIS**, Adriano (1975) "El daño. Teoría general de la Responsabilidad, traducción de la 2° Ed. Italiana Bosh. España Barcelona.pag.318-319

emergente. En este sentido comentando el ejemplo del caballo que no pudo intervenir en la carrera por culpa de transportista el autor antes citado señala que “la victoria es absolutamente incierta, pero la posibilidad de alcanzarla, que es lo que el acreedor a tratado de asegurarse, ciertamente existe, tal vez en proporciones mínimas, en el momento en que se produce el hecho por efecto del que queda excluido, por lo que se está en presencia ya no de un daño por lucro cesante en razón del triunfo impedido de alcanzar sino de un daño emergente a consecuencia de la actual posibilidad frustrada de lograr la victoria”.

De esta manera se transforma el prejuicio del cual el resultado es incierto en un prejuicio cierto, que deviene un elemento del patrimonio. La chance o probabilidad (vale decir efectiva y congruada posibilidad de conseguir un cierto bien) se convierte en un bien patrimonial⁴⁴. Bajo este razonamiento una diferencia fundamental entre estas dos instituciones radica en que “no se puede exigir al perjudicado que demuestre la certeza absoluta de que las ganancias esperadas se habrían realizado en caso de no verificación del hecho dañoso y que tampoco es suficiente un interés inseguro o incierto. Entre un extremo y otro cabe una graduación que habrá de hacerse, en cada caso con criterio equitativo, distinguiendo la mera posibilidad de la probabilidad y teniendo en cuenta que tal vez en algún caso sea indemnizable la mera posibilidad si bien en menor cantidad que el de la probabilidad base de los lucros cesantes propiamente dichos”.

⁴⁴ **ALPA**, Guido (2001).” Responsabilidad Civil y daño”.Edit. Gaceta Juridica.Lima. Perú.Pag.235

CONCLUSIONES

C.1. En distintas matices el daño tiene diferentes connotaciones o denominaciones sobre todo en su sintaxis pero de idéntica interpretación, la denominación va a depender de la legislación que la emplee por su parte la legislación alemana divide al daño como daños patrimoniales y daños extramatrimoniales al igual legislación italiana por otro lado la legislación francesa divide al daño como daños materiales e inmateriales, por su parte nuestra legislación los divide como daños contractuales y daños extracontractuales, por último el TC ha creído conveniente dividir al daño como daño patrimonial y daño extrapatrimonial.

C.2. Recogiendo la interpretación de TC la cual divide al daño en daños patrimoniales y daño extrapatrimoniales el cual teniendo como premisa que el perjuicio del daño de orden patrimonial del damnificado se origina por la causa de la lesión sufrida, en razón de los frutos, rentas o dineros que pudo dejar de percibir y el daño no patrimonial consistente en el daño biológico, materializado en la lesión a la integridad física en si misma considerado.

C.3. La responsabilidad civil está referida al aspecto fundamental de indemnizar los daño ocasionados en la vida de relación a los particulares, bien se trate de daños producidos como consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, principalmente contractual, o bien de daños que sean el resultado de una conducta, sin que exista entre los sujetos ningún vínculo de orden obligacional.

C.4. Es importante visualizar, destacar, y analizar la relación de causalidad ya que con ella podemos identificar el nexo de causal que existe entre el responsable civil y el hecho dañoso que esté ocasionó.

C.5. La pérdida de la oportunidad busca reparar el agravio que se produce cuando el acto dañino ha frustrado la posibilidad- todavía no era certidumbre-de obtener una cierta ventaja patrimonial o de evitar una perdida, esto determina que se haya privado al sujeto agraviado de ejercer las posibilidades que tenia de obtener un beneficio patrimonial o evitar un menoscabo.

SUGERENCIAS

1. Recogiendo la clasificación del maestro Carlos Fernández Sessarego no nos encontramos ante daños contractuales y daños extracontractuales o como manifiesta el TC haciendo la división de los daños entre daños patrimoniales y daños extrapatrimoniales, ya que no podemos hacer diferencias tan banas y tratar de interpretar y poner al mismo nivel los daños materiales y daños a la persona porque estas no pueden ser valoradas y diferenciadas solo por su denominación sino por afectación de agente dañado, teniendo así una clasificación más cercana a la realidad con una mayor protección y distinta valoración de la persona humana, siendo así una clasificación idónea la de **daños materiales y daños la persona**.
2. La jurisprudencia reconoce la pérdida de la oportunidad o chance como una nueva variante del daño, siendo esto una calificación errónea ya que debería ser calificada como un nexo de causalidad del daño emergente y no una nueva variante del daño ni del lucro cesante, porque esto acarrearía a concebir una inidónea estructura de la responsabilidad civil y más aún en su estructura siendo esta la calificación de la antijuricidad, el daño causado, la relación de causalidad (nexo causal), factores de atribución.

BIBLIOGRAFIA

ASUA GONZALES, Clara Isabel. Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria. Editorial Aranzadi. Primera edición. Madrid, 2008.

ACEVEDO PRADA, Rubén. D. (2013). “Una mirada a la responsabilidad civil española: el régimen subjetivo”. en: Revista Guillermo de Ockham 11(2).

ALTERINI, Atilio A. Responsabilidad civil. Límites a la reparación, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1974.

ANTOLISEI, Francesco. Manual de derecho penal, Buenos Aires, UTEHA.

ARENAS MENDOZA, Hugo Andrés. El régimen de responsabilidad subjetiva, Legis, Bogotá, 2014.

ARENAS MENDOZA, Hugo, Un siglo de jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de responsabilidad extracontractual, Editorial Ibañez, 2015.

ATIENZA Manuel, Las Razones Del Derecho: Teoría de la Argumentación Jurídica, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, No. 334, Universidad Autónoma de México, México D.F. : 2007.

BARROS BOURIE, Enrique. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Ed Jurídica de Chile, 2006

BERMÚDEZ MUÑOZ, Martín. Del dictamen judicial al dictamen de parte. Ed: Net educativa. Bogotá D.C. 2013.

BORDA, Guillermo A. Manual de Derecho Civil, Parte General, Editorial Perrot, Buenos Aires.

BORREL MACÍA, Antonio. Responsabilidades derivadas de la culpa extracontractual civil, Bosch, Casa Editorial, Barcelona.

BUSTAMANTE ZAMUDIO, Guillermo. Los tres principios de la lógica aristotélica: ¿son del mundo o del hablar?/The Three Principles of the Aristotelian Logic Are they from the world or from the speech?, Facultad de Humanidades, Folios, Segunda época, No 27, Primer semestre de 2008

CHABAS, Francois, “La pérdida de una oportunidad (Chance) en el derecho francés de responsabilidad”, en Revista de Responsabilidad Civil y del Estado (larce), Número 33, septiembre de 2012,

CHIRONI, Giampietro. Colpa extra- contrattuale, Vol II, Fratelli Boca.

CLEMENTE DE DIEGO, Felipe. La jurisprudencia como fuente del Derecho, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1925.

COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén. Naturaleza de la relación causal, Edición homenaje: Dr. Jorge Mosset Iturraspe, Ediciones UNL, Buenos Aires.

CRUZ, Juan. El concepto de interés legítimo y su relación con los Derechos Humanos. Observaciones críticas a Ulises Schmill y Carlos de Silva. Revista Opinión Jurídica, Scielo [en línea]. Isonomía no.39 México Out. 2013. [fecha de consulta: 10 de mayo de 2015]. en: <
http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S140502182013000200007&lng=pt&nrm=iso> Versión impresa ISSN 1405-0218. DE ANGEL YAGUEZ, Ricardo. Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño). Madrid,

Ed. Civitas S.A., 1995, págs. 83-84. DE CUPIS, Adriano. El daño, Teoría general de la responsabilidad civil, Barcelona: Editorial Bosch, 1970.

DEIK, Carolina. Responsabilidad médica: elementos, naturaleza y carga de la prueba. Revista de Derecho Privado Universidad de la Universidad de los Andes. No. 43, Bogotá D.C. : Editorial Universidad de los Andes 2010.

DEMOGUE, René. Traité des Obligations en général, Tomo I, Paris : Rosseau, 1923, Nº 17. DEMOGUE, René. Traité des obligations, Vol IV, París, 1924

DÍEZ-PÍCAZO, Luis, Derecho de daños Editorial Civitas, Madrid. 1999.

GASCÓN, María y MEDINA, Luis, “¿Pueden declararse responsabilidades por daños sin la prueba del nexo causal? Debate en torno a la teoría de la pérdida de oportunidad”, en Revista de Responsabilidad Civil y del Estado (larce), Número 30, febrero de 2012, pp. 109-177. GASCON, Marina. La pérdida de la oportunidad, responsabilidad, causalidad. Colección Conmemorativa Revista Responsabilidad y del Estado-20 años, t. VI/ Ediciones 29-32.

GASCÓN, María y MEDINA, Luis, “¿Pueden declararse responsabilidades por daños sin la prueba del nexo causal? Debate en torno a la teoría de la pérdida de oportunidad”, en Revista de Responsabilidad Civil y del Estado (larce), Número 30, febrero de 2012, pp. 109-177. GASCON, Marina. La responsabilidad proporcional como respuesta a la incertidumbre causa: ¿Problema de daño, de causa o de prueba. Colección Conmemorativa Revista Responsabilidad y del Estado-20 años, t. VI/ Ediciones 29-32.

GIL BOTERO, Enrique, Responsabilidad extracontractual del Estado, Ed. TEMIS S.A., sexta edición Bogotá D.C., 2013

GOLDEMBERG (Isidoro H.) La Relación de Causalidad en la Responsabilidad Civil. Buenos Aires, editorial Astrea, 1989.

HART, H. L. A. y HONORÉ, A. M. Causation in the Law, Clarendon-Oxford University Press, Oxford, 1985.

HENAO, Juan Carlos. "Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado", Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, n.º 28, enero-junio de 2015, pp. 277-366. DOI: 10.18601/01234366.n28.10

HENAO, Juan Carlos. El daño, Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés, Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 1998.

JEREMIAH, Smith. "Legal Cause in Actions of Tort. [concluded]" en Harvard Law Review 25.4 (1912): 303–327.

LARRAURI, Elena, NOTAS PRELIMINARES PARA UNA DISCUSIÓN SOBRE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA, ADPCP, T.XLI, Fasc.III, Septiembre-Diciembre 1988,

LARROUMET Christian. Teoría General del Contrato. Volumen II, Bogotá D.C. : Edit. Temis, 1993.

LE TOURNEAU, Philippe., La responsabilidad Civil. Ed Legis, Bogotá 2010.

LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, Tratado de derecho civil., Obligaciones, t. I, Abeledo Perrot, Buenos Aires. LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. Tratado de derecho civil, t. II.

LOOR FRANCO, Eduardo. Estudio de la teoría de la imputación objetiva en derecho penal, Universidad Católica de Guayaquil, publicado en Revista Jurídica Online, bajo link http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=754

LOPEZ DIAZ, Claudia. Introducción a la Imputación Objetiva. Centro de investigaciones de Derecho penal y Filosofía del Derecho, Colección de estudios Nº 5, Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 1996.

LUNA YERGA, Álvaro, “Oportunidades pérdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico sanitaria”, en Indret. Revista para el análisis del Derecho, 288, pp. 5-6; accesible en [http://www.indret.com/pdf/288 es.pdf](http://www.indret.com/pdf/288%20es.pdf).

MARTÍNEZ RAVÉ, Gilberto y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina. Responsabilidad civil extracontractual, Bogotá D.C. Temis, 2003.

MAZEAUD, Henri – Leon – Jean. Lecciones de Derecho Civil. Parte segunda, Vol. II, La responsabilidad civil. Los cuasicontratos. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960,

MAZEAUD, Henri y León y TUNC, André. Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual. Buenos Aires, edit. Ejea Volumen I Tomo I. 1977

MAZEAUD-TUNC. Tratado de la responsabilidad civil delictual y contractual, Tomo I, Volumen I. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América. 1961.

MAZEUD Henri y León, y TUNC, André. Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, t. II, vol. IV, Buenos Aires, EJEa.

MAZEUD, Henry y León, Lecciones de derecho civil. Parte segunda. Volumen II. Ed: EJEa, Buenos Aires. 1969. MEDINA ALCOZ, Luis, Hacía una nueva teoría de la causalidad en la responsabilidad civil contractual y extracontractual: La doctrina de la pérdida de las oportunidades. Revista de responsabilidad civil y seguro de la Universidad Complutense de Madrid. 2007, Madrid

MEDINA ALCOZ, Luis. La Doctrina de la Pérdida de oportunidad en los Dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla- La Mancha. Reflexiones Críticas, Revista jurídica de Castilla - La Mancha, No. 47, 2009.

MEDINA ALCOZ, Luis. La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado, Thomson-Civitas, Madrid, 2007.

MOORE, Michael, Causalidad y responsabilidad, Editorial Marcial Pons, Colección filosofía y derecho, Madrid, 2011.

NAVIA ARROYO, Felipe. Del daño moral al daño fisiológico ¿Una evolución real?, Ensayos de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C., 2000.

NEUCHATEL, introducción à la Théorie Générale et a à la philosophie du Droit, Paris, 1937.

ORGAZ Alfredo, El daño Resarcible (Actos Ilícitos), Depalma, Buenos aires 1952.

OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones, 7ª Edición, Bogotá D.C., Temis, 2001,

OWEN, David G. teoría de la responsabilidad civil extracontractual, Ed. Siglo del hombre editores. Universidad de los Andes. Colombia, 2014.

PAPAYANNIS, Diego, Causalidad y atribución de la responsabilidad, Editorial Marcial Pons, Colección filosofía y derecho, Madrid, 2014.

PAPAYANNIS, Diego, Compresión y justificación de la responsabilidad extracontractual, Editorial Marcial Pons, Colección filosofía y derecho, Madrid, 2014.

PATÍÑO, Héctor, Responsabilidad extracontractual y causales de exoneración. Aproximación a la jurisprudencia del consejo de Estado colombiano Revista de Derecho Privado [en línea] 2008, (Enero-Junio) : [Fecha de consulta: 19 de marzo de 2016] Disponible en:<<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=417537590007>> ISSN.

PEIRANO FACIO, Jorge. Responsabilidad Extracontractual, 2ª Edición, Bogotá D.C.: Editorial Temis, 2004.

PLANIOL, Marcel. Revue Critique, Traité Élémentaire, Tomo II, Paris.

RISARRI, Catalina. El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del Estado Colombiano. Tesis de grado. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá. [fecha de consulta: 20 de mayo de 2015]. Disponible en: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis27.pdf>.

ROXIN, Claus, Derecho Penal-Parte General-Tomo I- Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Civitas, Madrid.

RUEDA MARTÍN, María Ángeles. La Teoría de la Imputación Objetiva del Resultado en el Delito doloso de Acción, Barcelona: Bosch, 2001

SALINAS UGARTE, Gastón. Responsabilidad Civil Contractual. Tomo I. Editorial Abeledo Perrot. Santiago de Chile 2011.

SARMIENTO GARCIA, Manuel Guillermo. Estudios de Responsabilidad Civil, Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2002.

STEINER, Eva. French Law: A Comparative Approach, Oxford University Press, Oxford, 2010.

STIGLITZ, Rubén. El siniestro, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

TAMAYO JARAMILLO Javier. De la responsabilidad civil, Tomo IV, Bogotá D.C.: Temis, 1999,

TAMAYO JARAMILLO, Javier Tratado de responsabilidad civil Tomo I. Bogotá D.C.: Legis, 2011

TAPIA, Mauricio. “Pérdida de una oportunidad: ¿Un perjuicio indemnizable en Chile?” en Revista de Responsabilidad Civil y del Estado (Iarce), Número 34, Semestre I, 2014.

TERNERA, Luis y TERNERA, Francisco. Breves comentarios sobre el daño y su indemnización. Revista Opinión Jurídica, Scielo [en línea]. vol.7 no.13. Enero a Junio de 2008. [fecha de consulta: 10 de mayo de 2015]. Disponible en:

<http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S169225302008000100005&script=sci_arttext#3> Versión impresa ISSN 1692-2530.

TRIMARCHI BANFI, F, tutela specifica e tutela risarcitorio degli interessi legittimi. Utet, Torino. 2000 VELÁSQUEZ GÓMEZ, Hernán Darío, Estudio sobre obligaciones, Ed Temis S.A. 2010. Bogotá D.C.

VELÁZQUEZ POSADA, Obdulio. Responsabilidad Civil Extracontractual Ed Temis-Universidad de la Sabana, ISBN: 9789583509476, 2013

VERGARA, Leandro. Pérdida de chance. Noción conceptual. Algunas precisiones, LL, 1995-D-78, N° 3, apud TRIGO REPRESAS, Félix Alberto. Pérdida de chance,

VINEY, Geneviéne. Traité de Droit Civil. Introduction a la Responsabilité, Paris: Librairie de droit et de jurisprudence, 1988

VON BAR, Christian y DROBNIG, Ulrich. The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe: A Comparative Study, European Law Publishers, Munich, 2004

VON LISZT, Franz. Tratado de derecho penal, t. II, Reus, Madrid

YONG, Samuel y RODRÍGUEZ YONG, Camilo La pérdida de la oportunidad Revista virtual vía Inveniendi Et Iudicandi de la Universidad Santo Tomás. Edición 12, Vol. 6, No 2, julio – Diciembre 2011. Bogotá D.C., Colombia.

ZANNONI, Eduardo. El daño en la responsabilidad Civil, Buenos Aires: Editorial Astrea., 1994.

Revistas

ANDREW M. PALMER. The kentucky Supreme Court Forecloses the Loss of chance doctrine in medical-malpractice cases. University of Louisville Law Review. Volumen 48. Pág. 639 – 663.

CASTILLO FREYRE, Mario. Salud daños e indemnización. A propósito del seguro médico obligatorio. Revista Athina. Pág. 251 – 256.

CHABAS, FRANCOIS. La pérdida de la chance en el derecho francés de la responsabilidad civil. Revista del Instituto Antioqueño de Responsabilidad civil y del estado, N° 8. Medellín, marzo del 2000.

ENRIQUE DÍAZ, Valderrama. Medicina basada en evidencias y proceso judicial. Primer Congreso Chileno de Salud Basada en la Evidencia. Santiago de Chile, 6, 7 y 8 de mayo de 2010. Centro de Extensión Pontificia Universidad Católica de Chile.

JAMES TIBBALLS. Loss of Chance: New development in medical negligence. Medicine and the Law Medical Journal of Australia, 2007. Pág. 233 – 235.

LÓPEZ MESA, Marcelo. Responsabilidad Civil Médica y Pérdida da Chance de Curación. En Revista de Derecho de Daños. Primera edición. Editorial, RubinzalCulzoni. Buenos Aires, Argentina, 2008. Pag.7-52.

OSTERLING PARODI, Felipe. Indemnizando la probabilidad: acerca de la llamada pérdida de la chance o pérdida de la oportunidad. Revista jurídica del Perú N° 39. Octubre 2002. Pág. 51-66. 8. TORT LAW, LOSS OF CHANCE. Doctrine Massachusetts Supreme Judicial Court, accepts

Loss of Chance in medical malpractice suits. Harvard Law Review Volumen 122, 2008. Pág. 1247 – 1254.

TORY A. WEIGAND. Loss of chance in medical malpractice: a look at recent developments the growing acceptance of this doctrine raises difficult public policy issues, as well as concerns for the limits of medical professional liability. Defense Counsel Journal. July 2003. Pág. 301 – 314.

ANEXO: JURISPRUDENCIA: LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD O CHANCE.