

# **EL “DERECHO DE DAÑOS” EN EL UMBRAL DE UN NUEVO MILENIO**

**Carlos Fernández Sessarego<sup>1</sup>**

## **SUMARIO:**

- 1.- El salto de calidad experimentado por el Derecho
- 2.- Razón de ser del cambio que se advierte en las ciencias humanas a partir del siglo XX
- 3.- ¿En qué consiste el cambio que se advierte en el Derecho?
- 4.- El salto de calidad en la Medicina
- 5.- El proceso evolutivo de la nueva concepción del ser humano y del Derecho:  
de Boecio a la filosofía de los valores
  - 5.1.- El cristianismo y el revolucionario “libre albedrío”
  - 5.2.- El pensamiento Medioeval: Boecio y Santo Tomás
  - 5.3.- El aporte kantiano
  - 5.4.- Los hallazgos de Fichte
  - 5.5.- La filosofía de los valores: Scheler y Hartmann
- 6.- Kierkegaard, el precursor
- 7.-La escuela de la filosofía de la existencia
  - 7.1.- El ser humano como libertad
  - 7.2.- La estructura coexistencial del ser humano
  - 7.4.- La estructura temporal del ser humano
  - 7.5.- El ser humano como unidad psicosomática constituida y sustentada en la libertad
- 8.- La dignidad del ser humano
- 9.-Un período de transición entre dos épocas
  - 9.1.- Del patrimonialismo al personalismo jurídico
  - 9.2.- Del individualismo a la coexistencialidad
  - 9.3.- Del unidimensionalismo al tridimensionalismo jurídico
- 10.- El Derecho en un período de transición entre dos épocas
- 11.- La subjetividad jurídica
- 12.- La capacidad jurídica
- 13.- La “antijuridicidad”
- 14.- La autonomía de la voluntad
- 15.- La persona “jurídica”
- 16.- La clasificación fundamental del Derecho en público y privado
- 17.- Naturaleza jurídica de la empresa
- 18.- El derecho de propiedad
- 19.- La reformulación de la responsabilidad civil
- 20.- Un cambio revolucionario: el “daño a la persona”
- 21.- La aparición en Italia del daño a la persona

---

<sup>1</sup> Abogado y Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor Emérito de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Honorario de numerosas Universidades del Perú y del extranjero. Miembro Honorario de diversos Colegios de Abogados de la República. Conferencista e Investigador del Derecho. Fue Ministro de Justicia en el primer gobierno del Presidente del Perú Fernando Belaunde Terry (1965).

- 22.- La incorporación del "daño a la persona" al Código civil peruano y a la literatura jurídica latinoamericana
  - 22.1.- Los ensayos publicados entre 1984 y 1986
  - 22.2.- El Congreso Internacional de 1985 y la difusión del "daño a la persona" a nivel latinoamericano
  - 22.3.- El modelo peruano de responsabilidad civil y el "daño a la persona" en el Congreso Internacional de Pisa de 1999
- 23.- Temas de interés en la reflexión sobre el "daño a la persona"
- 24.- Reflexiones previas a la sistematización del "daño a la persona"
- 25.- El concepto "daño"
- 26.- Clasificaciones del "daño"
  - 26.1.- En cuanto a la naturaleza del bien lesionado
  - 26.2.- En cuanto a las consecuencias generadas por el daño-evento
- 27.- Sistematización del "daño a la persona"
  - 27.1.- El daño psicosomático
    - 27.1.1.- Daño biológico: la lesión en sí misma
    - 27.1.2.- Daño al bienestar: repercusión de la lesión en la vida ordinaria de la víctima
  - 27.2.- El daño al "proyecto de vida"
- 28.- Recepción del "daño al proyecto de vida" por la jurisprudencia supranacional y comparada
  - 28.1.- La sentencia de la Corte Interamericana en el caso "Loayza Tamayo"
  - 28.2.- La sentencia de la Corte Interamericana en el caso "Cantoral Benavides"
  - 28.3.- La sentencia de la Corte Interamericana en el caso "Niños de la Calle"
- 29.- El "daño al proyecto de vida" en la doctrina y la legislación contemporáneas
  - 29.1.- El "daño al proyecto de vida" en la doctrina contemporánea
  - 29.2.- El "daño al proyecto de vida" en la codificación comparada
- 30.- ¿Daño a la persona o daño moral?
  - 30.1.- Relación entre el genérico "daño a la persona" y el específico "daño moral"
  - 30.2.- Ampliación de las fronteras conceptuales del "daño moral"
  - 30.3.- Corriente doctrinaria que propone incorporar el restringido concepto de "daño moral dentro de la amplia noción de "daño a la persona"
- 31.- El "daño psicosomático" y el "daño moral" en el actual pensamiento europeo
  - 31.1.- El "daño a la persona" y el "daño moral" en el Congreso Internacional de Trier del año 2000
  - 31.2.- Aportes de la reunión de Trier en relación con el "daño moral"
  - 31.3.- Distinción entre "daño a la persona" de carácter psicosomático y el específico "daño moral"
- 32.- Presupuestos y objetivos de las Recomendaciones de Trier
  - 32.1.- La dignidad humana como fundamento del modelo europeo de reparación de los daños somáticos y/o psíquicos
  - 32.2.- Los principios inspiradores del modelo europeo de reparación de los daños psicosomáticos no económicos
  - 32.3.- La armonización de principios y reglas aplicables a los daños a la persona no económicos y la racionalización del sistema de reparaciones
  - 32.4.- La distinción conceptual entre el "daño psicosomático" y el "daño moral"
- 33.- Comentarios sobre las Recomendaciones de Trier
  - 33.1.- La ausencia de tratamiento de las consecuencias del "daño al proyecto de vida"
  - 33.2.- Comentarios acerca de la designación de "daños no económicos"
  - 33.3.- Relación conceptual entre el "daño psicosomático" y el "daño moral"

## 1.- El salto de calidad experimentado por el Derecho

El Derecho, como las demás disciplinas que se ocupan del ser humano, ha dado un espectacular vuelco, un extraordinario salto de calidad, a partir de la primera mitad del siglo XX. Este hecho constituye un acontecimiento de tal significación y notoriedad que inaugura, sin exagerar, un nuevo capítulo en la historia del Derecho, acontecimiento no siempre advertido por los estudiosos de esta disciplina. Tal vez ello ocurra por carecer aún de perspectiva para aprehenderlo, ya que estamos inmersos en un período de transición entre dos épocas históricas aún no bien delimitadas, de inciertas fronteras. Este proceso de cambio es lento, paulatino, como sucede con todos los trascendentales acontecimientos históricos. Se forja y desarrolla en un tiempo del todo impreciso para los que vivimos en el presente.

## 2.- Razón de ser del cambio que se advierte en las ciencias humanas a partir del siglo XX

La transformación operada en la comprensión de lo jurídico a partir de la segunda mitad del siglo XX surge y se sustenta en una nueva concepción del ser humano. De no haberse producido este revolucionario acontecimiento seguiríamos considerando al ser humano como lo hicieron, en su momento, los pensadores de la época Medioeval. Es decir, como una sustancia indivisa de naturaleza “racional”.

El cambio de visión sobre la estructura existencial del ser humano es un hecho histórico decisivo para el inicio de un proceso de revisión y replanteo de los supuestos del Derecho y, por consiguiente, de toda la institucionalidad jurídica. Este proceso se consolida con los valiosos aportes de la escuela de la filosofía de la existencia en la segunda mitad del siglo pasado. En la actualidad podemos percibir sus primeros frutos, al comprobar que la estructura de varias instituciones jurídicas ha sido replanteada, asumiendo para esta ineludible tarea los nuevos supuestos que las sustentan con la finalidad de comprenderlas en toda su real dimensión.

El proceso de “redescubrimiento” del ser mismo del hombre se inicia en el siglo XIX y continúa en nuestros días sin que podamos vislumbrar cuándo alcanzará su plenitud. Utilizamos el término “redescubrimiento” pues fue el cristianismo el que puso de manifiesto lo que llamó el “libre albedrío”. Este sustantivo aporte no trascendió de inmediato a la Filosofía. Hubo que esperar que los pensadores, a través del tiempo, fueran intuyendo, primero, lo que significaba la *libertad* para, luego, comprender que se trataba nada menos que del *ser* del hombre.

En los siguientes párrafos intentaremos evidenciar algunos de los momentos más significativos dentro del proceso de descubrimiento de la libertad, con el propósito de mostrar cómo la nueva concepción del ser humano, tal como se ha anotado, trasciende a las ciencias humanas. En lo que concierne al Derecho, encontramos en dicho descubrimiento el firme punto de partida para el cambio radical que se aprecia en sus

supuestos y, por ende, en la institucionalidad jurídica, la que ha tenido, con la lentitud propia de este proceso, que empezar a adecuarse a tales supuestos.

El poner de manifiesto la estructura existencial del hombre, tal como se concibe en la actualidad, permitirá comprender cuál es la constitución misma del “sujeto de derecho”. Ello permitirá conocer, con la mayor aproximación posible, la realidad del ente *ser humano* que, designado como *persona* por el Derecho<sup>2</sup>, es aquel que se protege jurídicamente a través del aparato normativo axiológicamente sustentado.

Aproximarse al conocimiento del ser humano es, pues, esencial para saber - con la mayor exactitud a la que se pueda llegar en consonancia con los aportes de la Filosofía y la Ciencia de nuestros días - cuál es su estructura existencial. Este saber resulta previo y fundamental para el Derecho, ya que cualquier dubitación o desconocimiento en tan capital asunto no permitirá que la disciplina jurídica posea claridad sobre qué tipo de ente es el que debe protegerse. Si ello sucediese, tampoco se podrá determinar dónde y cómo se causa daño al “sujeto de derecho” y, de haber ello acontecido, cómo y en qué forma se deben reparar las consecuencias del acto dañino. Lo expuesto nos mueve a preguntarnos ¿cómo es posible proteger lo que se desconoce o se conoce insuficientemente?

Lo brevemente expresado en el párrafo anterior nos muestra la importancia que reviste para el Derecho conocer la realidad del ente que debe proteger de cualquier eventual daño con el propósito de lograr el cumplimiento de su razón de ser. Al respecto, Zubiri expresa que: “Toda *ciencia*, lo mismo la Historia que la Física o que la Teología (y asimismo toda actitud vital natural), se refiere siempre a un objeto más o menos determinado con el que el hombre se ha encontrado *ya*”. Y, agrega, que: “Todo titubeo en este punto es signo inequívoco de imperfección”<sup>3</sup>. De ahí la necesidad e importancia que reviste para el Derecho conocer la estructura del ente que es sujeto-objeto materia de su finalidad protectora. El hallar claridad en este objetivo ha de suponer, por consiguiente, que el Derecho se encuentra en camino de su perfección como ciencia humana. O, en nuestra opinión, que ya la alcanzó - al menos a la altura de nuestro tiempo - al precisar que el objeto de su estudio y protección es el *ser humano*, entendido éste como “*una unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad*”.

---

<sup>2</sup> Sobre el tema cfr. Fernández Sessarego, Carlos, ¿ *Qué es ser “persona” para el Derecho ?*, en “Derecho PUC”, N° 54, revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, diciembre del 2001 y en “Derecho Privado”, Libro Homenaje a Alberto J. Bueres, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2001. Además, del autor cfr. *Persona, personalidad, capacidad, sujeto de derecho: un reiterado y necesario deslinde en el umbral del siglo XXI*, en “Revista Jurídica”, Año LI, N° 28, Trujillo, noviembre del 2001.

<sup>3</sup> Zubiri, Xavier, *Naturaleza, Historia, Dios*, Editorial Poblet, Buenos Aires, 1948, pág. 135.

La breve exposición histórica a la que nos abocaremos en las páginas siguientes nos mostrará cómo se ha desplegado, a través del tiempo, el proceso de conocimiento de la calidad ontológica del ente que actúa como “sujeto de derecho”. Como resultado de esta búsqueda se puede afirmar, como se ha anotado, que a la altura del momento histórico en que vivimos, dicho ente no es otro que el *ser humano*. Este precioso hallazgo, que de la Filosofía pasa al Derecho, permitirá apreciar cómo, en última instancia, la finalidad del Derecho al proteger a su “sujeto-objeto” no es otra que la de lograr el que cada ser humano pueda realizar su personal “proyecto de vida” dentro del bien común.

Por lo expuesto, es conveniente que al referirse al Derecho no se pierda de vista que fue creado por la comunidad humana para promover y proteger la libertad de cada cual, para lo que es necesario, hasta donde ello es posible, eliminar los obstáculos de todo orden que impidan la realización del personal “proyecto de vida”<sup>4</sup>. De ahí que el núcleo de la protección jurídica se centre en el *ser* mismo del hombre, es decir, en su *libertad ontológica* y en los actos o conductas que se derivan de su decisión y que deban cumplirse en el mundo exterior. Es decir, en la libertad fenoménica, la que se concreta en el *proyecto de vida*.

La libertad que protege el Derecho - que hace posible que el ser humano viva su vida según un sentido valioso - es tanto la libertad ontológica, es decir, su propio ser, como la exteriorización de esta libertad en el mundo circundante. La libertad, que es una, tiene, por lo expuesto, dos instancias: la ontológica, que es pura decisión subjetiva, y su aparición fenoménica mediante actos, conductas o comportamientos que la convierten en realidad y que se manifiesta en el “proyecto de vida”. La protección de la libertad ontológica se confunde con la de la vida que ella sustenta y concluye con la muerte de la persona. La libertad fenoménica o “proyecto de vida” es también objeto de privilegiada protección jurídica frente a toda amenaza o daño que pretenda menoscabarlo, retardarlo o frustrarlo, parcial o totalmente.

No resultaba comprensible, después de lo anteriormente expresado, que el Derecho titubeara en precisar sobre cuál es el objeto de su estudio<sup>5</sup> y, consiguientemente, se

---

<sup>4</sup> En orden al deber del Estado y de la sociedad de remover los obstáculos que impiden el desenvolvimiento del “proyecto de vida” es de interés glosar el segundo párrafo del artículo 4° de la Constitución italiana de 1947 que prescribe que: “Es deber de la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del País”.

<sup>5</sup> El titubeo se despliega por siglos al no saberse, a ciencia cierta, cuál era el objeto de estudio del Derecho, es decir, si lo constituían las normas, los valores o las conductas intersubjetivas. Este titubeo concluyó cuando la teoría tridimensional del Derecho precisó que el objeto de estudio de la disciplina jurídica era la interacción de aquellos tres objetos. Es decir, que el concepto “derecho” no se reducía a ninguno de ellos pero que, al mismo tiempo, tampoco podía faltar alguno de ellos para lograr tal propósito. De ahí que el concepto “derecho” surge de la interacción, de suyo dinámica, de dichos tres elementos.

mantuviera en la penumbra en lo que concierne a saber *cuál es la estructura existencial* del ente que debe proteger normativamente según un criterio axiológico. Los jusfilósofos no lograron ponerse de acuerdo en este punto ni obtener, por ello, una respuesta única y satisfactoria, por lo que, como resultado de este histórico desencuentro, los que se iniciaban en la disciplina jurídica ignoraban, a ciencia cierta, cuál era el objeto de estudio del Derecho y cuál la naturaleza del ente a proteger mediante su aparato normativo.

Cabe, por ello, preguntarse si es dable imaginar que se pueda proteger adecuadamente un ente cuya estructura se desconoce, o se conoce muy limitadamente o se tiene de ella una incorrecta visión. Superar la penumbra en la que estaba sumida la disciplina jurídica - así como las demás ciencias humanas - ha sido el básico aporte de la Filosofía, principalmente en el tramo comprendido entre el siglo XIX y nuestros días. En este sentido, tal como está dicho, el rol de la Antropología Filosófica ha sido decisivo en el radical cambio experimentado por el Derecho al ofrecernos una nueva concepción del ser humano, al mostrarnos que el hombre no se reducía a ser un "animal racional" sino que es una unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad. Libertad que lo hace un ser espiritual, sin que ello suponga renegar de lo que de naturaleza tiene el hombre.

### **3.- ¿En qué consiste el cambio que se advierte en el Derecho?**

Como se podrá apreciar más extensamente en el curso de este trabajo, el cambio experimentado por el Derecho consiste, básicamente, en aproximarse, hasta donde ello es posible, al conocimiento de la estructura existencial del ente al cuál debe proteger, de la mejor manera posible, de cualquier amenaza o daño o impedimento que pueda preverse o presentarse en el cumplimiento de sus fines. En otros términos, el Derecho no debe tener duda alguna sobre cuál es su objeto de estudio así como sobre cuál es la estructura existencial del ente a proteger. Sobre la base de este conocimiento, es recién posible saber dónde y cómo se cumple esta finalidad protectora así como determinar los criterios y las técnicas a emplearse en la reparación de las consecuencias de los daños que pueda causársele. Los criterios y las técnicas de reparación de las consecuencias de los daños inferidos al *ser humano* son aquellos exigidos por la propia naturaleza del ente a ser protegido. Cada ente exige una forma y un modo peculiar para su protección frente a cualquier daño. Por ello, no es lo mismo proteger a un ser libertad, coexistencial y temporal que a un ente inanimado, completo, acabado.

El poseer un mejor o más preciso conocimiento de la calidad ontológica del mencionado ente, que no es otro que el ser humano - o persona para el Derecho -, supone tener plena conciencia que de dicha calidad ontológica deriva su inherente dignidad. A partir de esta iluminante comprobación se sabe que la persona es un fin en sí misma, en cuanto se trata de un ser libertad, y que, por ello, también es idéntica a sí misma. Es decir, única, singular, irrepitible.

Lo sucintamente expuesto en precedencia permite comprender, en todo su profundo significado, el contenido del artículo 1° de la Constitución peruana de 1979 cuando enuncia que la persona humana “es el fin supremo de la sociedad y del Estado”, por lo que “todos tienen la obligación de respetarla y protegerla”. El respeto que reclama la indicada norma jurídica se desprende, precisamente, de la inherente dignidad de la persona humana. La obligación de protegerla corresponde a la sociedad y al Estado, a través tanto de la aplicación del axioma jurídico fundamental como de los principios generales y del ordenamiento jurídico positivo nacional. La protección de la persona humana debe enmarcarse dentro del bien común en tanto es un ser coexistencial, estructuralmente social.

De lo expuesto en el párrafo anterior se deriva que la persona humana es un fin en sí misma y no un mero instrumento. En esto radica la diferencia sustancial entre el ser humano y el patrimonio, el que se constituye como un indispensable instrumento a su servicio. Esta revalorización de la persona ha cambiado la concepción del Derecho que no se reduce únicamente a un conjunto de normas o de valores, sino que tiene como su centro y eje al ser humano, que vivencia valores y crea normas jurídicas destinadas a su protección dentro de la vida social. Cualquier otra fórmula para tratar de comprender lo jurídico carecería de sentido, sobre todo si se pretendiese desalojar a la persona de este preeminente jerárquico sitio.

#### **4.- El salto de calidad en la Medicina**

El anunciado salto de calidad que experimenta el Derecho a partir de la segunda mitad del siglo XX no es exclusivo de esta disciplina sino que se extiende, como se ha anotado, a todas aquellas otras que se ocupan y preocupan por el ser humano. Ello acontece, por ejemplo, en la Medicina. La óptica de los médicos sobre el ser humano ha generado, a través del tiempo, significativos e importantes cambios. Ello se puede verificar históricamente al observar las variaciones que históricamente se aprecian en cuanto a la actitud de los facultativos frente a sus pacientes. Hace ya varias décadas, el médico solo se interesaba por la dimensión somática del hombre. Curaba, o intentaba hacerlo, las enfermedades o dolencias estrictamente corporales. Ignoraba la estructura psíquica y, por cierto, la libertad inherente a la persona.

En la década de los años cuarenta observamos, con mucha atención, cómo en el Perú la actitud del médico variaba pues no solo atendía lo estrictamente somático o corporal, en sentido estricto, sino que en su acción terapéutica consideraba al hombre como una “unidad inescindible de carácter psicosomático”. Lo psíquico había sido puesto de manifiesto como resultado de la nueva concepción del ser humano<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> En la segunda mitad de la década de los años cuarenta tuvimos oportunidad de asistir a algunas conferencias dictadas por el psiquiatra Carlos Alberto Seguí, quien fue el introductor de la medicina psicosomática en el Perú. El tema nos atrajo por su novedad y pertinencia, por lo cual logramos el que nuestra promoción de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, cuando cursábamos en 1949 el quinto y último año de

El proceso de cambios en la Medicina culmina prácticamente en nuestros días cuando el médico, además de tratar al ser humano como una unidad psicosomática, lo considera también como un ente cuyo ser es libertad. A partir de este “descubrimiento” es que surge el deber, ético y jurídico, de informar a su paciente sobre el diagnóstico y el pronóstico de su enfermedad así como sobre las alternativas terapéuticas para la curación de las dolencias que lo aquejan. De ahí que, desde hace poco tiempo, el llamado “consentimiento informado” ha ingresado tanto a los Códigos de Ética de los Colegios Médicos como a la legislación reguladora de la salud y de las relaciones médico-paciente.

Este radical cambio en la actitud de los médicos frente a sus pacientes, que ha sido generado por la nueva concepción del ser humano, se advierte tanto en la Medicina como en el Derecho. Pero dicho cambio de actitud no se limita a estas dos disciplinas, que centran su atención en el ser humano integral, sino que se extiende, como se ha apuntado, a todas las demás ciencias humanas desde la Filosofía hasta la Teología. De ahí que es posible atreverse a pronosticar, aunque tímidamente, que se está iniciando un nuevo Renacimiento a partir de una histórica revalorización del ser humano.

## **5.- El proceso evolutivo de la nueva concepción del ser humano y del Derecho: de Boecio a la filosofía de los valores**

### **5.1.- El cristianismo y el revolucionario “libre albedrío”**

La natural interrogante que surge frente a las aseveraciones antes formuladas obliga a indagar sobre cuándo y por qué se produce dicho quiebre histórico. Al respecto, y como lo tenemos expresado en diversas sedes, el proceso de evolución del pensamiento sobre qué es el Derecho encuentra sus lejanas raíces en la revolucionaria visión del hombre que alumbró el cristianismo. Se trata de un ser humano que tiene que salvarse o perderse, que tiene que escoger, preferir, valorar, para decidir entre la virtud y el pecado. Esta función es solo capaz de realizarla un ente cuyo ser es libertad. Por ello, el cristianismo comportó una inédita concepción del ser humano al considerarlo como un ser dotado de libre albedrío. No obstante el radical aporte que significó esta inédita y revolucionaria concepción del ser humano, ella no trascendió, como debía, al nivel filosófico. Quedó casi circunscrita al ámbito religioso.

---

estudios, lo invitara para dictar un cursillo en el que aplicara los nuevos conocimientos al ámbito penal. En una de las clases le preguntamos sobre el lugar que ocupaba en su esquema la libertad. El profesor nos respondió diciendo que lo de la libertad era un tema de carácter filosófico, extraño a la Medicina. Relato esta anécdota porque, uno o dos años después del dictado del mencionado curso, volví a escuchar al maestro Seguín y, con gran sorpresa y alegría, percibí que el tema de la libertad había ingresado dentro de su esquema sobre el conocimiento del paciente.



## 5.2.- El pensamiento Medioeval: Boecio y Santo Tomás

Hubo que aguardar varios siglos para superar las insuficientes concepciones del hombre, gestadas principalmente en la Edad Media y cuyo más conocido divulgador en el siglo VI d.C. fue Anicio Severino Boecio, predecesor de Santo Tomás de Aquino. Ambos, al referirse al hombre, lo consideran como un “individuo de naturaleza racional”. Para el Aquinatense son tres los caracteres esenciales que pertenecen al *ser* persona: la substancia, la individualidad y la razón. La substancia tiene dos propiedades: el que la persona existe en sí misma y no requiere, por consiguiente, de fundamento extrínseco. En segundo término, la substancia sirve de fundamento a los accidentes<sup>7</sup>.

De conformidad con el pensamiento de los filósofos antes mencionados lo que diferencia al ser humano de los demás entes sería la *razón*.

## 5.3.- El aporte kantiano

Dentro del proceso evolutivo sobre la naturaleza del ser humano, corresponde a Kant en su “Crítica de la Razón Práctica” el haber puesto de manifiesto que la persona es “*libertad* en independencia del mecanismo de toda naturaleza”, que constituye un fin en sí misma, lo que le otorga rango y dignidad. Kant distingue entre la libertad interna y la externa. La interna es el fundamento de la moral, ya que ella consiste en la autonomía de la razón. La libertad externa es un efecto o consecuencia de la primera y constituye el objeto propio e inmediato del Derecho.

El Derecho, dentro del pensamiento kantiano, surge como un conjunto de condiciones por medio de las cuales el arbitrio de uno puede armonizar con el de otros según una ley general de libertad. En los “Principios Metafísicos del Derecho” el filósofo expresa que la persona “obra exteriormente de modo que el libre uso de tu arbitrio pueda conciliarse con la libertad de todos según una ley universal”. El mencionado conjunto de condiciones tiene su principio *a priori* en la razón, ajenas a todo contenido material.

## 5.4.- Los hallazgos de Fichte

Recaséns Siches considera que con Fichte el tema de la persona ofrece un “avance superlativo”. Al respecto expresa que su “pensamiento sobre la persona es de tal genialidad, que bien pudiéramos considerarlo como formidable anticipo de las ideas de nuestro tiempo”<sup>8</sup>. Para Fichte, la persona consiste en ser “*libertad que se propone fines*”. Consecuente con esta extraordinaria intuición, expresa que “yo no soy un ser ya hecho, sino soy aquel que en mí mismo hago; soy un devenir orientado hacia mi tarea”.

---

<sup>7</sup> Cfr. Fernández Sessarego, Carlos, *La noción jurídica de persona*, primera edición, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1962, pág. 31 y sgt.

<sup>8</sup> Recaséns Siches, Luis, *Filosofía del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 1959, pág. 247.

El planteamiento de Fichte sobre el ser del hombre es, en efecto, un claro anticipo de los desarrollos que sobre el tema nos ofrecerá, en la segunda mitad del siglo XX, la filosofía de la existencia no solo al afirmar que la *libertad* se constituye en el ser de la persona, sino en cuanto a precisar que ella se propone fines, los mismos que, a su vez, se sustentan en los valores. Finalmente, Fichte hace una clara referencia a la temporalidad del ser humano cuando anota que éste no es algo hecho o acabado sino que se va haciendo en el devenir.

### 5.5.- La filosofía de los valores

La denominada escuela de Baden, cuyos máximos exponentes son Windelband y Rickert, centra su concepción del hombre y del mundo en torno a la cultura en su desarrollo histórico.

Max Scheler se constituye como uno de los más connotados representantes de la escuela de la filosofía de los valores. Para Scheler, la persona es el centro del espíritu, y éste es “su independencia, *libertad* o autonomía esencial - o la del centro de su existencia - frente a los lazos y a la presión de lo orgánico, de la vida, de todo lo que pertenece a la vida y, por ende, también de la inteligencia impulsiva propia de ésta”. El ser espiritual “no está vinculado a sus impulsos, ni al mundo circundante, sino que es libre frente al mundo circundante, está abierto al mundo, según expresión que nos place usar”<sup>9</sup>.

En su “Ética”, Scheler confirma esta concepción del ser de la persona al expresar que ésta no es un sujeto exclusivamente lógico de actos racionales ni de actos de voluntad, sino que ella es la realidad en la cual tienen cumplimiento tales actos<sup>10</sup>.

De lo expuesto emerge que para Scheler la libertad es el centro del ser espiritual, es decir, el ser mismo del hombre, en el que se sustentan la vida misma, lo orgánico y lo psíquico.

Según Nicolai Hartmann, otro de los más notorios exponentes de la escuela de la filosofía de los valores, el ser de la persona es espiritual, distinguiéndose de lo anímico que corresponde al nivel de la conciencia. El ser espiritual es real, individual, posee existencia y es temporalidad, el mismo que se despliega en un proceso de autocreación o autoconstitución. Este ser que se autocrea es libre, libertad que trasciende en sus actos<sup>11</sup>.

### 6.- Kierkegaard, el precursor

---

<sup>9</sup> Scheler, Max, *El puesto del hombre en el cosmos*, Losada, Buenos Aires, 1943, pág. 64.

<sup>10</sup> Scheler, Max, *Ética*, Revista de Occidente, Madrid, 1941.

<sup>11</sup> Cfr. Hartmann, Nicolai, *Ontología*, Fondo de Cultura Económica, México, 1955.

El movimiento precursor en torno a una nueva concepción de la estructura existencial del ser humano alcanza un hito importante en el pensamiento de Sören Kierkegaard. Puede sostenerse que sus hallazgos constituyen un firme antecedente de los aportes de la escuela de la filosofía de la existencia, aproximadamente setenta y cinco años después de escrita su obra.

El propósito de Kierkegaard al escribir en 1844 *El concepto de la angustia* no fue, precisamente, reflexionar sobre la naturaleza de la persona humana sino, como lo deja anotado en el subtítulo de dicha obra, consistió tan solo en realizar una “simple investigación psicológica orientada hacia el problema dogmático del pecado original”. En esta búsqueda, como no podía ser de otra manera, se tropieza con el ser mismo del hombre. Es decir, con la libertad.

El pensador danés, en el pórtico del Capítulo II del citado libro, sostiene, con razón, que en los dos capítulos anteriores “se ha confirmado a cada paso que el hombre es una síntesis de alma y cuerpo, constituida y sustentada por el espíritu”<sup>12</sup>. Traducida esta descripción del ser humano a un lenguaje contemporáneo podemos afirmar que Kierkegaard se adelantó a su tiempo. En efecto, lo que designa como “alma” equivale a la “psique” que, con el cuerpo o soma, constituye una unidad. El espíritu es posible en tanto el ser humano es libertad. Ésta, al tener que proyectar la vida, debe elegir, lo que supone preferir un destino frente a otro. Para preferir, el hombre requiere de la necesaria orientación axiológica. Se prefiere según los valores que, para cada ser humano, constituyen los más dignos de ser “vividos”.

La libertad, que es pura decisión o proyecto, no siempre se cumple en la realidad de la vida. Se puede frustrar o alcanzarse parcialmente. Ser libre no asegura la necesaria realización del proyecto. De ahí que Kierkegaard manifieste que la libertad no es “alcanzar esto y aquello en el mundo, de llegar a ser rey y a emperador y a vocero de la actualidad, sino la libertad de tener en sí mismo conciencia de que él hoy es libertad”<sup>13</sup>.

## **7.- La escuela de la filosofía de la existencia**

### **7.1.- El ser humano como libertad**

Corresponde a la escuela de la filosofía de la existencia el haber consolidado la línea de pensamiento, forjada por sus predecesores antes señalados, en el sentido que el ser del hombre es *libertad*. Consideramos que éste constituye el hallazgo más importante de los filósofos que se agrupan en dicha escuela, la misma que florece en la primera mitad del siglo XX. Cabe recordar los nombres de Marcel, Sartre, Jaspers, Heidegger, Zubiri y, más tarde, Mounier y Ortega y Gasset, para citar a los más conocidos. Más allá de sus discrepancias, sobre todo las tocantes al destino final del

<sup>12</sup> Kierkegaard, Sören, *El concepto de la angustia*, segunda edición, Espasa-Calpe, Buenos Aires, 1943, pág.89.

<sup>13</sup> Kierkegaard, Sören, *El concepto de la angustia*, ob. cit., pág. 118.

hombre o las discusiones que se suscitan sobre si la existencia precede a la esencia o al revés, a las que podemos o no adherir, existe una concepción común como es la anteriormente señalada, es decir, que el ser del hombre es *libertad*.

Así, Xavier Zubiri expresa que “la libertad es la implantación del hombre en el ser como persona”<sup>14</sup>. Reafirmando su aserto sobre la naturaleza del ser humano manifiesta que “la condición ontológica de su ser es lo que llamamos libertad. La libertad es la condición ontológica de quien existe desde el “ser”. Y agrega, “no quiere esto decir que todos los *actos* del hombre sean libres, sino que el *hombre* es libre”<sup>15</sup>. Sartre apunta, por su parte, que “la libertad no es un ser: es el ser del hombre”<sup>16</sup>. Y agrega, para aclarar su expresión, que la libertad “no es una cualidad sobreagregada o una *propiedad* de mi naturaleza; es muy exactamente la tela de mi ser”<sup>17</sup>.

La libertad en que consiste el ser humano, siguiendo en este caso las enseñanzas de Kant, tiene dos momentos sin que ello signifique atentar contra su unidad. El primero de ellos es interno o subjetivo y es el que se refiere a la libertad ontológica, que se traduce en proyectos o decisiones. El segundo, es decir el externo, es la realización fenoménica de tales proyectos o decisiones, los que finalmente se concretan en el singular y único “proyecto de vida” de cada persona. Es esta la libertad que protege el Derecho, pues la ontológica está asociada a la vida misma, la que solo se pierde con la muerte. Por ello, al proteger la vida, el Derecho protege su libertad ontológica.

En el sentido antes indicado, Carlos Cossio sintetiza con la brillantez que lo caracteriza la doble faz de la libertad cuando expresa con absoluta claridad que la persona humana “no puede ser ontológicamente separada ni de su libertad ni de sus actos; ni viceversa, porque no se trata de la libertad metafísica de un trasmundo, sino de la libertad metafísica que se fenomenaliza en la conducta; y porque un acto humano privado de su referencia a la libertad, sería un hecho de la Naturaleza, y tampoco es de eso de lo que se trata”. Y precisa, refiriéndose a la libertad, que “con los actos que ella realiza, la libertad trasciende desde el hombre hacia el mundo en una tríada que es una unidad porque no deja de ser libertad”<sup>18</sup>.

La libertad está condicionada tanto por su unidad psicosomática como por el mundo circundante, por los “otros” y por las opciones que le ofrece su medio, su “circunstancia”, al decir de Ortega y Gasset. Por ello, las decisiones auténticamente libres, que superan dichos condicionamiento, son nulas o escasas en la existencia. En

---

<sup>14</sup> Zubiri, Xavier, *Naturaleza, Historia, Dios*, ob. cit., pág. 2.

<sup>15</sup> Zubiri, Xavier, *Naturaleza, Historia, Dios*, ob. cit., pág. 343.

<sup>16</sup> Sartre, Jean Paul, *El ser y la nada*, Tomo III, Editorial Ibero-Americana, Buenos Aires, 1949, pág. 20.

<sup>17</sup> Sartre, Jean Paul, *El ser y la nada*, Tomo II, ob. cit., pág. 18,

<sup>18</sup> Cossio, Carlos, *La Teoría Ecológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*, segunda edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1944, pág. 480.

este sentido Marcel señala “que no puede hablarse de libertad más que en el caso en que esté en juego algo de real importancia”<sup>19</sup>.

Ello no significa, sin embargo y como señala Sartre, “que no se podrá encontrar en mi libertad otros límites que ella misma; o, si se prefiere, que no somos libres de dejar de ser libres”<sup>20</sup>. El propio filósofo nos dice que “será necesario, además, precisar contra el sentido común, que la fórmula “ser libre” no significa “obtener lo que se quiera”, sino “determinarse a querer (en su sentido amplio de elegir) por sí mismo”. Y, añade, que “el éxito no interesa en ningún modo a la libertad”<sup>21</sup>.

Sartre, en otros párrafos de su obra capital *El ser y la nada*, insiste en que los condicionamientos de la libertad no la anulan, pues el ser humano no puede negar su propio ser. Así, manifiesta que “la libertad es libertad de elegir, pero no libertad de no elegir: No elegir, en efecto, es elegir no elegir. Resulta de eso que la elección es fundamento del ser-elegido, pero no fundamento del elegir”<sup>22</sup>. En relación con lo expresado señala que, “de hecho, somos una libertad que elige, pero no elegimos ser libres: nosotros estamos condenados a la libertad...”<sup>23</sup>.

Dentro de la misma línea de pensamiento, Mounier nos dice que si bien la libertad “es afirmación absoluta, nada podría limitarla ; es total y sin límites”, ella “no se gana contra los determinismos naturales, se conquista sobre ellos, pero con ellos”. Al referirse a los condicionamientos a que está sujeta la libertad expresa que “hay en mi libertad misma un peso múltiple que viene de mi mismo, de mi ser particular que la limita y el que le llega del mundo; de las necesidades que la constriñen y de los valores que la urgen”<sup>24</sup>.

## 7.2.- La estructura coexistencial del ser humano

Un aporte fundamental de la escuela de la filosofía de la existencia es el considerar que el ser humano, aparte de ser libertad, es estructuralmente coexistencial o social. De ahí que Zubiri pueda afirmar, con razón, que “existir es existir “con” - con cosas, con otros, con nosotros mismos - . Este “con” pertenece al ser mismo del hombre: no es un añadido suyo”<sup>25</sup>. Heidegger, refiriéndose a la dimensión coexistencial del ser humano, expresa “que es inherente al ser del “ser ahí” el irle en su ser mismo el “ser con” otros”<sup>26</sup>.

---

<sup>19</sup> Marcel, Gabriel, *El misterio del ser*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1953, pág. 298.

<sup>20</sup> Sartre, Jean Paul, *El ser y la nada*, Tomo III, ob. cit., pág. 19.

<sup>21</sup> Sartre, Jean Paul, *El ser y la nada*, Tomo III, ob. cit., pág. 82.

<sup>22</sup> Sartre, Jean Paul, *El ser y la nada*, Tomo III, ob. cit., pág. 79.

<sup>23</sup> Sartre, Jean Paul, *El ser y la nada*, Tomo III, ob. cit., pág. 84.

<sup>24</sup> Mounier, Emmanuel, *El personalismo*, Editorial Eudeba, Buenos Aires 1962, pág. 36.

<sup>25</sup> Zubiri, Xavier, *Naturaleza, Historia, Dios*, ob. cit., pág. 373.

<sup>26</sup> Heidegger, Martín, *El ser y el tiempo*, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1951, pág. 143.

### 7.3.- La estructura temporal del ser humano

Los integrantes de la escuela de la filosofía de la existencia están también acordes en cuanto a la temporalidad estructural del ser humano. Se trata de un tiempo existencial dentro del tiempo cósmico. Como refiere Zubiri, el tiempo “no es pura sucesión, sino un ingrediente de la constitución misma del espíritu”<sup>27</sup>. Al respecto agrega que “el presente está virtualmente precontenido en el pasado, y el futuro en el presente, al modo como el árbol está precontenido en la semilla, o una verdad científica en las premisas de un razonamiento”<sup>28</sup>.

El tiempo ha sido una de las más inquietantes preocupaciones de los pensadores de todos los tiempos, desde Plotino, pasando por San Agustín y llegando hasta Heidegger. El eximio justilósofo que fue Carlos Cossio, al referirse al tiempo existencial inmanente a la libertad, expresa “que en el tiempo existencial, pasado, presente y futuro crecen juntos; que el presente puede convocar al pasado y al futuro reteniéndolos en presencia a pesar de haber ya transcurrido o de haber llegado aún, en forma tal que cualquier momento presente contine en sí algo de pasado que sobrevive y algo de futuro que se anticipa, ...”<sup>29</sup>.

### 7.4.- La angustia como patencia de la libertad

Finalmente, la mayoría de los filósofos antes mencionados, siguiendo las huellas de Kierkegaard, encuentran en la angustia el extraordinario momento en que el ser humano descubre su libertad. Para el filósofo danés la angustia es “el vértigo de la libertad”. En la angustia el ser humano se enfrenta a su responsabilidad de decidir, por sí mismo, un asunto de trascendental importancia para su vida. Es, por ello, que puede decir que “cuanto más hondamente se angustia tanto más grande es el hombre”<sup>30</sup>.

La citada afirmación del filósofo danés, por su trascendencia en el “descubrimiento” de nuestra libertad, se encuentra en el pórtico de la que fuera nuestra tesis de Bachiller en Derecho, titulada *Bosquejo para una determinación ontológica del Derecho*, que se presentara ante la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima en el año de 1950. El escogimiento de este pensamiento de Kierkegaard se debió al impacto que nos causó al intuir que era el único camino para experimentar, en un extraordinario y trascendental momento de nuestra vida, nuestro propio ser. El mencionado trabajo tuvo un singular destino pues fue publicado treinta y siete años después, por iniciativa de los profesores David Sobrevilla y Domingo García

<sup>27</sup> Zubiri, Xavier, *Naturaleza, Historia, Dios*, ob. cit., pág. 334.

<sup>28</sup> Zubiri, Xavier, *Naturaleza, Historia, Dios*, ob. cit., pág. 235.

<sup>29</sup> Cossio, Carlos, *La Teoría Ecológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*. ob. cit., pág. 237.

<sup>30</sup> Kierkegaard, Sören, *El concepto de la angustia*, ob. cit., pág. 169.

Belaunde, con el nombre de *El derecho como libertad*<sup>31</sup>, quienes le dedican sendos trabajos introductorios justificando su tardía publicación, su vigencia así como sus alcances.

La angustia, a la que se refieren también en su momento Heidegger y Sartre, es más que un estado psicossomático: es la profunda y rara patencia de la libertad. En este sentido Kierkegaard aclara que “los hombres en general lo toman, refiriendo la angustia a algo externo que se acerca desde fuera al hombre”, cuando su sentido es “que el hombre mismo produce angustia”<sup>32</sup>. En la angustia se desvela nuestro ser.

Es la persona, en expresión de Mounier, la que se “hace libre, después de haber elegido ser libre. En ninguna parte se encuentra la libertad dada y constituida. Nada en el mundo le asegura que ella es libre si no penetra audazmente en la experiencia de la libertad”<sup>33</sup>. La libertad se descubre en la experiencia personal y, como dice el propio autor francés, “se le capta desde dentro y de raíz, surgiendo con ella”<sup>34</sup>.

La libertad propia y la del “otro” las descubro por sus actos o conductas. El acto es la expresión exterior o fenoménica de la libertad. En palabras de Sartre, “soy un existente que *descubre* su libertad por sus actos; pero soy también un existente cuya existencia individual y única se temporaliza como libertad”<sup>35</sup>.

### **7.5.- El ser humano como unidad psicossomática constituida y sustentada en la libertad**

La concepción sobre la estructura existencial del ser humano que nos ofrece la escuela que venimos tratando -que se inserta en la línea del pensamiento que, a partir del cristianismo, pasa, entre otros, por Kant, Fichte, Kierkegaard, Scheler- es la de una *unidad psicossomática, constituida y sustentada en su libertad*, de la cual emerge el *ser espiritual* que distingue al hombre de los demás entes del mundo.

En la primera mitad del siglo XX se consolida la nueva concepción del ser humano como la de un ser libertad, que es estructuralmente coexistencial y temporal. Se trata de una libertad que se despliega temporalmente con los otros seres en sociedad.

### **8.- La dignidad del ser humano**

El breve recuento histórico realizado en precedencia nos permite comprender cómo y cuándo se ha producido el histórico decisivo aporte en relación con la calidad

<sup>31</sup> El libro *El derecho como libertad* fue editado en Lima, en 1987, por la Editorial “Studium”. La segunda edición lo fue por la Universidad de Lima en 1994.

<sup>32</sup> Kierkegaard, Sören, *El concepto de la angustia*, ob. cit., pág. 169.

<sup>33</sup> Mounier, Emmanuel, ob. cit., pág. 36.

<sup>34</sup> Mounier, Emmanuel, ob. cit., pág. 36.

<sup>35</sup> Sartre, Jean Paul, *El ser y la nada*, Tomo III, ob. cit., pág. 18.

ontológica del hombre como un ser *libertad*, estructuralmente *coexistencial* y *temporal*. Este descubrimiento, como se ha apuntado, obliga a las ciencias humanas a un replanteo de sus supuestos. Ellas se encuentran frente a una inédita imagen del hombre el cual, sin dejar de ser un animal mamífero evolucionado, es un ser espiritual.

El mensaje de la Antropología Filosófica, antes referido, es recepcionado por las ciencias humanas y, en especial, por el Derecho. Ello, como se ha señalado, provoca un vuelco revolucionario en la concepción de la disciplina jurídica que “redescubre” que el ser humano es su privilegiado centro de atención. La persona humana se convierte en el eje del Derecho. Pero, ya no se trata del hombre cuyo ser es la *razón* sino que él es la *libertad*. Este hecho, como es fácil advertirlo, resulta de tal trascendencia que obliga a los más alertas filósofos del derecho a modificar los supuestos de su disciplina y, por ende, de toda la institucionalidad jurídica.

La revalorización de la persona humana, que se produce en la primera mitad del siglo XX, supone dejar atrás la tradicional concepción del ser humano como la de un animal “racional”. Los aportes de la Antropología Filosófica, que empezaban a llegar a Lima en los tiempos en que cursábamos estudios de humanidades en la ex Facultad de Letras de la Universidad de San Marcos, nos sirvieron de sólido fundamento para empeñarnos, siendo aún estudiantes, en superar el racionalismo que imperaba en las ciencias jurídicas con la finalidad de encontrar, dejando de lado el formalismo reinante, el objeto de estudio del Derecho.

En el prólogo de la tesis de 1950 para optar el grado de Bachiller en Derecho, a la cual nos hemos referido, decíamos que “aspiramos a una superación del racionalismo vacío de humanidad y colocarnos en una postura que muestre a la razón no divorciada ni escindida de la vida sino implantada en ella. Ontológicamente el Derecho no aparecerá como mera conexión formal de conceptos sino como libertad metafísica en su dimensión de coexistencia que es pensada en conceptos adecuados a este objeto existencial”<sup>36</sup>.

En dicho Prólogo expresábamos que la tesis era “el resultado de un pertinaz afán por encontrar una respuesta a la vieja y siempre nueva interrogante por el ser del Derecho; respuesta que, aunque provisional, nos proporcione una visión unitaria de nuestra disciplina a la que ofrendamos cotidianamente nuestros más caros y preciados esfuerzos”. Nuestro esfuerzo, nuestra tremenda necesidad e inquietud por saber a ciencia cierta cuál era el objeto de estudio del Derecho frente a las fragmentarias visiones ofrecidas por aquellos años por el jusnaturalismo, el formalismo y el sociologismo jurídicos, respectivamente, se vieron recompensados por el hallazgo de una respuesta tridimensional a la acuciante interrogante que surgió a partir de nuestros

---

<sup>36</sup> La afirmación la encontramos en la página 4 de la tesis para optar en 1950 el grado de Bachiller en Derecho titulada *Bosquejo para una determinación ontológica del derecho* y que, como está dicho, fue publicada, en su parte medular, en 1987 con el nombre de *El derecho como libertad*.



primeros contactos con la disciplina jurídica en 1945, siendo estudiantes del Primer Año de Derecho de San Marcos.

De no haberse producido el trascendental cambio en cuanto a precisar la calidad ontológica del ser humano, al considerarlo como un *ser libertad*, no se hubiera producido, sin duda, la revalorización de la persona humana y todo lo que de ella deriva. En primer término, de no haberse estimado al ser humano, a cada hombre, como un ser libre e idéntico a sí mismo, es decir único y singular, no se hubiera podido aprehender su inherente *dignidad*. Dignidad que es el fundamento de todos y cada uno de los derechos fundamentales de la persona humana.

Es útil señalar, al respecto, que el artículo 4° de la Constitución peruana de 1979 -y el 3° de la Carta de 1993- enuncia que los derechos reconocidos en el Capítulo I, dedicado a establecer los derechos de la persona, no excluye los demás que la Constitución garantiza, “ni otros de naturaleza análoga o que derivan de la dignidad del hombre, del principio de soberanía del pueblo, del Estado social y democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”. Como se advierte, la dignidad es el fundamento de los derechos de la persona, los cuales merecen protección jurídica aunque no se hallen específicamente tutelados por norma expresa del ordenamiento jurídico. De este modo, la Constitución establece, meridianamente, que la dignidad es la fuente o sustento de los derechos que corresponden al ser humano.

La dignidad del ser humano es la razón de ser de su protección jurídica y del respeto que se merece de parte del Estado y de la sociedad.

### **9.- Un período de transición entre dos épocas**

El Derecho, desde nuestra perspectiva, se encuentra en un momento histórico de transición entre dos épocas. Esta situación es la natural consecuencia de los extraordinarios aportes de la Antropología Filosófica, a la que nos hemos referido en precedencia (ver & 7). El Derecho, anclado aún a algunos de los viejos dogmas del pasado, se halla en un momento de despegue encaminado a sustituir los antiguos supuestos racionalistas, individualistas y patrimonialistas, por una nueva concepción humanista-personalista que coloca a la persona humana, como un ser libertad, en el centro y el eje de su construcción dogmática.

Como se ha anotado en su lugar, una nueva concepción del ser humano y la visión tridimensional del Derecho, obligó a los juristas de vanguardia a asumir estas nuevas realidades y a replantear los supuestos de la disciplina jurídica. Este replanteo, a su vez, tuvo como necesario efecto la revisión paulatina de la institucionalidad jurídica para adecuarla a los nuevos supuestos del Derecho. Es un proceso que recién se ha iniciado, por lo que solo algunas pocas pero importantes instituciones han sido materia de un profundo repensamiento.

Es así que, debido a los nuevos aportes filosóficos, los antiguos supuestos de raíz racionalista, individualista y patrimonialista van siendo relegados - al pausado ritmo de la evolución del pensamiento - a una posición jerárquicamente inferior a la de aquellos de inspiración humanista y personalista que sustentan el Derecho como una disciplina que centra su interés en la protección de un hombre libre, coexistencial y temporal. Esta nueva tendencia desplaza la tutela del Derecho, centrada en un individuo aislado, incomunicado, desconectado de la realidad social, a la de un ser humano coexistencial, es decir, que se realiza necesariamente “con” los otros seres humanos en el seno de la sociedad.

La nueva realidad existencial del hombre que se muestra como un ser *estructuralmente* social, en comunicación con los demás, va desterrando lentamente la noción de derechos “absolutos”, de raíz individualista y patrimonialista. La coexistencialidad estructural del ser humano sustenta la relatividad en cuanto al ejercicio de los derechos subjetivos, los que tienen como límite el derecho de los demás. De ahí que el deber genérico que conlleva todo derecho subjetivo es el de no dañar al “otro”. Todo derecho supone, simultáneamente y además de la presencia del mencionado deber genérico, un conjunto de deberes a cargo de su titular. Del mismo modo, en todo deber subyacen derechos a favor del obligado.

La protección del patrimonio, considerado como un instrumento necesario para la realización de la persona humana, cede su privilegiada posición en favor de la del ser humano, quien pasa a ocupar el centro y el eje del Derecho. Esta tendencia supone, como es natural, un extenso proceso histórico del que no existen certidumbres sobre su momento inicial, así como cuyo desenlace y consolidación, abiertos al futuro, no podemos predecir. No obstante, por la validez de sus fundamentos, nos atrevemos a pronosticar que esta tendencia humanista-personalista se impondrá en un futuro cuyo advenimiento nos resulta incierto en el tiempo.

### **9.1.- Del patrimonialismo al personalismo jurídico**

La nueva concepción del ser humano, a la que venimos refiriéndonos, genera una crisis en el Derecho que cristaliza en una significativa ruptura con ciertos dogmas del pasado, propios de una concepción del hombre sustentada en un cerrado racionalismo individualista y patrimonialista. Se hace evidente, como se ha anotado, el cambio que se produce en los supuestos de la disciplina jurídica al ocupar la persona humana, en cuanto un ser libertad, el centro de su atención, sustituyendo a la propiedad. Ello supone que la tradicional visión patrimonialista del Derecho, que se preocupaba preferentemente de la protección del patrimonio, sufre un notorio vuelco que obliga a un repensamiento y replanteo no solo de dichos supuestos sino de la institucionalidad jurídica. En el pensamiento jurídico contemporáneo los derechos se fundan en la dignidad del hombre. De un hombre libre, coexistencial y temporal.

Mosset Iturraspe, al referirse al cambio operado en el Derecho sostiene, con lucidez, que la aparición y desarrollo de la institución del “daño a la persona” representa un “enfoque

novedoso”, un “cambio revolucionario”. Se trata, nos dice, de una “modificación que dice del humanismo del enfoque actual y de la deshumanización del derecho anterior” ya que, “se ha dicho, con razón, que la preocupación estaba centrada en el patrimonio y no en la persona”. La concepción patrimonialista nos proporcionaba, según dicho autor, una “visión empobrecida, limitada, castrada en muchos aspectos”. En contraposición “la de ahora es una contemplación de la persona, diferente, mucho más enriquecida, ponderada, matizada”<sup>37</sup>.

Considerar el derecho de propiedad como uno de carácter “absoluto, inviolable y sagrado”, como lo enunció en su momento la doctrina francesa y el Código Civil de 1804, es una clara muestra de los extremos a que llegó la tendencia racionalista, individualista y patrimonialista e el cenit de su apogeo histórico<sup>38</sup>.

En conclusión, actualmente se puede afirmar que se ha logrado que se comprenda, por amplios sectores del pensamiento jurídico, que el ser humano es un **fin en sí mismo**, mientras que el patrimonio tiene una función **instrumental** destinada a su servicio. Esta visión humanista constituye el núcleo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la que aparece, asimismo, en el pórtico de las Constituciones contemporáneas.

## 9.2.- Del individualismo a la coexistencialidad

Para la corriente de pensamiento individualista, los derechos subjetivos son “absolutos”, por lo que su ejercicio no reconoce límites. Inclusive, se puede llegar a dañar impunemente a un tercero amparándose en el dogma de que se actuó en ejercicio de un derecho subjetivo. Dentro del ortodoxo pensamiento individualista, el ejercicio de los derechos subjetivos no admite restricciones, desconociéndose, de este modo, el principio que, jurídicamente consagrado en el actualidad, reconoce la existencia de un genérico deber incorporado en todos y cada uno de los derechos subjetivos en el sentido de que, en su ejercicio, el titular de los mismos no debe dañar a los otros.

El extraordinario pensador que es Emmanuel Mounier destaca que el individualismo fue la ideología y la estructura dominante de la sociedad burguesa de los siglos XVIII y XIX, la que construyó la imagen de un “hombre abstracto, sin ataduras, ni comunidades naturales, dios soberano en el corazón de una libertad sin dirección ni medida...”. El filósofo francés, en palabras proféticas, sentencia que es éste “el régimen de

---

<sup>37</sup> Mosset Iturraspe, Jorge, *El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad*, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, N° 1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1992, pág. 11-12.

<sup>38</sup> No obstante, es dable encontrar aún rezagos de esta concepción en algunos ordenamientos jurídicos contemporáneos. Por ejemplo, en la primera oración del artículo 70° de la Constitución peruana de 1993 se enuncia que: “El derecho de propiedad es inviolable”.

civilización que agoniza ante nuestros ojos, uno de los más pobres que haya conocido la historia. Es la antítesis misma del personalismo y su adversario más próximo”<sup>39</sup>.

El cambio que se advierte, en el nivel histórico en el cual nos encontramos, alcanza también a la tradicional visión individualista del Derecho, la que concibe a la persona humana aislada, incomunicada, desconectada del contexto social en el cual ha nacido y despliega su existencia. La estructura coexistencial o social del ser humano descarta la concepción individualista al evidenciar que el individuo no es un ser aislado de los demás sino que, por el contrario, es con ellos con los que convive necesariamente en sociedad y con los cuales realiza su personal “proyecto de vida”. El ser humano participa de la trama social, es parte de ella, por lo que sus derechos no son absolutos ya que, en su ejercicio, debe cuidar de no dañar a los “otros” en cumplimiento de un deber genérico que subyace en todos y cada uno de los derechos subjetivos

### **9.3.- Del unidimensionalismo al tridimensionalismo jurídico**

De otro lado, y tal como se ha señalado, la nueva concepción del ser humano obliga a repensar el problema relativo a saber cuál es el objeto de estudio del Derecho frente a las diversas opciones que nos muestra la historia. Esta búsqueda encuentra su razón de ser en la necesidad de encontrar una respuesta unitaria en cuanto a precisar el objeto de estudio de la disciplina jurídica. Ello, en contraposición con las visiones fragmentarias históricamente ofrecidas por los planteamientos de carácter formalista-positivista, jusnaturalista o sociológico. Cada una de estas propuestas nos brinda una visión parcial de lo que constituye el objeto de estudio de la disciplina jurídica desde que atiende tan solo a una de las dimensiones o elementos del Derecho, olvidando los otros dos que no pueden ser arbitrariamente excluidos si se pretende obtener una visión completa y unitaria de la materia.

El tridimensionalismo jurídico, que aparece en el escenario en los años cincuenta del siglo XX, logra concebir una teoría que nos proporciona una visión unitaria y completa del objeto de estudio del Derecho. Según esta escuela, el objeto en mención es el resultado de la interacción, de suyo dinámica, de vida humana social, valores y normas jurídicas.

La interacción de los tres objetos antes mentados es posible debido a que el ser humano, en cuanto ser libre y proyectivo, es también estimativo. La persona, para realizarse como tal, está condenada a elegir y preferir algunas de las opciones que le ofrece su mundo circundante, su “circunstancia”, para poder elaborar su “proyecto de vida”, trazar su destino en el mundo. Para lograr este propósito, la persona, acudiendo a su sensibilidad, debe valorar aquellas opciones a fin de preferir alguna de ellas en el proceso de su quehacer existencial. Esta capacidad estimativa se complementa con aquella otra que, en virtud de su racionalidad, hace posible que, sobre la base de dicha valoración, pueda elaborar reglas de conducta, normas jurídicas. La persona humana

---

<sup>39</sup> Mounier, Emmanuel, *El personalismo*, Editorial Eudeba, Buenos Aires, 1962, pág. 20.

es así, un ser estimativo, capaz de vivenciar valores así como un ser racional capaz de elaborar normas jurídicas.

### **10.- El Derecho en un período de transición entre dos épocas**

La nueva concepción del Derecho repercute en la institucionalidad jurídica, principalmente en el derecho de propiedad que, de ser considerado como absoluto, se le concibe en la actualidad como uno que se encuentra en función social. Es decir, que en su ejercicio no se debe dañar a los demás integrantes de la sociedad.

Es, por lo expuesto, que en la actualidad, como se ha apuntado, se hallan en confrontación dos concepciones del Derecho. De un lado, la tradicional visión racionalista-individualista-patrimonialista y, del otro, una de índole humanista-personalista. Esta última concepción se sustenta en los hallazgos y aportes de la Antropología Filosófica, a los cuales nos hemos referido, así como en la lectura de la realidad en que consiste el ser humano.

Una atenta observación de lo que actualmente está ocurriendo en la disciplina jurídica nos evidencia que el Derecho se encuentra en un período de transición entre dos épocas, marcada una por la concepción individualista-patrimonialista y, la otra, signada por el humanismo jurídico. El proceso de cambio, como se ha apuntado, es lento y nada fácil dado el arraigo de la tradición jurídica y el espíritu generalmente conservador de los juristas partidarios del *statu quo*. Ello no impide, sin embargo, advertir como la naturaleza o estructura de algunas instituciones han sido replanteadas a la luz de los nuevos supuestos del Derecho de raíz humanista. Ello nos demuestra que el proceso de transformación de la institucionalidad jurídica, no obstante sus tropiezos, las dificultades que afronta y sus coyunturales retrocesos, está en marcha.

Avalan lo expresado, en el sentido que la nueva concepción del ser humano obliga a replantear la institucionalidad jurídica a la luz de los nuevos supuestos, las opiniones vertidas, entre otros, por los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Cançado Trindade y Abreu Burelli. Ellos, en su voto razonado en la sentencia en el caso "María Elena Loayza Tamayo", sostienen que todo el capítulo de violaciones de los derechos humanos debe ser "repensado desde la perspectiva de la integralidad de la personalidad de la víctima y teniendo presente su realización como ser humano y restauración de su dignidad". La declaración de los magistrados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se sustenta en la nueva concepción del ser humano - a la que hemos hecho alusión en su lugar - como fundamento y punto de partida de la revisión de los supuestos del Derecho y, consiguientemente, de la institucionalidad jurídica incluyendo las violaciones de los derechos humanos y sus reparaciones.

Como lo tenemos escrito en otras sedes consideramos que, a la altura del tiempo en que vivimos y, aparte de la propiedad, han sido replanteadas en sus supuestos un conjunto de gravitantes instituciones jurídicas como es el caso de la subjetividad, la

capacidad, la “antijuridicidad”, la responsabilidad civil, la autonomía de la voluntad, la persona jurídica, la clasificación del Derecho en público y privado, la empresa, entre otras.

En las siguientes páginas (ver & 11 y sgts.) hacemos una muy breve referencia al proceso de replanteamiento de la naturaleza y alcances de dichas importantes instituciones jurídicas a la luz de los nuevos supuestos del Derecho, con el propósito de mostrar cómo, a partir de éstos, se han logrado inéditos resultados que descartan antiguos y tradicionales tratamientos e interpretaciones que no se adecuaban a la realidad desde que no asumían al ser humano como un ser libertad, coexistencial y temporal

Como demostración de lo afirmado en el párrafo anterior, y tal como viene ocurriendo en la actualidad, podemos señalar, sintéticamente, algunas conclusiones a las que se ha llegado después del replanteo y repensamiento de dichas instituciones. Así, por ejemplo, se sostiene que, contrariamente al planteamiento dominante, la capacidad de goce no admite restricciones; que la llamada “antijuridicidad” no es una categoría del Derecho, por lo que este concepto debe ser descartado del léxico jurídico; que la “autonomía de la voluntad” no existe, pues lo único autónomo en el ser humano es su libertad desde que la voluntad es un instrumento para su cumplimiento en la realidad de la vida; que la persona jurídica no se reduce a un ente ideal, conocido a través de una expresión lingüística; que no es posible afirmar el carácter absoluto del ejercicio de los derechos subjetivos ya que en ellos subyacen deberes a cargo del titular del mismo; que el daño más radical no es el que incide en el patrimonio de las personas sino en el que lesiona su “proyecto de vida”; que la clasificación fundamental del Derecho en público y privado no es descriptiva de su objeto, pues no existen derechos públicos puros, desde que en ellos y en alguna medida está presente el interés privado, así como tampoco se puede aludir a un exclusivo derecho privado, pues en él se halla también presente, siempre en alguna medida, el interés público; que la empresa es un “sujeto de derecho”.

No nos detendremos mayormente en el análisis de la situación actual de cada una de dichas instituciones ya que el tema ha sido extensamente tratado por nosotros en otras sedes, tal como se señala en las respectivas notas a pie de página<sup>40</sup>. Nuestro interés

---

<sup>40</sup> Del asunto nos hemos ocupado en el ensayo *El derecho en el fin del siglo XX. Un nuevo modo de hacer derecho*, en la revista “Scribas”, Año II, N° 4, Arequipa, 1998, pág. 129 y sgts.; en el Capítulo IV, del libro *Derecho y Persona*, cuarta edición, Editorial Grijley, Lima, 2001, pág. 129 y sgts.; en *El derecho en un período de transición entre dos épocas*, en “Revista Jurídica del Perú”, Trujillo, enero-marzo de 1996, pág. 61 y sgts.; en “Anales” de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 1992-1993 y en “Anuario”, Centro de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Los Andes, Mérida, 1992-1993. Se puede también cfr. *La crisis del derecho*, en “Cuadernos de Derecho”, N° 2, Universidad de Lima, Lima, marzo de 1993; en el “Anuario” de la Academia de Derecho del Perú, Lima, 1992-1993 y en “Gaceta Jurídica”, Tomo VIII, Lima, agosto de 1994 y

se centra, en esta ocasión, en el “daño a la persona” con la finalidad de mostrar cómo y por qué se produce su aparición en el escenario jurídico en décadas recientes. Para ello, nos referiremos a la evolución experimentada por la institución de la responsabilidad civil para llegar hasta el momento actual, en el que empieza a reconocerse la existencia del “daño al proyecto de vida” y a proteger a la víctima por las consecuencias del mismo.

La referencia a la responsabilidad civil encuentra su razón y su sentido en el hecho que consideramos que es en esta institución donde se percibe, tal vez con mayor claridad que en otras, el vuelco experimentado en el tratamiento de la institucionalidad jurídica en mérito a la aplicación de los nuevos supuestos a partir de la segunda mitad del siglo XX.

No obstante, antes de afrontar el tema de la responsabilidad civil, estimamos necesario ampliar ligeramente lo expresado en relación con las instituciones - antes citadas - en las cuales se ha producido el indispensable análisis y revisión de sus estructuras para adecuarlas a los nuevos supuestos del Derecho. La brevedad en el tratamiento se explica, como lo hemos apuntado, en que este tema ha sido desarrollado por nosotros en otras sedes, a las cuales hacemos referencia en las respectivas notas a pie de la página en la que nos ocupamos de cada una de ellas.

## **11.- La subjetividad jurídica**

El concepto “sujeto de derecho”, detrás del que se encuentra siempre la persona humana, abarca no solo las tradicionales persona “natural” y persona “jurídica” sino también incorpora, recientemente, dos nuevos sujetos no considerados en precedencia por la codificación civil comparada como son el concebido o persona antes de nacer y la “organización de personas no inscrita”.

Dicha incorporación es también reflejo de la revalorización de la persona humana. El concebido es un ser humano, una persona por nacer, mientras que las “organizaciones de personas no inscritas” están integradas por seres humanos actuantes en sociedad, persiguiendo fines valiosos, celebrando actos jurídicos. Éstas se hallan actualmente reguladas por los artículos 124° a 133° del Código Civil peruano de 1984. Son, por ello, “sujetos de derecho”, desde que se les atribuye situaciones jurídicas subjetivas, es decir, derechos y deberes.

Dicha recategorización o sistematización jurídica del “sujeto de derecho” es recogida por primera vez, a nivel de la mencionada codificación civil comparada, por el Código Civil peruano de 1984<sup>41</sup>. En su artículo 1° se hace referencia al tratamiento del

---

*Un nuovo modo di fare diritto*, en el volumen “Il diritto dei nuovi mondi”, Universidad de Génova, Cedam, Padova, 1994..

<sup>41</sup> Juan Espinoza Espinoza considera que dicha sistematización del concepto de “sujeto de derecho” es “sin lugar a dudas la contribución más importante que hace el codificador

concebido, mientras que en los artículos 124 a 133 se regula, en forma sistemática y también por primera vez en la codificación civil comparada, la asociación, la fundación y el comité en tanto organizaciones de personas no inscritas. Anteriormente, estas organizaciones de personas no inscritas, no obstante que en la realidad actuaban como “sujetos de derecho”, se les refería tan solo como entes “de hecho” o “irregulares”.

Una inédita situación, que no tiene precedentes en la codificación civil comparada, es la regulación de la fundación no inscrita a la que se hace referencia en los artículos 127 a 129 del Código civil peruano de 1984.

## 12.- La capacidad jurídica

En lo que concierne a la capacidad ha quedado demostrado, a raíz de la nueva concepción del ser humano como un ser *libertad*, que la denominada capacidad de “goce” no admite restricción alguna ya que ella es inherente a la libertad. Esta capacidad significa el que todos los seres humanos, en cuanto libres, poseen, sin excepción, el potencial goce de todos los derechos que son propios de la naturaleza humana. Es decir, que por el hecho de ser personas humanas, todas y cada una de ellas, tienen la misma capacidad de goce. De lo expuesto se deduce que lo único que admite restricciones es la capacidad de ejercicio<sup>42</sup>.

No obstante los esfuerzos que se hicieron en su momento, los codificadores de 1984 no asumieron la argumentación expuesta por el ponente del Libro Primero, por lo que el artículo 3° del Código Civil contiene un error al admitir que, si bien toda persona “tiene el goce de sus derechos civiles”, ella admite “excepciones expresamente establecidas por la ley”<sup>43</sup>.

Felizmente, en la revisión que actualmente se está efectuando del texto del mencionado cuerpo legal con la finalidad de introducir, a sus veinte años de vigencia, las enmiendas que sean necesarias para actualizarlo y perfeccionarlo, se acordó por unanimidad en la sesión de la Comisión de Reforma del 27 de octubre de 1997, adecuar su redacción a los nuevos supuestos del Derecho. El texto que, propuesto por el ponente del Libro Primero, aprobó la citada Comisión es el siguiente: “Todos tienen

---

peruano a la legislación contemporánea” (cfr. del autor *Estudios de Derecho de las Personas*, segunda edición, Editorial Huallaga, Lima, 1996, pág. 22.

<sup>42</sup> Sobre la capacidad cfr. Fernández Sessarego, Carlos, *El histórico problema de la capacidad jurídica*, en “Los diez años del Código civil peruano: balance y perspectivas”, Tomo I, WG Editores, Lima, 1995, pág. 73 y sgts. y en el libro del autor *El Derecho de las Personas en el umbral del siglo XX*, Ediciones Jurídicas, Lima, 2002, pág. 297 y sgts. Puede también cfr. del autor *La capacidad de goce ¿ es posible su restricción legal ?*, en la revista “Cátedra”, editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, diciembre de 1999 y en “Jurisprudencia Argentina”, N° 6185, Buenos Aires, 15 de marzo del 2000.

<sup>43</sup> El artículo 3 del Código Civil de 1984 tiene el siguiente texto: “Toda persona tiene el goce de sus derechos civiles, salvo excepciones expresamente establecidas por la ley”.



el goce de los derechos inherentes al ser humano, salvo las limitaciones a su ejercicio expresamente establecidas por la ley”<sup>44</sup>.

Como se aprecia del texto aprobado por la Comisión de Reforma antes citado, se reconoce que todos poseen los derechos inherentes al ser humano, los mismos que, por lo tanto, no admiten limitación alguna. Se aclara, sin embargo, que las restricciones se refieren tan solo al ejercicio de tales derechos por expreso mandato legal. Con esta disposición se ha adecuado la institución a los nuevos supuestos del Derecho, por lo que hay que esperar su conversión en ley.

### 13.- La “antijuridicidad”

En lo atinente a la denominada “antijuridicidad” cabe afirmar que no es una categoría jurídica<sup>45</sup>. El Derecho tiene cuatro “maneras de ser”: el derecho subjetivo o facultad, el deber, la transgresión del deber y la sanción. Las cuatro son distintas expresiones de lo jurídico. Tan jurídicos son la transgresión del deber como el deber, así como lo son el derecho subjetivo o la sanción. Tan jurídico es, por consiguiente, el contenido de conductas intersubjetivas valoradas y reguladas en el Código Civil como en el Código Penal o el Código Penitenciario. Estas disciplinas se ocupan siempre de lo “jurídico”, no de lo “antijurídico”.

Lo que existe en el Derecho es la polaridad entre lo justo y lo injusto. Lo justo es lo permitido y lo lícito. Lo injusto es lo prohibido y lo ilícito. Los actos justos, permitidos y lícitos son tan jurídicos como los injustos, prohibidos e ilícitos. De ahí que pueda sostenerse que el delito es exquisitamente jurídico así como que el concepto “antijurídico” no tiene cabida ni en el acto jurídico ni en la responsabilidad civil.

Lo expuesto queda graficado en la simbolización de una norma jurídica completa: *Si es A debe ser D o si es no-D debe ser S*. El primer extremo de la norma jurídica contiene el derecho subjetivo o facultad, representado por “A”, así como el deber simbolizado

<sup>44</sup> Un comentario sobre este nuevo texto se puede encontrar en el libro del autor *El Derecho de las Personas en el umbral del siglo XX*, ob. cit., pág. 105 y sgts.

<sup>45</sup> Sobre el tema cfr. Fernández Sessarego, Carlos, *La “antijuridicidad” como problema*, en la revista “Lumen”, N° 1, Año 1, Universidad Femenina del Sagrado Corazón, Lima, 2000. También puede cfr, del autor *Algunas reflexiones sobre la antijuridicidad del delito y las penas privativas de la libertad*, en “Gaceta Jurídica”, Lima, septiembre de 1995; en “Scribas”, Año 1, N° 1, Arequipa, 1996; en “Némesis”, Año 1, N° 1, Trujillo, 1996; en “La Ley”, Año LX, N° 67, 3 de abril de 1996; en “Temas de Derecho”, Universidad San Martín de Porres, N° 3, Lima, 1996 y en el “Anuario” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, N° 20, Mérida, 1998. Puede consultarse del autor *Lo antijurídico ¿categoría del derecho?*, en la revista “Abogados”, Año III, N° 6, Lima, 2001 así como también *Lo antijurídico ¿categoría del derecho?*, en la revista “Abogados”, Año III, N° 6, Lima, 2001, y *Dos preguntas, dos problemas ¿lo antijurídico es una categoría del derecho? ¿es posible privar de libertad al ser humano?*, en “Cuadernos de Derecho I”, Universidad Privada de Tacna, Editorial San Marcos, Lima, 2001.

por “D”. El segundo extremo contiene la transgresión del deber representado por “no-D”, así como la sanción simbolizada por “S”. El contenido de la norma jurídica completa contiene, como se aprecia, las cuatro “maneras de ser” del Derecho anteriormente mencionadas. Todas ellas son conductas intersubjetivas jurídicas, por lo que lo “antijurídico” no tiene cabida ni razón de ser.

Consideramos que el mencionado aporte, en relación con la noción de “antijuridicidad” como consecuencia de la aplicación de sus nuevos supuestos, será muy difícil de asimilar por los juristas que aún no comprenden el cambio que se ha producido a nivel de las ciencias humanas, incluyendo al Derecho, pues el peso de la tradición es enorme. Habrá de correr mucho tiempo antes que, por ejemplo, los penalistas admitan que el delito es lo injusto, lo prohibido, lo ilícito, pero no lo “antijurídico”.

#### 14.- La autonomía de la voluntad

Sobre la base de los supuestos del Derecho, sustentados en una nueva concepción del ser humano, estimamos que la voluntad no es autónoma. Lo único que es autónomo en el hombre es su libertad. La libertad, como se ha señalado, es la posibilidad o capacidad de elegir y preferir, luego de valorar, entre diversas opciones que le ofrece su entorno. Esta decisión, que es autónoma, tiende a convertirse en acto o conducta humana intersubjetiva. El proyecto se vuelca al exterior a través de la aplicación de las energías y las potencialidades de las que dispone la unidad psicosomática. Dentro de ellas, la voluntad es uno de los más importantes instrumentos destinados a hacer realidad los proyectos decididos por el ser humano en cuanto es un ser libre<sup>46</sup>.

La libertad ontológica, que constituye y sustenta la unidad psicosomática, se hace acto, el cual se convierte en la manifestación de la libertad. Sartre, refiriéndose al ser humano, expresa: “Soy, en efecto, un existente que descubre su libertad por sus actos; pero soy también un existente cuya existencia individual y única se temporaliza como libertad”<sup>47</sup>.

Lo anteriormente glosado nos permite evidenciar, por consiguiente, la vinculación que existe entre la libertad y la unidad psicosomática y, dentro de ésta, con la voluntad. La libertad es el fundamento de la voluntad en relación con los proyectos y fines que la persona decide alcanzar. Al respecto, Sartre sostiene que “por libertad originaria, bien entendido, no se debe comprender una libertad *anterior* al acto voluntario o pasional, sino un fundamento rigurosamente contemporáneo de la voluntad o de la pasión y que éstas *manifiestan* cada una a su manera”<sup>48</sup>. De ahí, como lo anota el propio filósofo

<sup>46</sup> Sobre la supuesta “autonomía” de la voluntad cfr. de Fernández Sessarego, Carlos, *El supuesto de la denominada autonomía de la voluntad*, en el volumen “Contratación contemporánea. Teoría General y principios”, Temis (Bogotá) y Palestra (Lima), 2000, pág. 213 y sgts. y en la revista “Gaceta Jurídica”, Tomo 75-B, Lima, febrero del 2000.

<sup>47</sup> Sartre, Jean Paul, *El ser y la nada*, Tomo III, ob. cit., pág. 18.

<sup>48</sup> Sartre, Jean Paul, *El ser y la nada*, Tomo III, ob. cit., pág. 25.

francés, la voluntad se presenta como “decisión reflexionada con relación a ciertos fines”<sup>49</sup>.

## 15.- La persona “jurídica”

Referirse a la naturaleza de la persona jurídica ha sido, y sigue siendo, uno de los temas más complejos y difíciles de resolver a nivel de la Dogmática Jurídica. Se ha pretendido situarla en el limbo de los seres ideales al igual que los números de las Matemáticas o los conceptos de la Lógica. Es decir, fuera de la realidad de la vida donde surgen y se cumplen las relaciones jurídicas<sup>50</sup>. El Derecho es **vida** valiosamente regulada por normas jurídicas, por lo que ninguna de sus instituciones puede estar desvinculada de la realidad de la vida social.

El recurso de técnica jurídica en que funda la ficción de la “persona jurídica” es de suma utilidad en la vida de relación. No obstante ello, no debe desvirtuarse su naturaleza sino explicar la razón de ser y los alcances jurídicos de esta importante institución jurídica que es, históricamente, un producto de los tiempos modernos.

La teoría tridimensional, aplicable para la comprensión de cualquier institución jurídica, ha demostrado que no es posible describir o definir a la “persona jurídica” a través tan solo de una de sus dimensiones. La naturaleza de esta institución no se reduce a una dimensión puramente formal, abstracta, vacía de contenido, prescindiendo del ser humano y carente de orientación axiológica.

No se puede exiliar de la estructura de la persona jurídica a la organización de personas que la crean y que actúan en la realidad, celebrando actos jurídicos y decidiendo el momento de su disolución y liquidación. Ninguna institución jurídica puede constituirse sin la presencia del “sujeto de derecho”, que no es otro que la

---

<sup>49</sup> Sartre, Jean Paul, *El ser y la nada*, Tomo III, ob. cit., pág. 24.

<sup>50</sup> Cfr. Fernández Sessarego, Carlos, *Visión tridimensional de la persona jurídica*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Año XL, segunda época, Buenos Aires, 1996; en “Revista Jurídica del Perú”, Año XL, N°4, Trujillo, diciembre de 1997; en “Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires”, vol. 56, Buenos Aires, julio-septiembre, 1995 y en “Boletín Mexicano de Derecho Comparado”, Universidad Autónoma de México, Año XXX, N° 89, México, agosto de 1997. Puede también consultarse *Naturaleza tridimensional de la persona jurídica*, en “Derecho PUCP, órgano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 52, Lima, diciembre de 1998 a abril de 1999. También cfr. *Descripción de la persona jurídica*, en “Legal Express”, Año 3, N° 26, Lima, febrero del 2003 y en “La Ley”, Actualidad, Año LXII, N° 89, Buenos Aires, 15 de mayo del 2003; *La persona jurídica ¿es distinta de sus miembros?*, en “Gaceta Jurídica”, Tomo 50, Lima, enero de 1998; *La irrealidad del artículo 78° del Código Civil*, en “Gaceta Jurídica”, Tomo 51, Lima, febrero de 1998; *Concezione tridimensionale della persona giuridica*, en “Rassegna di Diritto Civile”, N° 3, Napoli, 1996; *La mentira ¿es sujeto de derecho?*, en “Gaceta Jurídica”, Año 2, N° 24, Lima, diciembre del 2002.

persona humana, así como tampoco en ausencia de los fines valiosos que los seres humanos se proponen vivenciar para orientar y dar sentido a su accionar. La persona jurídica no es un fantasma, un espectro, una pura idealidad de referencias normativas, una entelequia, unas cuantas palabras.

La persona jurídica, por el contrario, es una **realidad viviente** enclavada en la vida social, una organización de personas que persigue fines valiosos y que está regulada por normas, como todo lo atinente al Derecho. Es sabido, al nivel del tiempo histórico en que vivimos, que no hay Derecho sin conductas humanas intersubjetivas, sin valores o sin normas. Ninguna de estas tres dimensiones, de suyo, es Derecho. Es indispensable para la presencia del concepto “derecho” la interacción de estos tres objetos. Por ello, pretender reducir cualquier institución jurídica a solamente una de dichas dimensiones significa mostrar una visión fragmentada, incompleta, carente de sentido, de lo que es el Derecho.

Por décadas se ha repetido, sin crítica alguna, la teoría de la “persona jurídica” elaborada por la pandectística alemana. Fue a partir de la segunda mitad del siglo XX que los tratadistas se encontraron con dificultades difíciles de resolver valiéndose de la fiel aplicación de dicha teoría. La ortodoxia de la teoría tradicional no ofrecía ninguna solución para el caso, por ejemplo, en el cual un ser humano, que desempeñaba alguna función dentro de la persona jurídica, cometía un delito o abusaba de la estructura formal de la misma o actuaba en fraude a la ley. ¿Cómo hacer, se preguntaban los desconcertados autores, para sancionarlo si la persona jurídica prescinde de los seres humanos y se reduce tan solo a una abstracción de carácter ideal? ¿Cómo resolver el problema si, por definición, la persona jurídica es *distinta* de sus miembros?

Ante el problema que planteaba la realidad de vida había que hallar, según lo jurista de aquellos tiempos, una fórmula que, sin apartarse de la teoría formalista de la persona jurídica, lograra justificar el acceder directamente a los asociados, socios o administradores a fin de atribuirles responsabilidad cuando, por su accionar, desvirtuaban la forma de la persona jurídica para ponerla al servicio de sus intereses personales o de terceros o cometían algún delito en perjuicio de la propia persona jurídica. ¿Cómo responsabilizarlos si la persona jurídica era distinta de sus miembros?

Para resolver esta situación se imaginaron algunas fórmulas dentro del propósito de no apartarse de la tradición formalista. Fue así que la jurisprudencia norteamericana elaboró la teoría del *disregard*, según la cual los Tribunales pueden prescindir o superar la forma de la persona jurídica para, penetrando en la realidad que se halla detrás de la pura formalidad, alcanzar a las personas y los bienes que se encuentran cubiertos o protegidos por dicha formalidad.

Se apeló, entonces, a la metáfora de “*descorrer el velo*” formal de la persona jurídica para asomarse a lo que estaba detrás de dicho velo, es decir, para

situarse en la realidad de la vida donde actúan seres humanos que vivencian y realizan valores. Al levantarse dicho “velo” se pudo apreciar el escenario en el cual los seres humanos vivían lo jurídico. Situándose en este escenario era recién posible responsabilizar a los miembros de la persona jurídica por sus actos ilícitos.

Rolf Serick, profesor de la Universidad de Heildeberg, reconoce que, como consecuencia de la comprobación de la presencia de actos ilícitos en el seno de la persona jurídica, se hacía necesario, con cierta frecuencia, superar la barrera impuesta por la “forma” de dicha institución, dejarla de lado, para poder identificar a las personas naturales que le sirven de substrato existencial, las mismas que actúan en nombre y representación de la “forma” conocida como “persona jurídica”<sup>51</sup>.

En verdad no hay necesidad de acudir a metáforas como la de “descorrer” ningún velo para comprobar que en la persona jurídica, tal como se ha señalado, interactúan una organización de personas, fines valiosos y normas reguladoras de sus relaciones jurídicas. Esta concepción tridimensional hace posible describir a la persona jurídica tal como es, sin reducirla a un mero centro ideal de referencias normativas al que se le conoce por una expresión lingüística.

Refiriéndonos al proceso de la creación de la persona jurídica podemos describirlo como aquél en el cual “por su inscripción en el registro respectivo, una “organización de personas”, que persigue fines valiosos, adquiere la categoría de persona “jurídica” constituyéndose un centro unitario formal para la atribución de derechos y deberes, al que se conoce a través de una expresión lingüística. Al crearse este régimen jurídico de *excepción*, ninguno de los miembros de la organización de personas inscrita ni todos ellos tienen derecho a su patrimonio ni están obligados a satisfacer sus obligaciones”<sup>52</sup>.

La descripción anterior nos muestra la realidad de la persona jurídica, es decir, que es una “organización de personas” que persigue fines que contienen valores. Esta organización, por decisión de sus miembros, se inscribe con el propósito de gozar de los privilegios que le otorga la ley. El fundamental entre ellos consiste en la *derivación* de derechos y deberes a un centro unitario ideal que se conoce a través de una expresión lingüística. En la inscripción, y en los consiguientes privilegios que este hecho genera, reside la diferencia con la organización de personas que no se inscribe, lo que no hace perder a esta última su categoría de “sujeto de derecho” aunque sí de gozar del régimen jurídico de excepción que es propio de aquellas “organizaciones de personas” que proceden a dicho acto formal de su inscripción en un determinado registro.

---

<sup>51</sup> Serick, Rolf, *Forma e realtà della persona giuridica*, Giuffré, Milano, 1966, pág. 4-5, y *Apariencia y realidad de las sociedades mercantiles*, Ariel, Barcelona, 1958.

<sup>52</sup> Cfr. Fernández Sessarego, Carlos, *Descripción de la persona jurídica*, ob. cit., pág. 1.

En el Código Civil peruano de 1984 el tema de la persona jurídica muestra una notoria incoherencia en su tratamiento. En efecto, mientras los artículos 80, 99, 111 y 134, referidos a la asociación, la fundación, el comité y las comunidades campesinas y nativas, respectivamente, describen o definen estas personas jurídicas como “**organizaciones de personas**” que persiguen “**finés valiosos**”, el artículo 78, en franca contradicción, enuncia que la persona jurídica “tiene existencia **distinta** de sus miembros”. ¿Dónde está la verdad? ¿Las personas jurídicas son o no organizaciones de personas que persiguen fines valiosos?

La solución a la incoherencia que muestra nuestro Código Civil en la materia se resolvería, en nuestro concepto, modificando el mencionado artículo 78 al efecto de adecuarlo a la realidad de la persona jurídica. Es decir, dejando constancia que su naturaleza es tridimensional y que el hecho de su inscripción en el registro tiene solo el efecto de crear, excepcionalmente, un centro de referencias normativas al cual derivar los derechos y los deberes de los miembros que la integran, sin que este hecho signifique la desaparición de las personas y de los fines valiosos perseguidos. Es decir, no perseverar en el error o la mentira de que los seres humanos y los fines valiosos no integran la persona jurídica.

La Comisión que actualmente elabora un conjunto de enmiendas destinadas a actualizar y perfeccionar el Código Civil de 1984 aprobó, en su sesión del 23 de marzo de 1998, un texto sustitutorio del vigente artículo 78 en los siguientes términos:

- “1.- La persona jurídica es sujeto de derecho distinto de sus miembros.*
- 2.- Ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de aquélla ni están obligados a satisfacer sus deudas, salvo disposición legal distinta.*
- 3.- Excepcionalmente, la distinción prevista en el primer párrafo queda desestimada en caso de uso abusivo o fraudulento de la estructura formal de la persona jurídica. En tal supuesto, son responsables los miembros que hayan utilizado tal estructura abusivamente o con fraude a la ley”.*

En el tercer párrafo del texto sustitutorio, anteriormente transcrito, se expresa que “la distinción prevista en el primer párrafo queda desestimada en caso de uso abusivo o fraudulento de la **estructura formal** de la persona jurídica. En tal supuesto son responsables los miembros que hayan utilizado tal estructura abusivamente o con fraude a la ley” (el subrayado es nuestro). En el mencionado primer párrafo, al cual se remite el texto glosado, se afirma que la persona jurídica es “sujeto de derecho **distinto** de sus miembros”. Como consecuencia de lo enunciado en el primer párrafo, en el segundo se dispone que los miembros de la persona jurídica “no tienen derecho al patrimonio ni están obligados a satisfacer sus deudas, salvo disposición legal distinta”.

Como se advierte de su lectura, en el tercer párrafo del proyectado artículo 78°, antes transcrito, se expresa que la persona jurídica tiene un estructura **formal**, con lo que implícitamente se reconoce que existen otras estructuras que no tienen esta

calidad ontológica. Esta suposición es correcta pues, como se ha señalado anteriormente, en la persona jurídica encontramos otras dos estructuras que se hallan presentes en todas y cualquiera de las instituciones jurídicas. Nos referimos tanto a una “organización de personas”, actuantes en la realidad de la vida, como a la estructura axiológica, es decir, a los fines valiosos que toda organización de personas trata de realizar en sus actividades pertinentes. No se concibe una persona jurídica en que estén ausentes los miembros que la crearon y que, en su nombre, celebran actos jurídicos así como valores que otorgan un sentido a los fines por ellos perseguidos.

Frente a lo expresado en precedencia cabe preguntarse por **quiénes** hacen uso abusivo o fraudulento de la estructura formal de la persona jurídica desvirtuando, de este modo, los fines valiosos perseguidos que otorgan sentido al accionar de sus miembros. La respuesta fluye sin dificultad, pues los únicos que pueden hacer uso ilícito de la estructura formal son las personas que se organizaron para crearla y que actúan en la realidad de la vida social celebrando actos jurídicos en cumplimiento de los fines valiosos que orientan sus actividades. Es decir, se está reconociendo implícitamente tanto la existencia de personas humanas que, organizadamente, constituyen la persona jurídica, como los fines valiosos que se desvirtúan por el accionar abusivo o fraudulento de los seres humanos que la integran y que, por lo tanto, son parte de su naturaleza jurídica.

No obstante lo enunciado por el tercer párrafo del proyectado artículo 78°, antes glosado, en su primer párrafo, como se puede advertir, se contradice lo expuesto en aquél ya que se afirma que la persona jurídica es **distinta** de sus miembros. Es decir, se está reduciendo la persona jurídica a solo su dimensión formal, es decir, al centro de referencia para la derivación de derechos y deberes. Ante lo expuesto, cabe preguntarse: ¿si los miembros de la persona jurídica son distintos a ella quiénes son, entonces, las personas que actúan abusiva o fraudulentamente? Evidentemente, no serán personas extrañas a la organización de personas que constituye la dimensión existencial de la persona jurídica.

El proyectado artículo 78, pese a las contradicciones puestas de manifiesto, tiene la virtud de reconocer que la persona jurídica posee una estructura formal lo cual, como se ha sostenido, hace suponer que existen - como en efecto existen - otras estructuras que no son formales. Esta suposición, como también se ha señalado, es válida ya que en la realidad de la vida no se encuentran “sujetos de derecho” que no sean personas humanas. El Derecho tiene solo “sujetos” que son seres humanos, individual o colectivamente considerados. Ellos son los únicos titulares de derechos subjetivos, creados por ellos mismos para proteger su libertad, su posibilidad de realizar sus respectivos “proyectos de vida”. Los seres humanos son, así, los creadores, protagonistas y destinatarios del Derecho. Si en el primer párrafo del proyectado artículo 78° se reconoce que la persona jurídica es un “sujeto de derecho”, ello significa que se alude, en este caso, a que ella está

constituida por una pluralidad de personas que, organizadamente, actúan en la realidad de la vida persiguiendo fines valiosos.

La estructura “formal” de la persona jurídica contiene una norma que, excepcionalmente, sin hacer “desaparecer” a las personas naturales que la integran y actúan ni a los valores vivenciados por ellas, tan solo permite **derivar** los derechos y deberes - que deberían recaer en todos y cada uno de sus miembros - a un ente **ideal** al que se le conoce, como lo hemos señalado, tan solo por una expresión lingüística. Ello es posible debido al empleo de un recurso de técnica jurídica para lograr el efecto buscado, que no es otro que el de otorgar a los miembros de la persona jurídica el privilegio de no responder por las deudas por ellos asumidas en virtud de una disposición perteneciente a la estructura formal de la persona jurídica.

De otro lado, cabe señalar que no obstante que en el segundo párrafo del proyectado artículo 78° y en el texto del artículo vigente se afirma que los miembros de la persona jurídica, por ser distintos a ella, no tienen derecho al patrimonio, en alguna de las personas jurídicas que persiguen fines lucrativos reconocidas por el ordenamiento jurídico positivo se establece el derecho de sus miembros a recibir el haber neto resultante luego de la disolución y liquidación de la persona jurídica. En este instante, los miembros dejan de ser “distintos” de persona jurídica por lo que se les reconoce su derecho a participar del haber neto que resulte luego de su liquidación. Es decir, se les otorga a los miembros que integraron la persona jurídica el acceder a la propiedad de su patrimonio el cual, según el artículo 78°, no les pertenecía.

En síntesis, de conformidad con los nuevos supuestos del derecho y con los postulados de la teoría tridimensional, la persona jurídica, como cualquier otra institución jurídica, es el resultado de la interacción, de suyo dinámica, de vida humana social (conductas humanas intersubjetivas), valores y normas jurídicas. De ahí que sea imposible concebir que la persona jurídica se reduzca a su dimensión formal con prescindencia de los seres humanos que la constituyen y de los valores que le señalan un rumbo.

## **16.- La clasificación fundamental del Derecho en público y privado**

No ha escapado a su revisión crítica, a la luz de la coexistencialidad de la vida humana, la clasificación fundamental y tradicional del derecho en público y privado. Conocida desde los tiempos de Ulpiano es, junto con el derecho de propiedad, uno de los asuntos jurídicos que ha merecido reparos desde hace un buen tiempo. Se ha demostrado, como se ha señalado en precedencia, que en todo derecho subjetivo subyacen deberes y que todo deber conlleva derechos. En otras palabras, no existen ni derechos ni deberes absolutos, pues siendo el ser humano estructuralmente coexistencial está condenado a vivir en sociedad, conviviendo con los demás, por lo que el ejercicio de todo derecho subjetivo supone el deber genérico, a cargo del titular



del mismo, de no dañar, así como otros deberes que surgen de la naturaleza de cada una de las instituciones jurídicas. De otro lado, todo deber supone también la existencia de algunos derechos de parte del deudor<sup>53</sup>.

Lo expuesto nos permite comprender que, en base la coexistencialidad o dimensión social del ser humano, lo público y lo privado no son compartimentos estancos, separados uno del otro, sino que, de alguna manera, están imbricados.

De lo dicho en precedencia se desprende que no hay relación jurídica estrictamente de orden privado ni tampoco meramente de carácter público. En este caso, siendo el individuo parte de la sociedad y del Estado, todo lo que acontece a la parte repercute, en cierta medida, en el todo y, viceversa, lo que hace al todo compromete, también en cierta medida, a las partes. Esta comprobación conduce, con razón, a que un sector de la doctrina sostenga que la citada clasificación no es descriptiva de su objeto por lo que, al no aprehender al Derecho en su plenitud, no se erige en un concepto clasificatorio. En otros términos, no existe un derecho puramente público ni un derecho exclusivamente privado. En cada uno de ellos existe una determinada ingerencia del otro. De ahí que se pueda sostener que existen instituciones jurídicas donde el elemento público es el preponderante, pero no el único, así como también se puede afirmar que hay instituciones donde el ingrediente privado es el preponderante, pero no el exclusivo. Se suele señalar a la institución del matrimonio como una institución emblemática de esta situación ya que en ella se muestran imbricados aspectos tanto de orden público como de carácter privado.

## 17.- Naturaleza jurídica de la empresa

Con ocasión de celebrarse en Buenos Aires, en 1960, las Primeras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Privado, en conmemoración del sesquicentenario de la independencia de la República Argentina, presentamos una ponencia titulada *El derecho de la empresa*. En ella pretendíamos delimitar conceptos que, por aquellos años, no se hallaban definidos ni tampoco debidamente estudiados. Es así que en aquél de 1960 decíamos que “aunque los términos de empresa, sociedad, empresario, establecimiento, son del dominio del lenguaje diario y corriente, sus respectivos conceptos para el Derecho no han adquirido los perfiles nítidos que llevan a definiciones comúnmente aceptadas por los tratadistas”<sup>54</sup>. Esta indefinición fue la que

<sup>53</sup> Un ejemplo de esta “situación jurídica subjetiva” la encontramos en el artículo 19° del Código Civil peruano el que enuncia que: “Toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre. Éste incluye los apellidos”. El derecho del titular es el de no sufrir la contestación o la usurpación del nombre, mientras que su deber es el de no cambiarlo. A su vez, los terceros tienen el deber de no contestar ni usurpar el nombre del titular del derecho pero también tienen el derecho a exigir que no varíe su nombre. Ello, por el hecho de que coexistir en sociedad implica la necesidad de que se identifique a las personas mediante su nombre.

<sup>54</sup> Fernández Sessarego, Carlos *El derecho de la empresa*, en el volumen “Pequeña Empresa” editado por la “Revista Peruana de Derecho de la Empresa”, N° 26, Lima, 1988, pág. 97.

acicateó nuestra curiosidad e interés por deslindar dichos conceptos, empezando por la noción jurídica de “empresa”.

Luego de aproximarnos desde nuestra óptica a dicha noción de “empresa”, expresábamos en dicho trabajo que era “más propio considerar a la empresa como una persona jurídica, dentro de los lineamientos de la definición proporcionada”. Se trataría, agregábamos, de un “ente susceptible de derechos y obligaciones, al igual que las otras personas morales llámense ellas sociedad, asociación o fundación”<sup>55</sup>.

El renovado concepto de “sujeto de derecho”, centrado en los nuevos supuestos del Derecho, sirvieron de sustento para la elaboración de la citada ponencia de 1960. Ella mereció el unánime rechazo de los ilustres juristas que se congregaron en aquella oportunidad en la ciudad de Buenos Aires. Tanto civilistas como destacados mercantilistas consideraban que la empresa era tan solo un concepto económico sin relevancia jurídica alguna. Esta crítica generalizada motivó, probablemente, el que no nos atreviéramos a publicar en aquellos años la mencionada ponencia. Fue el doctor Carlos Torres y Torres Lara, Director en aquel entonces de la “Revista Peruana de Derecho de la Empresa”, quien encontró suficientes argumentos para hacerla pública en 1988, es decir, veintiocho años después de haber sido presentada en las mencionadas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Privado<sup>56</sup>.

En un ya lejano 1964, en un trabajo denominado *Consideraciones sistemáticas para la revisión del Libro Primero del Código Civil peruano*, decíamos que al “tratar de las personas jurídicas de derecho privado no puede dejar de mencionarse la tendencia a considerar a la empresa como un tipo de ellas. La posibilidad de otorgar personalidad jurídica a la empresa depende del grado de evolución y desarrollo socio-económico de una comunidad y de las conveniencias de cada país”. Y, agregábamos, que, por “nuestra parte no vemos ningún impedimento teórico para considerar a la empresa como una persona jurídica, vale decir como un sujeto de derechos y deberes, por cuanto se trata de una organización de hombres que, mediante trabajo y capital, persigue la producción de bienes o servicios en forma eficiente y según las necesidades de la comunidad. El problema es determinar la oportunidad de incorporar

---

<sup>55</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *El derecho de la empresa*, en el volumen “Pequeña Empresa”, ob. cit., pág. 105-106.

<sup>56</sup> Al referirse a los argumentos que lo indujeron a la publicación de la mencionada ponencia, Carlos Torres y Torres Lara, expresaba que “no obstante el tiempo transcurrido resulta un trabajo sumamente actual”. Al justificar su publicación procede a analizar los diez aportes que la avalan. Aclara que “en oportunidad de su sustentación, la penetración de los temas que trata el Prof. Fernández Sessarego era sumamente difícil. Pero el tiempo le ha dado totalmente la razón”. Y agrega, “se necesitó un cuarto de siglo para que aquellos conceptos vertidos por un joven profesor peruano se convirtieran en lo que hoy se conoce como la visión más actualizada del concepto Empresa y del llamado Derecho de la Empresa” (“Pequeña Empresa”, ob. cit., pág. 91).

este sujeto colectivo a la gama tradicional de personas jurídicas, admitidas por la doctrina y la legislación comparadas”<sup>57</sup>.

Años más tarde, en 1986, en un artículo titulado *Empresa, persona jurídica y Constitución*, sustentados en la teoría tridimensional del Derecho, nos referíamos a las tres dimensiones que interactuaban en la empresa, es decir, la existencial, la axiológica y la lógico-normativa.

Se sostenía en dicho trabajo que la empresa era “una organización de personas” que realizaba fines valiosos y que se hallaba regulada por un conjunto de normas y que, al atribuírsele derechos y deberes, se le estaba reconociendo como un “sujeto de derecho”. Al respecto, y luego de lo anteriormente expresado, decíamos que “no apreciamos impedimento técnico para considerar a la empresa como persona jurídica en tanto es un indiscutible sujeto de derecho, es decir, un centro autónomo de imputación de situaciones jurídicas. Ello, en cuanto la empresa es una “organización de personas” que, mediante trabajo y capital, persigue la producción de bienes y servicios en forma eficiente y según las necesidades de la comunidad”<sup>58</sup>.

Concluyendo con la argumentación antes glosada manifestábamos que en “cualquier caso, sea que se admita o no a la empresa como persona jurídica - lo que en fin de cuentas constituye el asumir una determinada **forma** - lo que resulta incontestable es que la empresa actúa como un “sujeto de derecho” al cual se atribuyen, por ende, derechos y deberes”<sup>59</sup>.

Finalmente, en dicho trabajo se dejaba constancia que la categoría de “sujeto de derecho” que correspondía a la empresa había sido reconocida en los artículos 112°<sup>60</sup> y 130°<sup>61</sup> de la Constitución de 1979. Sosteníamos al respecto que el “análisis concordado de los mencionados artículos 130° y 112° de la Constitución del Estado, a los que se ha hecho referencia, demuestra fehacientemente que la empresa ha dejado de ser para el

<sup>57</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Consideraciones sistemáticas preliminares para la revisión del Libro Primero del Código Civil peruano*, en la revista “Mercurio Peruano”, Lima, 1964, pag. 33.

<sup>58</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Empresa, persona jurídica y Constitución*, en el volumen “Constitución, Empresa y Economía”, editado por la “Revista Peruana de Derecho de la Empresa”, N° 20, Lima, 1986.pág. 56.

<sup>59</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Empresa, persona jurídica y Constitución*, en el volumen “Constitución, Economía y Empresa”, ob. cit., pág. 57.

<sup>60</sup> El artículo 112° de la Constitución peruana de 1979 tiene el siguiente texto: Art. 112.- “El Estado garantiza el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia democrática de diversas formas de propiedad y de empresa. Las empresas estatales, privadas, cooperativas, autogestionarias, comunales y de cualquier otra modalidad actúan con la personería jurídica que la ley señala de acuerdo con sus características”.

<sup>61</sup> El artículo 130° de la Constitución peruana de 1979 tiene el siguiente texto: “Las empresas, cualquiera sea su modalidad, son unidades de producción cuya eficiencia y contribución al bien común son exigibles por el Estado de acuerdo con la ley”.

ordenamiento jurídico peruano una mera actividad mercantil o un simple objeto materia de transacción comercial. No es más un patrimonio o conjunto de bienes instrumentales, sino un sujeto de derecho que, si la ley lo dispone adquiere la específica categoría de persona jurídica<sup>62</sup>.

Sobre la base de la distinción entre “sujeto de derecho” y “persona”, que cristaliza en el Código Civil peruano de 1984, así como sustentados en lo dispuesto en la Constitución de 1979, en un artículo titulado *Subjetivización de la empresa*, reiterábamos en 1988 que “el artículo 112° de nuestra Constitución, al referirse a las diversas formas organizativas que puede asumir la empresa, deja abierta la posibilidad que, mediante un dispositivo legal, la empresa pueda adquirir la calidad de persona jurídica con la capacidad que le sea inherente<sup>63</sup>”.

La promulgación el 14 de septiembre de 1976 del Decreto Ley N° 21621, que creó la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, nos vino a dar la razón. En este Decreto se establece que dicha empresa es “una persona jurídica de derecho privado”. Es así que la legislación peruana reconoció que la empresa es un sujeto de derecho<sup>64</sup>.

## 18.- El derecho de propiedad

En razón de que el tema relativo a la evolución del derecho de propiedad, tanto a nivel ideológico como jurídico, ha sido largamente tratado por la doctrina, motiva el que dicho asunto no requiera en esta oportunidad de mayor comentario. No obstante, habría que señalar que, considerado en el Código Civil francés de 1804 como un derecho absoluto, inviolable y sagrado, ha terminado en nuestros días concebido como un derecho que se halla en función social. Las razones de este cambio han sido ya materia de comentario

La evolución del derecho de propiedad hacia dicha nueva concepción empezaría a raíz de una sentencia dictada el 2 de mayo de 1855 por el Tribunal francés de Colmar. En ella se encuentra el germen del llamado “abuso del derecho” el cual representa la primera tibia crítica del derecho viviente al carácter absoluto en lo que concierne al

---

<sup>62</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Empresa, persona jurídica y Constitución*, en el volumen “Constitución, Economía y Empresa”, ob. cit., pág. 61.

<sup>63</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Subjetivización de la empresa*, en el volumen “Empresa y Desarrollo”, publicación de la “Revista Peruana de Derecho de la Empresa”, N° 27, Lima, 1988.

<sup>64</sup> En años recientes, cuando la Comisión *ad hoc* que redactaba un proyecto de Ley de la Empresa hizo una exposición de su contenido ante los miembros de las diversas comisiones que trabajaban en la redacción o actualización de diversos cuerpos legales, sustentándonos en los argumentos expuesto y tomando pie en la existencia de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada objetamos el nombre del mencionado proyecto de Ley de la Empresa pues en ella estaba ausente el elemento trabajo que, en nuestro concepto, integra la noción de empresa. En aquella oportunidad se acordó cambiar la nomenclatura de aquel proyecto por el de “Ley marco del empresariado”.

ejercicio del derecho de propiedad<sup>65</sup>. No obstante, la evolución del derecho de propiedad encontraría su plena sustentación a partir del momento en el cual, en la primera mitad del siglo XX, se pone de manifiesto que la coexistencialidad pertenece a la estructura misma del ser humano.

En tiempos recientes se han esclarecido plenamente los alcances del derecho de propiedad<sup>66</sup>. Ello resulta ser la natural consecuencia de la aplicación del concepto de “situación jurídica subjetiva” que, como está dicho, sobre la base de la estructura coexistencial del ser humano, la noción de “derecho subjetivo” conlleva necesariamente en su seno uno o más deberes, así como que en el concepto “deber” subyacen uno o más derechos subjetivos<sup>67</sup>. En efecto, todo derecho subjetivo supone el correlativo deber genérico de que, mediante su ejercicio, no se dañe a terceros, así como que en todo deber se encuentran uno o más derechos que oponer ante el ejercicio ilícito o abusivo de un derecho subjetivo<sup>68</sup>.

### **19. La reformulación de la responsabilidad civil.**

No constituye una novedad señalar que en las últimas décadas está en curso un proceso tendiente a la revisión y reformulación del instituto de la responsabilidad civil. El haberse reconocido la centralidad de la persona humana como sujeto del derecho, ha permitido percibir que lo que interesa, básicamente, no es tanto la determinación de la culpa del agente del daño sino la protección de la víctima a fin de que no se le prive de una adecuada indemnización frente a las consecuencias de un daño injusto. Ello significa que hay que atender, en primer lugar, a la magnitud del daño causado a la persona así como a sus consecuencias a fin de que los magistrados puedan proceder a fijar una adecuada reparación. Es, por ello, que se advierte en la actualidad una creciente tendencia a reparar el “daño a la persona”, incluyendo aquel que compromete el “proyecto de vida”.

Hasta no hace mucho tiempo el tema central de la responsabilidad civil era el castigo al agente o culpable de las consecuencias del daño, mientras que la víctima ocupaba un lugar secundario dentro de la institución. En los días que corren es la reparación de las consecuencias del daño a la víctima, sean ellas patrimoniales o extrapatrimoniales, o ambas, las que ocupan un lugar de privilegio en el sistema. De ahí que se aluda a un

---

<sup>65</sup> En lo atinente a la sentencia del Tribunal de Colmar cfr. Fernández Sessarego, Carlos, *Abuso del derecho*, segunda edición, Grijley, Lima, 1999, pág. 99 y sgts.

<sup>66</sup> Sobre la evolución histórica y la situación actual del derecho de propiedad cfr. Fernández Sessarego, Carlos, *El derecho en un período de transición entre dos épocas*, ob. cit. en nota 29, pág. 69 y *El derecho en el fin del siglo XX. Un nuevo modo de hacer derecho*, ob. cit. en nota 29, pág. 153 y gts.

<sup>67</sup> En lo que concierne a la “situación jurídica subjetiva” cfr. Fernández Sessarego, Carlos, *Abuso del derecho*, segunda edición, ob. cit., pág. 49 y sgts.

<sup>68</sup> En el artículo 19° del Código Civil peruano de 1984, a propósito de la regulación del nombre, se deja sentado este criterio cuando se prescribe que: “Toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre. Éste incluye los apellidos”.

“derecho de daños” o, mejor aún, a un derecho de reparación de las consecuencias de los daños. Es sintomático, al respecto, que un jurista de la reconocida versación y experiencia de Luis Díez-Picazo titule uno de sus recientes libros, editado en 1999, como *Derecho de daños*<sup>69</sup>.

Es interesante anotar la posición asumida por Díez-Picazo en lo que atañe a la evolución de la responsabilidad civil. El autor opina que “el derecho de la responsabilidad civil o Derecho de daños se encuentra, en los momentos actuales, en un punto muy sensible de indefinición, pues convergen en él las tendencias doctrinales y jurisprudenciales que han empujado en las últimas décadas su evolución hacia una muy significativa ampliación y, al mismo tiempo, factores que aconsejan someterlo a un acierta dosis de restricción”. Es decir, interpretando su admonición, se debe encontrar el justo equilibrio entre audaces propuestas y la necesaria cautela que es de rigor en materia tan sensible y delicada como es la responsabilidad civil o Derecho de Daños.

Díez-Picazo considera que la “indefinición” a la que alude se demuestra, en España, “en las vacilaciones de la jurisprudencia y de los tribunales y en las dificultades que hoy existen para encontrar una correcta delimitación del fenómeno y para solucionar sus problemas centrales”. Y, agrega al respecto que, “por eso, parece necesario o, al menos, conveniente, **replantear desde sus raíces** las cuestiones que en esta rama del Derecho privado se encuentran implícitas y hacerlo desde una perspectiva metodológica que ponga en juego todos los criterios de que hoy es posible disponer<sup>70</sup>”. En relación con lo anotado por el maestro Díez-Picazo, cabe señalar que la situación por la que atraviesa la doctrina y la jurisprudencia española es diferente a la italiana donde muchos de los problemas que suscita el cambio que se evidencia en el Derecho en materia de responsabilidad civil se han ido solucionando paulatinamente. Muestra de ello es la aceptación, casi general, del “daño a la persona” bajo algunas de las diversas etiquetas que a él se refieren.

La situación de crisis por la que atraviesa la institución de la responsabilidad civil o Derecho de Daños se evidencia a través de lo expresado por el maestro español en el sentido de que se debe “replantear desde sus raíces” las cuestiones que se hallan implícitas en esta rama del Derecho. La mayoría de las autorizadas voces en la materia coinciden en la formulación de este requerimiento que, por lo demás y como lo hemos señalado, se halla en pleno proceso de estudio. El replanteo que se viene efectuando no es exclusivo de la responsabilidad civil sino que se extiende a otras importantes instituciones jurídicas, algunas de las cuales son materia de nuestros comentarios en estas páginas.

Por lo expresado, Díez-Picazo avala nuestra percepción de que el Derecho se encuentra en un histórico momento de transición - que el autor denomina de “indefinición” - entre dos épocas, tal como lo hemos referido en su lugar (ver & 9).

<sup>69</sup> Díez-Picazo, Luis, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 19..

<sup>70</sup> Díez-Picazo, Luis, *Derecho de Daños*, ob. cit., pág. 19

Es posible que cuando Díez-Picazo alude a la “indefinición” de la institución lo que pretendería poner de manifiesto es un fundado temor - del que participamos - de que la “muy significativa ampliación” de la responsabilidad civil podría ocasionar un torrente de cuantiosas demandas por daños, no todas debidamente fundamentadas, que en el pasado no se asumían como dignas de reparación. En verdad, existe en los días que corren una ostensible evolución de la responsabilidad civil, no obstante los riesgos de un desborde en cuanto a la magnitud o al monto de las indemnizaciones que puedan fijar en el futuro los magistrados por los “nuevos” daños a la persona. Ello, llegado el caso, podría hacer peligrar el sistema asegurativo o, al menos, encarecer sus costos de manera notoria. De ahí la cautela que se reclama al tratar esta nueva temática.

Un tema complejo de reparar es el de las graves consecuencias que podría generar el “daño al proyecto de vida”. No obstante que este daño es una realidad, no existen aún, por la novedad de la institución, criterios uniformes en cuanto a su determinación y reparación, lo que implica el grave riesgo de que las reparaciones pudieran llegar a ser arbitrarias o injustas. Por lo demás, cualquier exceso no es improbable en un momento de transición del Derecho, en el que es natural la existencia de ciertas “indefiniciones” e “incertidumbres”, algunas de las cuales se han ya despejado y otras se irán aclarando en el futuro. Lamentablemente, se trata de una situación que hay que afrontar con cautela.

El proceso de cambio en el cual está sumido el Derecho en materia de responsabilidad civil no es un asunto que se precisa y decanta con rapidez, sino que requiere de tiempo para el análisis y el debate de las nuevas propuestas y, sobre todo, en lo concerniente a los criterios y técnicas adecuadas a utilizar para la justa reparación de los nuevos daños a la persona. Es este, precisamente, el sentido de un momento de transición como en el que se halla inmerso el Derecho.

De otro lado, cabe también llamar la atención sobre la ampliación de los factores atribución de la responsabilidad civil, lo que no ha significado, sin embargo, el que se considere siempre a la culpa como el más importante dentro de ellos.

## **20.- Un cambio revolucionario: el daño a la persona**

Pero, lo más notorio en el proceso de la extraordinaria evolución que experimenta la responsabilidad civil es la aparición en el escenario jurídico, en las tres últimas décadas del siglo XX, del llamado “daño a la persona”. Para Tunc, se trata del acontecimiento más importante ocurrido en los últimos años en tema de responsabilidad civil.

Francesco D. Busnelli es, sin duda, uno de los juristas que más y mejor ha estudiado el “daño a la persona” (que, por razones de encuadre legal dentro del ordenamiento jurídico italiano, se ha visto obligado a denominarlo “daño a la salud” para fundamentarlo en el artículo 32° de la Constitución italiana). Podemos considerarlo, junto con el profesor Bargagna, como uno de los precursores en el desarrollo de la materia desde la llamada escuela pisana. En un libro, editado por los profesores Busnelli y Breccia, titulado *Il diritto*

*alla salute*, expresaban, en un lejano 1979, que “el mundo del derecho, no podía permanecer insensible frente al agravarse de las amenazas a la integridad psico-física del hombre en la sociedad de alto desarrollo tecnológico”<sup>71</sup>. Ciertamente que, al lado del factor mencionado por Busnelli y Breccia existe otro de gran significación para comprender el salto de calidad experimentado en la protección del ser humano a través de la nueva figura del “daño a la persona” en sus diversas modalidades. Nos referimos a la nueva concepción del ser humano que divulgan los filósofos de la primera mitad del siglo XX.

En 1987, ocho años después de lo expresado por Busnelli y Breccia, cuando recién se concebía el nuevo concepto de “daño a la persona”, Guido Alpa opinaba que, si bien era dificultoso llegar a una uniformidad de soluciones prácticas en este tema, ello no se deberá “a la debilidad de su construcción dogmática, hoy superada, ni a su superficialidad: se deberá solo al hecho, diría natural, de que las ideas nuevas, en la ciencia jurídica, tienen un camino fatigoso circundado de cautelas y de dudas”<sup>72</sup>. Su convicción sobre la importancia y perennidad de la nueva figura del “daño a la persona” se demostraba, de este modo, firme y vigorosa.

Después de diecisiete años del lúcido pronóstico de Alpa, anteriormente glosado, podemos celebrar, con él y con los pensadores y jueces que forjaron el concepto de “daño a la persona”<sup>73</sup>, el cumplimiento de su alentador vaticinio. En el nivel histórico en el que vivimos el “daño a la persona”, bajo este nombre u otros sustitutos<sup>74</sup>, es una realidad en el mundo jurídico. Y es que no podía ser de otra manera pues es evidente que existe un daño al ser humano, más importante que cualquier daño a los objetos del mundo, el cual debe ser reparado en toda circunstancia, con criterios y técnicas que tengan en cuenta su singular naturaleza. Es decir, lo que el ser humano significa en tanto se trata del único ente ontológicamente libre existente en el universo conocido.

En 1991, Mosset Iturraspe afirmaba que “los aspectos más sobresalientes” en las cuestiones relacionadas con el derecho de daños eran “la aparición del denominado daño a la persona” y el “afianzamiento de la nueva comprensión o alcance del daño moral”<sup>75</sup>. Francesco D. Busnelli, uno de los juristas que más y mejor ha contribuido a delinear el

<sup>71</sup> Busnelli Francesco .D. y Breccia, Umberto, *Il diritto alla salute*, Zanichelli, Bologna, 1979, pág. IX.

<sup>72</sup> Alpa, Guido, *Il danno biologico*, Cedam, Padova, 1987.

<sup>73</sup> Podemos señalar entre los forjadores del concepto de daño a la persona a Francesco D. Busnelli y a su equipo de investigación de la Universidad de Pisa, a Alpa, Bessone y Roppo, de la escuela de Génova, y a los jueces de Génova y Pisa que contribuyeron en su momento, de modo notable, a hacer posible su surgimiento en el mundo jurídico.

<sup>74</sup> Refiriéndose siempre al daño al ser humano el “daño a la persona”, según los países y sus circunstancias, se le designa también como “daño biológico”, “daño a la salud”, “daño existencial”, “daño corporal”, entre otras nominaciones. Pero siempre, más allá de la etiqueta que se utilice, nos encontramos frente a un daño a la persona humana.

<sup>75</sup> Mosset Iturraspe, Jorge, *El valor de la vida humana*, tercera edición, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1991, pág. 327,



“daño a la persona”, consideraba en 1996 que la aparición del “daño a la persona” representaba una conquista de nuestra civilización. Suscribimos plenamente sus palabras.

En el pasado, bien lo sabemos, el daño ocasionado al ser humano, considerado en sí mismo, era casi o totalmente irrelevante ante los daños a su patrimonio. El *haber* era más importante que el *ser*. Apenas, no siempre, se reparaban los mal llamados “daños morales” que no eran tradicionalmente otra cosa que el dolor o sufrimiento padecido por la víctima (*pretium doloris*). Es decir, se reparaba una consecuencia psíquica, más precisamente de carácter emocional <sup>76</sup>.

El “daño a la persona” supone la reparación de las consecuencias de todo orden del daño causado a lo que constituye el ser humano, es decir, a la “unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad”. Por tanto, son objeto de reparación las consecuencias de los daños ocasionados al soma, o cuerpo en sentido estricto, y a la psique. Pero, sobre todo, debe atenderse a la reparación de las consecuencias del daño al *ejercicio* de la libertad en cuanto expresión mundana de una decisión subjetivamente libre.

Si algún problema existe en la actualidad en relación con el “daño a la persona” es el referido a la manera de reparar algunas de las consecuencias de los diversos daños que se le pueden causar al ser humano, desde que algunos de ellos no son mensurables en dinero de modo directo e inmediato. No obstante las dificultades que se presentan, este problema se va superando y, paulatinamente, se van encontrando diferentes maneras de solucionarlo a través de la creatividad jurisprudencial tal como lo apreciaremos más adelante.

Cabe remarcar, una vez más, que el “daño a la persona” no hubiera podido ser percibido y concebido por los juristas sin el extraordinario hallazgo y los aportes de la Antropología Jurídica.

## **21.- La aparición en Italia del “daño a la persona”**

Como lo reconoce Busnelli, el “daño a la persona” ( o “daño biológico” o “daño a la salud”, como prefiere designarlo) se desarrolla en Italia aunque “se inspira en la experiencia francesa del *dommage physiologique* y en los criterios conexos de valoración centrados en el *calcul au point*”. El profesor de Pisa cita al respecto que Tunc, “el más ilustre

---

<sup>76</sup> Sobre los alcances del “daño moral” y su relación con el “daño a la persona” y el “daño psíquico”, cfr. Fernández Sessarego, Carlos, *Deslinde conceptual entre el daño a la persona, el daño al proyecto de vida y el daño moral*, en la revista “Foro Jurídico”, Universidad Católica, Año I, N° 2, Lima, julio del 2003; en “Revista Jurídica del Perú”, Año III, N° 50, Trujillo, septiembre del 2003 y en “Responsabilidad civil y del Estado”, N° 16, Medellín, febrero del 2004. También cfr. del autor *Daño psíquico*, en la revista “Scribas”, Arequipa, 1998 y en “Normas Legales”, Tomo 287, Trujillo, abril del 2000.

estudioso francés de la responsabilidad civil”, reconoce que en la experiencia italiana la reflexión en cuanto al “daño a la persona” es más amplia y profunda que la francesa<sup>77</sup>.

En 1974, los jueces Monetti y Pellegrino publican un ensayo precursor bajo el título de *Proposte per un nuovo metodo di liquidazione del danno alla persona*<sup>78</sup> a partir del cual la jurisprudencia genovesa asume la protección del ser humano bajo una nueva óptica. La doctrina sostiene y apoya esta posición a través de trabajos de Alpa, Bessone y Roppo quienes, a través de sus comentarios “afinan y avalan” las sentencias que empiezan a dictarse por los tribunales genoveses, precisamente del año de 1974.

En relación con el inicio del proceso de incorporación de la teoría del “daño a la persona” al mundo jurídico cabe formular algunas observaciones. Es de anotar que el ensayo de los jueces Monetti y Pellegrino, que como está referido data del año 1974, hace expresa referencia al concepto “daño a la persona” no obstante que después, por la necesidad de adecuar la figura a la legislación vigente en Italia, se le designe con otros nombres como los de “daño biológico” o “daño a la salud”. De otro lado, cabe también señalar que corresponde a la jurisprudencia genovesa el haber dado inicio al proceso de consagración del “daño a la persona”.

En Pisa el fenómeno se invierte desde que es la doctrina la que sirve de inspiración y apoyo a la jurisprudencia para el inicio del proceso de consagración del “daño a la persona”. En efecto, el Instituto de Derecho Privado de la Universidad de Pisa inicia, en 1975, una investigación sobre la tutela de la salud cuyos resultados se publican en 1978. Al año siguiente, en 1979, se emite una sentencia por el Tribunal de Pisa, la que se sustenta, expresamente, en la mencionada investigación. Como señala Busnelli, los años 70, caracterizados por estos primeros experimentos de investigación interdisciplinaria, concluyen con las sentencias 87 y 88 de 1979 de la Corte Constitucional, así como con un fundamental pronunciamiento de la Corte de Casación, respectivamente<sup>79</sup>.

Es del caso señalar que tuvimos la privilegiada oportunidad de asistir, durante nuestra permanencia en Italia, a la aparición del “daño a la persona” y seguir con interés y atención tanto la doctrina como la jurisprudencia que se iba forjando en torno a esta institución entre los años de 1977 a 1983 en los que residimos en dicho país. Fuimos testigos inmediatos de los problemas que se presentaron en dicho país para encontrar la normatividad que sirviera a los jueces para fundamentar sus sentencias de reparación del “daño a la persona”. En el ordenamiento jurídico positivo italiano existían dos normas que, de algún modo, podían sustentar dichos fallos, pero ellas se contradecían.

---

<sup>77</sup> Busnelli Francesco D., *Il danno alla salute: un'esperienza italiana; un modello per l'Europa?*, en “La valutazione del danno alla salute”, a cura de M. Bargagna e F.D. Busnelli, cuarta edición, Cedam, Padova, 2001, pág. 3.

<sup>78</sup> El ensayo se publicó en “Foro Italiano”, V, cc. 159 ss, 1974, pág. 162.

<sup>79</sup> Busnelli, Francesco F. *Il danno biologico. Dal “diritto vivente” al “diritto vigente”*, G. Giapichelli, Torino, 2001, pág. 63.

En efecto, el artículo 2043 del Código civil prescribe que “cualquier hecho doloso o culposo, que ocasiona a otros un daño injusto, obliga a quien cometió el hecho a resarcir el daño”<sup>80</sup>. No obstante la amplitud de este numeral, el artículo 2059° del mismo cuerpo legal establece que “el daño no patrimonial debe ser resarcido solo en los casos determinados por la ley”. Lo grave era que la ley se refiere a este daño solo en tres artículos, que son el 185 y 598 del Código Penal y el numeral 89° del Código de Procedimientos Civiles. En el artículo 185 reservaba la reparación del daño no patrimonial solo para los casos en que se generara como consecuencia de un delito.

El manifiesto contenido restrictivo del artículo 2059 impedía a los jueces reparar los daños a la persona, diferentes del daño moral, cuyas consecuencias no podían apreciarse en dinero de modo directo e inmediato. El problema, como era de suponer, suscitó un amplio debate en la península, en cuyo desenvolvimiento los juristas agrupados en la escuela de Pisa, bajo la conducción de Francesco D. Busnelli, propusieron que el daño a la persona debía fundamentarse en el artículo 32 de la Constitución que establece que la República “tutela la salud como fundamental derecho del individuo e interés de la colectividad y garantiza a los indigentes tratamientos gratuitos”.

El mencionado debate culminó a raíz de que dos Tribunales de Apelación solicitaran a la Corte Constitucional que declarase la inconstitucionalidad del artículo 2059° en referencia, desde que contenía una disposición contraria al derecho de las personas, contenido en el mencionado artículo 2043°, a ser indemnizadas por las consecuencias de los daños injustos cometidos en su contra.

El controvertido problema fue resuelto por la Corte Constitucional mediante la sentencia N° 184 dictada en 1986. En ella la Corte determinó que el daño a la persona - que designa como daño biológico - constituye una lesión a la salud, entendiéndose este concepto en su más amplia acepción, es decir, como situación o estado de bienestar de la persona. Cualquier daño que se infiera a la persona, en opinión de la Corte, es susceptible de reparación según lo dispuesto en el mencionado artículo 32° de la Constitución italiana, el mismo que prescribe que el Estado protege la salud de las personas, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 2043° del Código Civil, antes citado. Como se ha señalado, este numeral prescribe, con la mayor amplitud, que las consecuencias de todo daño injusto a la persona, ya sea doloso o culposo, debe ser reparado por quien lo infiere.

---

<sup>80</sup> El tema relativo a los mencionados problemas fue tratado por el autor de este trabajo en *El daño a la persona en el Código civil de 1984*, publicado en el “Libro Homenaje a José León Barandiarán”, editado en Lima, en el año de 1985, por la Editorial Cuzco. Era la primera vez que se trataba el tema a nivel latinoamericano. Posteriormente, con una apostilla referida a la sentencia de la Corte Constitucional italiana, 184/86, se publicó también como un capítulo del libro del autor titulado *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, editado por la Universidad de Lima en 1990.

No obstante lo anteriormente expuesto, la Corte no se pronunció sobre la inconstitucionalidad del artículo 2059° del Código Civil sino, más bien, hizo una curiosa - por antitécnica - interpretación del mencionado numeral. Según la referida sentencia, el alcance conceptual del “daño no patrimonial” debe restringirse para designar, únicamente, al daño moral en sentido estricto. Es decir, entendido como dolor o sufrimiento. Por lo demás, el daño moral solo debe repararse, según la Corte, como consecuencia de la comisión de un delito. Como se advierte, el error en que incurrió la Corte, en nuestro concepto, consistió en equiparar los conceptos de “daño no patrimonial” y de “daño moral”. La precisión de la Corte, en el sentido de que el artículo 2059° era solo aplicable tratándose del daño moral, permitió a los jueces reparar todos los otros daños inmateriales, es decir, aquellos que no generasen consecuencias patrimoniales.

Si bien la mencionada sentencia de la Corte Constitucional interpretaba antitécnicamente el artículo 2059 del Código Civil, es también cierto que ella tiene el mérito de haber permitido la reparación del “daño a la persona”, al haber removido el obstáculo que representaba el restrictivo texto del mencionado artículo 2059°. En este sentido, coincidimos con lo opinado por Alpa cuando señala que la sentencia antes referida puso punto final a las dudas surgidas entre jueces y juristas al haber declarado que el “daño a la persona” es una lesión a la salud que configura un daño biológico, el mismo que debe repararse bajo el fundamento del artículo 32° de la Constitución italiana, que tutela la salud, y del artículo 2043° del Código Civil que obliga a reparar cualquier daño injusto cometido con dolo o culpa<sup>81</sup>.

La mencionada sentencia de la Corte Constitucional permitió reparar el “daño a la persona”, por lo que debe resaltarse como un acontecimiento que marca un hito de importancia en el proceso de elaboración de dicha institución”. El propio Alpa expresa que, con relación al proceso de desarrollo de la figura del “daño a la persona”, la sentencia de la Corte Constitucional agrega “una nueva pieza al mosaico de más de un decenio en fase de elaboración de parte de la doctrina, la jurisprudencia de mérito, la jurisprudencia de legitimidad, la jurisprudencia constitucional” y “para proseguir con la metáfora se trata de una pieza preciosa de gran relieve: no sucedía con frecuencia leer sentencias tan densas, de limpio estilo, claras y prolijas como esta”<sup>82</sup>.

En el umbral del siglo XXI, en el año 2001, Busnelli reconoce que se “ha logrado plenamente la operación de acreditación de la figura del daño a la salud como figura prioritaria, autónoma (respecto a las otras figuras del daño: daño emergente, lucro cesante, daño moral)...”<sup>83</sup>. El problema actual en Italia es el de lograr que una ley regule la materia del “daño a la persona”, que en las dos últimas décadas han desarrollado conjuntamente la jurisprudencia y la doctrina, así como obtener la elaboración de un baremo o tabla de infortunios única que sirva de orientación a los jueces cuando tengan

<sup>81</sup> Alpa, Guido, *Commenti a prima lettura della sentenza della Corte Costituzionale*, en Dir. Inf., 1986, pág. 727

<sup>82</sup> Alpa, Guido, *Il danno biologico*, ob. cit., pág. 39.

<sup>83</sup> Busnelli, Francesco D, *La valutazione del danno alla salute*, ob. cit., pág. 4.

necesidad de fijar una reparación como consecuencia de un daño a la persona de carácter psicosomático.

No obstante lo expresado, el panorama se ha complicado a partir de 1991 con la aparición en el escenario jurídico de una nueva versión del daño a la persona la cual, bajo la denominación de “daño existencial”, ha logrado concitar el interés de un sector de la doctrina y ha merecido ser amparado por la jurisprudencia<sup>84</sup>. Se debe fundamentalmente a Paolo Cendon el haber desarrollado el contenido de esta nueva especie de daño, en cuya labor encontramos también la activa participación de Patria Ziviz, de la Universidad de Trieste. La figura se consolida en el Congreso celebrado en Trieste en 1998, fecha a partir de la cual aparecen los más importantes trabajos debidos a los profesores antes citados. Acaba de llevarse a cabo en Florencia, en febrero del 2004, un Congreso sobre el daño existencial en el que se han vuelto a considerar temas y problemas relativos a esta nueva voz. Cabe señalar que las primeras sentencias en las que se acoge esta nueva versión del daño a la persona empiezan a aparecer a mitad de la década de los años 90 del siglo XX.

El tema ha suscitado críticas de un sector de la doctrina que considera que el “daño existencial” es una voz innecesaria pues se halla comprendida dentro del genérico daño a la persona o daño a la salud. Es, entre otras, la opinión de Giulio Ponzanelli, profesor en la Universidad de Brescia, quien critica la aparición del mencionado nuevo daño en el reciente libro *Critica del danno esistenziale* (publicado por Cedam, Padova, en el 2003) del cual es su curador.

Por nuestra parte, tenemos en trabajo un ensayo sobre los alcances del “daño existencial” como una manifestación del “daño a la persona” y, sobre todo, sobre su relación con el “daño al proyecto de vida”.

Como lo sintetiza Raffaella de Matteis, el debate en Italia en torno al daño de consecuencias no patrimoniales está centrado actualmente en el análisis de la propuesta de tripartición de este daño en daño biológico, daño por lesión de los valores fundamentales protegidos constitucionalmente y daño moral.

## **22.- La incorporación del “daño a la persona” al Código civil peruano y a la literatura jurídica latinoamericana**

De retorno al Perú en el año de 1983, entusiasmados por el hallazgo del “daño a la persona”, que significaba un extraordinario acontecimiento en el mundo de la

---

<sup>84</sup> Sobre el “daño existencial” puede consultarse *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, al cuidado de Paolo Cendon y Patricia Ziviz, Giuffré, Milano, 2000; Ziviz, Patricia, *La tutela risarcitoria della persona. Danno morale e danno esistenziale*, Giuffré, Milano, 1999; Cendon, Paolo, *Trattato breve dei nuovi danni. Il risarcimento del danno esistenziale: aspetti civili, penali, medico legali, processuali*, en tres volúmenes, Cedam, Padova, 2001.

responsabilidad civil, nos dedicamos a desarrollar, desde nuestra perspectiva, tan sugestivo tema que recién por aquel entonces surgía en Italia. Trajimos en nuestro bagaje los aún modestos y relativos logros obtenidos a nivel de la jurisprudencia y la doctrina italianas en cuanto a dicha novedosa institución jurídica. Así, por ejemplo, cabe destacar que cuando comenzamos a desarrollar el tema del “daño a la persona” no se había aún pronunciado la Corte Constitucional italiana definiendo los alcances del para ellos problemático asunto que representaba el encuadre de la figura del “daño a la persona” dentro de los dispositivos vigentes, tanto en su Constitución de 1947 como en su Código Civil de 1942. Esta situación se resolvió, como se ha señalado, mediante la sentencia N° 184 emitida por la Corte Constitucional en 1986.

En un ensayo titulado *El daño a la persona en el Código Civil de 1984*<sup>85</sup>, sintetizábamos hace veinte años nuestra visión del “daño a la persona”, describiendo diversas situaciones asimilables a este concepto en los siguientes términos: “En general, el daño a la persona es todo aquél que produce efectos desfavorables en el ámbito psicológico o moral de la persona, ya sea perturbando su equilibrio espiritual, generando distorsiones o deterioros mentales de cualquier tipo y por cualquier causa, interfiriendo en su intimidad, lesionando su honor, deteriorando su prestigio, imputándole conductas que no le corresponden, atribuyéndose la paternidad de sus acciones o creaciones, entabando su vida de relación, atentando contra su salud. En cualquiera de estas hipótesis, y en otras no específicamente contempladas pero que afectan la esfera personal del sujeto, se produce un daño que, de algún modo, debe indemnizarse pese a no ser cuantificable pecuniariamente”. Y agregábamos, a continuación, que: “Carecería de sentido jurídico resarcir solo el daño material, el que recae sobre las “cosas” pertenecientes a la persona, y no se reparara el daño causado directamente a la persona considerada en *sí misma*”<sup>86</sup>. Este concepto, que como está dicho, corresponde al año de 1984, se ha ido decantando y precisando a través del tiempo.

### **22.1.- Los ensayos publicados entre 1984 y 1986**

En 1984, como se ha señalado en precedencia, redactamos el primer ensayo sobre la materia luego de haber logrado incorporar, no sin haberse producido un arduo debate, el “daño a la persona” en el artículo 1985° de nuestro Código Civil que entró en vigencia el 14 de noviembre de dicho año. El ensayo titulado *El daño a la persona en el Código Civil de 1984*, antes mencionado, nos permitió, muy tempranamente, enfocar y delimitar el tema desde la óptica que sobre la institución teníamos en aquella distante fecha. Aprovechamos la oportunidad para fundamentar la inclusión del “daño a la persona” en el Código Civil así como para informar sobre lo sucedido en Europa en torno al tema y dar cuenta de los problemas y del consecuente debate por ellos suscitado. En el mencionado ensayo recogíamos las opiniones de los escasos tratadistas que se preocuparon del

---

<sup>85</sup> El ensayo está citado en la nota 79.

<sup>86</sup> La cita bibliográfica se halla en la nota 79.

problema, así como otros asuntos que tuvimos la ocasión de desarrollar en dicho trabajo<sup>87</sup>.

En el citado ensayo de 1984 opinábamos que “el Derecho, que mediante la justicia pretende asegurar la libertad a fin de que el hombre se realice plenamente a través del amor, no solo debe proteger por acción de su estructura formal-normativa lo que el hombre tiene de naturaleza o el patrimonio que posee para cumplir su finalidad y destino, todo lo que es pasible de una valoración económica y, por tanto resarcible en dinero, sino que también debe tener en cuenta la tutela de la persona humana en tanto tal”. Y se agregaba al respecto que “si el hombre no se agota en lo material, si la libertad es constitutiva del ser humano, si la persona es el único ser capaz de valorar, no es posible olvidar que el Derecho no solo debe regular lo atinente a su patrimonio material sino que debe principalmente tutelar, en forma amplia y decidida, el rico mundo de la libertad y de la espiritualidad de la persona”<sup>88</sup>.

Lo expuesto en el párrafo anterior resulta ser, sintéticamente, el fundamento de la incorporación del “daño a la persona” en el Código Civil de 1984 así como de la inclusión del artículo 17° que se refiere, aunque mutilado por la Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil, a la protección integral de la persona.

En relación con el párrafo glosado del ensayo de 1984 hay que destacar la tesis de que el objetivo final del Derecho, tal como se manifiesta en dicho párrafo, es la protección de la libertad de la persona humana a través del vivenciamiento de la justicia y por acción de su aparato formal-normativo. En otras palabras, se trata de la protección del “proyecto de vida” que constituye la libertad fenoménica, es decir, de la libertad hecha acto o conducta. En síntesis, se pone en evidencia el sentido liberador del Derecho.

En el mencionado trabajo, elaborado en los primeros años de la década de los años 80 y publicado en 1985, se hacía mención, por primera vez, al “daño al proyecto de vida” así como se trataba, aunque sin mucha precisión, la relación entre “daño a la persona” y “daño moral”. Este último asunto, después de casi veinte años de este primer enfoque, ha

---

<sup>87</sup> Sobre el “daño a la persona” pueden consultarse del autor, entre otros, los siguientes trabajos: *Apuntes sobre el daño a la persona*, en Autores Varios, “La persona humana”, Editorial “La Ley”, Buenos Aires, 2001 y en la revista “Ius et Veritas”, Edición Especial, Año XIII, N° 25, Lima, noviembre del 2002; *Precisiones preliminares sobre el daño a la persona*, en “Themis”, Revista de Derecho, N° 34, Lima, 1996; *Reparación del daño a la persona*, en Autores Varios, “Daños a la persona”, Editorial del Foro, Montevideo, 1996; *Protección de la persona*, en Autores Varios, “Protección de la persona humana”, Editorial La Rocca, Buenos Aires, 1993.

<sup>88</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *El daño a la persona en el Código Civil de 1984*, en pág. 277 del libro *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, editado en 1990 por la Universidad de Lima. Esta versión es la que figura, originalmente, en la pág. 183 del libro *Homenaje a José León Barandiarán*, publicado por la Editorial Cuzco en 1985.

sido retomado en nuestro último trabajo titulado *Deslinde conceptual entre el daño a la persona, el daño al proyecto de vida y el daño moral*<sup>89</sup> que data del año 2003.

En otro ensayo, publicado en 1986, titulado *El daño a la persona en el Código civil peruano de 1984 y el Código civil italiano de 1942*, tratamos de definir los puntos comunes y las diferencias existentes en relación con la situación del daño a “la persona”, tanto a nivel de la doctrina como del ordenamiento jurídico positivo, entre los citados códigos civiles de Italia y el Perú. En este trabajo manifestábamos que el Código Civil peruano de 1984, “aunque asistemáticamente y de modo vacilante, incorpora en su normativa el denominado daño a la persona, conocido también como daño no patrimonial y, por algunos, como daño moral si se interpreta latamente esta acepción”<sup>90</sup>. Decíamos de modo vacilante porque, contrariamente a lo por nosotros propuesto, se conservó en dicho numeral, al lado del “daño a la persona”, el llamado “daño moral” el cual, según nuestro parecer, integra el genérico concepto de “daño a la persona”.

En el ensayo publicado en 1986, antes referido, expresábamos que el daño a la persona “en su más honda acepción, es aquel que tiene como consecuencia la frustración del proyecto de vida de la persona”, por lo que “se trata de un hecho de tal magnitud, que truncaría la realización de la persona humana de acuerdo a su más recóndita e intransferible decisión”. Y agregábamos, con perplejidad, que: “En verdad, este radical aspecto del daño a la persona y sus efectos no han sido debidamente considerados por la doctrina por nosotros conocida...”<sup>91</sup>. Esta fue la vez primera en que se hizo mención escrita del nuevo concepto de “daño al proyecto de vida”.

En el citado trabajo de 1986 nos referíamos también a la relación conceptual entre el “daño a la persona” y el “daño moral”, expresando al respecto que “la generalizada utilización del concepto “daño moral”, y los diversos alcances que se le otorga, constituyen un grave problema que entraba la diáfana percepción de la temática del daño a la persona y acarrea constantes confusiones, a menudo difíciles de superar por los manipuladores y destinatarios de la normatividad jurídica”. Estimábamos que esta confusión de lo genérico, que es el “daño a la persona”, con lo específico, que es el “daño moral”, se producía a nivel del Código civil peruano, lamentablemente, por falta “de un afinamiento final, que pudo estar a cargo de un jurista dotado de sólida preparación filosófica y dogmática, como sería el caso de Miguel Reale (tratándose del Código Civil

---

<sup>89</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Deslinde conceptual entre el daño a la persona, el daño al proyecto de vida y el daño moral*, en la revista “Foro Jurídico”, Año I, N° 2, Lima, julio del 2003; en “Revista Jurídica del Perú”, Año LIII, N° 50, Trujillo, setiembre del 2003 y en la revista “Responsabilidad Civil y del Estado”, N° 16, Medellín, febrero del 2004.

<sup>90</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *El daño a la persona en el Código civil peruano de 1984 y el Código civil italiano de 1942*, Editorial Cuzco, Lima, 1986, pág.251.

<sup>91</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *El daño a la persona en el Código civil peruano de 1984 y en el Código civil italiano de 1942*, ob. cit., pág. 252.



del Brasil recientemente promulgado), o de un pequeño grupo encargado de la coordinación final”<sup>92</sup>.

Lamentablemente, transcurridos cerca de veinte años de dicha percepción observamos como el problema de la relación entre el “daño a la persona” y el “daño moral” sigue siendo un problema para un sector de la doctrina, el que ha llegado, inclusive, al extremo de incorporar el genérico “daño a la persona” en el restringido concepto de “daño moral”. Otro importante sector de la doctrina jurídica considera al “daño moral” como un daño autónomo, diverso del “daño a la persona”. Como apreciaremos en su lugar (ver & 30) somos del parecer que el “daño moral”, en cuanto se trata de un daño al ser humano, constituye un específico aspecto del genérico y amplio “daño a la persona”.

## **22.2.- El Congreso Internacional de 1985 y la difusión del “daño a la persona” a nivel latinoamericano**

Es del caso señalar que el genérico tema del “daño a la persona”, el específico del “daño al proyecto de vida” así como la incorporación del “daño moral” dentro de los alcances del concepto “daño a la persona”, además de aparecer en los mencionados ensayos que datan de 1985, fueron por nosotros expuestos en el Congreso Internacional que, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima y la Asociación de Estudios Sociales Latinoamericanos (ASSLA), se celebró en Lima del 9 al 11 de agosto de 1985. Se hicieron presentes en este certamen, entre otros, los profesores Pietro Rescigno, de la Universidad de Roma, Fernando Fueyo Laneri, de la Universidad de Chile, Caio Mario da Silva Pereira, del Brasil, Jorge Mélich Orsini, de Venezuela, Arturo Valencia Zea, de Colombia, Oscar J. Ameal, de la Argentina, Víctor Pérez Vargas, de Costa Rica<sup>93</sup>.

Los temas mencionados en el párrafo anterior fueron tratados por primera vez, a nivel Latinoamericano, en el mencionado Congreso Internacional de agosto de 1985 y luego difundidos a través de los ensayos antes citados. De ello deja constancia Mosset Iturraspe quien expresa que “la idea promisorio y fecunda del daño a la persona fue defendida en Perú por un jurista de primera línea (...) y de allí se extendió a toda América”<sup>94</sup>. En la Argentina, por ejemplo, con posterioridad a la realización de dicho Congreso Internacional

---

<sup>92</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *El daño a la persona en el Código civil peruano de 1984 y el Código civil italiano de 1942*, ob. cit. , pág 252.

<sup>93</sup> Mantenemos un vivo recuerdo de nuestros desaparecidos amigos Fernando Fueyo Laneri y Caio Mario da Silva Perereira, así como de Arturo Valencia Zea, con quienes compartimos gratos e ilustrativos momentos en diversos encuentros internacionales celebrados en el ámbito latinoamericano.

<sup>94</sup> Mosset Iturraspe, Jorge, *El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad*, en el volumen “Daños a la persona”, editado por la “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, N° 1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1992.

y a los ensayos en referencia, aparecieron algunas publicaciones relacionadas con el tema del “daño a la persona”<sup>95</sup>.

En ese mismo sentido se pronuncia Matilde Zavala de González cuando expresa que “en el derecho latinoamericano, especialmente los juristas peruanos, han elaborado una noción sobre “daños a las personas” como diferente de otras categorías de daños resarcibles”<sup>96</sup>. La mencionada autora ha dedicado tres volúmenes para tratar diversas modalidades del daño a la persona.

El tema del “daño a la persona” fue tratado también en varios Congresos Internacionales celebrados en la Argentina y en los cuales el autor de este trabajo intervino como conferencista. Podemos recordar, entre ellos, el “II Congreso Internacional de Derecho de Daños”, organizado por la Universidad Nacional de Buenos Aires y la Asociación de Abogados de la ciudad, en junio de 1991; el “IV Congreso de Derecho de Daños”, organizado por la Universidad Nacional de Buenos Aires y la Asociación de Abogados de la ciudad, del 19 al 22 de abril de 1995; las “XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, organizadas por la Universidad Nacional de Mar del Plata, del 26 al 29 de octubre de 1995; el “V Congreso Internacional de Derecho de Daños”, organizado por la Universidad Nacional de Buenos Aires, del 24 al 25 de abril de 1997.

Mosset Iturraspe da cuenta que en el mencionado “II Congreso Internacional de Derechos de Daños” de 1991 se declaró que: “El daño a la persona configura un ámbito lesivo de honda significación y trascendencia en el que pueden generarse perjuicios morales y patrimoniales”. Es así que, a través de esta expresiva declaración de *lege data*, la doctrina argentina incorporó tempranamente a su temática el nuevo concepto de “daño a la persona”<sup>97</sup>.

### **22.3.- El modelo peruano de responsabilidad civil y el “daño a la persona” en el Congreso Internacional de Pisa de 1989**

El modelo peruano de la responsabilidad civil, el “daño a la persona” y sus alcances, así como la temática relativa a su incorporación en el artículo 1985° del Código Civil peruano

---

<sup>95</sup> Recordamos, entre otros, el primer número de la “Revista de Derecho Privado y Comunitario” dedicada íntegramente a tratar el tema, editada en 1992 por Rubinzal-Culzoni, en Santa Fe; el libro de Héctor Pedro Iribarne, titulado *De los Daños a la persona*, editado por EDIAR, Buenos Aires, en 1993; los tres volúmenes de Matilde Zavala de González, sobre el resarcimiento del “daño a la persona”, editados por Hammurabi, en Buenos Aires, a partir de 1990; autores varios, *Protección de la persona*, Editorial La Rocca, Buenos Aires, 1993. En Montevideo se editó el volumen de autores varios, titulado *Reparación del daño a la persona*, Editorial El Foro, 1996.

<sup>96</sup> Zavala de González, Matilde, *Resarcimiento de daños. Daños a las personas*, 2C, Hammurabi, Buenos Aires, 1994, pág. 39.

<sup>97</sup> Mosset Iturraspe, Jorge, *El daño a la persona en el Código Civil peruano*, en “Los diez años del Código civil peruano: balance y perspectivas”, Tomo I, Universidad de Lima y WG Editor, Lima, 1995, pág. 211.

de 1984, fueron los temas expuestos por el autor de este trabajo en el Congreso Internacional que se celebró en Pisa, entre el 12 y el 13 de mayo de 1989, bajo el nombre de “Giornate di studio sul danno alla salute”. Concurrieron a este evento, aparte de los más destacados juristas italianos, entre los que recordamos a Pietro Rescigno, Francesco D. Busnelli y Guido Alpa, connotados juristas de otras latitudes como R. Barrot, de Francia, L. Díez-Picazo, de España, P. Schuck, de Estados Unidos, G. Bender, de Alemania. Las ponencias expuestas en este Congreso fueron publicadas en 1990<sup>98</sup>.

En la mencionada oportunidad, aparte de sostener que el “daño moral” constituía un aspecto del genérico concepto de “daño a la persona”, mostrábamos nuestra disconformidad con el uso de las expresiones de “daño biológico” y de “daño a la salud” para referirse al “daño a la persona”, aunque comprendiendo las válidas razones por las cuales fueron adoptadas por los juristas y magistrados italianos. Decíamos en esa oportunidad que no creíamos en la distinción entre “daño biológico”, que debe ser visto como un daño estático (es decir, un daño a la función), y “daño a la salud”, como ausencia de bienestar, desde que siempre las consecuencias de una lesión biológica repercuten, en mayor o menor medida, en la totalidad del ser en cuanto el hombre se presenta como un ser dinámico<sup>99</sup>.

### **23.- Temas de interés en la reflexión sobre el “daño a la persona”**

Nuestros esfuerzos, luego de la publicación del ensayo de 1985 antes mencionado, se centraron, principalmente, en desarrollar tres temas: a.- la sistematización del “daño a la persona” con el propósito de lograr una mejor comprensión de sus alcances y manifestaciones; b.- el naciente tema relativo al “daño al proyecto de vida” y c.- el precisar el significado del llamado daño “moral” así como su relación con el “daño a la persona”.

Cuando retornamos al Perú en 1983, teníamos muy en claro la necesidad de sistematizar el “daño a la persona” para evitar lo que estaba ocurriendo en Italia. En este país, como se ha señalado, por falta de una norma expresa que sirviera de asidero a la aplicación jurisprudencial de dicha figura, se utilizaron diversas etiquetas para referirse a ella, como “daño biológico” o “daño a la salud” y, recientemente, la de “daño existencial”, aunque estas denominaciones deben ser consideradas, en nuestra opinión, tan solo como sustitutos coyunturales del “daño a la persona”. En el Perú no afrontábamos dicho problema desde que el artículo 1985° del Código Civil menciona expresamente el deber de reparar las consecuencias del “daño a la persona” sin limitación alguna. Por ello, la tarea de sistematizar esta figura no encontró la problemática de encuadre legal de la figura del “daño a la persona” que en Italia se resolvería, como se señaló, con el fallo N° 184 de 1986 de la Corte Constitucional.

<sup>98</sup> La publicación en referencia se titula “Giornate di studio sul danno alla persona”, editada por Cedam, Padova, en 1990.

<sup>99</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Il danno alla salute nel Codice civile peruviano del 1984*, en “Giornate di studio sul danno alla salute”, Cedam, Padova, 1990, pág. 366.

## **24.- Reflexiones previas a la sistematización del “daño a la persona”**

Cuando empezamos a reflexionar sobre el “daño a la persona” en los años ochenta del siglo pasado consideramos que su sistematización resultaba una tarea necesaria y de utilidad, que había que emprenderla de inmediato, a fin de superar la confusión o imprecisión reinantes en dicha década en lo que concernía a sus alcances conceptuales así como a la determinación de sus diversas modalidades. Por ello, estimamos oportuno intentar, en los años postreros de aquella década, una sistematización del “daño a la persona” sobre la base de lo dispuesto en el artículo 1985° del Código Civil de 1984 que establece la responsabilidad civil por “daño a la persona”. La tarea se simplificaba porque, contando con dicho numeral, era innecesario buscar otros fundamentos legales con el riesgo, experimentado en Italia, de adoptar otras denominaciones para referirse al “daño a la persona”, como las de apelar a las de “daño biológico” o “daño a la salud”.

Para sistematizar el “daño a la persona” resultaba también imprescindible conocer previamente la estructura existencial del ser humano a fin de precisar qué aspectos de la misma podían ser objeto de daños y cuáles serían los criterios y técnicas para lograr, en cada caso, su adecuada reparación. Se requería, por consiguiente conocer, lo mejor posible, la estructura del ser humano. Sin estos conocimientos previos no era dable sistematizar los daños que, en líneas generales, se le podían inferir. De ahí la importancia de conocer, hasta donde ello es posible a la altura de nuestro tiempo, el “mapa” personal. A este efecto había que recurrir a la Antropología Filosófica así como a los conocimientos científicos que podrían servirnos de apoyo en esta tarea. Es, por ello, que nos referimos en la primera parte de este trabajo a la estructura de la persona humana, a la que hemos considerado como “una unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad”. Este es el punto de partida que tuvimos en cuenta para intentar una sistematización del “daño a la persona”.

Antes de abordar la sistematización del “daño a la persona” estimamos oportuno referirse brevemente a los alcances del concepto “daño” así como a su clasificación, temas que han de servir de inmediatos antecedentes para intentar dicha sistematización

## **25.- El concepto “daño”**

Nuestra primera preocupación, antes de asumir las tareas antes referidas, fue la de esclarecer los alcances del concepto “daño”, entendido como una lesión inferida a los seres humanos o a las cosas del mundo, la que acarrea consecuencias de diversa índole y magnitud. Encontramos que en el concepto unitario “daño” se apreciaban dos vertientes inseparables, como la cara y el sello de una moneda. De un lado, la lesión, considerada en sí misma, que un sector de la doctrina denomina “daño-evento”, y del otro, las consecuencias o perjuicios generados por dicho evento, o sea, el “daño-consecuencia”. Si existe una lesión necesariamente existirán consecuencias de menor o mayor magnitud. No hay, por ello, daño sin evento ni daño sin consecuencias. De ahí que decir “daños y perjuicios” carece de sentido, pues el concepto “daño”, como está dicho, incluye las

consecuencias. De no haber consecuencias, de algún orden o magnitud, no se puede alegar la existencia de un daño.

Según nos lo informa Raffaella de Matteis en su ensayo titulado *“Danno evento” e “danni conseguenza”: dalle origini alle attuali applicazioni. Il significato di una pretesa distinzione*, la distinción entre las mencionadas expresiones de “daño-evento” y “daño-consecuencia” aparecen por primera vez en un ensayo de Paolo Forchielli titulado *L’articolo 1223 cod. civ. e una pretesa distinzione tra “danno evento” e “danni conseguenza”*, incluido en el volumen “Studi in memoria di L. Mossa”, Padova, 1961, pág. 193. La mencionada distinción, que motivó un notorio debate en la península, es recogida en la sentencia 184 de 1986 de la Corte Constitucional italiana que resolvió, desde su óptica, el problema creado por la contradicción entre los contenidos de los artículos 2043° y 2059° del Código Civil en materia de reparación del “daño a la persona”.

En síntesis, tanto el *evento* como las *consecuencias* son immanentes al concepto “daño”. La distinción teórica es, sin embargo, útil para los efectos de la sistematización del “daño a la persona”, razón por la cual nos referimos a ella en estas páginas.

## **26.- Clasificaciones del “daño”**

La sistematización del “daño a la persona” tiene como antecedente la clasificación general del “daño”. Dicha clasificación contempla dos aspectos en este concepto. En el primero, se atiende a la **naturaleza** del bien lesionado y, en el segundo, se consideran las **consecuencias** del evento dañino.

### **26.1.- En cuanto a la naturaleza del bien lesionado**

En cuanto a la naturaleza del bien lesionado, el daño se clasifica en daño subjetivo, o “daño a la persona”, y en daño objetivo, o daño a las cosas del mundo. En cuanto a la denominación empleada es de advertir que se hace referencia a un daño “subjetivo” para comprender en él tanto al “sujeto de derecho” concebido como a la persona natural. No obstante, la costumbre ha hecho que se emplee en su lugar la expresión de “daño a la persona”, haciéndose la aclaración que comprende tanto a la persona por nacer como a la nacida.

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

Había que dejar muy en claro, dada la novedad de la figura del “daño a la persona”, que no se podían reparar las consecuencias de un daño al ser humano con los mismos criterios y técnicas que tradicionalmente se venían empleando para resarcir el daño al patrimonio. La calidad ontológica de la persona humana exigía un tratamiento y una protección que se adecuaran a su naturaleza, la que es diferente de aquélla de los entes del mundo circundante. Esta aclaración se hacía más necesaria cuando se observaba que en los primeros años en que empezó a repararse los daños a la persona, considerada en sí misma, se utilizaba un criterio de carácter patrimonialista, como si la persona fuese una “cosa” u “objeto” más.

Hasta entrada la década de los años setenta del siglo XX se consideraba al ser humano como un *homo faber*, ya que lo que interesaba para establecer el monto de la reparación en relación con ciertos daños no mensurables en dinero, era solo el dato referente a si la víctima era o no productora de riqueza. La riqueza era, así, el factor determinante para establecer la reparación. El dinero era la medida de todas las cosas. No importaba el ser humano en sí mismo, por lo que, por ejemplo, quedaban fuera del beneficio de obtener una indemnización las amas de casa, los niños, los ancianos, los discapacitados, los jubilados, los desocupados, los religiosos, entre otros seres humanos incapaces de producir riqueza material. A partir de 1987 el criterio patrimonialista empezó a abandonarse. En Italia, Busnelli y Alpa, entre otros lúcidos juristas, sostenían, con énfasis, que el daño a la persona debía repararse teniendo solo en consideración al ser humano en *sí mismo*, con prescindencia de cualquier otra connotación.

En 1987, en el sentido antes señalado, Alpa afirmaba que el “llamado daño biológico debe ser considerado resarcible aunque no incida en la capacidad de producir renta...<sup>100</sup>. Igual criterio ha sido remarcado por Busnelli en múltiples ocasiones.

En la actualidad, son escasos los juristas o magistrados que han comprendido cuales son los criterios y técnicas adecuados para reparar las consecuencias de los daños a la persona desde que, para ello, se debe tener muy en claro, hasta donde es posible, cuál es la estructura existencial del ser humano o “persona” para el Derecho. Si este conocimiento no se adquiere al nivel de la ciencia del tiempo en que vivimos, no se podrá establecer la reparación adecuada ya que se desconocerá en cuál vertiente o aspecto del ser humano se ha producido la lesión. De esta comprobación depende la modalidad y cuantía de la reparación. Es pues importante determinar el “*dónde*” se ha producido el daño, para saber luego el “*cómo*” se han de reparar sus consecuencias.

Como se apreciará más adelante, no es lo mismo reparar la pérdida de una mano, una lesión al cerebro, que un daño psíquico o, lo que es más delicado, un daño al sentido mismo de la vida del ser humano, es decir, a su “proyecto de vida”. La peculiar estructura existencial del ser humano exige, por consiguiente, un tratamiento y una reparación de las consecuencias dañinas radicalmente diferente que aquéllas empleadas para resarcir los daños a los entes del mundo, a los objetos que constituyen el patrimonio de las personas.

---

<sup>100</sup> Alpa, Guido, *Il danno biologico*, ob. cit. , pág. 4.

Para la debida reparación del “daño a la persona” se requiere, básicamente, de magistrados, de todos los niveles, con una formación y capacitación tal que comprendan la significación del ser humano y la necesidad de reparar los daños que se le puedan ocasionar. En nuestra opinión, el primer tema que debe ocupar su atención es el de acercarse, lo más posible, a un conocimiento de la estructura existencial del ser humano. Sin una adecuada comprensión de la temática existencial será poco lo que se logre progresar en cuanto a la protección de la persona humana.

Tampoco se obtendrán resultados satisfactorios en cuanto a la protección de la persona humana si los especialistas en materia de responsabilidad civil continúan encerrados en sus antiguos conocimientos y esquemas, sin abrir sus mentes, con sentido crítico pero sin prejuicios, a los aportes que, desde distintas fuentes, van enriqueciendo permanentemente la disciplina jurídica. Los estudiantes de Derecho merecen una información plural y actualizada.

Lo expuesto en precedencia justifica plenamente la clasificación del daño en cuanto a la naturaleza del ente afectado por sus consecuencias. Esta clasificación es indicativa de que los criterios, técnicas y métodos a emplear en la reparación del “daño a la persona” y en el resarcimiento de los daños al patrimonio no son los mismos desde que se debe atender en cada caso a la particular estructura del ente dañado.

## **26.2.- En cuanto a las consecuencias generadas por el daño-evento**

La segunda de las clasificaciones antes señaladas atiende ya no a la naturaleza del ente dañado, determinante de los criterios y técnicas a emplear para su reparación, sino al tipo de consecuencias que pueden derivarse del daño producido. Los daños, según sus consecuencias, se pueden dividir en daños patrimoniales o no personales y daños extrapatrimoniales o personales. Los primeros, es bien sabido, son los que generan consecuencias apreciables en dinero o cuando el objeto dañado puede ser sustituido por otro de idéntica naturaleza. Los daños extrapatrimoniales o personales son aquéllos que no son mensurables en dinero en forma inmediata y directa.

El “daño a la persona” genera, indistintamente, daños patrimoniales o extrapatrimoniales, según el aspecto de su estructura existencial que ha sido dañada. Por ello, según nuestro concepto, no se puede asimilar la noción de “daño a la persona”, que tiene que ver con la naturaleza del ente dañado, con la noción de daño extrapatrimonial, como equivocadamente lo señala actualmente un amplio sector de la doctrina, error en el que incurrimos hace más de dos décadas cuando empezábamos nuestros estudios sobre la materia.

Si una persona sufre un daño a raíz de un accidente de tránsito, el evento generará consecuencias de carácter patrimonial, como el daño emergente representado por los diversos gastos en que ha incurrido la víctima en el proceso de su curación, así como el lucro cesante por lo dejado de percibir durante el tiempo en que estuvo inhabilitada para el trabajo, si fuere el caso. Pero, simultáneamente, deberán tenerse también en cuenta las

lesiones inferidas como, por ejemplo, la pérdida de una mano. Esta consecuencia no es mensurable en dinero, desde que las partes del cuerpo humano carecen de valor en el mercado, por lo que el monto de su reparación se debe fijar, según criterios y técnicas adecuadas, acudiendo a lo señalado indicativamente en los baremos o tablas de infortunios, ahí donde las hubiere.

Por lo expuesto, es de suma importancia para los efectos de reparar las lesiones a la persona, lograr la confección de dichos baremos, tarifarios o tablas de infortunios. Ello es indispensable para evitar el fenómeno anárquico, que ya se ha presentado en otras naciones, cuando los jueces, al no contar con un tarifario indicativo, fijaban equitativamente reparaciones en dinero muy distantes una de otras en cuanto a su magnitud. Una mano, por ejemplo, tenía distintas valoraciones, lo que atentaba contra el principio de igualdad. Cada juez se consideraba autónomo para fijar, a su arbitrio, su personal criterio en cuanto a las valoraciones tratándose de daños psicosomáticos.

Busnelli señala que ha fallado la esperanza o utopía de lograr una jurisprudencia capaz, en su conjunto, de lograr una uniformidad pecuniaria de base en materia de reparaciones, por lo que estima que solo queda recurrir al legislador. El profesor de Pisa ha reiterado su punto de vista en el sentido que a través de los baremos debería lograrse el criterio sostenido por la Corte Constitucional en su sentencia N° 184 de 1986, es decir, “contemporizar uniformidad pecuniaria de base con flexibilidad en la adecuación al caso concreto”. De este modo se conseguiría imponer el principio de igualdad y superar la anarquía reinante, ofreciendo a los jueces baremos que les serviría de orientación en el momento de fijar las reparaciones por los daños sufridos de carácter psicosomático<sup>101</sup>.

La lesión sufrida acarrea consecuencias de diverso orden en la vida ordinaria de la víctima. En el caso propuesto de pérdida de una mano, dejará de hacer todo aquello que realizaba con ella antes de perderla. Esta situación significará un evidente malestar, un cambio en sus costumbres y modo de vida. Puede ocurrir, además, que se presenten consecuencias de orden psíquico que han de necesitar una atención especializada. Todo ello constituye de por sí consecuencias negativas en la vida normal de la persona. Además de todo lo mencionado, incluyendo el mal llamado daño “moral” - que es una lesión a los sentimientos o emociones de la persona de orden psíquico - se puede presentar, en alguna medida y magnitud, un daño a la libertad hecha acto, a la libertad fenoménica, es decir, al denominado “daño al proyecto de vida”. En síntesis, la vida de la víctima no será la misma que aquella que tenía antes de sufrir una lesión con significativas repercusiones en la cotidiano transcurrir de su existencia.

Lo anteriormente señalado nos muestra la presencia en el “daño a la persona” de una simultaneidad de consecuencias, tanto patrimoniales como de consecuencias extrapatrimoniales.

---

<sup>101</sup> Busnelli, Francesco D., *Il danno alla salute: un'esperienza italiana; un modello per l'Europa?*, en “La valutazione del danno alla salute”, ob. cit. . pág. 4.



En los inicios de nuestras reflexiones sobre el “daño a la persona” no pudimos sustraernos a la influencia de la doctrina y la jurisprudencia italianas en el sentido de equiparar, creando confusión, los conceptos de “daño a la persona” con el de “daño extrapatrimonial”. Probablemente a fines de la década de los años ochenta del siglo pasado, al intentar una clasificación y sistematización del “daño a la persona”, comprendimos que ello no era posible. En efecto, es dable encontrar una diferencia en el daño al ser humano (daño-evento), que ocasiona una lesión, de las consecuencias, de orden tanto patrimonial como extrapatrimonial, que genera dicho daño (daño-consecuencia). Este último planteamiento consta en nuestro trabajo de 1993 denominado *Hacia una nueva sistematización del daño a la persona*<sup>102</sup>.

## **27.- Sistematización del “daño a la persona”**

El tema referido a la sistematización del “daño a la persona” ha sido tratado por nosotros en otras sedes<sup>103</sup> por lo que, en esta oportunidad, nos limitaremos a efectuar un breve resumen del mismo. Como se ha señalado en otro lugar, dicha sistematización tiene en consideración y se elabora sobre base de un conocimiento de la estructura existencial del ser humano a fin de determinar qué daños se le pueden causar y cuáles serían las reparaciones más adecuadas en cada caso. El ser humano, como se ha referido en precedencia, es un ente complejo, ya que está constituido por una unidad inescindible de cuerpo o soma y psique, que se sustenta en su ser libertad. Por consiguiente, a la persona se le puede dañar en cualquiera de dichas manifestaciones, por lo que su tratamiento debe tomar en consideración el específico aspecto de la persona que se ha dañado antes de establecer la modalidad de reparación más idónea en función de sus consecuencias.

Partiendo de la realidad estructural del ser humano el “daño a la persona” puede lesionar su unidad psicosomática o su libertad, o ambas vertientes. Esta comprobación nos lleva a determinar que existen dos tipos de daños a la persona: el daño a la unidad psicosomática y el daño a su libertad.

### **27.1.- El daño psicosomático**

#### **27.1.1.- Daño biológico: la lesión en sí misma**

El daño psicosomático, como su nombre lo indica, compromete algún aspecto de esta unidad. Por ello puede consistir en un daño que, inferido al soma, repercute, en

---

<sup>102</sup> Cfr. Fernández Sessarego, Carlos, *Hacia una nueva sistematización del daño a la persona*, en “Cuadernos de Derecho”, N° 3, publicación del Centro de Investigación de la Universidad de Lima, Lima, 1993, pág. 28 y sgts.; en autores varios, “Estudios en honor de Pedro J. Frías”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, 1994; en “Ponencias I. Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial”, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1993 y en la revista “Gaceta Jurídica”, N° 79-B, Lima, junio del 2000.

<sup>103</sup> Referimos al lector a la nota 101 anterior.

alguna medida en la psique o viceversa. Es decir, se trataría ya sea de un daño preponderantemente somático con repercusiones en el psiquismo o, viceversa, un daño a la psique con reflejos somáticos.

En el daño psicosomático se aprecian dos instantes inseparables pero que pueden repararse autónomamente. El primero es la lesión en sí misma, que hemos denominado como “daño biológico”. Esta lesión puede comprometer cualquiera de las partes en que está compuesta la unidad psicosomática. Así, por ejemplo, puede consistir en la pérdida de un dedo, en la anulación de la articulación de un brazo, en un traumatismo cerebral, en una tortura psíquica, en una herida punzo-cortante en el abdomen.

La lesión en referencia, como se ha apuntado, puede afectar preponderantemente al cuerpo, por lo que podemos aludir a un daño somático. Pero, es posible que tal afectación comprometa la psique, de donde es dable referirse a un daño psíquico<sup>104</sup>. Pero, como está dicho, en cualquier caso, tratándose de que el ser humano es una unidad, cualquiera de dichos daños repercute en el otro en alguna medida. Es decir, lo que afecta a la parte afecta al todo.

La lesión causada debe ser materia de un imprescindible y objetivo peritaje médico-legal a fin de determinar su magnitud y consecuencias. Los resultados del mismo permitirán determinar una adecuada reparación acudiendo, de ser el caso, a los baremos.

En algunos países desarrollados, como Italia, Francia o España, por ejemplo, existen baremos, tarifarios o tablas de infortunios, elaborados por grupos multidisciplinarios, integrados por médicos, psicólogos, abogados, economistas, aseguradores, jueces, entre otros. En estos baremos se precisa, de acuerdo a la realidad socio-económica del país, el valor en dinero que se atribuye como compensación por el daño a los diversos componentes de la unidad psicosomática. Estos baremos, salvo contados casos, no tienen carácter oficial y son meramente referenciales. Es decir, no son de aplicación obligatoria de parte de los jueces.

Los baremos son de gran utilidad para los magistrados pues, si bien no son de obligatoria aplicación, le ofrecen criterios de base uniformes para reparar cada uno de los daños psicosomáticos contenidos en ellos. El juez posee cierta flexibilidad para apartarse razonablemente del valor señalado en el baremo cuando, a su criterio, la situación así lo amerita. Por ejemplo, si el dedo meñique tiene un valor figurado de cien unidades, el mismo dedo de un pianista o de un cirujano poseerá mayor valor por su especial significación.

Es del caso señalar que uno de los más importantes esfuerzos desplegados en países como Gran Bretaña, España, Francia, Italia y Alemania, hasta donde alcanza nuestra información, se encaminan a lograr una uniformidad de base a través de los mencionados

---

<sup>104</sup> Cfr. Fernández Sessarego, Carlos, *Daño psíquico*, revista “Scribas”, Arequipa, 1998 y “Normas Legales”, Tomo 287, Trujillo, abril del 2000.

baremos. Éstos tienen como finalidad el obtener una uniformidad en las reparaciones fijadas por los jueces por la pérdida o menoscabo de alguna parte de la unidad psicosomática, dentro de cierta flexibilidad que permite al juez apartarse del valor asignado cuando el caso así lo requiera.

Busnelli nos informa<sup>105</sup> al respecto que en el Reino Unido existen unas tarifas producto de una investigación sobre antecedentes jurisprudenciales de D. and Kemp (*The quantum of damages*). En Alemania encontramos las *Schmerzensgeldtabellen*, también basadas en precedentes jurisprudenciales, las que gozan de un amplio consenso (el trabajo de Hacks-A. Ring-P. Bohm al año 1997 había llegado hasta la edición número dieciocho). En España existen las “Tablas” contenidas en el Anexo a la Ley N°30 de 1995 de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, las que no son elaboradas directamente sobre una base jurisprudencial sino por obra del legislador. En Francia, después de varios intentos surgidos sobre la base del artículo 26° de la Ley Badinter, no se ha llegado a obtener un baremo que haya obtenido consenso. Busnelli apunta que la doctrina más autorizada solicita una tarifa oficial para superar la anarquía y la arbitrariedad existentes en la materia.

En Italia tampoco existe un baremo surgido del consenso, sobre una base jurisprudencial, ni uno emanado de la legislación<sup>106</sup>. Existen en el Parlamento algunos proyectos de ley sobre el “daño a la persona” en cuyo articulado se delega y encarga al Gobierno que, a través de sus organismo pertinentes y con el apoyo de los expertos, elabore un único baremo oficial de aplicación para todo el País. En la actualidad circulan dos baremos, el primero de los cuales es solo para su aplicación en el sector laboral y, el segundo, para el caso de lesiones a la integridad psicofísica de leve entidad. Estos baremos encuentran su origen en la ley N° 57 del 2001 y en el Decreto Legislativo N° 38 del 2000, respectivamente. Es del caso señalar que la ley N° 144, de 17 de mayo de 1999, delegaba en el Gobierno el proveer, en un breve término, reordenar la normativa que disciplina al ente asegurativo (INAIL). El Gobierno cumplió con el encargo mediante el Decreto Legislativo N° 38 antes citado.

### **27.1.2.- Daño al bienestar: repercusión de la lesión en la vida ordinaria de la víctima**

Las lesiones producidas, de acuerdo con su magnitud, tienen una mayor o menor repercusión en la vida ordinaria de la persona, alterando su bienestar. La pérdida de un miembro o de una determinada función cambian la vida de una persona, apartándola de ciertas actividades y hábitos, teniendo la víctima que adaptarse a una nueva situación, lo que es siempre penoso pues la víctima pierde el bienestar del que se disfrutaba antes de sufrir la lesión.

<sup>105</sup> Busnelli Francesco D., *Il danno biologico. Dal “diritto vivente” al “diritto vigente”*, ob. cit., pág. 337 y sgts.

<sup>106</sup> cfr. Busnelli, Francesco D, *Il danno alla salute. Un’esperienza italiana; un modello per l’Europa?*, en “La valutazione del danno alla salute”, ob. cit., pag. 5.

Dicho daño, que denominamos daño al bienestar o a la salud integral, altera el quehacer normal de la persona. La lesión sufrida, según su magnitud, repercute en mayor o menor medida en las actividades de la persona, sean ellas laborales, de relación social, deportivas, familiares, recreacionales, sexuales, entre otras. La lesión, que incide en algún aspecto de la unidad psicosomática del sujeto afecta su normal y natural eficiencia, lo que se evidencia en los actos de la cotidianidad. La lesión sufrida incide negativamente en el bienestar de la persona, cuya vida ya no discurrirá como antes del evento dañino.

La pérdida de una mano, o de una pierna, o del ojo, por ejemplo, hará que la persona se vea obligada a cambiar de actividades y a readaptarse, no sin fatiga y malestar, a la nueva situación. En cualquier caso, sufrirá en alguna medida un daño psíquico, al menos de carácter emocional. La persona, dada su nueva situación, puede llegar a no querer participar de la vida social, a retraerse, a evitar encontrarse con los demás. Seguramente, sufrirá emocionalmente. La lesión puede repercutir también en su vida sentimental perdiendo la situación alcanzada, como, por ejemplo, la continuación de un noviazgo.

Si la persona utilizaba su mano derecha para desempeñar un determinado trabajo o para realizar alguna actividad deportiva, deberá renunciar a ambas, lo que afecta, como está dicho, su vida ordinaria. Pero, aparte de estas consecuencias de la lesión sufrida, la persona tendrá también que aprender a ejecutar ciertas actividades, como comer, por ejemplo, con la mano que le queda. Todo ello produce una sensación de malestar. Son pues múltiples los casos en que un daño biológico incide en la vida ordinaria de una persona alterando su bienestar.

Tratándose de un daño real, efectivo, como es el daño al bienestar, la víctima tiene derecho a una cierta reparación. El problema se encuentra en el monto que deberá fijar el juez ante esta situación. Evidentemente, en este particular caso, el juez tiene que conocer, lo mejor que le sea posible, cuáles eran las actividades de la persona antes de producirse la lesión o daño biológico para poder compararlas con las que derivan de la nueva situación y poder tomar conocimiento de la magnitud de la discapacidad sufrida y establecer los rangos de déficit que experimenta la vida ordinaria de la víctima. Ciertamente que para el efecto se requiere contar con jueces bien formados, preparados, capaces de poder evaluar las circunstancias con sensatez y realismo, sin incurrir en exageraciones distorsionantes en cuanto a la fijación de los montos de la reparación.

Dada la novedad de la situación planteada, se debe empezar a juzgar con mesura y cautela los casos de daños al bienestar personal, con la finalidad de consolidar una jurisprudencia que permita orientar a los jueces en un futuro, teniéndose en cuenta la realidad socio-económica del país. Pero, en cualquier situación, cada caso es diferente de los demás, pues no existen personas que tengan idénticas personalidades y actividades. Ello obliga al juez, como está dicho, a penetrar, con fina sensibilidad, en la vida de las víctimas que reclaman una justa indemnización.

Una de las importantes conclusiones que se obtiene de la sucinta reflexión efectuada en torno al daño al bienestar es la que se refiere a la posibilidad y actitud de los jueces para asumir la nueva situación que se ha creado a raíz de la aparición en el mundo jurídico del “daño a la persona”. Acostumbrados a juzgar generalmente casos de daños objetivos y a resarcir consecuencias patrimoniales de fácil probanza, habrá que formarlos y capacitarlos para que comprendan la importancia de reparar con sensatez los daños al ser humano así como para asimilar los criterios y técnicas que se requieren para lograr dicho propósito.

## 27.2.- El “daño al proyecto de vida”

¿Cuándo se presentó en nosotros la inquietud por el tema del “proyecto de vida”? Tenemos que remontarnos en el tiempo, hasta la década de los años cuarenta del siglo XX, para encontrar algunos antecedentes que explican los desarrollos posteriores del tema relativo al “daño al proyecto de vida”. Hurgando en el pasado, en nuestra tesis de 1950 para optar el grado de Bachiller en Derecho, titulada *Bosquejo para una determinación ontológica del Derecho*<sup>107</sup>, encontramos un pensamiento que, visto con la perspectiva que brinda el tiempo transcurrido - cincuenta y cuatro años después - nos hace pensar que probablemente ahí se encuentre el hilo conductor de posteriores desarrollos del tema de la libertad en cuanto ser del hombre.

En aquella oportunidad, más de medio siglo atrás, decíamos que: “El hombre intuye la libertad como lucha por ser lo que decide ser es un hombre angustiado, insatisfecho. La patencia de la libertad como responsabilidad es la angustia: el tener que decidir permanentemente sin claudicar, sin evadir su propia responsabilidad, sin delegarla en los “otros”<sup>108</sup>. La lucha a la que aludíamos en aquella lejana oportunidad “por ser lo que se decide ser” no es otra que dar cumplimiento a nuestro “proyecto de vida”. La libertad, en fin de cuentas, es una lucha por el cumplimiento del proyecto de vida. En el proyecto de vida se concreta nuestra libertad.

A continuación de lo anteriormente glosado en cuanto a la libertad nos preguntábamos, con cierto asombro, ¿libertad, para qué?. Y nos respondíamos “para las grandes empresas, para preferir los más altos fines, los más nobles ideales, los valores supremos. Para hacer una vida auténtica, egregia, como diría Ortega y Gasset”<sup>109</sup>. La pregunta, como se advierte, tenía una respuesta: libertad para proyectar. El proyecto esbozado en aquella ocasión era, tal vez, el más precioso que se pudiera cumplir por el hombre.

<sup>107</sup> La mencionada tesis fue parcialmente publicada, treintaisiete años después de su presentación bajo el título de *El derecho como libertad*. Los datos bibliográficos se pueden encontrar en la nota 27.

<sup>108</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *El derecho como libertad*, ob. cit., pág.130-131.

<sup>109</sup> Fernández Sessarego, Carlos *El derecho como libertad*, ob. cit., pág.131.

Como se puede apreciar, en aquellas interrogantes y respuestas de los años juveniles se puede hallar, tal vez, el núcleo, la raíz, de una persistente inquietud por seguir pensando en torno a la libertad y su concreción existencial en cuanto “proyecto de vida” por cumplir.

No es esta la oportunidad, por razones de espacio, para agotar, hasta donde ello es posible a la altura de nuestro tiempo, el tema referido al “daño al proyecto de vida”. Sobre el particular remitimos al lector interesado a algunos artículos en los cuales se sientan las bases de su tratamiento así como se encuentran ciertos aportes y alcances relacionados con este novedoso asunto cuya aparición en el mundo jurídico ocurre, a nivel internacional, en 1985. No obstante el tiempo transcurrido, por su escasa o casi nula difusión, son todavía muy pocos los estudiosos o jueces que han tomado conocimiento de los alcances del “daño al proyecto de vida” en la vida de una persona y muchos más los que se han despreocupado del asunto.

No obstante lo expresado, es fácil comprobar que existe en la actualidad un núcleo de autores y magistrados que ha adivinado su trascendencia y significado del “daño al proyecto de vida” y se ha interesado en su estudio y desarrollo. Es ejemplar, en este orden de ideas, las lúcidas sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica, la que ha acogido y reparado el “daño al proyecto de vida”, sentando una ejemplar jurisprudencia digna de ser leída y tomada en consideración como modelo de lo que debería ser una protección integral de la persona humana. Cabe felicitar a la Corte Interamericana por la fina sensibilidad y la calidad intelectual demostrada por sus magistrados que han sabido, sin prejuicios y con aguda penetración, acoger, desarrollar y reparar la nueva figura, lo que ha evidenciado la necesidad de proteger la libertad fenoménica que es, nada menos, que el destino que se ha trazado cada ser humano.

La decisión libre, que subjetivamente adopta la persona, se concreta o fenomenaliza en la ejecución y cumplimiento de un “proyecto de vida”<sup>110</sup>. Este proyecto cristaliza lo que para

---

<sup>110</sup> Sobre el “daño al proyecto de vida”, cfr. del autor *¿Existe un daño al proyecto de vida?*, en la revista “Advocatus” Nueva Época, N° 7, Universidad de Lima, Lima, segundo semestre del 2002; *Daño al proyecto de vida*, en “Derecho PUC”, N° 50, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1996 así como en “Studi in onore de Pietro Rescigno”, Tomo V, Giuffrè, Milano, 1998, en “Responsabilidad Civil y del Estado”, N° 6, Medellín, mayo de 1999 y en “Revista Jurídica”, Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, San Juan de Puerto Rico, mayo-agosto del 2000; *Nuevas reflexiones sobre el daño al proyecto de vida*, en “Revista Jurídica del Perú”, Año LII, N° 38, septiembre del 2002 y en la “Revista de Responsabilidad civil y Seguros”, Año IV, N° VI, “La Ley”, Buenos Aires, noviembre-diciembre del 2002; *Deslinde conceptual entre el daño a la persona, el daño al proyecto de vida y el daño moral*, en la revista “Foro Jurídico”, Año 1, N° 2, Lima, julio del 2002; en “Revista Jurídica del Perú”, Año LIII, N° 50, Trujillo, setiembre del 2003 y en “Responsabilidad Civil y del Estado”, N° 16, Medellín, febrero del 2004; *El daño al proyecto de vida en una reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en la revista “Themis”, N° 39, Lima, 1999; en “Revista de Responsabilidad Civil y Seguros”, Editorial “La Ley”, Buenos Aires, Año I, N° IV, Buenos Aires, agosto de 1999 y en

el ser humano constituye su plena realización en cuanto persona. No obstante, como consecuencia de un daño a la persona, este “proyecto de vida” puede frustrarse, cumplirse solo parcialmente, menoscabarse en alguna medida o retardarse en su ejecución. Se trata de un daño radical, de consecuencias incalculables, pues puede llegar a crear en la persona un vacío existencial, es decir, la pérdida del sentido de su humano transcurrir. En el proyecto de vida se juega el destino de una persona. Es un daño que no está dirigido, en última instancia, a la envoltura psicosomática sino que, a través de ella, se lesiona el núcleo existencial de la persona, afectando la proyección al mundo exterior de su ontológica libertad.

En un trabajo publicado en 1985, a propósito del “daño al proyecto de vida” decíamos que “según nuestra particular posición, el más grave daño que se puede causar a la persona es aquel que repercute de modo *radical* en su proyecto de vida, es decir, aquel acto dañino que impide que el ser humano se realice existencialmente de conformidad con dicho proyecto libremente escogido, atendiendo a una personal vocación”<sup>111</sup>. Es a partir de este vislumbre que se empezó a desarrollar la temática del “daño al proyecto de vida” que ha alcanzado en nuestros días su consagración jurisprudencial.

Para comprender lo que significa el “proyecto de vida” hay que partir necesariamente de la concepción del ser humano que hemos expuesto en su lugar (ver & 5,6,7 y 8). Es decir, que se trata de una “unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad”. La libertad, en cuanto ser del hombre, lo convierte en un ser espiritual, único, singular, dotado de dignidad. La libertad es lo que diferencia al ser humano de los demás entes del universo conocido.

La libertad ontológica, de la que se puede decir - sin que ello signifique ninguna definición - que es la capacidad del hombre de decidir por sí mismo un proyecto de vida, está dirigida a exteriorizarse, a concretarse en la realidad de la vida. La libertad ontológica está destinada, por ello, a transformarse en actos o conductas. La libertad, que es un constante proyectar requiere el cumplimiento existencial de sus proyectos. El proyecto requiere cristalizarse en acciones, en comportamientos, dirigidos a cumplir con el destino que se ha trazado la persona humana. Entre la multitud de proyectos que, en cuanto ser *libertad*, genera constante y permanentemente el ser humano, existe uno al cual, directa o

---

“Revista Peruana de Jurisprudencia”, Año 4, N° 12, Trujillo, febrero del 2002. Además, *El daño al proyecto de vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en “Derecho PUC”, N° 56, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, diciembre del 2003; en Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo”, Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 2003; en “Responsabilidad Civil y Seguros”, Año V, N° VI, “La Ley”, Buenos Aires, julio-agosto del 2003; en “Revista Peruana de Jurisprudencia”, Año 5, N° 31, Trujillo, septiembre del 2003 y en la “Revista del Centro de Educación y Cultura”, Corte Superior del Cono Norte e Lima, Año1, Vol. I, Lima, mayo del 2004.

<sup>111</sup> Cfr. Fernández Sessarego, Carlos, *El daño a la persona en el Código Civil de 1984*, en “Libro Homenaje a José León Barandiarán”, ob. cit., pág. 202 y en el libro del autor *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, ob. cit., pág. 297-298.

indirectamente, se conducen todos los demás<sup>112</sup>. Se trata del “proyecto de vida”, que expresa lo que la persona ha decidido hacer en su vida para ser él mismo y no otro. En el “proyecto de vida” se encuentra, por ello, el *sentido*, la razón de ser, que cada persona confiere a su vida. En el “proyecto de vida” se juega, por ello, el destino mismo de cada ser humano. Se “vive”, en última instancia, para ser “esto” o “aquello” durante el transcurrir existencial de cada cual. Por lo expuesto, y así quisiéramos que lo entendieran los estudios del derecho, el “proyecto de vida”, por su significación en la vida humana merece la máxima protección jurídica. ¿O es que existe algún otro bien máspreciado que la libertad, que justifica y otorga sentido al humano existir?

Si no hay libertad, se pregunta Mounier, ¿qué somos nosotros? Y se responde: juguetes en el universo, simples robots diríamos nosotros. El filósofo francés considera que la mayor angustia del ser humano y, “para calmarla quisiéramos captar la libertad - dice Mounier - en flagrante delito, tocarla como a un objeto, al menos probarla como un teorema; establecer que *hay libertad en el mundo*”. La libertad, bien lo sabemos y nos lo recuerda Mounier: “La libertad es afirmación de la persona; se vive, no se ve”<sup>113</sup>.

De lo brevemente resumido en precedencia se desprende, sin mayor esfuerzo, el significado que adquiere para cada persona su singular, único e intransferible “proyecto de vida”. De ahí que su protección jurídica adquiere la máxima relevancia y jerarquía. Proteger el “proyecto de vida” significa tutelar el destino de cada persona, su razón de ser, el sentido de su vida. Por ello, es que venimos sosteniendo, desde los años ochenta, que el mayor daño que se puede causar a la persona es aquel que incide en su “proyecto de vida”. Es un daño que designamos en aquel entonces como “radical”, es decir, que compromete la raíz misma del ser humano, su núcleo existencial. Así lo ha comprendido, a través de una lúcida y paradigmática jurisprudencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Un hombre o mujer de derecho puede perder un brazo, una mano o un ojo, pero ello, si bien afecta y menoscaba de alguna manera el “proyecto de vida”, no logra frustrarlo. El ser humano “jurista”, no obstante haber sufrido este grave daño psicosomático, continúa con el desarrollo de su proyecto, de lo que decidió ser y hacer en su vida. En cambio, si el jurista es condenado a pesar de ser inocente y, por este hecho, permanece largos años en prisión, sufre vejámenes y torturas, que le producen problemas de orden psíquico, puede decirse que verá afectado su “proyecto de vida” hasta el punto, quizás, de verlo frustrado.

---

<sup>112</sup> Alguna vez se nos ocurrió acudir a una metáfora que pudiera ilustrar a los estudiantes sobre este particular. Imaginábamos que cada proyecto cumplido por el ser humano, a semejanza del afluente de un río, desembocaba en última instancia en el río madre, es decir, en el proyecto de vida. Consciente o inconscientemente, directa o indirectamente, todos los proyectos forjados y cumplidos por una persona – como, por ejemplo, tomarse unas vacaciones – están destinados a lograr, en las mejores condiciones posibles, el cumplimiento de dicho proyecto de vida.

<sup>113</sup> Mounier, Emmanuel, *El personalismo*, ob. cit., pág. 35.



El “proyecto de vida”, en cuanto libertad fenoménica, libertad que se exterioriza a través de conductas humanas, tiene que ver con la realización de la persona humana, con el cumplimiento de su intransferible destino personal. En el “proyecto de vida” radica el sentido mismo de la existencia de la persona, su razón de ser, como está dicho. De ahí que su protección por el Derecho sea prioritaria frente a cualquier otro daño que se le pueda inferir.

De lo expuesto se justifica plenamente que los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Antonio Cançado Trindade y Alirio Abreu Burelli, en su voto razonado en la sentencia de reparaciones del caso “Loayza Tamayo” del año 1998, admitan que debe repensarse todo el capítulo de los derechos humanos desde la perspectiva de la integralidad de la víctima y teniendo presente su realización como ser humano y la restauración de su dignidad. Es en atención a lo expuesto que los mencionados magistrados manifiesten que al reconocer la Corte en la mencionada sentencia “el daño al proyecto de vida vinculado a la satisfacción, entre otras medidas de reparación, da un paso acertado y alentador en esta dirección”.

De lo dicho por los citados jueces de la Corte Interamericana se desprende que la protección del “proyecto de vida” es el resultado de un “repensamiento” de la integralidad de la persona y de su realización como ser humano en orden a la restauración de su dignidad. Repensar la integralidad de la persona humana significa, en otros términos, descartar antiguas erróneas concepciones sobre la estructura existencial ser humano, que lo asimilaba a un animal racional, por otra acorde con su realidad en la cual se le muestra como un ente cuyo ser es *libertad*, lo que origina la presencia de un ser espiritual, en unidad con su estructura psicosomática que lo arraiga en la Naturaleza, de la que forma parte en cuanto animal mamífero<sup>114</sup>.

Según los mencionados jueces, se trata, además, de efectuar un indispensable replanteo de las medidas de protección de la persona humana, las cuales no agotan con las tradicionalmente admitidas por el Derecho, sino que se debe ampliar dicho espectro con la finalidad de incorporar la protección del personal “proyecto de vida”. Por ello se justifica, a plenitud, el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos haya admitido, con lúcido criterio, la protección del “proyecto de vida”, paso adelante que consideran acertado y “alentador”.

## **28.- Recepción del “daño al proyecto de vida” por la jurisprudencia supranacional y comparada**

El daño al “proyecto de vida” no tendría sentido sin una concepción personalista o

---

<sup>114</sup> No es ésta la ocasión para referirse a la interacción que se produce en el ser humano, en cuanto unidad existencial, entre espíritu y materia. Sobre el particular sugerimos la lectura del primer capítulo del libro de Mounier, *El personalismo*, titulado “La existencia incorporada”, en pág. 12 y sgts, en la edición de Eudeba, Buenos Aires, 1962.

humanista del derecho, reflejo, a su vez, de una nueva visión del ser humano a la que hemos hecho referencia a través de las páginas de este trabajo. Este peculiar y radical daño al ser humano - antes ignorado por la doctrina jurídica - es desarrollado en los años posteriores a la década de los años ochenta del siglo XX, hasta obtener su paulatina consagración tanto a nivel de la jurisprudencia latinoamericana como en aquella tan significativa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica<sup>115</sup>. De otro lado, la teoría del “daño al proyecto de vida”, va adquiriendo carta de ciudadanía en la doctrina jurídica, la cual empieza a centrar su interés en esta novedosa figura jurídica. Del mismo modo, se advierte el inicio de una promisorio incorporación del daño a la persona y, por ende, del daño al proyecto de vida, dentro de la legislación comparada.

### **28.1.- La sentencia de la Corte Interamericana en el caso “Loayza Tamayo”**

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha acogido plenamente el “daño al proyecto de vida”. En varias de sus sentencias precisa certeramente y desarrolla en términos muy convincentes esta nueva figura jurídica.

Oscar L. Fappiano, quien fuera Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos planteó, por primera vez ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la necesidad de reparar el “daño al proyecto de vida” en el caso de “María Elena Loayza Tamayo”. Al respecto expresa que como delegado de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso citado, “tuve la responsabilidad de plantear, juntamente con la representante de la víctima, la cuestión atinente a la reparación del daño al proyecto de vida, siendo la primera vez que se efectuaba ante un tribunal supranacional”<sup>116</sup>. La representante a que hace alusión Fappiano es la jurista peruana Carolina Loayza Tamayo, quien argumentó, en el caso en mención, que se había

---

<sup>115</sup> Sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cfr. Fernández Sessarego, Carlos, *El daño al proyecto de vida en una reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en la revista “Themis”, N° 39, Lima, 1999; en la “Revista de Responsabilidad Civil y Seguros”, Año I, N°4, Editorial “La Ley”, Buenos Aires, agosto de 1999 y en la “Revista Peruana de Jurisprudencia”, Año 4, N° 12, Trujillo, febrero del 2002. Puede también verse del autor de este trabajo *El daño al proyecto de vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en “Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo”, Editorial Civitas, Madrid, 2003; en “Responsabilidad Civil y Seguros”, año V, N° IV, Buenos Aires, julio-agosto del 2003; en “Revista Peruana de Jurisprudencia”, Año 5, N° 31, Trujillo, setiembre del 2003; en “Revista del Centro de Educación y Cultura”, Corte Superior del Cono Norte de Lima, Año 1, volumen 1, Lima, mayo del 2004 y en la revista “Derecho PUCP”, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 53, Lima, diciembre del 2000.

<sup>116</sup> Fappiano Oscar L, *El daño al “proyecto de vida” en el Proyecto de Código Civil de la República Argentina frente al derecho internacional de los derechos humanos*, en la revista “Abogados”, Año IV, N° 7, Lima, 2002. En este artículo el autor, además de lo glosado, señala que para la fundamentación del daño al proyecto de vida, “tuvimos a la mano alguno de los muchos trabajos” que sobre el particular se editaron en el Perú.

producido un “daño al proyecto de vida” de la víctima, el que requería ser reparado.

La Corte, en el lúcido y documentado fallo de reparaciones dictado en el caso “María Elena Loayza Tamayo”, de 27 de noviembre de 1998, al referirse en su punto 147 al “daño al proyecto de vida” sostiene que “se trata de una noción distinta del “daño emergente” y el “lucro cesante”. Al mencionar los alcances de estos daños y al compararlos con el “daño al proyecto de vida” se expresa en dicho pronunciamiento que “el denominado “proyecto de vida” atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas”.

Se efectúa, de dicho modo, un claro deslinde entre los daños materiales y el radical daño al “proyecto de vida” que tiene el hondo significado de la frustración del destino de la persona. Es expresivo, por ajustado a la verdad, el juicio vertido por la Corte en el sentido que el proyecto de vida “atiende a la realización integral de la persona afectada”. En otras palabras, que el proyecto de vida constituye la razón de ser de la existencia de la persona, que es su realización como ser humano. En el proyecto de vida subyace el sentido mismo del humano existir.

En el punto 148 de la mencionada sentencia, la Corte Interamericana precisa que “el “proyecto de vida” se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone”. Y en el punto 149 agrega que los hechos que constituyen el daño al proyecto de vida “cambian drásticamente el curso de la vida, imponen circunstancias nuevas y adversas y modifican los planes y proyectos que una persona formula a la luz de las condiciones ordinarias en que se desenvuelve su existencia y de sus propias aptitudes para llevarlos a cabo con probabilidades de éxito”. Como se advierte, en estas apreciaciones la Corte pone de manifiesto que el “proyecto de vida” constituye, nada menos, que la realización personal del sujeto que, de sufrir cualquier daño, cambia drásticamente el destino del ser humano. Se señala, con acierto, la importancia que tienen las opciones con las que cuenta la persona humana para decidir sobre su proyecto de vida.

La Corte sostiene al respecto que “es razonable afirmar que los hechos violatorios de derechos impiden u obstruyen seriamente la obtención del resultado previsto y esperado, y por ende alteran en forma sustancial el desarrollo del individuo”. El Tribunal afirma en su importante pronunciamiento que el “daño al proyecto de vida” entendido como una expectativa razonable y accesible en el caso concreto, implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o muy difícilmente reparable”. La Corte destaca las reales consecuencias del daño al proyecto de vida, al sostener que “implica la pérdida o el grave menoscabo en lo concerniente a la realización personal. Es importante señalar, que un daño de esta naturaleza, es de tal trascendencia y radicalidad, desde que su consecuencia es de tal magnitud que es irreparable o muy difícilmente reparable”.

En efecto, tal como lo hemos apuntado en diversas sedes y lo reconoce expresamente la sentencia de la Corte que comentamos, el daño al proyecto de vida es de tal radicalidad que puede llegar a crear un vacío existencial difícil de suplir con otro proyecto. Este vacío existencial puede conducir al abandono de la persona, a su desinterés por la vida, a la adicción a las drogas y, en casos límite, hasta el suicidio. ¿No es éste, acaso, el daño más grave que se puede ocasionar a la persona? Y, si esto es así, ¿no merece una adecuada reparación? Y, si se dejara de reparar, ¿no estaremos, acaso, desprotegiendo al ser humano? ¿Cómo podemos referirnos al ideal de la reparación integral del ser humano si desatendemos lo más valioso y preciado que tiene que es la libertad que le da sentido y razón de ser a su vida a través del proyecto?

La Corte señala que la reparación del “daño al proyecto de vida” “se acerca más aún a la situación deseable, que satisface las exigencias de la justicia: plena atención a los perjuicios causados ilícitamente, o bien puesto en otros términos, se aproxima al ideal de la *restitutio in integrum*”. Con esta expresión la Corte resume y deja elocuente constancia de lo que representa y significa la reparación de un daño de la magnitud de aquél que incide en el “proyecto de vida”.

En su voto parcialmente disidente, el Juez Carlos Vicente de Roux Rengifo reconoce que la Corte “ha dado un paso adelante al considerar el daño al proyecto de vida como un rubro por tener en cuenta en ciertos casos de violación de los derechos humanos, y ha presentado una buena base conceptual para dar soporte a ese paso”. La expresión de Roux Rengifo es de destacar en el sentido que considera que la protección de la libertad, hecha “proyecto de vida”, es básica para la protección del ser humano. Compartimos lo manifestado por el Juez Roux Rengifo en el sentido que la sentencia nos ofrece “una buena base conceptual” para lo que califica como un paso adelante dado por la Corte, es decir, en la dirección correcta como es la de proceder la protección del personal “proyecto de vida”.

Por su parte, los magistrados Antonio A. Cançado Trindade y Alirio Abreu Burelli, en su esclarecedor voto razonado conjunto establecen, con meridiana claridad, los alcances del “proyecto de vida”. Ellos expresan al respecto que: “Entendemos que el proyecto de vida se encuentra indisolublemente vinculado a la **libertad**, como derecho de cada persona a elegir su propio destino”. Esta afirmación evidencia que la Corte ha comprendido a plenitud que el “proyecto de vida” es la libertad fenomenalizada, volcada hacia el exterior, hecha acto o conducta. La realización del “proyecto de vida” se encuentra, como manifiestan los citados magistrados, “indisolublemente vinculado a la libertad”. Ello es así desde que el “proyecto de vida”, en cuanto acto o conducta, es el resultado existencial de una decisión de la libertad ontológica que constituye el ser del hombre. La libertad que somos decide nuestro propio destino, el mismo que ha de realizarse a través de un “proyecto de vida” que ha de cumplirse o frustrarse en el trayecto existencial de la persona humana.

Luego de tan interesantes y profundas reflexiones sobre lo que significa el “daño al proyecto de vida”, la Corte concluye reconociendo “la existencia de un grave daño al

“proyecto de vida” de la recurrente, María Elena Loayza Tamayo. No obstante este hecho la Corte, inexplicablemente, no procedió a reparar dicho daño, de carácter objetivo, mientras que, por otro lado, sí lo había hecho tratándose de un daño subjetivo como es el llamado “daño moral. La razón esgrimida, como consta en el punto 153 de la sentencia, es que “la evolución de la jurisprudencia y la doctrina hasta la fecha no permite traducir este reconocimiento en términos económicos, y por ello el Tribunal se abstiene de cuantificarlo”. Como se aprecia, no es imposible fijar un monto en dinero, en términos de equidad y a título puramente satisfactivo, para compensar, de alguna manera, el grave daño infligido a la víctima. Además, es sabido que existen otros medios de reparación que necesariamente no significan una erogación dineraria. En cualquier caso, es digno de alabanza el que la Corte en posteriores sentencias rectificara este punto de vista y procediera a reparar, por diversos medios, el “daño al proyecto de vida”<sup>117</sup>.

El Juez Roux Rengifo, en su voto parcialmente disidente, se aparta, con recto criterio, de dicha insólita resolución que, contradictoriamente, habiendo por un lado reconocido la existencia de un “grave daño” al proyecto de vida de María Elena Loayza Tamayo, dejara, por el otro, de repararlo por falta de precedentes. El citado magistrado distingue con acierto el “daño moral”, como un sufrimiento o dolor de carácter subjetivo, del “daño al proyecto de vida”, que es una modificación de orden objetivo “que suele prolongarse en el tiempo mucho más allá del momento en que cesan la aflicción o la congoja ocasionadas por el hecho dañino...”. Cabe reiterar, que este vacío de la sentencia, fue colmado, con acierto e imaginación en sentencias posteriores de la Corte, como, por ejemplo, en el caso “Cantoral Benavides”.

## **28.2.- La sentencia de la Corte Interamericana en el caso “Cantoral Benavides”**

En la sentencia de reparaciones recaída en el caso “Cantoral Benavides, de fecha 3 de diciembre del 2001, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, rectificando el hecho de que, pese a haber reconocido la existencia de un grave daño al proyecto de vida de María Elena Loayza Tamayo, se había abstenido de repararlo, cumple con establecer precisas reparaciones en el caso que comentamos y a las que nos referimos más adelante<sup>118</sup>.

<sup>117</sup> Un comentario del fallo en cuestión puede encontrarse en el trabajo del autor titulado *El daño al proyecto de vida en una reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en la revista “Themis”, N° 39, Lima, 1999; en la “Revista de Responsabilidad Civil y Seguros”, Año I, N° 4, Buenos Aires, agosto de 1999; en “Diálogo con la Jurisprudencia”, Año V, N° 12, Lima, septiembre de 1999 y en “Revista de Jurisprudencia Peruana”, Año 4, N° 12, Trujillo, febrero del 2002.

<sup>118</sup> Un comentario de la sentencia se encuentra en el trabajo del autor titulado *El daño al proyecto de vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, publicada en “Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo”, Editorial Civitas, Madrid 2003; en “Derecho PUC”, órgano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú”, N° 56, Lima, diciembre del 2003; en “Revista de Responsabilidad Civil y Seguros” Año V, N° VI, Buenos Aires, julio-agosto del 2003; en “Revista Peruana de Jurisprudencia”, Año 5, N° 31, Trujillo, septiembre del 2003 y en la “Revista del Centro de

El Tribunal considera que los hechos de violación de sus derechos ocasionaron una “grave alteración del curso que normalmente habría seguido la vida de Luis Alberto Cantoral Benavides”. En el punto 60 de la sentencia la Corte reconoce que “los trastornos que esos hechos le impusieron, impidieron la realización de la vocación, las aspiraciones y potencialidades de la víctima, en particular por lo que respecta a su formación y a su trabajo como profesional”. El cuadro sintéticamente descrito por la Corte la lleva a concluir que “todo esto ha representado un **serio menoscabo para su “proyecto de vida”**(el subrayado es nuestro).

Es importante destacar el hecho que la Corte, con lucidez y sensibilidad, tal como lo había puesto en evidencia con sólidos argumentos en el caso “María Elena Loayza Tamayo”, reitera su reconocimiento al “daño al proyecto de vida”, situación que acarrea graves consecuencias para la persona de la víctima. En el caso que comentamos comprueba, como de hecho sucedió, “un serio menoscabo” para el proyecto de vida de Cantoral Benavides. Es oportuno puntualizar que en el presente caso la Corte alude a un “menoscabo” en el proyecto de vida de la víctima. Es decir, que se trata de un daño que si bien no logra alcanzar las devastadoras consecuencias de su frustración, por lo que no compromete radicalmente el proyecto de vida, lo menoscaba, lo debilita, le resta fuerza, lo retarda.

La Corte, en lo que concierne a las reparaciones que han de fijarse en los casos de daños al proyecto de vida, al considerar que en el caso del daño al proyecto de vida se trata de un daño inmaterial, establece, en el punto 53 del fallo, que existen dos maneras que pueden adoptarse a fin de proceder a los fines de reparación integral de las víctimas. En primer lugar, ella se produce mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, “que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad”. En segundo lugar, las reparaciones pueden establecerse “mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos que tengan efectos como la recuperación de la memoria de las víctimas, el restablecimiento de su dignidad, la consolación de sus deudos o la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de los derechos humanos de que se trata y de compromisos con los esfuerzos tendientes a que no vuelan a ocurrir”.

Es importante destacar los imaginativos y novedosos criterios y pautas que señala la Corte Interamericana para reparar los daños cuyas consecuencias no son traducibles en dinero en forma directa e inmediata. De este modo, la Corte muestra a los jueces carentes de imaginación creadora un camino a seguir en las situaciones en que se deban reparar los daños que califica de inmateriales. Se trata, por consiguiente, de un elogiado aporte de la Corte Interamericana que los magistrados de todos los niveles no deberían desaprovechar.

---

Educación y Cultura” de la Corte Superior del Cono Norte de Lima, Año 1, N° 1, Lima, mayo del 2004.

En el punto 57 de su pronunciamiento, la Corte precisa, también, que la sentencia de condena “puede constituir *per se* una forma de compensación del daño inmaterial”. No obstante lo expresado, la Corte estima que, dadas las graves circunstancias del caso, debe ordenar el pago de una compensación por concepto de daños inmateriales, conforme a la equidad”. Es también digno de destacar, el recurso a la equidad del que también se vale la Corte para no dejar de proteger a las víctimas de graves daños a la persona, los que no encuentran una traducción en dinero desde que se trata de bienes que están fuera del comercio de los hombre.

Entre las medidas de reparación adoptadas por la Corte, figura la de disponer que el Estado deje sin efecto, por las vías previstas por la legislación interna, la sentencia condenatoria de la Corte Suprema de Justicia del Perú. Del mismo modo, el Estado deberá proceder a anular los antecedentes judiciales o administrativos, penales o policiales que existan en contra de Cantoral Benavides.

Entre las medidas de satisfacción que se pueden otorgar a las víctimas, la Corte estimó que la sentencia, *per se*, constituye una forma adecuada de reparación, por lo que ordenó su publicación en el Diario Oficial y en otro diario de circulación nacional, por una única vez, la parte resolutive de la sentencia sobre el fondo dictada el 18 de agosto del 2000.

En el punto 80 de la sentencia bajo comentario, la Corte consideró que la “vía más idónea para restablecer el proyecto de vida de Luis Alberto Cantoral Benavides” consiste en que el Estado le proporcione una beca de estudios superiores o universitarios, “con el fin de cubrir los costos de la carrera profesional que la víctima elija - así como los gastos de manutención de esta última durante el período de tales estudios - en un centro de reconocida calidad académica escogido de común acuerdo entre la víctima y el Estado”. Nos parece un manera adecuada de tratar de restablecer, hasta donde ello es posible - pues el tiempo perdido es irrecuperable - el proyecto de vida, menoscabado y retardado, de Cantoral Benavides.

Por último, la Corte ordena que el Estado peruano realice un desagravio público en reconocimiento de su responsabilidad en este caso y “a fin de evitar que hechos como los de este caso se repitan”. Es una reparación en la cual el Estado, por una parte, se reconcilia con su pueblo por haber agraviado, injustamente, a uno de ellos y, por la otra, toma conciencia de la magnitud del delito cometido.

Como se aprecia de lo brevemente glosado en relación con la sentencia de reparaciones en el caso Cantoral Benavides, la Corte Interamericana reconoció la existencia de un “daño al proyecto de vida” del recurrente y procedió a fijar diversas maneras para lograr reparar el grave daño que se le había ocasionado. Estimamos que es una sentencia que también ha de ser ilustrativa para los magistrados que se vean en la necesidad de indemnizar daños ocasionados al proyecto de vida.

### **28.3.- La sentencia de la Corte Interamericana en el caso “Niños de la Calle”**

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos recordó, en su alegato ante la Corte en el caso conocido como “Niños de la Calle”, que este Tribunal había considerado que una restitución total en el caso de “daños graves al plan de vida de una víctima requiere de una medida de reparación correspondiente”. La Comisión señala que en el caso de que se trata, “la eliminación y la reducción de las opciones de vida de estos jóvenes **ha limitado objetivamente su libertad** (el remarque es nuestro) y constituyen la pérdida de una valiosa posesión”. La Comisión enfatiza que este tipo de “perjuicio grave a la trayectoria de vida de una víctima no corresponde al renglón de daños materiales ni al de daños morales”, por lo que debe ser indemnizado de manera independiente.

Como se aprecia del alegato de la Comisión, antes glosado, se reconoce, dentro de el antecedente fijado por la jurisprudencia de la Corte, tanto la existencia de un daño grave al “proyecto de vida” (designado en este caso como “plan de vida” o “trayectoria de vida”) como, lo que es muy importante, su autonomía frente al denominado daño “moral”.

En el punto 89 de la sentencia de la Corte se reitera el concepto de que la “destrucción del proyecto de vida de los jóvenes” es un valor autónomo. Es decir, que el “daño al proyecto de vida” no puede confundirse ni tratarse como un daño material o un daño “psicosomático”, incluyendo al “daño moral”, sino como un daño diferente, autónomo y, ciertamente, de consecuencias más graves que todos ellos desde que, como lo declara la Comisión Interamericana, causa “la destrucción del proyecto de vida”.

Como se desprende de los casos sumariamente glosados en precedencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha asumido, por las consideraciones expresadas en sus pronunciamientos, la existencia de un grave “daño al proyecto de vida” así como la necesidad de su reparación mediante diversas modalidades a las que se ha hecho referencia en los comentarios que, en precedencia, se han dedicado a dichos pronunciamientos.

#### **28.4.- El “daño al proyecto de vida” en la jurisprudencia comparada**

Con la lentitud propia del desarrollo, decantación y difusión de las nuevas figuras jurídicas, sobre todo de aquellas complejas y gravitantes en el universo jurídico, “el daño al proyecto de vida” se va abriendo camino en la doctrina y la jurisprudencia de diversas latitudes. Así, a nivel latinoamericano, nos referiremos brevemente a algunas de las sentencias dictadas por los tribunales de Argentina y del Perú son de nuestro conocimiento<sup>119</sup>.

En el caso de la Argentina citaremos, a título de ejemplo, la sentencia recaída en los seguidos por “Scaramacia, Mabel y otros con la provincia de Buenos Aires y otros”, de fecha 12 de setiembre de 1995. En este proceso los progenitores del menor de 17 años, Carlos Esteban Kuko, reclaman a los demandados por daños ocasionados tanto su hijo

<sup>119</sup> Cfr. Fernández Sessarego, Carlos, *Daño a la persona y daño moral en la doctrina y la jurisprudencia latinoamericana actual*, en “Themis”, N° 38, Lima, 1998.



como a ellos mismos. El menor fue herido de bala en la pierna izquierda a raíz de una riña en una discoteca de la ciudad de Buenos Aires, en la que él no estuvo comprometido.

Según el informe médico-legal el menor resultó herido en la cara anterior del muslo izquierdo con sección de la arteria femoral sin salida del proyectil, el mismo que quedó alojado en el cuerpo de la víctima, y con dispersión de una esquirla incrustada en el fémur del menor. La herida, presentaba trayectos varicosos y en el maleolo interno se observó una importante lesión trófica en la piel. También se evidencia una disminución del tono muscular del agraviado a nivel de los gemelos y una diferencia de diámetro entre ambas piernas medida a la altura media de dichos gemelos, que alcanza los cuatro centímetros. Además, presenta dolor en la pantorrilla al efectuar la dorsiflexión del pie. Lo anotado hace que la capacidad funcional de la pierna izquierda sea muy inferior a la derecha. Las afecciones sufridas producen una disminución del 55% de la funcionalidad de la pierna izquierda que equivale al 33% del total.

Carlos Esteban Kuko se dedicaba a la práctica del fútbol en un club de la primera división y su proyecto de vida era la de ser un jugador profesional. Según los diversos testimonios que obran en el expediente, era un magnífico jugador, que manejaba diestramente el pie izquierdo, y que estaba jugando en la preparación de pretemporada del equipo titular del Club Atlético Platense. Según declaraciones del Presidente del citado Club, sus condiciones como volante por la izquierda le hubieran valido la firma de un contrato como jugador profesional. Lamentablemente, su rendimiento posterior a la lesión no era el mismo por lo que lo retrogradaron a las divisiones inferiores. Los testimonios de los dirigentes del Club coinciden en que la víctima “tenía un gran futuro que se truncó por la lesión”. En otros términos, se frustró su “proyecto de vida” y, especialmente, experimentó una pérdida de chances u oportunidades de obtener importantes beneficios económicos como jugador profesional de fútbol.

La Corte Suprema tuvo el acierto de reparar, en cierta medida, en forma independiente cada uno los diversos daños que había sufrido la víctima. En efecto, en el fallo se distingue, por un lado, la lesión *considerada en sí misma*, lo que nosotros designamos como “daño biológico” y, por el otro, las consecuencias de la lesión en el bienestar personal, en la vida ordinaria de la víctima, es decir, en las actividades relacionadas con la vida familiar y cotidiana, con la vida de relación, con las actividades culturales y deportivas, entre otras. En la sentencia, al fijarse las correspondientes indemnizaciones no se hace efectivo dicho distingo y se concede una suma global como reparación por ambos daños. En el pronunciamiento se señala que se otorga en razón “*a la gravitación de la lesión sufrida*”. Estas indemnizaciones, como es de advertir, reparan las consecuencias del daño a la estructura psicosomática de la víctima.

La Corte, independientemente de la suma concedida como indemnización por el daño psicosomático, es decir, por el daño biológico y por el daño al bienestar, fijó también una reparación por el daño producido como consecuencia de la frustración del proyecto deportivo de la víctima en una importante institución del fútbol profesional. En este sentido, la Corte señala que está probado que “parece evidente que la pérdida de la

posibilidad de desempeñarse como jugador profesional de fútbol se presenta como una probabilidad suficiente de beneficio económico que supera la existencia de un daño eventual o hipotético para constituirse en un perjuicio cierto y resarcible”.

Según la Corte, “habida cuenta de las circunstancias del caso, parece oportuno fijar en \$ 30,000.00 (treinta mil pesos argentinos) la pérdida de chance que ocasionó la lesión”. Si bien el Tribunal señala una reparación por la pérdida de una chance u oportunidad, en otro pasaje del fallo se refiere a “la frustración” que “el accidente ocasionó a la carrera deportiva” que la víctima “desarrollaba en una importante institución del fútbol profesional nacional”. Se trata, en nuestro concepto, de una aparente contradicción, pues si por un lado la indemnización se otorga por la pérdida de chances y, por la otra, se refiere a la frustración del proyecto de vida, lo que la Corte reconoce es que se han producido ambas consecuencias dañinas a raíz del daño sufrido por la víctima.

Si se lee la sentencia con atención, se observa que cuando ella se refiere a la pérdida de chances, este hecho se asocia con un “beneficio económico” que la víctima dejará de percibir como jugador profesional de fútbol. La Corte descarta que dicha pérdida de chances sea “hipotética y eventual” y, más bien, la califica como un “perjuicio cierto y resarcible”. En cambio, cuando el Tribunal alude a “la frustración que el accidente ocasionó a la carrera deportiva” que el menor “desarrollaba en una importante institución del fútbol profesional nacional”, lo que se repara es la frustración de su proyecto de vida como jugador profesional de fútbol. Ella no se asocia con un beneficio económico sino con la frustración de una vocación, de un plan de vida, que origina un vacío existencial.

Luego de reconocer y reparar los daños psicosomáticos y la frustración del proyecto de vida, la Corte procede a resarcir el “daño moral” que entiende como dolor o sufrimiento padecido por la víctima de las consecuencias del daño, precisando que “la satisfacción de tal agravio queda circunscrita a la esfera anímica de la propia víctima”. Es digno de remarcar que la Corte, siguiendo la tradición, opta por el concepto histórico de daño “moral” como dolor o sufrimiento, situación que la Corte considera como un agravio a la “esfera anímica” de la persona, es decir, a su psiquismo.

Aparte de proceder a señalar las reparaciones antes referidas tanto por las consecuencias de los daños psicosomáticos como de la frustración del “proyecto de vida” y del daño “moral”, la Corte contempla el resarcimiento de los daños que generan consecuencias materiales, como es el caso del daño emergente.

Nos complace comprobar el modo sistemático e independiente en que se reparan por Corte, en la sentencia antes glosada, todos y cada uno de los diversos tipos de “daños a la persona”, así como el haber deslindado los estrictos alcances de la noción “daño moral” como un daño de carácter psíquico y haber reparado la frustración del “proyecto de vida”. Estimamos que, en este aspecto, se trata de un modelo de sentencia que debería ser imitado por los Tribunales al momento de reparar un “daño a la persona”. Estimamos que este hecho, aparte de ser de suyo didáctico, constituye la mejor manera de reparar este tipo de daños. Un fallo elaborado de este modo contribuye a que la sentencia sea

transparente desde que permite percibir, con total claridad, cuáles consecuencias han sido materia de reparación cuáles sus respectivos montos o maneras en las que se le da cumplimiento.

Tratándose del Perú podemos reportar tres sentencias por nosotros conocidas en las que se repara el “daño al proyecto de vida”, sin que esto signifique que, en esta oportunidad, procedamos a comentar tanto los fundamentos como el tratamiento que se otorga al tema en los mencionados pronunciamientos.

Con fecha 02 de julio de 1996, la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Lima confirmó la sentencia pronunciada por el 18avo. Juzgado Especializado en lo Civil de Lima en el caso seguido por los progenitores de la menor “MM con el “Hospital Privado Rosalía Lavalle de Morales Macedo”, en la que se había fijado una reparación por el daño a la persona en cuanto a “la anulación de un proyecto de vida, la que en este caso se ha reconocido y acreditado haberse producido”<sup>120</sup>.

La menor, que había nacido en el Hospital demandado, al séptimo día de este acontecimiento, en la etapa posterior al parto, presentó un cuadro febril, de irritabilidad, de hiporexia con tendencia al sueño hipoactivo, agravándose este cuadro con convulsiones con marcada focalización en el miembro inferior izquierdo. Llevada al nosocomio en referencia, dada la gravedad de la situación, al tercer día se trasladó a la niña al Instituto de Salud del Niño. Luego de practicarse los análisis del caso, se diagnóstico que la menor padecía, en lo fundamental, una meningoencefalitis, con absceso cerebral y con síndrome convulsivo.

En el diagnóstico se precisó que lo sucedido a la menor era el resultado de una sepsis neonatal. Es decir, que el mal antes descrito había sido adquirido por la menor “por no estar debidamente desinfectado o aséptico” el ambiente donde se produjo el parto”. Se señala, además, que el absceso cerebral había dejado huellas visibles en el centro regulador nervioso y psicomotor, lo que puede originar problemas de parálisis de ciertas partes del cuerpo.

En la demanda se había argumentado que a raíz de lo sucedido se había “anulado el proyecto de vida” de la menor, ya que los graves problemas advertidos, en particular los psicomotrices, le restan a la víctima alternativas para poder optar en el futuro por “las cosas que quiso ser”. Así, se señala, no podrá realizar algunas actividades artísticas o deportivas no obstante que pudiera tener vocación y aptitudes para dedicarse a ellas, aparte de que se limitará su vida normal y ordinaria, ya que tendrá dificultades en su educación y socialización y, tal vez, se frustre su proyecto de vida conducente a formar una familia no pudiendo realizarse como mujer. De otro lado, encontrará muchas trabas para hacerse de un espacio en la vida social, limitándose su vida en lo laboral, en lo

---

<sup>120</sup> Un comentario amplio de este caso se puede encontrar en el artículo del autor de este trabajo titulado *Daño a la persona y daño moral en la doctrina y la jurisprudencia latinoamericana actual*, ob. cit.

afectivo, en lo familiar, lo que probablemente conducirá a la menor a un estado de depresión y de retraimiento, sacrificándose el goce y disfrute de placeres y satisfacciones que le son posibles a una persona normal.

Si bien en la sentencia se repara la frustración del “proyecto de vida”, somos de la opinión que lo que perdió la menor son opciones o posibilidades para decidirse, en su momento, por un determinado “proyecto de vida”. Por ello, consideramos que el daño sufrido por la menor no es el de la frustración de un proyecto de vida, que aún no lo posee, sino la pérdida de chances u oportunidades existenciales para poder escogerlo en el futuro.

Existen otros dos casos más que solo citaremos por razones de espacio. Con fecha 01 de setiembre del 2003, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, en los seguidos por José Narciso Vicuña Reyes con Unión de Cervecerías Backus y Jhonston, condenó a esta última al pago de una fuerte reparación en dinero por la “frustración del proyecto de vida” del reclamante a raíz de un accidente de tránsito que lo dejó parálítico.

El otro caso es referido en la sentencia dictada por el Sexagésimo Juzgado en lo Civil de Lima, con fecha 22 de junio del 2004, en los seguidos por doña Concepción Alcázar Rojas con el Presidente de la República y el Ministro de Justicia. La demandante, aparte del daño emergente y del lucro cesante, reclama la reparación de un daño a la persona por el menoscabo de su proyecto de vida al haber sido sentenciada a veinte años de prisión, habiendo estado injustamente detenida en dos oportunidades: en la primera por tres años y en la segunda por seis años, cinco meses y 13 días, acusada de haber colaborado con el terrorismo.

La reclamante fue indultada sobre la base del informe preparado por la Comisión que revisó su caso de conformidad con lo dispuesto por la Ley N° 26655, habiéndola encontrado inocente. En la sentencia se considera que la prisión injusta e inmerecida no solo priva a la persona del bien máspreciado, como es la libertad así como se mella profundamente la dignidad y el honor, inapreciables e invalorables, sino que “frustra a la persona en su proyecto de vida, arrebatándole años que no volverán”. Consideramos que el fallo que condena al Estado es justo así como adecuada la reparación que se fija en la sentencia ya que la víctima del daño sufrió el menoscabo y el retardo en la realización de su proyecto de vida.

## **29.- El “daño al proyecto de vida” en la doctrina y la legislación contemporáneas**

En los siguientes apartados nos referiremos a los casos, por nosotros conocidos, en lo que se ha tratado, a nivel de la doctrina de nuestros días, el tema relativo al “daño al proyecto de vida, tanto en el ámbito latinoamericano como, en menor medida, en el europeo. Se advierte que el asunto, luego de haber sido acogido por la jurisprudencia supranacional y comparada, empieza a merecer la atención de un sector, aún reducido, de la doctrina.

No obstante lo expresado, se advierte que aquellos autores o magistrados que han penetrado con sensibilidad, lucidez y agudeza, sin prejuicios o temores, en la rica temática del “proyecto de vida”, como palpitante manifestación exterior de nuestra libertad ontológica, se han entusiasmado con las nuevas perspectivas que se abren con dicho aporte en lo que se contrae a la protección del más importante de los derechos humanos: la libertad. Al respecto, no podemos olvidar el certero juicio de Guido Alpa cuando, en 1987, a más de diez años de la tímida aparición en el escenario jurídico del “daño a la persona”, expresa que es natural “que las ideas nuevas, en la ciencia jurídica, tienen un camino fatigoso circundado de cautelas y de dudas”. El “daño al proyecto de vida” ya ha cumplido un importante inicial tramo en este largo y necesario camino de decantación de las ideas jurídicas.

Asimismo, haremos una breve referencia a la recepción del “daño a la persona” y del “daño al proyecto de vida” en la codificación contemporánea.

### **29.1.- El “daño al proyecto de vida” en la doctrina contemporánea**

Un sector cada vez más importante de la doctrina acoge la aparición en el escenario jurídico del comprensivo “daño a la persona” y, consecuentemente, del “daño al proyecto de vida”. Al “daño al proyecto de vida”, como se ha señalado, se refiere el profesor argentino Julio César Rivera, uno de los coautores del Proyecto de Código Civil argentino de 1998, como “una exteriorización relevante de la categoría que hasta ahora hemos llamado daño moral”.

La jurista argentina Matilde Zavala de González reconoce que “en el derecho latinoamericano, especialmente los juristas peruanos han elaborado una noción sobre “daños a las personas” como diferente de las otras categorías de daños resarcibles”<sup>121</sup>. Al respecto apunta con justeza que “la visión moderna sobre el derecho de daños es humanizada y solidarista: atiende a la persona misma, por lo que es y debe ser intrínsecamente y en su vida de relación, sin conferir relevancia exclusiva a sus roles utilitarios”<sup>122</sup>. Este planteamiento, señala la autora, se sustenta en la concepción personalista o humanista del derecho que marca la transición entre dos épocas, así como en una visión tridimensionalista del derecho<sup>123</sup>. En las expresiones de la citada jurista argentina se pone de relieve el trasfondo humanista de la nueva institución jurídica.

El jurista uruguayo Gustavo Ordoqui coincide con las expresiones de los autores cuyo pensamiento hemos sintéticamente glosado cuando afirma que “el estudio de las pautas y criterios de evaluación jurídica del daño a la persona constituye, sin lugar a dudas, hoy por

<sup>121</sup> Zavala de González, Matilde, *Resarcimiento de daños. Daños a las personas*. 2C, ob. cit., pág. 39.

<sup>122</sup> Zavala de González, Matilde, *Resarcimiento de daños. Daños a las personas*, 2C, ob. cit., pág. 32.

<sup>123</sup> Zavala de González, Matilde, *Resarcimiento de daños. Daños a las personas*, 2C, ob. cit., pág. 54.

hoy, el tema más importante del denominado Derecho de Daños y su razón de ser está, precisamente, en lograr a través de su aplicación una protección real y eficaz de la persona en su total naturalidad y dignidad”. Ordoqui deja constancia que “en su origen, la evolución del estudio de este tema importa una verdadera revolución, pues supone partir de un enfoque, de una redimensionalización de lo que es en realidad la persona...”<sup>124</sup>.

Oscar L. Fappiano, ex Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, dedica un interesante y fundamentado artículo al tema tanto del tratamiento del “daño al proyecto de vida” en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como en lo tocante a su incorporación el Proyecto de Código Civil argentino de 1998<sup>125</sup>.

En el mismo sentido antes señalado se pronuncian conocidos autores como Jorge Gamarra, Víctor Pérez Vargas, Carlos Cárdenas Quirós, entre otros, quienes se han referido al tema del “daño a la persona” y del consiguiente deslinde conceptual entre el genérico y comprensivo daño y el específico “daño moral”.

La acreditada “Revista de Derecho Privado y Comunitario” de la República Argentina dedicó íntegramente su primer número al estudio del “daño a la persona”. Esta publicación coadyuvó, en gran medida, a que el concepto y el término de “daño a la persona” se incorporaran a la doctrina y a la jurisprudencia argentinas. En dicho primer número colaboraron juristas de reconocida calidad como Aída Kemelmajer de Carlucci, Ricardo Lorenzetti, Julio César Rivera, Eduardo Zannoni, Alberto Bueres, Mosset Iturraspe.

La profesora de la Universidad de Sevilla, Ana Salado Osuna, ha publicado recientemente un valioso volumen titulado *Los casos peruanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*<sup>126</sup> en el que analiza, con dominio de la materia, minuciosidad y penetración, el sentido de la jurisprudencia de la Corte, destacando sus aciertos así como su importante aporte a la causa de la protección de los derechos humanos. En el mencionado libro, la profesora Salado destaca como una trascendente contribución al Derecho Internacional de Los Derechos Humanos el que la Corte haya incorporado en su valiosa jurisprudencia la protección de estos fundamentales derechos, en especial la reparación del radical “daño al proyecto de vida”. La profesora Salado Osuna señala que este concepto, en materia de reparaciones, “es de nuevo cuño en la jurisprudencia de la Corte y tiene su

---

<sup>124</sup> Ordoqui, Gustavo, *Pautas y criterios para la evaluación judicial del daño a la persona*, en Autores Varios, “El Código Civil peruano: balance y perspectivas”, Tomo II, Universidad de Lima y WG Editor, Lima, 1995, pág. 411.

<sup>125</sup> Fappiano, Oscar L., *El “daño al proyecto de vida” en el Proyecto de Código Civil argentino*, en la revista “Abogados”, Año IV, N° 7, Lima, 2000.

<sup>126</sup> Salado Osuna, Ana, *Los casos peruanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Editorial Normas Legales, Trujillo, 2004.

origen ante ésta en la petición formulada por la señora Loayza Tamayo y la Comisión Interamericana en la etapa procesal sobre reparaciones en el *caso Loayza Tamayo*<sup>127</sup>.

La profesora Salado Osuna, al referirse al “daño al proyecto de vida”, expresa “que es loable que la Corte Interamericana de Derechos Humanos acepte el concepto “proyecto de vida” en lo que a las expectativas del futuro respecta”<sup>128</sup>. Después de un exhaustivo y certero análisis de la temática concerniente al “daño al proyecto de vida” y de su tratamiento por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la autora considera que “hay que felicitar a la Corte por aceptar el concepto “daño al proyecto de vida” en materia de reparaciones y por haber determinado en que medida se puede reparar el mismo”<sup>129</sup>.

Luego de hacer un recuento de las medidas de reparación de las violaciones de los derechos humanos acordadas por la Corte Interamericana, incluyendo la correspondiente al “daño al proyecto de vida”, la profesora Salado expresa que, “desde este lado del Atlántico produce gran satisfacción la forma de actuar de la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones y consideramos que sería conveniente que nuestro admirado Tribunal Europeo de Derechos Humanos mire más allá de Europa porque tiene mucho que hacer en materia de reparaciones”<sup>130</sup>. Estas expresiones corroboran la importancia que tiene para la profesora de Sevilla la contribución prestada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de su jurisprudencia, sobre todo al acoger la reparación del “daño al proyecto de vida”.

Artículos del autor de este trabajo sobre diversos aspectos del “daño al proyecto de vida” aparecen en varios volúmenes europeos, más precisamente de Italia y España. En el primero de dichos países se insertan en los libros de homenaje a los destacados juristas Pietro Rescigno y Guido Gerin, mientras que, en el segundo, en el dedicado al eminente profesor Luis Díez Picazo.

## **29.2.- El “daño al proyecto de vida” en la legislación contemporánea**

En lo que atañe a la recepción del “daño al proyecto de vida” por la codificación comparada debemos citar algunos casos en los que ella se ha producido, expresa o

---

<sup>127</sup> Salado Osuna, Ana, *Los casos peruanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, ob. cit., pág. 431. A continuación del texto glosado apunta: “Pero que sostengamos que es de “nuevo cuño en la jurisprudencia de la Corte” no significa que haya sido la creadora del concepto “daño al proyecto de vida”, pues lo cierto es que el mentor intelectual del mismo ha sido el profesor Fernández Sessarego”.

<sup>128</sup> Salado Osuna, Ana, *Los casos peruanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, ob. cit., pág. 434.

<sup>129</sup> Salado Osuna, Ana, *Los casos peruanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, ob. cit., pág. 438.

<sup>130</sup> Salado Osuna, Ana, *Los casos peruanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, ob. cit., pág. 439

implícitamente, así como otros en los cuales el ordenamiento jurídico permite a los jueces reparar las consecuencias del mencionado radical daño a la persona.

Si bien solo el Código Civil peruano acoge en su artículo 1985 la protección de todas las manifestaciones del genérico “daño a la persona” -incluyendo el específico “daño al proyecto de vida”-, sin limitación alguna, otros códigos civiles permiten, con ciertas restricciones, dicha protección. Ciertamente que cuando se elaboraron tales cuerpos legales no se concebía que en un futuro, al ponerse de manifiesto la calidad ontológica del ser humano, surgiera el imperioso y necesario deber del Derecho de proteger la expresión exterior de tal libertad a través del “proyecto de vida”. Es el caso, entre otros, de los códigos civiles francés, alemán e italiano.

El artículo 1832 del Código Civil francés de 1804 adopta una fórmula sumamente amplia que permite, sin mayores obstáculos, mediante una atenta jurisprudencia, reparar cualquier daño a la persona. En el mencionado numeral, se utiliza la expresión *dommage* (equivalente a “daño”) sin restricción alguna, lo que ha facilitado la creatividad jurisprudencial. De lo expresado se deduce que es posible, si se considerase conveniente y en su momento, la reparación de un daño a la realización de la persona, es decir, a su “proyecto de vida”.

El artículo 253 del Código Civil alemán de 1900 dispone que “si se tratase de un perjuicio que no sea pecuniario, solo podrá exigirse la reparación en metálico en los casos determinados por la ley”. La primera conclusión que se extrae del texto de este numeral es que él se refiere a las reparaciones en metálico, por lo que el requisito señalado por el artículo 253 no impide reparar un perjuicio a través de otros medios que no sean en metálico, como, por ejemplo, aquellos que emplea la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos antes citada.

Los casos de reparación en metálico de perjuicios que no sean pecuniarios son aquellos consignados en los numerales 264, 283, 326, 354, 415, 516, 634, 1003, entre otros. Según Busnelli, esta norma habría sido solo creada para reparar los “daños morales”. No obstante, y como lo apunta el propio Busnelli<sup>131</sup>, en la década de los 90 del siglo XX se produce un importante cambio a nivel jurisprudencial. Hasta ese momento los Tribunales habían negado, sistemáticamente, reparar el daño inmaterial a las víctimas que se encontraban en un estado de vida vegetativa, bajo el argumento que no padecían dolor y, por lo tanto, no se podía hablar de la existencia de un “daño moral” susceptible de ser indemnizado.

El cambio jurisprudencial de los años noventa a que se refiere Busnelli opera en el sentido de abandonar el criterio anteriormente citado sobre la reparación exclusiva de los daños morales, en los que la persona experimentaba dolor o sufrimiento, por aquel otro en el cual se reconoce que la pérdida de conciencia, como consecuencia de una grave lesión

---

<sup>131</sup> Busnelli, Francesco D., *Il danno biologico. Dal “diritto vivente” al diritto vigente*, ob. cit., pág. 380.



cerebral, debe considerarse, en sí y por sí misma, como un daño a la persona. El fundamento legal de este radical cambio de orientación se encuentra en el hecho de la dignidad de la persona, principio que es reconocido por el artículo 1° de la Constitución alemana del 13 de febrero 1992. Este ostensible y significativo cambio, de acuerdo con nuestro punto de vista, debe apreciarse como uno de los más importantes que se vienen produciendo en el Derecho a partir de la nueva concepción del ser humano y como natural consecuencia de los también nuevos supuestos de la construcción dogmática. Es decir, del proceso que se remonta a los últimos años de la década de los cuarenta del siglo XX.

Busnelli reconoce que la jurisprudencia alemana ha logrado, con encomiable sentido de autodisciplina, “una razonable uniformidad pecuniaria de base en la valorización del daño, como resulta de las *Schmerzensgeldtabellen* que recogen los datos jurisprudenciales”. No obstante, el profesor de Pisa deja constancia que en estas tablas de infortunios no se distingue, como debiera, entre daño a la salud (daño a la persona) y “daño moral”<sup>132</sup>.

Por razones de espacio no podemos ocuparnos en esta oportunidad del contenido de cada uno de los numerales, antes citados, en los que se encuentran situaciones en las que cabe reparar en metálico un daño de carácter extrapatrimonial, por lo que haremos una breve glosa de los que estimamos de mayor interés para nuestro propósito. Así, el artículo 343 faculta al juez a reducir el monto de la cláusula penal teniendo en cuenta “no solo el interés pecuniario, sino cualquier otro interés legítimo del acreedor”. El numeral 847, es muy importante desde que permite al juez fijar una indemnización equitativa en caso de “lesión corporal o de pérdida de la salud, como en caso de privación de la libertad, podrá la persona lesionada exigir también una indemnización equitativa por los daños que se hayan causado en sus bienes”. El artículo 1300° permite a la prometida o novia de buena conducta el obtener una reparación si, habiendo consentido al prometido cohabitar con ella, este último provoca una ruptura que constituye una causa grave.

Sobre el proceso italiano nos hemos referido en diversos lugares de este trabajo por lo que sería innecesario desarrollar mayormente el tema. No obstante, podríamos apuntar que en la actualidad se está tratando de regular legalmente la materia concerniente al daño a la persona, ya sea que se le designe como “daño biológico” o “daño a la salud”. Existían varios proyectos de ley para su aprobación en el Parlamento que no han progresado pues en el entretanto apareció en el escenario jurídico italiano una nueva voz para referirse al “daño a la persona”. Nos referimos al “daño existencial” que, promovido por un grupo de juristas, ha sido bien recibido por un sector de la jurisprudencia italiana. Esta nueva voz merece un detenido estudio que lo reservamos para un futuro inmediato<sup>133</sup>.

---

<sup>132</sup> Busnelli, Francesco D., *Il danno biologico. Dal “diritto vivente” al “diritto vigente”*, ob. cit., pág. 380.

<sup>133</sup> En la nota 83 aparece la bibliografía sobre el “daño existencial”.

No obstante lo dicho, es conveniente recordar lo que hemos expuesto en otro lugar sobre la situación legal actualmente existente en Italia a partir de la sentencia N° 184 de la Corte Constitucional del año 1986. En este fallo se superó la discordancia existente entre el artículo 2043, que permite reparar cualquier daño culposo o doloso, y el numeral 2059° del Código Civil de 1942, que restringe la reparación de las consecuencias extrapatrimoniales solo en los casos determinados por la ley. Ésta solo permite reparar los daños extrapatrimoniales derivados de un delito, creando así una seria limitación contraria a los principios constitucionales y a lo dispuesto en el artículo 2043 en referencia. La sentencia de la Corte solucionó el conflicto al determinar que lo establecido en el numeral 2059 operaba solo en el caso de los daños morales, mientras que el “daño a la persona”, ya sea que se le designe como “daño biológico” o “daño a la salud”, debe ser reparado de conformidad a lo dispuesto en el numeral 2043 (ver & 21).

El artículo 496 del Código Civil portugués de 1967 establece que la reparación del “daño a la persona” se limita a los casos en los cuales las consecuencias del mismo sean graves. Se trata, como se aprecia, de una inconveniente limitación ya que la regla de oro en materia de indemnización es que todo daño injusto debe ser reparado, con prescindencia de su gravedad o magnitud. No cabe, por siguiente, hacer distinciones libradas, como en este caso, al arbitrio del juez quien, sin contar con un preciso criterio orientador, no estará en condiciones de encontrar en materia de “daño a la persona” el límite entre lo “grave” y lo que no lo es.

En España se reconoce expresamente el “daño a las personas” en los específicos casos de accidentes de tránsito existiendo, para el efecto de la reparación de las consecuencias derivadas de este daño, unas tablas que contienen la valorización de las mismas. Es el único país que ha adoptado un modelo legislativo en materia de valorización de daños a las personas, si bien circunscrito a los accidentes de tránsito. La Ley N° 30 de 1995, Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, contiene en un anexo las mencionadas tablas de infortunios. La referida disposición suscitó en España un fuerte e intenso debate en el que se criticaron diversos extremos de la misma como, por ejemplo, haber reducido la aplicación de las tablas de infortunios a solo los casos de accidentes de circulación vial, creando una disparidad de tratamiento respecto a daños a la persona que tienen un diferente origen.

## **29.2.- El “daño al proyecto de vida” en la codificación comparada**

El único Código Civil latinoamericano que se refiere expresamente a la reparación del genérico “daño a la persona” y, por consiguiente, del “daño al proyecto de vida” es el Código Civil peruano de 1984. El artículo 1985° prescribe que la indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, “incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral”. Como se aprecia, la reparación del “daño a la persona” no está sujeta a limitación o restricción alguna, a diferencia de los otros casos en que la codificación comparada si los establece.

La amplitud con la cual en el mencionado artículo 1985 se trata la reparación del “daño a la persona”, permite al juez reparar tanto las consecuencias de los daños que afectan a la unidad psicosomática como aquéllas que frustran, menoscaban o retardan el cumplimiento del “proyecto de vida”. El juez peruano, además, se halla en capacidad de reparar cualquier daño a la persona, esté o no expresamente considerado en el ordenamiento jurídico positivo. En efecto, el artículo 3 de la Constitución de 1993 otorga al juez la posibilidad de reparar las consecuencias de cualquier daño a la persona que encuentre su fundamento en su propia dignidad.

Un problema que no pudo ser superado en el proceso de redacción del Código Civil de 1984 fue el que se refiere a la relación existente entre el genérico “daño a la persona” y el específico “daño moral”. En ese momento no fue posible convencer a los codificadores que el daño moral, en tanto constituir un daño psíquico de carácter emocional, no patológico, estaba incluido entre los múltiples daños que se pueden causar a la persona. Por esta razón aparece en el citado artículo 1985, uno al lado del otro, el daño a la persona y el daño moral, como si fueran de diversa naturaleza. El peso de la tradición y el de la doctrina imperante impidieron que se aprecie con claridad este problema. Por la misma circunstancia, el numeral 1984° se refiere exclusivamente al “daño moral”, como si se tratase de un daño autónomo, no incluido, como uno más, dentro del genérico “daño a la persona”.

Es del caso señalar que, en el inciso b) del artículo 1600 del Proyecto de Código Civil de la República Argentina de 1998, se considera, de manera expresa, el “daño al proyecto de vida”. En dicho inciso se establece que el daño extrapatrimonial comprende, entre otros, “al que interfiere en el proyecto de vida”. La Comisión que elaboró dicho Proyecto y que aprobó dicha disposición estuvo compuesta por los conocidos y distinguidos profesores Héctor Alegría, Atilio Aníbal Alterini, Jorge Horacio Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera y Horacio Roitman. El mencionado Proyecto se encuentra en el Parlamento para su discusión y aprobación.

### **30.- ¿ Daño a la persona o daño “moral”?**

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

Frente a la aparición de nuevos daños que inciden sobre la persona humana, antes no contemplados ni por la doctrina ni por la jurisprudencia, consideramos que hay que aguzar la imaginación y el ingenio para crear conceptos que denoten, con la mayor precisión posible esta nueva materia. Es decir, que sean **descriptivos** del objeto al cual se refieren, sin necesidad de recurrir a antiguas nociones que, tradicionalmente, tienen un diverso significado jurídico creando, innecesariamente, indeseables y nada constructivas confusiones que atentan contra la transparencia y tersura que debe existir cuando nos referimos a la institucionalidad jurídica, la que exige claras delimitaciones conceptuales.

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

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

Mosset Iturraspe, en relación con lo expresado, resume con precisión el problema planteado cuando, categóricamente, afirma que para el Derecho el “centro de la cuestión no es más “el dolor”, es el hombre, la persona humana, su dignidad, sus virtualidades, sus apetencias”<sup>134</sup>.

### **30.1.- Relación entre el genérico “daño a la persona” y el específico “daño moral”**

En las últimas décadas hemos argumentado, a través de diversos trabajos y foros, que el mal llamado “daño moral” es tan solo un daño originariamente restringido a la esfera emocional o sentimental de la persona<sup>135</sup>. Es decir, se trata de un daño psíquico<sup>136</sup> y,

<sup>134</sup> Mosset Iturraspe, Jorge, *El daño a la persona en el Código Civil peruano*, en “Los diez años del Código Civil peruano: balance y perspectivas”, Tomo I, ob. cit., pág. 213.

<sup>135</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Hacia una nueva sistematización del daño a la persona*, en “Cuadernos de Derecho”, N° 3, Lima, 1993, ob. cit., pág. 35; en “Gaceta Jurídica”, N° 79-B,

como tal, es uno de los tantos y diversos daños que se pueden ocasionar a la persona en tanto “unidad psicosomática”. En otros términos, el “daño moral”, en cuanto dolor o afección, no es nada más que un aspecto del genérico “daño a la persona”. Es del todo evidente que este histórico y tradicional “daño moral”, en cuanto se trata de un daño específico, no es equiparable al genérico “daño a la persona”. Su relación, por lo expuesto, es de especie a género.

En nuestro trabajo de 1986 titulado *El daño a la persona en el Código Civil peruano de 1984 y el Código Civil italiano de 1942* decíamos que “la generalizada utilización del concepto “daño moral” y los diversos alcances que se le otorga, constituyen un grave problema que entraba la diáfana percepción de la temática del daño a la persona y acarrea constantes confusiones, a menudo difíciles de superar por los manipuladores y destinatarios de la normatividad jurídica”<sup>137</sup>. En el mismo trabajo precisábamos que “en atención a los planteamientos tradicionales de la doctrina nacional, que se pronuncia por la acepción restringida del concepto daño moral, se le distingue - aunque impropia - del daño a la persona: es decir, se considera el daño moral como afrenta al sentimiento de la persona, causa de dolor o sufrimiento. **En rigor, el daño moral, dentro de estos precisos alcances, se integra dentro del genérico concepto de daño a la persona**”(el subrayado es nuestro)<sup>138</sup>.

Como se advierte de la glosa anterior, nuestra preocupación por el deslinde conceptual entre el genérico y amplio concepto de “daño a la persona” y el tradicional y restringido de “daño moral” es de antigua data. La existencia de ambas voces, sin precisar su relación, comportaba una falta de claridad en cuanto a la sistematización del “daño a la persona”. Estimábamos, desde la década de los años 80 del siglo XX, que el “daño moral”, en tanto daño psíquico de carácter emocional no patológico., integraba el daño “psicosomático” que, junto con el daño a la libertad fenoménica, son las dos vertientes del “daño a la persona”. La sistematización en referencia atendía, fielmente, a la naturaleza del ser humano, al efecto de conocer *dónde* se le dañaba a fin de poder precisar el tipo de reparación que le correspondía. Como se ha expresado en su lugar, no es lo mismo reparar la pérdida de una extremidad, que la lesión de un sentimiento o un daño a la libertad. Cada uno de estos daños genera diversas consecuencias, las mismas que deben ser reparadas según sus particulares características. La sistematización en

---

Lima, junio del 2000; “Estudios en honor de Pedro J. Frías”, Córdoba, 1994 y “Ponencias I Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial”, Lima, 1994.

<sup>136</sup> Luis Díez-Picazo da cuenta de una sentencia del Supremo Tribunal de Justicia de 17 de febrero de 1956 en la cual se admitía un resarcimiento por “daño moral” como “el dolor *psicológico* que la lesión mortal hace sufrir a la víctima...” (Derecho de Daños, Civitas, Madrid, 1999, pág. 102.

<sup>137</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *El daño a la persona en el Código Civil peruano de 1984 y en el Código Civil italiano de 1942*, en “El Código civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano”, ob. cit., pág. 252.

<sup>138</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *El daño a la persona en el Código Civil peruano de 1984 y el Código Civil italiano de 1942*, en “El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano”, ob. cit., pág. 253 y en otras publicaciones reseñadas en la nota 134..

mención no responde, por ende, a un capricho, a una exquisitez especulativa o a una elucubración carente de base o de sentido, sino que ella responde a una necesidad muy concreta: orientar a los jueces en el momento de reparar los **diversos** daños a la persona, dentro de los que se halla el tradicional “daño moral”.

En nuestro trabajo *Hacia una nueva sistematización del daño a la persona*, publicado en 1993, resumíamos las opiniones que habíamos venido sosteniendo desde años antes a esta fecha, al expresar que “es del caso señalar que, en nuestro concepto, se incurre en un frecuente error cuando se considera que daño a la persona y el daño moral son expresiones que corresponden a un mismo concepto o cuando se le confunde con el daño al proyecto de vida”<sup>139</sup>. Según el criterio expuesto en dicho trabajo, “el daño moral es uno de los **múltiples daños** sicosomáticos que pueden lesionar a la persona por lo que se le debe considerar como un daño que afecta la esfera sentimental del sujeto”, por lo que “resulta así una modalidad síquica del genérico daño a la persona”<sup>140</sup>.

En el mencionado trabajo de 1993 hacíamos también una distinción entre el “daño moral” y el “daño al proyecto de vida” al afirmar que este último es “un daño radical, continuado, que acompaña al sujeto durante toda su vida en la medida que compromete, para siempre, su “manera de ser”, mientras que “el llamado “daño moral”, en cambio, no compromete la libertad del sujeto sino que es un daño psicosomático que afecta la esfera sentimental del sujeto en cuanto su expresión es el dolor, el sufrimiento. Es, por lo tanto, un daño que no se proyecta al futuro, que no está vigente durante la vida de la persona”. Y agregábamos al respecto que “las consecuencias del daño moral tienden a disiparse y desaparecer, por lo general, con el transcurso del tiempo”<sup>141</sup>.

En cuanto a la naturaleza del “daño moral” repetíamos, en dos trabajos publicados en 1998, que “el mal llamado “daño moral” es solo un daño emocional, es decir, de raigambre psicológica que, sin embargo, no llega a constituir una psicopatía aunque, teóricamente, podría derivar en ella si es que el dolor es persistente, intenso y depresivo, por ejemplo”<sup>142</sup>.

---

<sup>139</sup> En cuanto al deslinde conceptual entre “daño al proyecto de vida” y “daño moral” puede consultarse del autor el trabajo *Daño moral y daño al proyecto de vida*, en “Revista de Derecho de Daños, N° 6, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999 y en la revista “Cátedra”, Editorial Palestra, Lima, 2001 y, de reciente, *Deslinde conceptual entre daño a la persona, daño al proyecto de vida y daño moral*, ob. cit., en nota 86.

<sup>140</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Hacia una nueva sistematización del daño a la persona*, en “Cuadernos de Derecho”, N° 3, ob. cit., pág. 35.

<sup>141</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Hacia una nueva sistematización del daño a la persona*, ob. cit., pág. 36.

<sup>142</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Daño a la persona y daño moral en la doctrina y la jurisprudencia latinoamericana actual*, en “Themis”, N° 38, Lima, 1998, pág. 191 y en *Daño psíquico*, en revista “Scribas”, Año II, N° 3, Arequipa, 1998, pág. 127.

En trabajos posteriores en los que hemos tratado nuevamente el tema<sup>143</sup> se ha mantenido el mismo criterio, es decir, que el “daño moral”, en cuanto se trata de un daño psíquico de carácter emocional, es uno de los múltiples daños que se pueden ocasionar a la persona, razón por la cual se integra dentro del genérico y amplio concepto de “daño a la persona”.

En el artículo *Deslinde conceptual entre daño a la persona, daños al proyecto de vida y daño moral*, del año 2003, reiterábamos nuestra antigua percepción en el sentido que “el mal llamado daño “moral” no es una instancia autónoma o diferente al “daño a la persona” sino que se trata de la lesión a uno de los aspectos psíquicos no patológicos de la misma, de carácter emocional. De ahí que a la altura de nuestro tiempo, carece de significado seguir refiriéndose obstinadamente a un supuesto daño “moral”. Lo que se daña son los *principios morales* de la persona. Este específico daño al bagaje moral causa, en la persona que lo sufre, perturbaciones psíquicas de distinta magnitud e intensidad, generalmente no patológicas”. Continuábamos expresando al respecto que “lo que se daña, por las perturbaciones que origina, es la esfera **psíquica** del sujeto. De ahí que el mal llamado daño “moral” - que es exquisitamente jurídico - se incorpora como un específico aspecto del más amplio espectro del genérico “daño a la persona” en la categoría del “daño psicosomático”, preponderantemente de carácter psíquico”<sup>144</sup>.

Apelando a una simple lógica, en el mencionado trabajo, decíamos que como “bien lo denota el concepto, todo daño a la persona es simplemente eso: un “daño a la persona”. Y el denominado “daño moral” es un daño a la persona y no a ninguna otra cosa u objeto del mundo. ¿Es o no es un daño a la persona? Si lo es, ubiquémoslo dentro de la unidad psicosomática a fin de determinar a qué aspecto de la misma afecta lo que se entiende por daño “moral”, es decir, dolor, sufrimiento, perturbación psicológica necesariamente no patológica”<sup>145</sup>.

### 30.2.- Ampliación de las fronteras conceptuales del “daño moral”

<sup>143</sup> Cfr. Fernández Sessarego, Carlos, aparte de *los trabajos antes citados*, *Apuntes para una distinción entre el daño al proyecto de vida y el daño psíquico*, en la revista “Themis”, N° 32, Lima 1995 y en Autores Varios, “Los derechos del hombre. Daños y protección a la persona”, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1997; *Daño a la persona y daño moral en la doctrina y la jurisprudencia latinoamericana actual*, en “Themis”, N° 38, Lima, 1998; *Daño psíquico*, en la revista “Scribas”, Año II, N° 3, Arequipa, 1998, pág. 127; *Daño moral y daño al proyecto de vida*, en “Revista de Derecho de Daños”, N° 6, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999 y en la revista “Cátedra”, Editorial Palestra, Lima, 2001 y, sobre todo, en *Deslinde conceptual entre daño a la persona, daño al proyecto de vida y daño moral*, ob. cit.

<sup>144</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Deslinde conceptual entre el daño a la persona, el daño al proyecto de vida y el daño moral*, ob. cit., en “Foro Jurídico”, pág. 21 y en las demás publicaciones referidas en la nota 88.

<sup>145</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Deslinde conceptual entre el daño a la persona, el daño al proyecto de vida y el daño moral*, ob. cit., en “Foro Jurídico”, Año i, N° 2, 2003, pág. 44 y en las otras publicaciones mencionadas en la nota 88.

Comprobamos la actualidad le existencia de una extendida e importante tendencia doctrinaria que ha hallado una peculiar solución para superar el problema, real y conceptual, de la relación entre el genérico “daño a la persona” y el específico “daño moral”. Apartándose de la tradición, que considera al daño “moral” como un dolor o sufrimiento (*pretium doloris*), se amplían las fronteras de este restringido concepto para equipararlo con el amplio contenido de la noción de “daño a la persona” con la finalidad de sustituirlo. Según esta tendencia, el concepto “daño a la persona” debería desaparecer, pues para incorporar el contenido de este último concepto existe ya el llamado “daño moral”.

Es de advertir que en la tradicional y restringida concepción del “daño moral” no se tiene en cuenta la necesaria distinción del concepto “daño” en función del *ente* que se daña, de una parte, y de las *consecuencias* del daño, de la otra. En efecto, la tradición, al no tener en cuenta esta necesaria y didáctica distinción confunde el ente dañado con las consecuencias del daño. En el “daño moral”, como está dicho, *lo que se daña* es el ente *ser humano* en su dimensión preponderantemente psíquica, lesión que produce *consecuencias emocionales* tales como dolor o sufrimiento. Es decir, perturbaciones de orden psíquico. La confusión entre “lo dañado” y sus “consecuencias” enturbia la percepción de la relación entre el genérico “daño a la persona” y el específico “daño moral”.

Como señalábamos en precedencia, conviven en la doctrina actual dos diferentes significaciones del concepto “daño moral”. De un lado, la tradicional y restringida de perturbación psíquica emocional (*pretium doloris*) y, de la otra, aquélla en la cual se incluyen en dicha noción todos los daños que se pueden ocasionar a la persona. Entre estas dos extremas modalidades, un sector de la doctrina, incorpora dentro del concepto de “daño moral” solo los daños cuyas consecuencias no pueden ser apreciadas en dinero. Estas posiciones nos mueven a pensar que, metafóricamente hablando, se coloca vino nuevo en odre viejo. Se utiliza, así, el fácil expediente de emplear un concepto, perfectamente delimitado, cuya significación es dolor o sufrimiento para, sin mayor fundamento, ampliar sus fronteras con la finalidad de introducir en él otras voces de daño a la persona diferentes al tradicional daño “moral”.

No son escasos los autores que preconizan la mencionada tendencia destinada a incorporar todos los daños a la persona en el concepto de “daño moral”. Entre ellos recordamos, para citar tan solo a uno, a Ramón Daniel Pizarro, distinguido profesor en la Universidad de Córdoba<sup>146</sup>. En un documentado libro titulado *Daño moral*, nos dice que es un grave error concebir al “daño moral” como “una noción restringida, circunscrita al *pretium doloris*”, así como estimarlo un “menoscabo transitorio, temporario, mitigable por el transcurso del tiempo”<sup>147</sup>. Para Pizarro dentro del concepto “daño moral” se

<sup>146</sup> Un amplio comentario a la posición de Pizarro se puede encontrar en nuestro *trabajo Daño moral y daño a la persona en la doctrina y la jurisprudencia latinoamericana actual*, en “Themis”, N° 38, Lima, 1998, págs. 191 a 193.

<sup>147</sup> Pizarro, Ramón Daniel, *Daño moral*, Hammurabi, Buenos Aires, 1996, pág. 83.



consideran todos los daños a la persona de consecuencias inmateriales, incluyendo el “daño al proyecto de vida”<sup>148</sup>.

La posición de Pizarro es rebatida, entre otros, por el profesor argentino Ricardo Lorenzetti quien, como nosotros, no se resigna por estimarlo inadecuado, continuar empleando el restringido concepto de “daño moral” para referirse a todos los daños que se puedan causar al ser humano y, más bien, opta por la noción más amplia y comprensiva de “daño a la persona”, por cuanto esta expresión da cuenta de los alcances que la doctrina y la jurisprudencia contemporánea le asignan a todo daño al ser humano<sup>149</sup>.

La legislación comparada, más allá de las diversas etiquetas que se utilizan en algunos países para adecuarse, a los efectos de su fundamentación, a la legislación o a la jurisprudencia en ellos vigentes, prefiere utilizar el amplio y genérico concepto “daño a la persona” para incorporar dentro de sus alcances todos los daños que se puedan inferir al ser humano. Es interesante a este propósito recordar que algunos de los proyectos de ley que se encuentran para su discusión en el Parlamento italiano, hacen referencia al “daño a la persona”, noción dentro de la cual incluyen los daños tanto a la estructura psicosomática de la persona como el llamado “daño moral”. Así, el que lleva el número 4093 tiene como título el de “Nueva disciplina en tema de daño a la persona”. Este proyecto ha sido asumido como texto de base por la Comisión de Justicia del Senado en su sesión del 29 de febrero del 2000 con la finalidad de discutir conjuntamente otros dos proyectos sobre el mismo tema<sup>150</sup>.

### **30.3.- Corriente doctrinaria que propone incorporar el restringido concepto de “daño moral” dentro de la amplia noción de “daño a la persona”**

Son numerosos los autores que han expresado opiniones discrepantes de la posición que postula emplear el concepto “daño moral” para comprender en él todos los “daños a la persona”. Mosset Iturraspe, al referirse a este tema, expresa que de lo que se trata es de “llamar a las cosas por su nombre”. Por ello, considera que “hay que dejar de lado la categoría del daño moral, hay que omitirla de los códigos para sustituirla por la del daño a la persona”. Al referirse al “daño moral” lo califica como “un resabio de otros tiempos que ha permanecido por nuestras debilidades, por nuestras torpezas, por nuestro aferrarnos a las tradiciones jurídicas”. En su opinión, el daño moral “es absolutamente impreciso desde sus orígenes, desde su denominación, desde su comprensión”. Mosset Iturraspe se pregunta, con razón “¿qué significa aquello de daño moral?” Y se responde que eso de “moral” es una mentira desde que de lo que se trata en realidad es de un daño “jurídico”. No es un problema, agrega, de “mi eticidad resentida, de mi moral que me reprochan”.

<sup>148</sup> Pizarro, Ramón Daniel, *Daño moral*, ob. cit., pág. 84.

<sup>149</sup> Lorenzetti, Ricardo, *El daño a la persona*, en “La Ley”, D-1013-N° II, Buenos Aires, 1995.

<sup>150</sup> Esta información aparece en el volumen *La valorización del daño a la salud*, al cuidado de F. Busnelli y M. Bartgagna, cuarta edición, Cedam, Padova, 2001, pág.5.

Por ello, concluye, reafirmando que el daño a la persona no es un daño “moral” sino un daño jurídico<sup>151</sup>.

Mosset Iturraspe destaca el aporte del Código Civil peruano al haber recogido en su artículo 1985 el “daño a la persona”. Al respecto señala que “la sanción del Código Civil del Perú de 1984, en su artículo 1985, al separar el daño a la persona del daño moral, logró un resultado sorprendente; permitió que el velo que oscurecía nuestra visión cayera; que los prejuicios o preconcepciones que nos ataban a una calificación decimonónica fueran dejados de lado; posibilitó el paso del conceptualismo al realismo, en una materia tan humana y sensibilizada”<sup>152</sup>.

Hemos destacado en otra sede nuestra coincidencia con Mosset Iturraspe cuando sostiene que hay que abandonar los prejuicios o los preconcepciones. Estimamos que ello debe suceder no solo en cuanto nos atan al pasado, del que no hacemos una lectura crítica, sino que nos apartan de la realidad, a partir de la cual, bien lo sabemos, se construye la institucionalidad jurídica. El Derecho no es un puro juego de conceptos sino una valoración axiológica de conductas humanas vivientes para su ulterior regulación jurídica. Es decir, el Derecho se encuentra originariamente en la realidad y no en los conceptos. La realidad de la vida es nuestro referente originario para resolver, en última instancia, cualquier problema jurídico.

Ordoqui, al referirse al tema, apunta que es conveniente diferenciar el daño moral del daño a la persona. En el daño moral se afecta un estado anímico. Se trata de una lesión psíquica, una afección a los sentimientos. Se caracteriza por ser esencialmente transitorio y tiende a desaparecer con el tiempo. El daño a la persona es un concepto genérico dentro del cual el daño moral “no es nada más que una especie” desde que existe una cantidad de afectaciones a la persona en las que no se lesiona “básicamente su sentimiento, no se causan sensaciones de dolor, pero no obstante se afecta a la dignidad o a la integridad de la persona”<sup>153</sup>.

Matilde Zavala de González asume similar tesis al anotar que “el daño moral, concebido como dolor o sufrimiento, es conducta humana intersubjetiva que está comprendida dentro de “lo jurídico”. Toda conducta humana intersubjetiva es susceptible de una valoración jurídica. La aplicación al caso del axioma jurídico fundamental, nos permite saber si dicha conducta está permitida o está prohibida. Así, si bien no existe en el ordenamiento norma expresa que permita o prohíba dicha conducta, ella está permitida pues, en última instancia, lo que no está jurídicamente prohibido está permitido siempre

---

<sup>151</sup> Mosset Iturraspe, Jorge, *Más allá del daño moral: el daño a la persona*, en “Los diez años del Código Civil peruano: balance y perspectivas”, Tomo II, ob. cit., pág. 406-407.

<sup>152</sup> Mosset Iturraspe, Jorge, *El daño a la persona en el Código Civil peruano*, en “Los diez años del Código Civil peruano: balance y perspectivas”, Tomo II, Universidad de Lima y W.G. Editor, Lima, 1995, pág. 213.

<sup>153</sup> Ordoqui, Gustavo, *Pautas y criterios para la evaluación judicial del daño a la persona*, en “Los diez años del Código Civil peruano: balance y perspectivas”, Tomo II, ob. cit. pág. 413.

que no atente contra las buenas costumbres o el orden público. Saludar a un amigo en la calle resulta así una conducta jurídicamente permitida<sup>154</sup>.

### **31.- El daño “moral” en el actual pensamiento europeo**

No obstante el fuerte arraigo de la concepción tradicional que considera el mal llamado daño “moral” como un daño autónomo en relación con el “daño a la persona” o como una voz que incluye todos los daños que se pueden ocasionar a la persona, o solo aquéllos cuyas consecuencias son de carácter no patrimonial, advertimos que cada vez son más numerosas las autorizadas voces que ubican el daño “moral” como un “daño a la persona” de carácter psíquico. Más precisamente, como un daño psíquico de carácter emocional, no patológico. No obstante, pueden presentarse, excepcionalmente, algunos casos en que el daño emocional puede derivar en un daño patológico.

#### **31.1.- El “daño a la persona” y el “daño moral” en el Congreso Internacional de Trier del año 2000**

Al respecto es importante destacar los esfuerzos que se vienen haciendo a nivel de los entes europeos de carácter supranacional - Comisión, Parlamento y Consejo europeos - para armonizar el sistema de reparaciones del “daño a la persona”, más allá de las etiquetas de que se valga la doctrina jurídica de los diversos países para designarlo.

Dentro del mencionado propósito, los entes antes referidos encomendaron a los integrantes de un grupo de trabajo, compuesto por destacados profesores de Derecho de diversas universidades europeas, que se dedicaran a reflexionar sobre el tema a fin de hacerles llegar sus recomendaciones para el logro de la deseada armonización en materia de reparaciones de las consecuencias de los daños a la persona<sup>155</sup>.

El Grupo de Trabajo en mención estuvo coordinado por el profesor F. D. Busnelli, de la Escuela Superior Santa Ana de la Universidad de Pisa, e integrado por los destacados profesores E. Banakas, de la Universidad de Norwich-East Anglia; G. Commandé, de la Escuela Superior Santa Ana de Pisa; B. Dufwa, de la Universidad de Estocolmo; Jean-Luc Fagnart, de la Universidad de Bruselas; H. Groutel, de la Universidad Montesquieu Bordeaux; M. Martín Casals, de la Universidad de Gerona; D. Medicus, de la Universidad de Mónaco; J. Ferreira Sinde Monteiro, de la Universidad de Coimbra y G. Viney, de la Universidad de París Pantheon-Sorbonne.

<sup>154</sup> Zavala de González, Matilde, *Resarcimiento de daños. Daños a las personas*, volumen 2C, Hammurabi, Buenos Aires, pág. 40.

<sup>155</sup> El grupo de trabajo se constituyó, como lo recuerda Busnelli, a propuesta del abogado Willy Rothley, Vicepresidente de la Comisión Jurídica del Parlamento Europeo (Busnelli, Francesco D., *Il danno biologico. Dal diritto “vivente” al “diritto vigente”*, ob. cit., pág. 387).

Según nos informa el profesor Busnelli<sup>156</sup>, coordinador de dicho Grupo, los trabajos se desarrollaron en el arco de seis meses, habiéndose realizado cinco reuniones, la primera de las cuales se efectuó el 13 de octubre de 1999 en Bruselas; la segunda se realizó en Viena el 7 de noviembre del mismo año; la tercera tuvo lugar en París el 16 de diciembre del mismo año y, las dos últimas, en Pisa el 3 y 4 de marzo y el 7 y el 8 de abril del 2000. A la primera y a la última de las mencionadas reuniones concurren médicos legistas cuya contribución fue importante.

El tema asignado para la discusión del Grupo de Trabajo fue el de “Perspectivas europeas de racionalización del resarcimiento del daño no económico”. Como anota Busnelli, “la expresión convencional “daño no económico” no se entiende referida necesariamente a los daños no susceptibles de valoración económica; se entiende, más simplemente, a la exclusión de los daños patrimoniales en sentido estrecho (daño emergente y lucro cesante)”. Esto es explicable pues lo que se pretendía era la armonización de los daños de carácter inmaterial.

El texto de las Recomendaciones propuestas por el Grupo de Trabajo fueron aprobadas por el Congreso celebrado en la ciudad alemana de Trier entre el 8 y el 9 de junio del 2000. En esta reunión se hicieron presentes delegados en representación de las Víctimas, de los Consumidores, de los Médicos legales, de los Abogados, de los Profesores de Derecho, de los Magistrados y de los Aseguradores.

En el mencionado Congreso se reiteró que el principio fundamental que debería inspirar la dimensión constitucional de un modelo europeo de reparación de daños no económicos (léase “daños a la persona” con exclusión del daño emergente y del lucro cesante) es el de la dignidad de la persona humana. Como lo recuerda Busnelli, este principio se afirmó solemnemente en la Convención de Oviedo sobre “Derechos del Hombre y la Biomedicina” donde se obliga a los Estados miembros a proteger al “ser humano en su dignidad”. Todas las Constituciones europeas se inspiran también en este postulado. El artículo 3° de la Constitución peruana de 1993, antes citado, recoge también el mismo principio al obligar a los jueces a proteger cualquier interés humano que derive de su propia dignidad, aunque no exista norma alguna que lo tutele dentro del ordenamiento jurídico positivo.

### **31.2.- Aportes de la reunión de Trier en relación con el “daño moral”**

Son dignas de destacar, a la altura de la evolución actual del Derecho de Daños, las conclusiones del Congreso Internacional de Trier en lo que concierne a dos asuntos que en la doctrina contemporánea se encuentran en proceso de clarificación conceptual. En primer lugar, cabe referirse a la posición adoptada por la doctrina europea, a través de sus altos exponentes reunidos en Trier, en lo que se refiere al “daño moral”, al que se le ubica

---

<sup>156</sup> La información de lo relacionado con el proceso que venimos tratando se encuentra en el libro del profesor Busnelli, *Il danno biologico*, ob. cit. , en pág. 387 y sgts. cuyo texto seguimos en este apartado.

como una lesión calificada como de simple perturbación psíquica. Esta conclusión, como se advierte, es coincidente con la posición que hemos venido sosteniendo en las últimas décadas en lo que atañe a la caracterización del daño “moral” como un daño psíquico, de índole emocional, no patológico.

La segunda cuestión que merece especial mención es aquella que se refiere a la ubicación del llamado daño “moral” dentro del daño psíquico. Se ha sostenido por el grupo de expertos reunidos en Trier, que el daño moral es, como está dicho, una perturbación psíquica pero que no es patológica, es decir, que no se le puede calificar como una enfermedad mental. Esta conclusión es también coincidente con la posición que hemos adoptado al referirnos, en múltiples ocasiones, a los alcances del llamado daño “moral”.

### **31.3.- Distinción entre el “daño a la persona” de carácter psicossomático y el específico “daño moral”**

Entre los aportes doctrinarios que se desprenden de las Recomendaciones aprobadas en Trier en el año 2000, cabe señalar el haber establecido la diferencia existente entre el “daño a la persona” (o daño no económico), que consiste en una lesión a la estructura psicossomática de la persona, y el llamado “daño moral” que, siendo también de carácter psíquico, se identifica como dolor o sufrimiento, es decir, como una perturbación psíquica que no es patológica. A través de esta apreciación se consolida el concepto restringido y tradicional del “daño moral” como *pretium doloris*. Esta definición significa, en última instancia, que no cabe confundirlo con el daño psíquico patológico así como tampoco es posible pretender incluir, dentro del específico y restringido concepto de “daño moral”, la amplia gama de daños a la estructura psicossomática de la persona.

Como apunta Busnelli, la misma diferenciación entre daños a la persona de carácter psicossomático y daño moral, en tanto perturbación psíquica no patológica, es la que actualmente rige en Gran Bretaña y Estados Unidos. Al lado del concepto de *pain and suffering*, equivalente al daño moral, se ha incorporado una nueva noción *-loss of amenities of life-* con la finalidad de reparar los daños a la persona no económicos resultantes de cualquier menoscabo a la integridad somática o psíquica.

Busnelli, en su Relación Introdutoria al Congreso celebrado en Trier, al referirse a la diferencia de las dos vertientes del “daño a la persona” que afecta su estructura psicossomática, reconoce que la “distinción entre un menoscabo de la integridad física y/o psíquica, es suficientemente neta cuando se comprueba un menoscabo de la integridad física, (pero) es difícil de establecer cuando la víctima lamenta un menoscabo de la integridad **psíquica**” (el subrayado es nuestro)<sup>157</sup>.

De otro lado, el profesor de Pisa, al referirse al distingo entre un daño psíquico y el daño moral manifiesta que “la ciencia médico-legal, cuyo apoyo es esencial, está en grado de

<sup>157</sup> Busnelli, Francesco D., *Il danno biologico. Dal diritto “vivente” al “diritto vigente”*, ob. cit., pág. 393.

trazar una línea divisoria distintiva tendencial entre una patología comprobada y una simple perturbación psíquica”. Es posible, según lo opinado por los expertos reunidos en Trier, que los médicos legistas puedan distinguir entre un daño psíquico patológico, es decir, una enfermedad mental, de una simple perturbación psíquica, emocional que, según se puede comprobar, generalmente se diluye con el tiempo o se transforma en otros sentimientos.

La distinción conceptual entre el daño psicosomático y el daño moral, según la apreciación de los profesores europeos, se halla en que el primero es **objetivo**, por lo que necesariamente debe ser materia de un peritaje médico legal. Es un daño que se reconoce más fácilmente en la vertiente somática que en la psíquica. En cambio, el daño “moral” es **subjetivo**. Se trata de un dolor o sufrimiento que no puede ser apreciado de manera objetiva por los médicos legistas. Además, agregamos por nuestra parte, el daño “moral” se halla en función de la personalidad de cada ser humano. Los hay unos más sensibles que otros, por lo que es imposible mensurar el grado o intensidad del dolor que experimentan dos seres humanos frente a un mismo o muy parecido hecho.

Es del caso señalar al respecto la opinión de Vicente Roux Rengifo, Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su voto parcialmente disidente en la sentencia de reparaciones en el caso “María Elena Loayza Tamayo” en el año de 1998. El mencionado magistrado, al referirse a la distinción entre el “daño al proyecto de vida” y el “daño moral”, calificó a este último como una alteración que tiene que ver con el sufrimiento o la aflicción de la víctima, es decir, como una perturbación de carácter subjetivo. En cambio, opinó, el “daño al proyecto de vida” es un daño objetivo “que suele prolongarse en el tiempo mucho más allá del momento en que cesan la aflicción o la congoja”.

Busnelli, en su Relación Introdutoria a los acuerdos adoptados en Trier, expresa que el haber sobrepasado el límite de la objetividad en el tema planteado hubiera significado “afrontar el problema, complejo e insidioso, de atribuir *ex lege* una valorización objetiva a los daños que tienen un carácter subjetivo, corriendo el riesgo de proponer soluciones arbitrarias y/o expropiar a los jueces de su poder de decidir caso por caso según criterios de equidad”<sup>158</sup>. Por ello, las Recomendaciones aprobadas en Trier solo se refieren al “daño a la persona”, de carácter psicosomático, con exclusión del “daño moral” en cuanto perturbación psíquica que no es patológica, es decir, que no es una enfermedad que pueda ser comprobada por los médicos especialistas en la materia.

En cambio, las reglas y las consecuencias del “daño a la persona” que afecta lo somático o lo psíquico -con exclusión en este caso de las perturbaciones psíquicas no patológicas- se encuentran en los baremos o tablas de infortunios. Precisamente, señala Busnelli, la ciencia médico-legal está en condiciones de establecer un baremo europeo unificado, que cada sistema nacional debería adoptar en un futuro.

---

<sup>158</sup> Busnelli, Francesco, D. *Il danno biologico. Dal “diritto vivente” al diritto vigente*, ob. cit., pág. 395.

Todo lo anteriormente expresado nos permite comprobar que un sector importante de la doctrina jurídica contemporánea, representada por los calificados exponentes reunidos en el Grupo de Trabajo al que venimos refiriéndonos, preconiza mantener el llamado daño “moral” dentro de los límites conceptuales tradicionales, es decir, de dolor o sufrimiento (*pretium doloris*), distinto del más amplio y genérico concepto de “daño a la persona” que incluye todos y cualquier daño a la integridad de la estructura psicosomática del ser humano. Esta comprobación coincide con la apreciación que venimos sosteniendo desde hace algunas décadas, en el sentido que el concepto daño “moral” es un daño psíquico no patológico.

### **32.- Presupuestos y objetivos de las Recomendaciones de Trier**

En los siguientes apartados nos proponemos realizar una muy breve síntesis de algunos de los diversos y valiosos aportes surgidos del encomiable esfuerzo desplegado por el Grupo de Trabajo integrado por destacados profesores europeos especialistas en daños a la personas, los cuales se concretan en las Recomendaciones que el Grupo ha hecho llegar a los diversos organismos que componen la Unión Europea. Al mismo tiempo, intentaremos dejar constancia de nuestras dudas y de algunas disidencias en relación con los resultados contenidos en las citadas Recomendaciones aprobadas de Trier.

#### **32.1.- La dignidad humana como fundamento del modelo europeo de reparaciones de los daños somáticos y/o psíquicos**

Lo más destacable, por importante, de las Recomendaciones del Grupo de Trabajo integrado por notables profesores europeos especialistas en daños a la persona, reunidos en el Congreso celebrado en Universidad alemana de Trier, ha sido la declaración que, inspirada en la moderna tradición constitucional europea, reitera que la dignidad del ser humano constituye el fundamento y la fuente de los derechos humanos así como de su justa y adecuada reparación en el caso de ser violados<sup>159</sup>.

Recordamos que los alcances de la dignidad inherente al ser humano surge, con absoluta nitidez, de los aportes de la Antropología Filosófica, cuyo apogeo radica, como tantas veces lo hemos referido, en la primera mitad del siglo XX. Ella es el resultado de la afirmación de la libertad como ser del hombre y del reconocimiento de la identidad de cada cual consigo mismo. La dignidad es, así, la calidad propia de un ser que es libertad y que solo es idéntico a si mismo.

#### **32.2.- Los principios inspiradores del modelo europeo de reparación de los daños psicosomáticos no económicos**

---

<sup>159</sup> La información que damos a conocer en este apartado surge de la lectura de la Relación Introdutoria debida al profesor Francesco D. Busnelli, Coordinador del Grupo de Trabajo que elaboró, a solicitud de la Unión Europea, las Recomendaciones aprobadas en la reunión de Trier del año 2000.

Es también elogiado que se haya reiterado en Trier que el daño psicosomático de resultados no económicos es autónomo y prioritario frente a las otras categorías de daños, por lo que la víctima tiene derecho a recibir una reparación específica por este peculiar daño. Es remarcable, asimismo, que se haya sostenido, una vez más, que el mencionado daño debe ser indiferente tanto a la renta percibida como al patrimonio de la víctima.

Se ha recomendado por el Grupo de Trabajo en referencia que el daño psicosomático no económico debe ser materia de una valoración como resultado de una comprobación objetiva por médicos legistas del menoscabo sufrido por la víctima del daño.

Otro principio constitucional que debe tenerse en consideración, tratándose de la reparación de los daños a los cuales venimos refiriéndonos, es el de la tutela de la salud, estimada como un derecho esencial de la persona y en el que está comprometido el interés social. De otro lado, se recomendó tener en cuenta para los efectos de la reparación del “daño a la persona” el principio de igualdad, el mismo que impone una valoración objetiva y uniforme de los daños inferidos a la persona.

### **32.3.- La armonización de principios y reglas aplicables a los daños a la persona no económicos y la racionalización del sistema de reparaciones**

Es digno de resaltar, por razonable y urgente, el objetivo perseguido por la Unión Europea dirigido a lograr la armonización de los principios y reglas aplicables, en los países que la integran, a los daños no económicos resultantes de una lesión a la persona. Esta exigencia tiende a superar la anarquía actualmente existente, la misma que como lo señala Busnelli, se traduce en las diversas definiciones y etiquetas con que se identifica en los diversos países del área al daño psicosomático no económico resultante de la lesión a la persona, así como en la diversidad de criterios adoptados por los jueces en cuanto a la fijación de los montos de las reparaciones.

Como señala Busnelli en la Relación Introdutoria de los acuerdos de Trier, es también urgente una racionalización de las reparaciones mediante la elaboración de un baremo o tabla de infortunios común que pueda ser de aplicación por los países que la integran. Ello es importante para lograr que impere la igualdad entre los seres humanos mediante la fijación de reparaciones que posean una uniformidad de base pecuniaria tratándose de la reparación de lesiones que se infieran a la integridad psicosomática de las personas que no sean apreciables en dinero. Esta uniformidad de base, al no ser vinculante, permite a los jueces cierta flexibilidad en su aplicación equitativa según las circunstancias del caso<sup>160</sup>.

---

<sup>160</sup> Así, no es lo mismo un dedo de una persona cualquiera que el de un cirujano o un pianista, por ejemplo.



### **32.4.- La distinción conceptual entre el daño psicosomático no económico y el “daño moral”**

El Grupo de Trabajo ha diferenciado con pulcritud los conceptos de “daño a la persona” de carácter psicosomático no económico del tradicional daño “moral”. Se trata de un aporte que ha de tenerse muy en cuenta para distinguir, con claridad, los alcances de cada una de dichas nociones. Desde su perspectiva, los destacados profesores que integraron el mencionado Grupo de Trabajo han precisado, como lo tenemos dicho, que el llamado “daño moral” es una perturbación psíquica no patológica, de carácter subjetivo. Esta característica impide una comprobación objetiva de su existencia y/o magnitud de parte de los médicos legistas.

Coincidimos plenamente con la posición de los profesores europeos antes señalada pues la subjetividad del llamado “daño moral” impide comprobar tanto su real existencia como su magnitud, si fuera el caso. Tan es así que, desde antiguo, se discute si se debe reparar el daño moral en forma automática o se debe, en cambio, realizar alguna medición al respecto sobre la base del impacto psicológico producido en la presunta víctima. Es ilustrativo a este propósito la sentencia del Supremo Tribunal español de 6 de diciembre de 1912, citada por Díez-Picazo, en la que, si bien no se aclara el tema, del contexto de la misma se puede afirmar que el Tribunal optó por la reparación automática del daño moral a raíz de una lesión inferida al honor de una persona<sup>161</sup>.

El daño a la persona, que afecta la estructura psicosomática del ser humano, incluye, en cambio, todos los daños somáticos o físicos y psíquicos que originen la lesión de dicha estructura. Dentro del concepto de “daño psicosomático” - no económico, como se le designa por los citados profesores - se consideran aquellos que no son posibles de valorar de forma inmediata y directa en dinero. Para lograr una reparación digna, adecuada, uniforme y, a la vez, dotada de cierta flexibilidad, es que los juristas europeos, interesados en el tema de la reparación de los daños a la persona, consideran de importancia, como se ha señalado, la elaboración de un baremo común que pueda aplicarse en todos los países europeos o, al menos, en algunos de ellos.

### **33.- Comentarios en relación con las Recomendaciones de Trier**

En los apartados siguientes formulamos algunas observaciones que, desde nuestra perspectiva, nos sugieren las importantes Recomendaciones alcanzadas en la reunión de Trier.

#### **33.1.- La ausencia del tratamiento de las consecuencias derivadas del “daño al proyecto de vida”**

Lamentamos que dentro del pensamiento jurídico europeo, a diferencia de lo que ha comenzado a suceder en el latinoamericano, no se haya prestado atención a las muy

---

<sup>161</sup> Díez-Picazo, Luis, *Derecho de Daños*, ob. cit, pág. 98.

graves consecuencias que afectan al ser humano derivadas del significativo daño a su libertad, representada en la realidad existencial por el “proyecto de vida”, al cual le hemos dedicado algunos párrafos en el curso del presente trabajo. Pensamos que las reflexiones que se han venido realizando en torno a las reparaciones de las consecuencias del “daño al proyecto de vida” constituyen un aporte no despreciable del joven pensamiento latinoamericano que, según nuestro vaticinio, deberá, más temprano que tarde, ser recogido por la doctrina y la jurisprudencia europea interesada en la más completa e integral protección de la persona humana.

En relación con lo que venimos expresando es del caso recordar, nuevamente, lo manifestado por la profesora de la Universidad de Sevilla, Ana Salado Osuna, quien, después de estudiar en profundidad las doce sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativas al Estado peruano, concluyó alabando el comportamiento de dicha Corte en lo atinente a la más amplia protección dispensada a la persona humana. La profesora Salado Osuna, como lo tenemos anotado, expresa al respecto que considera “que hay que felicitar a la Corte por aceptar el concepto “daño al proyecto de vida” en materia de reparaciones y por haber determinado en qué medida se puede reparar el mismo”<sup>162</sup>. Su percepción sobre la importancia de proteger la libertad del ser humano se traduce nítidamente cuando manifiesta que desde “este lado del Atlántico produce gran satisfacción la forma de actuar de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones y consideramos que sería conveniente que nuestro admirado Tribunal Europeo de Derechos Humanos mire más allá de Europa porque tiene mucho que hacer en materia de reparaciones”<sup>163</sup>.

No obstante lo expresado, en cuanto a la ausencia de tratamiento de parte del Grupo de Trabajo de Trier y de la doctrina y jurisprudencia europea en general, del daño a la libertad fenoménica que se concreta en la realización del “proyecto de vida”, somos conscientes y nos hacemos cargo de la preocupación que deben experimentar tanto los juristas europeos como los aseguradores sobre lo que podría ocurrir en materia de reparaciones de acogerse el nuevo concepto de “daño al proyecto de vida”. Existiendo actualmente en algunos países de Europa, como se ha apreciado, un problema por resolver en cuanto a lograr una uniformidad de base en las reparaciones de los daños psicosomáticos con consecuencias extrapatrimoniales, nos imaginamos lo aún más problemático que sería para ellos, teniendo sobre la mesa dicho delicado caso, abrir una discusión adicional sobre un tema sobre el que no existe una corriente de opinión que lo promueva en el continente europeo, excepto la presencia de algunas aisladas voces.

De todos modos y en cualquier caso, consideramos que la reparación del truncamiento del destino de una persona por haberse dañado su proyecto de vida es un tema que, por

---

<sup>162</sup> Salado Osuna, Ana, *Los casos peruanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, ob. cit., pág. 438.

<sup>163</sup> Salado Osuna, Ana, *Los casos peruanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, ob. cit., pág. 438.

su manifiesta trascendencia, no puede quedar al margen de la atención de los juristas europeos quiénes son, precisamente, los forjadores del amplio concepto de “daño a la persona”.

### **33.2.- Comentarios acerca de la designación de “daños no económicos”**

Comprendemos que debe haber sido sumamente difícil para los profesores europeos provenientes de diversos países ponerse de acuerdo en cuanto al nombre adecuado para designar lo que nosotros denominamos como “daño psicosomático” con consecuencias extrapatrimoniales, es decir, no apreciables en dinero.

Conocedores de las diversas etiquetas que se utilizan actualmente, inclusive dentro de un mismo país, para designar el daño a la estructura somática y psíquica de la persona, nos hacemos cargo de las arduas y difíciles discusiones que deben haberse producido en el seno del Grupo de Trabajo en referencia para seleccionar una de entre las diversas voces que existen para designar este específico daño. El consenso se produjo, como objetivamente lo comprobamos, en torno a la expresión “daño no económico” resultante de una lesión a la persona que se utiliza en las Recomendaciones del mencionado Grupo. Vale la pena reiterar que, como lo expresa Busnelli, esta denominación se acuñó con el propósito de excluir tanto al daño emergente como al lucro cesante.

Nuestra posición al respecto está resumida en el apartado 27 de este trabajo en el cual se desarrolla la sistematización del “daño a la persona”. Como se desprende de lo expresado en aquel lugar, el “daño a la persona” afecta la estructura psicosomática de la misma, es decir, el aspecto somático o psíquico del ser humano. La lesión producida genera tanto consecuencias patrimoniales como extrapatrimoniales. El problema que se trató en el Grupo de Trabajo en referencia fue el de racionalizar las reparaciones de los daños a la estructura psicosomática cuando generan consecuencias extrapatrimoniales, a las que se alude en las Recomendaciones como “no económicas”.

### **33.3.- Relación conceptual entre “daño psicosomático” y “daño moral”**

Disentimos de la posición del Grupo de Trabajo cuando considera al “daño moral” como un daño autónomo en relación con el daño a la persona de carácter psicosomático. Por nuestra parte, como lo hemos expresado en su lugar (ver & 30), estimamos que el mal llamado daño “moral”, en cuanto perturbación psicológica no patológica, está comprendido dentro de la voz “daño psicosomático”. En la Relación Introdutoria preparada por el Coordinador del Grupo de Trabajo, profesor Francesco D. Busnelli, se deja constancia, precisamente, que el “daño moral” es un sufrimiento subjetivo, una simple turbación psicológica, lo que distingue al daño “moral” de una patología psíquica que se puede comprobar objetivamente por los médicos legistas.

La apreciación antes referida, que se menciona en la Relación Introdutoria en referencia, confirmaría lo que venimos sosteniendo en el sentido que el llamado “daño moral”, en cuanto perturbación psíquica emocional no patológica, está comprendido dentro de la rica y amplia gama de daños psíquicos, los que conforman una unidad inescindible con los daños somáticos o físicos. Consideramos que la diferencia entre un daño psíquico emocional no patológico y otro que sí lo es, es cuestión de grado, de intensidad de la lesión psíquica, aparte de lo expresado en las Recomendaciones en referencia en el sentido que el “daño moral”, por ser subjetivo, no es comprobable por los médicos legistas a diferencia de un menoscabo psíquico de carácter patológico que sí lo es.

Comprendemos que el distingo efectuado por el Grupo de Trabajo entre “daños psicosomáticos no económicos” y “daño moral” se sustenta en el hecho que el “daño moral” (*pretium doloris*), en cuanto dolor o sufrimiento, es subjetivo y, por lo tanto, no es dable de comprobar por los médicos legistas. En cambio, una lesión o menoscabo de la estructura psicosomática de la persona es un hecho objetivo, que se puede verificar por los expertos médicos. Esta diferencia de orden procesal es de importancia en relación a la elaboración de los baremos, los cuales se contraen solamente a valorizar los daños a la persona que pueden ser objetivamente comprobados por los médicos legistas.

En conclusión de todo lo expuesto, puede sostenerse que la teoría del “daño a la persona”, en sus diversas manifestaciones, se va consolidando y afinando conforme se profundiza en la materia. Estimamos que en la actualidad es cada vez mayor el número de juristas que ha llegado a comprender la necesidad de reparar este daño que afecta directamente al ser humano ya sea en algún aspecto de su estructura psicosomática o en su “proyecto de vida” en cuanto libertad fenoménica.

Dentro de este panorama es también alentador comprobar que una de sus expresiones, como es el “daño al proyecto de vida”, se abre camino tanto en la jurisprudencia, que ha empezado a acogerlo, como es el caso de la aquella de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como en la doctrina contemporánea.

Lo que es cierto y evidente es comprobar el extraordinario vuelco que se ha producido en materia de responsabilidad civil a raíz de los aportes de la Antropología Filosófica, a partir de la primera mitad del siglo XX, relativos a una nueva concepción de la persona humana como un ser libertad, cuya estructura es coexistencial y temporal. Ello, como se ha señalado, ha obligado a repensar los supuestos mismos del Derecho y a replantear, por consiguiente, la institucionalidad jurídica.