

Inflando los resarcimientos con automatismos

El daño al proyecto de vida y otros espejismos de nuestra magistratura(*)

Leysser León Hilario

Abogado por la PUCP.

Doctor en Derecho por la Scuola S. Anna (Pisa, Italia).

Profesor de Derecho Civil en la PUCP y en la Universidad de Lima.

Mi decisión de hacer de ese artificio inflacionario de los resarcimientos que es el llamado «daño al proyecto de vida» el tema de una ponencia ha nacido de una reciente sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima¹ en la cual se ha reconocido a un ex-magistrado, destituido de su cargo de juez en lo civil del distrito judicial de la capital, a comienzos de los años 90, una exorbitante reparación de cuatrocientos mil nuevos soles (más intereses legales a computarse desde 1992), por cuenta del Estado y distribuidos como sigue: doscientos mil nuevos soles porque «si bien no se ha afectado de forma definitiva el proyecto de vida del demandante, sí es cierto que se han afectado seriamente las mejores oportunidades de acceder a un cargo superior, dentro del área de desempeño profesional por la que había optado»; más otros doscientos mil nuevos soles por «daño moral», en atención a que los vocales superiores han considerado este monto «ajustado a razones de equidad, y dada la manifiesta afectación del buen nombre y a la dignidad del demandante».

El fallo en mención, al tiempo de ser un monumento a la llamada «motivación aparente» y a la injusticia, que será menester evidenciar y traer por tierra cuando el

expediente alcance la Corte Suprema, me ha convencido de la necesidad de reiterar en público la denuncia de la deplorable tendencia de la magistratura nacional a sucumbir frente a verdaderos «espejismos» jurídicos.

No debe creerse que el «daño al proyecto de vida» sea la única ilusión óptica de nuestros jueces. En los procesos de responsabilidad civil existen por lo menos otros dos espejismos, igual de nocivos y generadores de equívocos, a los cuales voy a referirme, antes de abordar el tema central de mi ponencia: el pretendido «principio» de la «reparación integral de los daños», y el mal llamado «derecho de daños».

Alejandro Falla ya nos ha dicho esta noche que «la» función que se deduce del régimen de responsabilidad civil consagrado en nuestro Código, o sea, la función a privilegiar, es la «resarcitoria», «reparadora» o «compensatoria». Ha sido mérito, sin embargo, de los especialistas en el análisis económico del derecho, como el propio Alejandro Falla o Alfredo Bullard, y también de civilistas como Gastón Fernández Cruz², el habernos hecho ver más allá de tan recortada perspectiva. Nadie debería desconocer que en la actualidad la responsabilidad civil cumple, en el mismo nivel de importancia, funciones de prevención, de distribución de costos, de sanción y de punición³.

1 La cuestionable sentencia data del 24 de julio de 2007 (Expediente 1853-2006), y ha sido concebida por los vocales superiores Ortiz Portilla, Romero Roca y Céspedes Cabala. En primera instancia, ya se había concedido al demandante un resarcimiento, igualmente irregular, de doscientos cincuenta mil nuevos soles más intereses legales.

2 Véase, respectivamente: FALLA JARA, Alejandro, «Accidentes, responsabilidad civil y propósitos sociales», en AA.VV., *El derecho civil peruano. Perspectivas y problemas actuales*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, pp. 131 y ss.; BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, «Responsabilidad civil y subdesarrollo», en ID., *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*, Lima, Palestra Editores, 2003, pp. 511 y ss.; y FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, «De la culpa ética a la responsabilidad subjetiva: ¿El mito de Sísifo? (Panorámica del concepto y rol de la culpa en el Derecho Continental y en el Código Civil peruano)», en «Thémis-Revista de Derecho», 2ª. época, núm. 50, 2005, pp. 237 y ss.

3 De lo más reciente publicado acerca de la función punitiva del resarcimiento, es alto valor la consulta de la monografía de Paula MEIRA LOURENÇO, *A função punitiva da responsabilidade civil*, Coimbra Editora, 2006; y del volumen de Francesca BENATTI, *Correggere e punire: dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, Milán, Giuffrè, 2008. En la sentencia de la Corte Superior citada *retro*, nota (1), los vocales justifican su desastroso dictamen con estas palabras: «debe tenerse presente no sólo la función *resarcitoria* –típica de una visión diádica de los sistemas de



Parece, a pesar de todo, que este enfoque plurifuncional de la responsabilidad civil no pasará de ser el manifiesto de una remota esperanza, porque tal visión, fuera de lo recogido en los libros y la ensayística, sigue sin hacer que nuestros magistrados adviertan el error que cometen cada vez que invocan el cabalístico «principio» de la «reparación integral de los daños».

Aunque este pseudo principio es un espejismo ante el cual –lo reconozco– es fácil sucumbir, debido a la lamentable desinformación de los jueces y al abuso del *argumentum ad misericordiam* en las sentencias de responsabilidad civil, la superación del inconveniente puede ser intentada, espero que con éxito, ahora mismo.

El auge y la difusión a nivel mundial de la expresión afrancesada «*réparation intégrale des dommages*»⁴ se consolidan durante la década del 70, a partir de históricos debates escenificados en el seno de la Comunidad Europea, muchos de ellos nacidos, precisamente, de iniciativas francesas. En Francia existía un sentimiento de descontento generalizado ante la magistratura, que en los

casos de lesiones a la integridad física y daños a la persona en general (*dommage corporel*) concedían, invariablemente, resarcimientos exiguos. El perseverante activismo francés, entonces, con el antiguo impulso de la doctrina jurídica y humanitaria, y de la mano con la legislación especial en materia de accidentes de tránsito y de accidentes de trabajo, abrazó la causa de que la «reparación» económica concedida a las víctimas tenía que ser de tal dimensión que las personas recuperarán, en la mayor medida posible, la situación que tenían antes del evento dañoso⁵. Ese mismo espíritu se percibe, con toda nitidez, en la Convención de Estrasburgo de 1977 sobre responsabilidad del fabricante, en la que se extendió a los daños a la persona la reparación debida en los casos de lesiones por productos defectuosos⁶.

¿Bastan estos acontecimientos europeos para postular un «principio general» en un país como el nuestro? ¿En otra realidad y a kilómetros de distancia? Por supuesto que no. Lo que acabo de relatar ha sido la historia de una verdadera conquista europea, sobre la

responsabilidad civil– de los procesos en los que se pretende el pago de una indemnización por el daño inferido, sino también funciones que derivan de una visión sistémica, como la función preventiva (y en sistemas como el americano la función punitiva); en tal sentido, no sólo debe verificarse que exista daño, sino que éste debe ser *injusto*, a efectos de que la señal hacia la sociedad sea efectivamente el reproche de conductas ilícitas y no la restricción injustificada del ejercicio de los propios derechos subjetivos».

En el párrafo citado, al tiempo de deformarse e instrumentalizarse negativamente las lecciones de Gastón FERNÁNDEZ CRUZ, se comete el imperdonable error de justificar el resarcimiento exorbitante en las funciones de prevención y punición, olvidándose que dichas funciones operan eficientemente sólo cuando recaen en un agente individual (persona natural o empresa), que podrá interiorizar el efecto disuasivo de la sanción pecuniaria; pero no cuando se trata de daños cometidos por el Estado, respecto del cual jamás está garantizada una administración libre de malos manejos, por los cuales no tiene por qué responsabilizarse económicamente a todos los ciudadanos.

- 4 La expresión aparece, hoy en día, en textos legales de la importancia del Code du Procédure Pénale, por ejemplo, en cuyo artículo 149 se reconoce el derecho a la «*réparation intégrale du préjudice moral et matériel*» a todo aquel que sea víctima de una detención provisional a la larga revelada como injusta.

- 5 CARBONNIER, Jean, *Droit civil*, vol. II, *Les biens – Les obligations*, París, Presses Universitaires de France (PUF), 2004, p. 2398: «la condena no debe reparar sino el daño que se considere a cargo del responsable (con exclusión, por ejemplo, del daño que sea indirecto en demasía), pero debe reparar todo el daño. La víctima debe ser recolocada (su patrimonio, sus intereses reconstituidos) exactamente en el estado anterior al accidente, *restitutio in integrum*. Ello debe ocurrir hasta donde le sea posible al juez [...]. La exigencia de la reparación integral presenta, ante todo, un significado exhaustivo: cada uno de los aspectos (perfiles) del perjuicio que sea probado debe ser objeto de una reparación, y de una reparación por entero: ello no quita que los tribunales fijen, eventualmente, una indemnización global ‘por todos los perjuicios en conjunto’. Empero, la noción de la reparación integral apunta también hacia la eficacia: a mi parecer, entre los modos de reparación deben ser escogidos aquellos que tengan la mayor oportunidad para restablecer el *statu quo ante*. A despecho de la plasticidad fabulosa del dinero, hay ocasiones en las que la reparación *in natura* (una prótesis, por ejemplo), será más adecuada, atendiendo al daño».

Este enfoque aparece recogido, ahora, en el texto propuesto como artículo 1370 en el *Avant-Projet Catala* (2005), o sea, en el Proyecto de reforma del derecho de las obligaciones y de la prescripción del *Code Civil*, redactado por una Comisión de civilistas franceses presidida por Pierre CATALA: «Sin perjuicio de disposiciones o convenciones en contrario, el resarcimiento de los daños debe tener como fin reintegrar a la víctima, hasta donde sea posible, a la situación en que se encontraría si el hecho dañoso no hubiese tenido lugar. Del resarcimiento no debe resultar, para el damnificado, ni una pérdida ni una ganancia». Véase: *L'Avant-Projet Catala*, edición del Consiglio Nazionale Forense, al cuidado de Giovanni B. FERRI y Paolo SPADA, Milán, Giuffrè, 2008, p. 368.

- 6 Dice el artículo 3 de la citada «Convention Européenne sur la Responsabilité du fait des Produits en cas de Lésions Corporelles ou de Décès», del 27 de enero de 1977: «*Le producteur est tenu de réparer les dommages résultant d'un décès ou de lésions corporelles causés par un défaut de son produit*».

cual no cabe formular juicios fuera de contexto.

Yo no podría formular reparo alguno al informarme (como me pasó hace poco en el Congreso italiano de septiembre, dedicado a la responsabilidad civil, en el que participé junto a los profesores Fernández Cruz y Rómulo Morales Hervias) de que en Italia un ciudadano que fue encarcelado injustamente por 4 años ha sido resarcido con 4 millones de euros. Esa cifra no asombra para los estándares europeos, de Alemania o de Francia, donde la responsabilidad civil es apreciada también como un disuasivo de los atentados contra los derechos fundamentales. Lo que sí es de extrañar, por el contrario, es que reflexiones estrictamente europeas frente a un problema específico de *undercompensation* que afligía a uno de sus países más representativos se pretendan hacer pasar –en boca de nuestros jueces, que no conocen sus orígenes– como un «principio general del derecho», y que se asuma, renunciando a toda ponderación, que una manifestación de dicho ideal, si no es que el ideal mismo, se encuentra consagrada en el artículo 1985 de nuestro Código Civil, cuando se indica que la «indemnización» debe comprender el daño emergente, el lucro cesante, el daño moral, y el –prescindible– «daño a la persona».

¿Qué es lo que determina la existencia de un «principio»? A mí no me cabe la menor duda de que para ello es imprescindible la convicción generalizada de un pueblo sobre las bondades de un ideal. De un ideal que bien puede ser una regla para solucionar conflictos, de aceptación unánime, aunque por definición no se encuentre escrita. Desafortunadamente, algunos magistrados nacionales dan la impresión de haberse enterado, leyendo textos españoles o argentinos, de que en Europa se

habla multitudinariamente de un «principio» de «reparación integral de los daños», y ese solo dato los mueve a adoptar el cliché, como si se tratara de una moda o de un elemento de cultura jurídica automáticamente válido y vinculante en el Perú. Y como la bibliografía consultada proviene de países propensos a la imitación, nada autorreferenciales, un ulterior eslabón a la cadena de imitaciones –igual de censurable que los precedentes– termina siendo forjado e incorporado por el poder judicial peruano.

Como toda imitación carente de sustento y meditación previa, en el país-Perú, donde la magistratura «ya está a la moda» con la «reparación integral de los daños», un joven que perdió la visión por un accidente imputable en gran medida a su propia imprudencia recibe treinta mil nuevos soles⁷, mientras que una joven a la que su conviviente le provocó un aborto inducido recibió solamente tres mil nuevos soles⁸. Recientemente, dos señoras que alegaron haber sido «víctimas» del maltrato psicológico e infidelidad de sus cónyuges han recibido, respectivamente, treinta mil dólares de los Estados Unidos de América⁹ y ciento cincuenta mil soles¹⁰, mientras que otra, menos afortunada ante la «justicia», ha conseguido, a duras penas, dos mil quinientos nuevos soles por los daños que dijo haber sufrido a causa de su divorcio¹¹; todo ello, con la puntual invocación del automatismo «daño al proyecto de vida». ¿Reparación «integral»? ¿Cuál reparación «integral»?!

El espejismo de la «reparación integral de los daños», que los propios franceses consideran un «mito» cuando se trata de la compensación de daños a la salud o de atenuaciones pecuniarias del daño moral¹², tiene el defecto, en resumen, de privilegiar

7 CAS. N.º 823-2002-UCAYALI, sentencia del 29 de septiembre de 2003.

8 CAS. N.º 1791-2005-LAMBAYEQUE, sentencia del 12 de septiembre de 2005.

9 Juzgado Mixto de La Molina y Cieneguilla, Expediente N.º 770-06-C, sentencia del 6 de agosto de 2007. Afortunadamente esta ilógica sentencia ha sido completamente revertida por la Primera Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante fallo del 6 de junio de 2008. Sin embargo, justo es decir que en esta segunda decisión judicial el escrúpulo de las vocales superiores ante el resarcimiento exorbitante concedido en primera instancia ha preferido apoyarse en consideraciones procesales, en lugar de aprovechar tan buena oportunidad para excluir fundadamente el «daño al proyecto de vida» de la lista de daños resarcibles en sede judicial.

10 CAS. N.º 3973-2006-LIMA, sentencia del 13 de diciembre de 2006, publicada en «Diálogo con la Jurisprudencia», año 12, núm. 104, mayo 2007, pp. 77 y ss., con comentario de LEÓN, Leysser L., «¡30'000 dólares por daños morales en un divorcio! De cómo el 'daño al proyecto de vida' continúa inflando peligrosamente los resarcimientos» (ivi, pp. 79 y ss.).

11 CAS. N.º 3016-2006-LIMA, sentencia del 25 de abril de 2007.

12 Véase, por todos, el ensayo de HEUZÉ, Vincent, «Une reconsidération du principe de la réparation intégrale» (2005), en <http://www.courdecassation.fr>. En este trabajo, el profesor de La Sorbona es explícito al señalar que «el principio de la reparación integral es, evidentemente, un sinsentido para aquellos daños que no pueden ser realmente reparados, y para las víctimas a las cuales, por lo tanto, jamás existirá la posibilidad de brindar más que una compensación. Tal es, por

exclusivamente la función «reparadora» de la responsabilidad civil. Participando de esta perspectiva retornamos a una superada y sesgada visión de esta institución, en flagrante desatención, por lo demás, de los aportes del análisis económico del derecho, y del análisis funcionalista en general, desde hace tiempo practicado a alto nivel entre nosotros.

Iguales consideraciones críticas merece el cada vez más difundido empleo de la expresión «derecho de daños», que se pretende hacer pasar por equivalente, cuando no por etapa «moderna» o «de vanguardia», de la «responsabilidad civil» tradicional¹³. De nuevo, sin embargo, el mito es fácil de evidenciar.

Quienes han seguido estudios de posgrado en países del *common law* o están familiarizados con él no tienen dificultad en reconocer en la expresión «derecho de daños» una traducción literal y robótica de «*law of torts*». Es oportuno, entonces, echar un vistazo por los ordenamientos del *common law*, para saber cómo es, en tales realidades, el régimen de la responsabilidad extracontractual. Una vez allí, encontramos que en países como Inglaterra y Estados Unidos impera un régimen tipificado de los eventos que pueden significar una condena de *damages*. Se trata de regímenes, justamente, en los cuales se conceden resarcimientos ante la presencia de «*torts*», o sea, de figuras que a lo largo de los siglos se han identificado como válidas y legítimas por la jurisprudencia, que, como es bien sabido, representa la fuente primordial del derecho en tales países. Es en aquellas realidades donde tiene sentido hablar de las distintas «contravenciones» o «entueritos» (que es como se debería traducir «*torts*»), que la judicatura

anglosajona reconoce como supuestos de «daño resarcible».

Nuestro ordenamiento, muy por el contrario, pertenece a la familia romano-germana-canónica del derecho, al *civil law*, y posee, para bien o para mal, un régimen de responsabilidad aquiliana o extracontractual. No hay espacio, entre nosotros, para ningún «derecho de daños».

Se me podría retrucar que al interior de la tradición del *civil law* existe una antigua escisión entre los ordenamientos de filiación francesa y los de filiación alemana. Es cierto. En Alemania, como en Inglaterra y Estados Unidos, existe un régimen tipificado de daños resarcibles en vía aquiliana. Así lo establece, desde hace más de un siglo, el parágrafo 823 del *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), a tenor del cual, sólo merecen ser resarcidos los daños ocasionados, «dolosamente» o «negligentemente», con un comportamiento «antijurídico», a la vida, al cuerpo, a la libertad, a la propiedad y a otros derechos semejantes. Un sistema como éste, tiene todos los méritos para ser considerado como el real heredero del derecho romano, que también, *ex lege Aquilia*, era tipificado. Con este dato se comprueba algo que desde hace varios años ha venido haciendo notar Freddy Escobar Rozas entre nosotros: la inobjetable mejor identificación entre el derecho romano y el derecho común anglosajón, antes que con el *civil law*.

El espejismo del «derecho de daños», a parte de fomentar la visión achatada de las funciones de la responsabilidad civil, en igual o en mayor medida que el falaz «principio» de la «reparación integral de los daños», da pie a uno de los mayores peligros que enfrenta la gestión de los sistemas de responsabilidad civil

excelencia, el caso de los perjuicios corporales y morales. Empero, ello también puede decirse respecto de un buen número de perjuicios económicos».

En la doctrina italiana, hay quien ilustradamente realza el carácter histórico y normativo de este «principio», y lo circunscribe al campo de los daños materiales, en los términos que siguen: «el principio por el cual la víctima tiene derecho a una suma de dinero correspondiente a las pérdidas económicas sufridas (principio de la reparación integral), comprehensiva de la disminución del patrimonio (daño emergente) y de la eventual ganancia frustrada consiguiente al hecho lesivo (lucro cesante)»: SALVI, Cesare, *La responsabilità civile*, en *Trattato di diritto privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti*, Milán, Giuffrè, 1998, p. 195.

Desde la perspectiva del análisis económico del derecho, KOMESAR, Neil K., «*Toward a General Theory of Personal Injury Loss*», en «*Journal of Legal Studies*», vol. 3, 1974, comenta, irrefutablemente que: «*despite oft-repeated assertions that 'full compensation' is the objective of the personal-injury damage machinery, it would be ingenuous to claim that every element of loss should be compensated*».

- 13 De «nuevo horizonte del derecho de daños» habla, con naturalidad, pero sin percibir el elemento foráneo y erróneo de la expresión, MORELLO, Augusto Mario, «*Nuevos daños, nuevas técnicas procesales de protección*», en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (directora), *Derecho de daños*, 2ª. parte, Buenos Aires, Ediciones Larocca, 2000, pp. 35 y sgtes. En realidad, todo este volumen, así como su primera parte y otras obras ejemplares de la doctrina argentina, han hecho suyo el discurso del «derecho de daños». Nada hay, sin embargo, entre los autores platenses, que permita identificar las razones que justificarían el abandono de la «responsabilidad civil». En todo caso, dicho discurso, de exclusivo arraigo en el país vecino, no tiene por qué resultar comprometedor para nuestro medio.

en el mundo: la «proliferación» de los daños resarcibles. En este escenario, la magistratura renuncia de plano a concentrarse en el desarrollo y en los alcances de las funciones de la responsabilidad civil, y pasa a «inventar», frenéticamente, más y más «daños resarcibles», bajo la creencia de que de que sólo de tal forma se salvaguardan los intereses polifacéticos de las víctimas.

En varias ocasiones he señalado que la comparación jurídica no tiene por qué limitarse a servir de sustento para la imitación e importación de normas, de doctrinas y de soluciones a conflictos jurídicos. Un buen uso de las variadas herramientas de la comparación jurídica puede servir para prevenir y alertar sobre los riesgos que implica la importación de esquemas de pensamiento inapropiados, desaconsejables y de antemano condenados al fracaso si se les pretende aplicar, sin antes abonar el terreno, en nuestro país.

La magistratura extranjera de países culturalmente cercanos al nuestro nos ha brindado variados ejemplos de «creatividad» en cuanto a la construcción teórica y jurisprudencial de daños «resarcibles». Allí están, para probarlo, el «daño a la vida de relación», el «daño hedonístico», el «daño estético», el «daño existencial», el «daño-reflejo», el «daño a la salud», el «daño psíquico», el «daño por estrés», etc. ¿No les son familiares estas figuras? Todas ellas, de una u otra forma, al tiempo de cobrar arraigo en nuestro medio, han contribuido y contribuyen a aumentar el riesgo de la «inflación» de los resarcimientos. Por esta manía de inventar y poner adjetivos a los daños, la magistratura termina haciendo suyos conceptos de fuente doctrinal (en

realidad, se trata de puras nomenclaturas foráneas) que engrosan ilegítimamente la lista de los conceptos que integran el resarcimiento, con el propósito de acrecentarlo. Se renuncia, entonces, al análisis riguroso de las pruebas, así como a prestar la atención que merecen las funciones de una institución que –como numéricamente ha graficado Alex Falla en su ponencia– presenta muchos indicios de ineficiencia en el Perú. A este fracaso de la responsabilidad civil –si estamos de acuerdo en calificarlo así– contribuirá, sin duda, la recurrencia a expedientes retóricos destinados, en todos los casos, a «inflar» artificialmente los resarcimientos, en manos de jueces empecinados en alcanzar, a ciegas, la meta de la «reparación integral de los daños».

El «daño al proyecto de vida» y, más todavía, el «daño a la persona», están enmarcados, como puede intuirse, en este contexto de «proliferación» de «voces» o «especies» de «daños resarcibles»; un estado de cosas en el que los magistrados no reparan ni en el basamento legislativo ni en el argumentativo.

¿Qué es el «daño a la persona»? Contrariamente a lo que se asume y se dice de él en algunas obras difundidas localmente, el «daño a la persona» no pasa de ser la traducción literal de la expresión inglesa «*personal injury*»¹⁴. ¿Y qué es «*personal injury*»? No más y no menos que el «daño a la integridad física», o «daño a la salud» o «daño biológico», como le llaman, desde la década del 70 del siglo pasado, los civilistas italianos¹⁵. Si nos atenemos, como es obligatorio hacer, a este exacto e históricamente demostrable significado, el «daño a la persona» en su versión peruana, por ser reiterativa de un

14 En la bibliografía estadounidense reciente puede consultarse el estudio de SHOBEN, Elaine W., «*Let the Damages fit the Wrong: An Immodest Proposal for Reforming Personal Injury Damages*», en «*Akron Law Review*», vol. 39, 2006, pp. 1069 y ss. Mantiene un gran valor ilustrativo, asimismo, el más bien clásico estudio de SUGARMAN, Stephen D., «*A Century of Change in Personal Injury Law*», en «*California Law Review*», vol. 88, 2000, pp. 2403 y ss.

15 En los albores del presente siglo, el legislador italiano define, en el Codice delle Assicurazioni Private (2005), el «daño biológico» como «lesión a la integridad psicofísica de la persona, susceptible de determinación médico-legal», tal como informan, en la bibliografía más reciente: GALGANO, Francesco, *I fatti illeciti*, Padua, Cedam, 2008, p. 175; y BUSNELLI, Francesco D., «*Il danno alla persona: un dialogo incompiuto tra giudici e legislatori*», en «*Danno e responsabilità*», 2008, núm. 6, p. 610.

Aunque no admite dudas el significado del «daño a la persona» como «daño a la integridad física» o, en todo caso, de «daño a los intereses de la persona constitucionalmente protegidos», hay quienes tienen el desatino de brindar, incluso en certámenes académicos celebrados en el extranjero, una visión retrógrada, deformada y desinformada de nuestro régimen vigente de responsabilidad civil. Tal es el caso de WOLCOOT OYAGUE, Olenka, «*La experiencia peruana en la reparación del daño a la persona: los cambios más profundos en el sistema peruano de la responsabilidad civil*», en «*Advocatus*», nueva época, núm. 17, 2007, pp. 287 y ss. En este artículo, el desconocimiento absoluto de la evolución histórica de la codificación civil, en un país imitador e importador de legislación como el Perú, lleva a la autora a afirmar que una visión «patrimonialista» de la legislación habría cedido su lugar, a partir de 1984, a una visión «personalista» de dimensión mesiánica. En realidad, este falso y fallido discurso «convierte» en parte de nuestra historia, por arte de birlibirloque, un fenómeno vivido en la jurisprudencia y doctrina italianas de los años 70.



concepto ya incluido en el «daño moral», y por haber sido incluida sin el menor rigor de términos ni justificación en el de suyo cuestionable artículo 1985 del Código Civil vigente, es completamente inútil¹⁶.

En relación con este punto, hay que decir, todas las veces que sea necesario, que no estamos ante un descubrimiento. Quien postule la inutilidad del «daño a la persona» en nuestro ordenamiento no descubrirá nada. Poco tenemos de Arquímedes y de revolucionarios, como pueden notarlos, sin mayor dificultad, los lectores de Fernando de Trazegnies. Fue él quien censuró, desde el mismo momento de la aparición del Código Civil, la expresión «daño a la persona», en tanto y en cuanto reiterativa de aspectos del «daño moral». Había que tener el cuidado –eso sí– de subrayar que se trataba del «daño moral» como se le entiende en el país de donde es originario, o sea, en Francia, donde la expresión tiene tal vitalidad y funcionalidad que comprende todo daño que no sea «material», es decir, no susceptible de valorización económica directa. Eso es lo que significa «*dommage moral*» en Francia; nada tiene que ver con la moral ni con la ética ni con un perjuicio «a la moral».

En la sentencia de la Corte Superior que me ha sugerido la preparación de esta ponencia, se verifica un modo de proceder de la magistratura que merece el mayor rechazo. Luego de comprobar la inutilidad de la expresión «daño a la persona» (correctamente entendida, repetimos, como «lesión de la integridad física» o, en todo caso, como «lesión de derechos de la personalidad»), para sus nada velados propósitos de aumentar a como dé lugar el monto resarcitorio que se concederá al demandante, los vocales superiores disfrazan las palabras contenidas en el artículo 1985 del Código Civil con las vestiduras del bueno-para-todo «daño al proyecto de vida».

Este «daño al proyecto de vida» tiene similitudes bien notorias con el «*danno esistenziale*»¹⁷, elaborado por un sector pragmático de la doctrina italiana cuya sede es Trieste (la Escuela de Paolo Cendon, a la que pertenecen Patrizia Ziviz y Giuseppe Cittarella, aunque la figura es igualmente acogida en Turín, por Pier Giuseppe Monateri, y en Génova, por Giovanna Visintini). La hermandad de estas «voces» doctrinales de «daño resarcible» es tal que ambas están ligadas por su origen y por las críticas que son hábiles para suscitar¹⁸.

16 Permítaseme remitir a lo que tengo escrito al respecto en LEÓN, Leysser L., «Funcionalidad del 'daño moral' e inutilidad del 'daño a la persona' en el derecho civil peruano», en ID., *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, 2ª. ed., Lima, Jurista Editores, 2007, pp. 223 y sgtes.

17 Esta similitud, que he subrayado tantas veces en mis trabajos precedentes, puede ser ulteriormente comprobada si se consultan algunas sentencias italianas. Por ejemplo, la Sala Laboral del Tribunale di Lecce, presidida por el juez Francesco BUFFA, en su sentencia del 20 de septiembre de 2002 argumenta en estos términos: «No toda pérdida existencial podrá constituir un daño resarcible. En estos casos, el intérprete tendrá la tarea –no siempre fácil, ciertamente– de identificar el 'selector', es decir, el criterio sobre cuya base discernir entre las pérdidas existenciales merecedoras de tutela resarcitoria y las pérdidas no resarcibles. En la difícil obra de selección de los intereses, se ha afirmado en la doctrina que un punto de referencia puede ser dado por el marco de valores constitucionales; para ser más precisos, el *proyecto de vida* que todo individuo sigue deberá ser 'filtrado' por medio de aquellos valores en los que se funda la Constitución. Sólo a través de este camino se pueden seleccionar las actividades realizadoras de la persona que demandan tutela, la naturaleza del bien que el comportamiento del demandado ha violado, y las repercusiones sufridas por la víctima».

En el fallo citado, que puede consultarse en: <http://dirittolavoro.altervista.org>, el magistrado Buffa ordena que un grupo de trabajadores cesados por una empresa editorial, y que ya habían obtenido judicialmente su reposición, sean efectivamente readmitidos en sus puestos (resarcimiento en forma específica), y que reciban, además de todos sus adeudos laborales, una compensación equivalente a un porcentaje de sus sueldos impagos, a título de «daño existencial» por la lesión de su dignidad.

Precedentemente, la Sala Laboral del Tribunale di Reggio-Calabria, en sentencia del 16 de marzo de 2001, en <http://www.personaedanno.it>, dictaminó que, para la procedencia de una pretensión resarcitoria a título de daño existencial, era necesario «probar la incidencia del hecho ilícito en un recorrido existencial, en un *proyecto de vida*, ambos vistos en su dimensión intersubjetiva y, por lo tanto, relacional».

18 Son plenamente aplicables al «daño al proyecto de vida», por ejemplo, los calificativos que un agudo magistrado del Tribunale di Roma, Marco ROSSETTI, ha impuesto al «*danno esistenziale*»: «inútil y peligroso» (*inutile e pericoloso*), «pesadilla» (*incubo*), «hierba mala» (*gramigna*) y «concepto inútil» (*concetto inutile*), en sus destacados comentarios: «*Danno esistenziale, un concetto inutile*» (2004); «*La maledizione del danno esistenziale: inutile e pericoloso, fa ancora vittime*» (2005); y «*Danno esistenziale: fine di un incubo. Quella gramigna infestava i tribunali*» (2005). Todos estos comentarios, suficientemente esclarecedores para quien, entre nosotros, sea propenso a creer que el «daño existencial» representa una categoría pacíficamente aceptada en la doctrina y en la administración de justicia de su país de origen, pueden consultarse libremente en el website <http://www.corteappellocatania.it>.

Se parte de la idea de que el ser humano es, esencialmente, un «proyectista»; que pertenecemos a una especie caracterizada, entre otros muchos rasgos, por «hacer planes», «fijar metas» y «mirar hacia el futuro». Con la ilustrada e infaltable referencia filosófica a Heidegger y Sartre, los estudiosos que postulan el «daño al proyecto de vida» y el «daño existencial» coinciden en considerar que un evento dañoso puede postergar o frustrar definitivamente expectativas y sueños del ser humano. La imagen de uno mismo, como se ve en el futuro, es la que quedaría «obstaculizada» o «imposibilitada» por la interferencia abrupta del daño. Con el perjuicio se cancelaría la realización de lo que uno planea para sí mismo en el futuro.

Limitándonos a evaluar la ensayística del doctor Carlos Fernández Sessarego, artífice y defensor del «daño al proyecto de vida» entre nosotros, yo sustentaría mi crítica haciendo notar que en todas esas páginas del ilustre autor brilla por su ausencia el tema más importante de todo juicio de responsabilidad civil, a saber: el tema de la cuantificación de los daños. ¿Cuánto habría que dar a la víctima por el «daño a su proyecto de vida»? ¿Están los vocales superiores autores del fallo que venimos criticando en capacidad de justificar, más allá del recurso endeble y acomodadizo a la «equidad», los doscientos mil nuevos soles que recibirá por «daño a su proyecto de vida» el ex-magistrado del caso citado, si la Corte Suprema no lo evita?

Los vocales supremos no toman en cuenta, para nada, que la presunta víctima, luego de ser destituida de su cargo, gestionó su pensión de cesantía (hoy homologada, nada más y nada menos, al monto de la remuneración percibida por funcionarios del mismo rango), que ocultó dicho hecho desde el momento de la interposición de su demanda, que luego de

su destitución abrió un estudio de abogados y comenzó a ejercer la carrera docente en un centro universitario privado y de prestigio; que, en resumen, no experimentó ningún detrimento inmaterial mercedor de tutela, más allá de una desazón sobre la cual se puede especular bastante, pero jamás efectuar una valorización exagerada. ¿Esa desazón vale doscientos mil nuevos soles? ¿Dónde está la supuesta lesión del «proyecto de vida»?

Al parecer, los componentes de nuestra Corte Superior creen que la frustración del «proyecto de vida» del ávido demandante¹⁹ consistió en el no haber podido seguir avanzando, jerárquicamente, en la carrera judicial. Con todo, no hay en esta sentencia ni un solo argumento atendible que pueda justificar el monto concedido. En cuanto al «daño al proyecto de vida», todo lo que se hace es invocar la palabra de Fernández Sessarego como *argumentum ab auctoritate*, como si en nuestro país la doctrina jurídica fuese, en términos propiamente dichos, «fuente del derecho». Eso parece haber sido lo único decisivo para los jueces, por encima de la ausencia de toda previsión explícita en el Código Civil o fundamentación razonada en torno de la figura invocada.

Los vocales superiores ni siquiera han tenido el cuidado de reparar en que la equidad –a la que dicen recurrir para su descabellada decisión– tiene un ámbito de aplicación muy restringido en la responsabilidad civil. Ellos señalan que el «daño moral» y el «daño al proyecto de vida» deben ser valorizados conforme a la equidad, y que es razonable estimar el perjuicio ocasionado al demandante, por cada uno de dichos rubros, en la cifra de doscientos mil nuevos soles²⁰. ¿Eso es «razonable»? ¿Hay algo de buen sentido o de recto criterio en semejante dictamen?

19 Hay más de una indicio en el caso comentado que permite confiar en lo acertado de este calificativo. Un ex-magistrado, mejor que nadie, debería saber que frente a resarcimientos exiguos por lesiones a la integridad física, realmente irreparables, resulta desproporcionado pretender –aprovechándose de que la imputación se dirige contra el hoy por hoy solvente Estado peruano– el pago de todo lo que dejó de «ganar», a título de «lucro cesante», a pesar de ser consciente de que tenía ganada a su favor una pensión de cesantía definitiva. Más aun, el demandante, a pesar del supuesto «daño al proyecto de vida» inferido por el Estado, consiguió ser nombrado vocal provisional de una sala civil de la Corte Superior; cargo al que renunció mientras se encontraba en trámite su proceso de responsabilidad civil. Cuánta razón tiene ROSSETTI, «*Danno esistenziale: fin de un incubo*» (2005), cit., cuando denuncia que la teoría del «daño existencial» conduce «más allá de las intenciones de sus padres fundadores, a que hordas de *hungry lawyers* demanden, y a que muchos jueces de paz identifiquen, daños no patrimoniales resarcibles en los más extravagantes e improbables supuestos: quedarse sin energía eléctrica, entrar con retraso al cine, no haber podido filmar la ceremonia de matrimonio, la muerte del gato doméstico, y similares».

20 En el considerando décimo se lee: «el Colegiado considera razonable presumir –conforme a la facultad prevista por el artículo doscientos ochenta y uno del Código Procesal Civil– que el cese arbitrario del demandante de la carrera judicial, situación que se ha mantenido por un prolongado período de tiempo, ha afectado intereses jurídicamente relevantes, como el buen nombre y la dignidad del ahora demandante, generando un sentimiento de malestar y desaso-

En la responsabilidad civil –no hay que olvidarlo– el espacio concedido a un magistrado para echar mano a la equidad está limitado, sí, al campo de los daños morales, es decir, de los daños que una vez entrevistados (por presunción) resultan difíciles de traducir en términos pecuniarios, y en los que se tiene que recurrir, por lo tanto, a elementos que de ningún modo se podrían aplicar para la valorización de los daños materiales. Estos elementos, que la magistratura debe abstenerse de tomar en cuenta en la ponderación de daños materiales, pero que sí resultan ilustrativos al valorizar daños morales son, por ejemplo, la reincidencia del imputado en una conducta dañosa, el grado de culpabilidad del imputado y, sobre todo, la capacidad económica del imputado o dañador. ¿Se ha presentado, acaso, alguno de estos elementos en el caso que se comenta? ¿No está claro que los vocales superiores han considerado que «recurrir a la equidad» significa establecer un monto arbitrariamente o bajo los dictados de una conciencia viciada de desinformación sobre las técnicas de cuantificación de los daños?

Ha habido otras sentencias nacionales en las que se ha utilizado la figura del «daño al proyecto de vida», siempre con el habitual efecto inflacionario y retórico para los resarcimientos. Los equívocos, naturalmente, han estado a la orden del día. Un profesor de educación física, por ejemplo, demandó a la empresa cervecera Backus & Johnston por los

daños sufridos en su integridad física (un cuadro trágico de cuadriplejía espástica) por un accidente ocurrido mientras era transportado en un camión de dicha empresa. Al final de un dilatado proceso, la Corte Suprema aprobó lo decidido por la Superior, opinando por la procedencia de que se le concediera un resarcimiento por el «daño al proyecto de vida» truncado²¹. Empero: ¿Hay alguna razón valedera, certera, justa, congruente, para diferenciar el «proyecto de vida» del desafortunado profesor de educación física cuadrupléjico y el del magistrado sustituido del Poder Judicial?

En flagrante manipulación de la información, se ha dicho, más recientemente, que el espejismo del «daño al proyecto de vida» habría recibido o ganado el respaldo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Eso es mentira. La CIDH no ha emitido sólo «una» sentencia referida al «proyecto de vida», como asumen equivocadamente algunos. Yo he encontrado otros fallos sobre el tema, en los cuales la CIDH, sí, acoge el «daño al proyecto de vida», pero no concede ningún resarcimiento pecuniario, porque se trata, como es obvio, de un concepto «irresarcible». En alguna ocasión, la CIDH ha reconocido que la víctima debe darse por bien servida con el reconocimiento de que «tiene la razón». La CIDH ha considerado, en casos como ese, que dando la razón ya está resarciendo la frustración de un irresarcible «daño al proyecto de vida»²².

siego en el accionante, tanto más si el mismo se ha visto forzado a dedicarse a labores distintas a aquellas por las que había optado profesionalmente y si se ha visto sometido a una prolongada controversia judicial para la restitución de sus derechos; luego, es pertinente acotar que si bien corresponde al demandante acreditar la existencia de los daños que alega, no es exigible probar su exacta magnitud, pues al juzgador le corresponde determinar la suma con la que se busque morigerar los efectos del daño generado o reponer las cosas al estado anterior a la faena de los daños, tanto más si la entidad de los mismos no es claramente cuantificable, como ocurre en el presente caso» (las cursivas son añadidas).

No menos inaceptable es lo que se señala en el considerando duodécimo: «Que, respecto del *quantum* indemnizatorio –que se discute en el primer extremo de la apelación interpuesta por el demandante– debe tenerse en cuenta el derecho a la tutela judicial efectiva de la parte demandante –artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil–, que debe vincularse a la finalidad del proceso, y a la finalidad resarcitoria de la responsabilidad civil, *para determinar que el Juez debe recurrir a la equidad a efectos de fijar el monto decoroso por indemnización*, como ha ocurrido en casos similares de pretensiones resarcitorias por afectaciones previas a los derechos constitucionales» (las cursivas son añadidas).

Los casos «similares» a los que se refieren los vocales superiores, para que no queden duda de lo desafortunado de su sentencia, son, expresamente, el «caso Cesti» y el «caso Ivcher» (citados a pie de página), que por razones que no pueden ser tratadas en estas páginas, pasarán a la historia (sobre todo el segundo de ellos) por constituir ejemplos de aplicación injusta e irregular de las reglas de la responsabilidad civil.

21 CAS. N.º 937-2002-CHINCHA, sentencia del 1 de septiembre de 2003.

22 Básteme citar el caso «Gutiérrez Soler vs. Colombia», resuelto por sentencia de la CIDH del 12 de septiembre de 2005, donde se lee, inequívocamente, lo siguiente: «la Corte reconoce la ocurrencia de un daño al «proyecto de vida» del señor Wilson Gutiérrez Soler, derivado de la violación de sus derechos humanos. *Como en otros casos, no obstante, el Tribunal decide no cuantificarlo en términos económicos, ya que la condena que se hace en otros puntos de la presente Sentencia contribuye a compensar al señor Wilson Gutiérrez Soler por sus daños materiales e inmateriales [...]. La naturaleza compleja e íntegra del daño al «proyecto de vida» exige medidas de satisfacción y garantías de no repetición [...] que van más allá de la esfera económica.* Sin perjuicio de ello, el Tribunal estima que ninguna forma de reparación podría devolverle o proporcionarle las opciones de realización personal de las que se vio injustamente privado el señor Wilson Gutiérrez Soler» (las cursivas son añadidas).



Ahora bien, en los aislados casos en los cuales la CIDH sí ha concedido una suma resarcitoria por el «daño al proyecto de vida», ¿en qué se han basado los magistrados de tan ilustre tribunal internacional? Para lograr un entendimiento correcto y fiel a la realidad, hay que tener en cuenta que en el banquillo de los acusados de la CIDH no aparece nadie que pueda ser equiparado, y ni siquiera comparado, a los ponentes y asistentes a este Seminario: la CIDH, nótese bien, tiene en el banquillo al Estado, que es el demandado ideal para todo aquel que quiera dar rienda suelta a su espíritu paternalista y sobreprotector de los intereses de las víctimas, además de su ánimo sancionador. El Estado al que se aplique una condena reparadora, por más exorbitante que sea, nunca va a quebrar. En cambio, si a los concurrentes a este Seminario se nos dijera que esa suma exorbitante es la misma que a nosotros nos tocará pagar por hechos equivalentes, no nos quedaría sino sonreír ante tamaño despropósito, porque se trataría de un resarcimiento irrealizable, de un saludo a la bandera lindante con lo ridículo, porque no podríamos cubrirlo ni siquiera con los frutos de los trabajos que realicemos durante toda la vida.

La misma actitud de la CIDH se percibe en los vocales de la Corte Superior de Lima que han estimado, sin ningún apoyo atendible, en doscientos mil nuevos soles, el monto resarcitorio que merece el ex-magistrado cesado por el supuesto «daño a su proyecto de vida». Esta irrazonable decisión judicial se ha visto facilitada porque los magistrados tienen al frente al Estado, que no va a quebrar, y que, muy por el contrario, está saliendo cada vez más a flote con la economía en continuo crecimiento, y en el que resulta inocua y leve –para los irresponsables vocales– la imposición de un resarcimiento «ejemplar», si no es que «punitivo». Fuera del hecho de que la función «punitiva» no tiene el mismo efecto cuando se aplica a un individuo y cuando se aplica al Estado (respecto del cual no hay disuasión concebible), es increíble que no se haya considerado, desde una perspectiva preventiva y de conciencia social, que existe una multitud compuesta por otros ex-magistrados, que también fueron destituidos del Poder Judicial, y que están listos para formular demandas resarcitorias equivalentes, en caso de que su «colega» obtenga que la Corte Suprema sacramente sus ambiciosas pretensiones.

Si continuamos inflando los resarcimientos

indolentemente, y con el auxilio de puros automatismos como el «daño al proyecto de vida», que es sólo una de las varias «voces» propuestas para generar los efectos mágicos del incremento y de la justificación de los montos concedidos, nunca podremos sacar provecho ni hacernos expertos en el empleo de categorías que sí tienen respaldo en la legislación de nuestro país, como el «daño moral». Hoy esta figura ha dejado de significar, exclusivamente, «padecimiento anímico» o «dolor». Hay que saber y hay que difundir en encuentros académicos –como éste, que ahora nos reúne– que el «daño moral» ha pasado a cobrar mayor realce en su significado, igualmente trascendente, de «violación de los derechos de la personalidad» o de los «derechos fundamentales», de modo que las reparaciones económicas que se concedan en mérito a él tienen un claro efecto de refuerzo de tales derechos.

En un país como el nuestro, donde, qué duda cabe, la cultura de los «derechos de la personalidad» no ha logrado mayor desarrollo, a despecho de una Carta Constitucional en la que aparecen enumerados, puntualmente, casi todos los «derechos» creados por la doctrina y legislación foráneas hasta el año 1993, sería de enorme relevancia potenciar el valor social, preventivo y sancionador de las atenuaciones económicas del daño moral, entendido como violación de los derechos de la personalidad. Cada vez que un juez nuestro reconozca una atenuación económica a una víctima de la violación de estos derechos, estará reforzando, en otras palabras, la protección jurídica de la colectividad entera frente a agresiones semejantes.

La esperanza en el efecto «reforzador» de las atenuaciones económicas que se conceden como «daño moral» no me parece, en modo alguno, ilusoria. Basta, para confiar en ella, en recordar eso que la vertiente «psicológica» del análisis económico del derecho ha puesto en evidencia desde hace tiempo: que las normas jurídicas y las decisiones judiciales tienen efectos de incentivo o de represión en el comportamiento del ciudadano, y pueden llegar, por lo tanto, a modificar la actitud de los miembros de la sociedad. Repensando la institución de la responsabilidad civil y haciendo de ellas un instrumento para concretizar la protección de los derechos «fundamentales» ¿cómo no esperar que empiece a asentarse una conciencia general en torno de la imperiosidad de respetarlos? ¿No



es ello vital en países como el Perú, de formación incipiente en cuanto a la protección de los derechos de la personalidad?

En muchas partes de este ponencia me he referido al «daño al proyecto de vida» como un espejismo. En un libro famoso²³, Santi Romano hablaba de la «mitología jurídica» como una fuente habitual de las creencias, tantas veces ingenuas, de los operadores del derecho. Puede que éste sea uno de esos casos. Yo no digo que no existan los «proyectos de vida». Que el hombre «hace proyectos» es tan innegable como que «respira» o «sueña». Lo que no admito es que, más allá del inofensivo ámbito filosófico, se le extraiga para convertirlo en el punto de referencia de un «daño resarcible» o en un «interés» merecedor de la tutela resarcitoria.

¿Y por qué el «daño al proyecto de vida» no sería resarcible? Por la sencilla razón de que los «proyectos de vida» son invisibles y cambiantes. Todos los aquí presentes tenemos «proyectos de vida», cada uno de nosotros hará una cosa distinta al terminar el día, al culminar este Seminario o al regresar a casa, o mañana por la mañana. Ese «proyecto de vida» puedes ser impedido o frustrado, acaso definitivamente, por un evento dañoso. Sin embargo, va a ser muy difícil que el que provoque el daño, o el que resulte imputado con la responsabilidad que se pretende derivar de él, tenga plena conciencia del «proyecto de vida» que echa a perder. Eso solamente sería predicable en los casos en que mediara conocimiento y premeditación, o sea, dolo del dañador. ¿Es eso común? En situaciones normales, el agente del daño no tiene a la vista «proyectos de vida»; él tiene a la vista a sus congéneres, a seres iguales que él, a los cuales debe respetar, sobre la base del derecho a la integridad de las situaciones jurídicas subjetivas y del patrimonio²⁴. Frente a los protagonistas de un «caso» cualquiera de responsabilidad civil en términos jurídicos, o sea, frente al agente y al damnificado, el derecho privado es, y debe ser, «igualitario». No hay ninguna justificación para diferenciar a las víctimas por sus «proyectos de vida».

Si se quiere insistir en la figura del «daño al proyecto de vida», eso será a costa de transformar la responsabilidad civil en un instrumento para consolidar, en el plano del

derecho, la desigualdad económica y social²⁵, que es, como bien se sabe, el peor mal de los países subdesarrollados. Con la figura en mención —nótese bien— se terminan estableciendo artificialmente desigualdades entre la persona que se vale de sus manos y sentidos para jugar al golf o para tocar el piano profesionalmente y el obrero de construcción civil que vive de un mísero jornal; entre la persona que gozará con la visión de *La Flauta Mágica* y el vigilante privado que pasa la noche en vela, cuidando una casa hasta el alba. Conceder resarcimientos por «daños al proyecto de vida» es casi una invitación a la inmoralidad, porque quien alega haberlo sufrido terminará moldeando sus planes ante los juzgadores, en pos de una reparación más alta.

¿Creen ustedes, por otro lado, que alguna compañía de seguros podría ofertar en el mercado una póliza para la protección de «proyectos de vida»? Si así fuera ¿cuánto costarían dichas pólizas? El dueño de una empresa de combis, consciente del riesgo de su actividad, que quisiera adquirir un seguro privado, ¿cuánto debería pagar si se le solicitara tomar en cuenta que los daños asegurables deben comprender los «proyectos de vida» de las potenciales víctimas? ¿Acaso no serían impagables o lindantes con lo impagable dichas pólizas? ¿Son acaso pólizas de responsabilidad civil por «daños al proyecto de vida» las contratadas por los futbolistas profesionales? Por supuesto que no. Dichas pólizas, además de protegerlos hasta su edad «útil» (treinta y cuatro o treinta y cinco años), cubren exclusivamente la atención médica que fuere necesaria para una rehabilitación, y eventualmente el lucro cesante en caso de quedar imposibilitados temporalmente para la práctica del deporte. Todo se reduce a números y estadísticas, no a cuestiones filosóficas vinculadas con el sentimiento de desolación por un «proyecto de vida» que se trunca. ¿Cuánto costarían los «proyectos de vida» de los estudiantes de una Universidad, de los alumnos, aquí presentes, que aspiran a ser grandes profesionales? ¿Podrían ellos afrontar el pago de las primas, como se dice que hacen los deportistas y artistas de cine? Y por si no bastara: ¿estaríamos todos llanos a aceptar que una compañía de seguros le ponga un precio a nuestros «proyectos de vida»?

23 ROMANO, Santi, *Frammenti di un dizionario giuridico* (1947), reimpresión inalterada, Milán, Giuffrè, 1983.

24 La referencia jurisprudencial en este punto es a CORSARO, Luigi, *Tutela del danneggiato e responsabilità*, Milán, Giuffrè, 2003, pp. 18 y ss.

En Italia, al promotor del «daño existencial», al siempre amable profesor Cendon, a quien acabo de reencontrar en Siena, los costos excesivos que viene generando su creación para el sistema de responsabilidad civil le han valido un merecido «¡basta ya!» de Giulio Ponzanelli ante un auditorio compuesto por académicos, abogados y estudiantes. Son tiempos distintos de los que me tocó vivir en los primeros años de mi estadía de investigación en Europa, cuando el «daño existencial» campeaba en monografías, tratados y sentencias. Hoy la actitud crítica de la Escuela pisana comandada por Francesco Busnelli y Umberto Breccia, y la completa indiferencia de la dogmática del derecho civil italiano frente a él han equiparado las cosas. A su vez, la Corte di Cassazione y la Corte Costituzionale se han pronunciado en el sentido de limitar el reconocimiento de toda pretensión resarcitoria a título de «daño existencial» a aquellos casos en los que el actor demuestre haber sido víctima de la violación de derechos constitucionalmente garantizados²⁶.

El refreno de los llamados «existencialistas» en Italia, incluso en el nivel judicial, ha sido motivado por centenares de fallos en los cuales se han terminado «resarciendo» daños verdaderamente extravagantes («por bagatelas», como se les suele llamar). Ese es un repertorio que tiende siempre a acrecentarse: el daño «existencial» al niño que

fue desaprobado por su profesor en el colegio; el daño «existencial» al individuo que dejó su auto estacionado y al volver encontró en su parabrisas una papeleta de tránsito injusta y que le hizo pasar un mal rato; el daño «existencial» al abogado que encontró la bandeja de su correo electrónico saturada de *spam*; y la lista no tiene cuando acabar. De allí que importantes juristas, que a la vez son egregios abogados, como Ponzanelli, Vincenzo Roppo o Francesco Gazzoni vengán combatiendo enérgicamente y exitosamente esta figura, que, por «costar demasiado», puede poner al sistema de responsabilidad civil de la séptima potencia industrializada del mundo al borde del colapso.

Si tales son los problemas en un país industrializado, como Italia ¿tiene apoyo racional pensar que el Perú, donde el caos reina en la administración de justicia desde tiempos inmemoriales, está en mejores condiciones de sacar provecho de los «daños al proyecto de vida»? Las desigualdades plasmadas en las sentencias que he recordado en esta ponencia son prueba clara de que no.

El problema de la responsabilidad civil se mantiene y se agrava si se pasa de una época de *undercompensation*, que todos reconocemos como negativa, a una de *overcompensation* por bagatelas disfrazadas de «proyectos de vida». Sería ideal, claro está, que los resarcimientos se elevaran y que la justicia en su

25 Quien conozca realmente, y profese con honestidad, el discurso filosófico de José ORTEGA Y GASSET (1883-1955) no podrá negar que la idea del «proyecto de vida» es completamente ajena a una perspectiva igualitaria. El autor de la *Rebelión de las Masas*, como debería saberse, formulaba la premisa de que los «proyectos de vida», «vitales» o «de ser» eran diseñados, concebidos e impuestos, exclusivamente, por una «minoría directora», seguida, sin posibilidad de decisión o mejor opción, por la «masa». De allí la afirmación explícita de que «el hombre-masa es el hombre cuya vida carece de proyectos y va a la deriva. Por eso no construye nada, aunque sus posibilidades, sus poderes, sean enormes». El texto íntegro de la obra capital de ORTEGA Y GASSET puede consultarse, ahora, en <http://meditaciones.org>.

26 En relación con esta línea evolutiva, ofrece una magnífica síntesis, con su habitual agudeza: BUSNELLI, Francesco Donato, *Diritto giurisprudenziale e responsabilità civile*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2007, pp. 32 y ss. Menos ambicioso, aunque igualmente ilustrativo por los datos de jurisprudencia contemporánea que contiene, es el estudio de EMILIOZZI, Enrico Antonio, *Il danno alla persona. Profili sistematici e ricostruttivi*, Nápoles, Esi, 2008, especialmente, pp. 53-54: «por lo tanto, la tutela del daño no patrimonial, impropriamente definida por la Corte di Cassazione, debe ser entendida en el sentido de que el ordenamiento jurídico tutela, además de intereses patrimoniales, intereses que no son susceptibles de valorización económica, siempre que sean reconocidos por la Constitución».

De toda la evolución de la jurisprudencia italiana en esta materia he rendido cuenta, ampliamente, en LEÓN, *La responsabilidad civil*, cit., pp. 807 y ss. Como quiera, sin embargo, que los datos por mí consignados llegaban hasta fines del 2006, es oportuno informar, en estas páginas que actualmente, y desde febrero de 2008, las Sezioni Unite de la Corte di Cassazione (una suerte de «Sala Plena» como le llamamos nosotros, pero de la cual existen fundados motivos para esperar un pronunciamiento que no atente contra la razón ni contra la justicia, como ha ocurrido en el Perú, en cambio, con el Pleno Casatorio de abril, en relación con el «caso Yanacocha»), están discutiendo, por enésima vez (pero ahora con carácter definitivo, al parecer), sobre la composición del «*danno non patrimoniale*» (y, por consiguiente, sobre el carácter resarcible o no resarcible del «*danno esistenziale*»). El tema, como era de esperar, ha suscitado la atención de expertos en materia de responsabilidad civil, como PONZANELLI, Giulio, «*Il danno non patrimoniale tra lettura costituzionale e tentazioni: la parola alle Sezioni Unite*», en «*Danno e responsabilità*», núm. 5, 2008, pp. 558 y ss.; y FRANZONI, Massimo, «*Prove di assetto per il danno non patrimoniale: alcune suggestioni*», en «*Corriere giuridico*», núm. 5, 2008, pp. 626 y ss.



determinación se volviera pauta, pero ello tiene que ser sobre la base de la razón y de lo que manda la ley, sin recurrir a automatismos²⁷.

Hay dos referencias literarias que he utilizado para criticar el «daño al proyecto de vida» en otras ocasiones. La primera, según me parece, es suficientemente reveladora. En Italia, una de las acusaciones más convincentes y certeras que ha recibido el «daño existencial» es la enunciada por Gazzoni, quien ha tenido el buen gusto de asociar la imagen del país donde se resarcen dichos daños con el «país de los juguetes» de *Las Aventuras de Pinocho*²⁸. ¿Qué significa hacer de una sociedad un «país de los juguetes»? Significa hacer de ella un lugar donde cualquier capricho o lágrima se convierta en dinero: una sociedad donde las personas olviden algo que infinidad de veces es lo más importante que debe tener presente un ser humano: que con las desgracias

también se vive y también se crece. Las desgracias, inútil comentarlo, están a la vuelta de la esquina, acechándonos; sobrellevarlas es un reto, un desafío, y superando ese reto es que crecemos como seres humanos.

Cuenta Borges²⁹ que, en el siglo XIX, un universitario bostoniano, que iba por la calle, fue atropellado por un carro de caballos. Como resultado del accidente sufrido perdió un ojo, y quedó severamente lesionado en el otro. Estaba, sin embargo, casado con una mujer ejemplar, y decidió cambiar el rumbo de su vida. Con la ayuda de su consorte inició el estudio de la historia de España, y el de la colonización española de América. Ese hombre que hizo de su accidente, de una fatalidad, la ocasión para afrontar un nuevo «proyecto de vida» fue William Hickling Prescott, el autor de la monumental *Historia de la Conquista del Perú*³⁰.

27 Respecto del «daño al proyecto de vida» es válida, igualmente, esta consideración de ROSSETTI, «*Danno esistenziale: un concetto inutile*» (2004), cit., sobre el «daño existencial», como categoría «cómoda» y «dispensadora» (*deresponsabilizante*, o sea, se pretende hacer valer para no asumir compromisos, para eximirse de responsabilidad) para los jueces que, amparándose en ella, «renuncian a la imperiosa profundización del análisis de las categorías ciertas y existentes». El propio autor, en «*La maledizione del danno esistenziale*» (2005), cit., opina, convincentemente, que «tener en pie una categoría de daño singular [el «daño existencial»], darle dignidad científica, predicar su autonomía, significa complicar el marco de los daños resarcibles, obscurecer la nitidez que el ordenamiento siempre tiene que conservar, a fin de prevenir los litigios judiciales, y significa, sobre todo, incentivar decisiones teñidas de duplicaciones resarcitorias».

28 COLLODI, Carlo, *Le avventure di Pinocchio. Storia di un burattino*, Florencia, Felice Paggi, 1883, pp. 163 y ss. El inolvidable capítulo XXX, donde el muñeco de madera cede a la irresistible invitación de su amigo Lucignolo para ir al «Paese dei balocchi», donde los niños no tienen que estudiar ni ir al colegio los jueves, y donde cada semana tiene... seis jueves (y un domingo), y donde las vacaciones comienzan el 1 de enero y terminan el 31 de diciembre. La consecuencia, pedagógicamente ideada por COLLODI, es que los irresponsables niños que se deleitan en el «país de los juguetes» –Pinocho y Lucignolo, entre ellos– terminan convirtiéndose en asnos.

Sobre las consideraciones críticas de GAZZONI, aquí recordadas, véase: LEÓN, *La responsabilidad civil*, cit., pp. 824 y ss.

29 En el presente texto mantengo la referencia, conforme yo la recordé durante mi ponencia, de la emotiva conferencia borgesiana «*La ceguera*» (1980), ahora en BORGES, Jorge Luis, *Obras completas*, tomo III, Buenos Aires, Emecé Editores, 1994, pp. 276 y sgtes. Como quiera que la presente edición me lo permite, consigno la versión original del maestro argentino (*ibid.*, p. 283): «El bostoniano y aristocrático Prescott fue ayudado por su mujer. Un accidente, cuando era estudiante de Harvard, le hizo perder un ojo y quedar casi ciego del otro. Decidió que su vida estaría dedicada a la literatura. Estudió, aprendió las literaturas de Inglaterra, Francia, Italia, España. La España imperial le hizo dar con su mundo, el que convenía a su rígido rechazo de los días republicanos. De erudito se convirtió en escritor, y a su mujer, que le leía, le dictó las historias de la conquista de México y del Perú, del reinado de los Reyes Católicos y de Felipe II. Fue una tarea feliz, casi impecable, que le demandó más de veinte años». Más adelante (*ibid.*, p. 285), Borges nos enseña, imperecederamente, que: «un escritor, todo hombre, debe pensar que cuanto le ocurre es un instrumento; todas las cosas le han sido dadas para un fin y esto tiene que ser más fuerte en el caso de un artista. Todo lo que le pasa, incluso las humillaciones, los bochornos, las desventuras, todo eso le ha sido dado como arcilla, como material para su arte; tiene que aprovecharlo. Por eso yo hablé en un poema del antiguo alimento de los héroes: la humillación, la desdicha, la discordia. Esas cosas nos fueron dadas para que las transmutemos, para que hagamos de la miserable circunstancia de nuestra vida, cosas eternas o que aspiren a serlo».

30 La edición que poseo de esta obra es la que formó parte de una colección muy popular para quienes crecimos en la década de los 70 y 80 del siglo pasado: la Colección «Autores Peruanos» de Editorial Universo, con prólogo de Gustavo PONS MUZZO. El propio PRESCOTT narra su accidente con estas palabras: «Mientras estaba en la universidad, tuve un accidente en un ojo que privó de la vista a este órgano. A poco tiempo fue atacado el otro de una inflamación tan aguda, que durante algún tiempo tampoco veía con él; y, aunque después se curó, quedó el órgano en tan mal estado, que sufrí en él una debilidad permanente, además de haberme visto posteriormente dos veces privado de su uso para leer y escribir durante varios años. En uno de estos últimos períodos fue cuando recibí de Madrid los materiales para mi Historia de los Reyes Católicos; y en mi triste condición, rodeados por mis tesoros transatlánticos, me veía como un hombre que padece de hambre en medio de la mayor abundancia. En este estado resolví que el oído, si fuese posible, hiciese las veces del ojo»: PRESCOTT, Guillermo H., *Historia de la Conquista del Perú*, tomo I, Lima, Editorial Universo, 1972, prólogo (las páginas no están numeradas). La obra del historiador estadounidense se publicó originalmente en Boston, en 1847.

La historia nos brinda otros episodios maravillosos de personas que a raíz de una desgracia han hecho relucir las más grandes condiciones del espíritu. Eso es lo que hace que el vivir sea realmente digno, que el porvenir sea repensado y reconstruido, con todo cuanto nos toque experimentar.

Tal vez se me podría refutar que el caso de Prescott constituye un caso aislado, que difícilmente se repetirá. Hay, sin embargo, revistas donde las noticias de estos hechos aleccionadores aparecen con continuidad. Lean ustedes, si quieren convencerse, las *Selecciones del Reader's Digest*. El entrañable escritor argentino, Ernesto Sábato, en el soberbio *Informe sobre Ciegos* de su novela *Sobre Héroes y Tumbas*, hace que su personaje central critique a *Selecciones* por ser insoportablemente optimista. Agobia al maligno Fernando Vidal Olmos leer artículos sobre personas que «viven felices con su cáncer», que «perdieron la vista pero ganaron una fortuna» o que descubrieron que «la sordera puede ser una ventaja»³¹. Ese es el efecto que genera en muchos de nosotros conocer las condiciones que el ser humano exhibe ante la adversidad.

La segunda referencia literaria de la que me he servido para forjar mi crítica ha sido la invocada en mi comentario a la antes mencionada sentencia de la Corte Suprema en la que se consolida el derecho de una dama que se separó de su cónyuge a ser resarcida, por «daño moral» y «daño al proyecto de vida», con treinta mil dólares de los Estados Unidos de América. Recordé, escribiendo dicho comentario, un cuento de Ray Bradbury, *A Sound of Thunder*³². El visionario autor estadounidense imagina en ese relato una agencia de turismo del futuro, la Time Safari Inc. del año 2055, en la que se pueden contratar

expediciones al pasado, para retroceder sesenta millones de años con una máquina del tiempo y poder cazar dinosaurios. La gente que se lo puede permitir, como el personaje del cuento, contrata safaris en la prehistoria, para lo cual son instruidos con una sola advertencia: si habrán de matar a un dinosaurio, que sea a uno moribundo, porque quitar la vida a un dinosaurio o a cualquier ser vivo, planta o insecto, en la plenitud de su vitalidad podría causar un gran trastorno en la evolución de la historia. Para asegurarse de que la regla se respetará, los viajeros del tiempo son conminados a desplazarse por un sendero especialmente construido por la agencia, para que no tengan contacto físico con la superficie de la Tierra, y para evitar encuentros indeseados con los actores naturales del pasado.

Delante del tiranosaurio escogido para ser la presa, el protagonista sufre un ataque de nervios, y regresa apresuradamente a la máquina del tiempo, sin tener el cuidado de recorrer el sendero. Al volver al presente, el malhadado cazador se percata de que el mundo no es el mismo que dejó al partir; que todo ha cambiado. Surge en él, entonces, la duda sobre si ha violado la regla de no alterar elementos del pasado. Se da cuenta, entonces, de que al apartarse del sendero, durante su apresurada huida, pisó accidentalmente, una mariposa. Ese solo hecho, aparentemente insignificante, ha determinado la modificación del curso de la historia de la humanidad.

Sólo la ciencia-ficción abraza, gratamente, la idea de los «proyectos de vida». A cada momento, diariamente, hora tras hora, estamos modificando libremente nuestros «proyectos de vida», y también alterando los de los demás, con los cuales nos relacionamos³³. Si esos «proyectos de vida»

31 SÁBATO, Ernesto, *Sobre Héroes y Tumbas* (1961), Barcelona, Seix Barral, reimpresión, 1986, pp. 367-368.

32 Este magnífico relato de ciencia-ficción, publicado en 1954, puede consultarse ahora en el *website* del profesor Richard A. DIDIO, de la Lasalle University, <http://www.lasalle.edu>.

33 Ahora, más que nunca, es imprescindible releer, y no tergiversar, a ORTEGA Y GASSET, José, «Historia como sistema», en <http://www.laeditorialvirtual.com.ar>. En este famoso ensayo, el filósofo español enseña: «El hombre se inventa un programa de vida, una figura estática de ser, que responde satisfactoriamente a las dificultades que la circunstancia le plantea. Ensayo esa figura de vida, intenta realizar ese personaje imaginario que ha resuelto ser. Se embarca ilusionado en ese ensayo y hace a fondo la experiencia de él. Esto quiere decir que llega a *creer* profundamente que ese personaje es su verdadero ser. Pero al experimentarlo aparecen sus insuficiencias, los límites de ese programa vital. No resuelve todas las dificultades y produce otras nuevas. La figura de vida apareció primero de frente, por su faz luminosa; por eso fue ilusión, entusiasmo, la delicia de la promesa. Luego se ve su limitación, su espalda. *Entonces el hombre idea otro programa vital*. Pero este segundo programa es conformado, no sólo en vista de la circunstancia, sino en vista también del primero. Se procura que el nuevo proyecto evite los inconvenientes del primero. Por tanto, en el segundo sigue actuando el primero, que es conservado para ser evitado. Inexorablemente, el hombre evita el ser lo que fue. *Al segundo proyecto de ser, a la segunda experiencia a fondo, sucede una tercera, forjada en vista de la segunda y la primera, y así sucesivamente. El hombre «va siendo» y «des-siendo» – viviendo*. Va acumulando ser – el pasado se va haciendo un ser en la serie dialéctica de sus experiencias» (las cursivas son añadidas).



fueran visibles, si las personas anduviéramos por las calles con carteles en el pecho, descriptivos de nuestros «proyectos de vida», ni siquiera el amor sería posible. Todo contacto con quien nos atraiga podría significar la alteración de un «proyecto de vida». No habría enamoramiento concebible, entonces, porque tenderíamos a perder la cabeza «a la segura», sólo por aquellas personas que fueran de antemano y certeramente compatibles con nosotros. El amor, entonces, se volvería cosa de autómatas. Las emociones y los raptos de romanticismo ya no serían intensos y espontáneos: se volverían «calculadores» y «selectivos».

Uno siembra y cultiva amistades, uno enamora y se enamora, precisamente, por el poder de aquellas «afinidades electivas» que Goethe³⁴ vislumbró en su famosa novela: es cuestión de tiempo, de trabajo, de asumir riesgos, buscando y encontrando lo que a primera vista es invisible, lo que otros no ven en el o la elegida para el cortejo. Está bien: el ser humano puede ser un «proyectista», y me refiero al ser humano en general y no sólo a la

«minoría directora», de la que hablaba Ortega y Gasset³⁵, pero el «proyecto de vida», por no ser visible y por ser cambiante, por ser invaluable y por propiciar la monetización de los sueños y añoranzas, debe mantenerse en el terreno de lo irresarcible.

Piensen ustedes qué pasaría si los «proyectos de vida» fueran, por igual, visibles y resarcibles, y tuviésemos que elegir, de manera cruda y racional, a quién embestir con nuestro automóvil, que ha sufrido un desperfecto en su sistema de frenos: ¿Contra el futuro astro del fútbol? ¿Contra la futura gran pianista? ¿Contra el futuro abogado o médico o ingeniero? ¿O contra un profesor sindicalista mal remunerado? ¿Contra quién de estos individuos –piénsenlo– dirigirían ustedes su automóvil, ahora que acabamos de escuchar el persuasivo discurso de Alex Falla sobre el hombre maximizador?

La responsabilidad civil en el Perú tiene problemas mucho más importantes que afrontar que vanos filosofismos como el «daño al proyecto de vida». 

Desde una óptica jurídica observa, justamente, ROSSETTI, «*La maledizione del danno esistenziale*» (2005), cit., que «si de veras existiera un daño definible como existencia, y consistente en la forzosa renuncia a actividades que se había programado, dicho daño existiría siempre, porque ningún hecho dañoso deja de modificar, aunque sea en una mínima parte, la 'agenda' de la víctima. Permanecer en primeros auxilios en espera de una sutura obliga al herido a renunciar a leer el periódico: ¿esto sería un daño existencial? Ir al notario a protestar un título-valor no honrado por el obligado hace que el acreedor renuncie a participar en un *rendez vous* de gala. ¿Esto sería un daño existencial? Si la respuesta es afirmativa, habría que terminar admitiendo que el daño en mención sería *in re ipsa*, inmanente e inevitable, incluso en los ilícitos más insignificantes. Una conclusión absurda, que no puede sino confirmar la falacia de la permisa de la cual se parte».

- 34 GOETHE, Johann Wolfgang, *Las Afinidades Electivas*, ahora consultable íntegramente, en versión castellana, en el website <http://www.librodot.com>. Del texto en formato pdf (p. 27) extraigo estas impresiones de Carlota, su protagonista femenina: «cuando usted llama afines a esos seres sorprendentes, a mí no me parecen afines o emparentados por la sangre, sino afines o parientes en el espíritu y el alma. Y esa es la razón que explica que entre las personas puedan nacer amistades de auténtica entidad, precisamente, porque las cualidades opuestas hacen posible una unión más íntima» (las cursivas son añadidas).

¿Sería esta maravilla inextricable de la humanidad concebible –nos preguntamos– en un mundo donde los «proyectos de vida» fueran visibles?

- 35 Véase: *retro*, notas (25) y (33).