



Carlos Fernández Sessarego(\*)

# ¿Cómo proteger jurídicamente al ser humano si se ignora su estructura existencial?(\*\*)

## *How to legally protect humans if their existential structure is ignored?*

**Resumen:** El autor hace un análisis crítico de cómo a lo largo del tiempo se ha tratado de encontrar al sujeto de estudio del Derecho y cómo este se distingue de los demás seres que conforman el universo. Es así como de la dimensión racional del ser humano se ha pasado a su análisis ontológico como ser en sí mismo cuyo espíritu lo hace único y en tanto que ser coexistencial le procura el ordenamiento una protección por la misma libertad que posee. Finalmente el autor se centra en esa "Libertad" propia del ser humano que genera los demás derechos que posee.

**Palabras clave:** Libertad - Sujeto de Derecho - Ser Racional - Libre Albedrío - Coexistencial

**Abstract:** The author makes a critical analysis of how over time it has tried to find the subject of study of Law and how it is distinguished from other beings that make up the universe. Thus the rational dimension of man has passed his ontological analysis as being in itself which makes it unique and spirit as the arrangement will be co-existential seeking protection for the same freedom he has. Finally, the author focuses on the own "freedom" of man and of which the other rights it has.

**Keywords:** Freedom - Subject Law - Rational Being - Free will - Co-existential

### 1. La razón del olvido del conocimiento

(\*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor Emérito de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha sido docente en las principales Facultades de Derecho del país como del extranjero, entre las que destacan las de la Universidad de Siena, Universidad de Nápoles, Universidad Autónoma de Madrid y Universidad de Buenos Aires. Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos con la tesis "Derecho de las Personas", la misma que fuera publicada en 1962 por la misma casa de estudios bajo el título de "La noción jurídica de persona". Mereció en 1963 el Premio Nacional a la Cultura "Francisco García Calderón", otorgado a la mejor obra jurídica publicada en el país durante dicho año. Cuenta con diversas distinciones gracias a sus aportes a la cultura jurídica, los cuales han abierto un panorama contemporáneo sobre cómo debe verse enfocada la problemática jurídica en la actualidad. Entre las principales culturas que se han visto claramente influenciadas por sus aportes destacan la argentina, francesa, italiana y, desde luego, la peruana. Destacan entre sus principales investigaciones la Teoría Tridimensional del Derecho, la Noción Jurídica de Persona, Abuso del Derecho, Derecho a la Identidad y la creación de los conceptos de Daño a la Persona y Proyecto de Vida. Es Coautor del Código Civil peruano de 1984 y ponente del Libro Primero referido a Derechos de las Personas.

(\*\*) Nota del Editor: El presente artículo fue recibido el 15 de abril del 2015 y aprobada su publicación el 30 de abril del mismo año

**¿Cómo proteger jurídicamente al ser humano si se ignora su estructura existencial?  
*How to legally protect humans if their existential structure is ignored?***

## sobre quién es y cómo es el ser humano

Desde hace años, en varias sedes y ocasiones, nos hemos preguntado de cómo era posible proteger jurídicamente al ser humano si ignoramos o conocemos insuficientemente su estructura existencial. ¿Cómo proteger a un ente cualquiera de la naturaleza si desconocemos su consistencia ontológica? Nos hemos respondido, con convicción, que ello es imposible, que no se puede proteger a un ente cualquiera si no sabemos cómo es, de qué y cómo está constituido. No es lo mismo proteger a un ser humano de la misma manera que se protege a cualquier otro ente del mundo.

En alguna oportunidad, para clarificar esta situación ante nuestros alumnos, pusimos algunos ejemplos. Recordamos en este instante, al menos, uno de ellos. Les proponíamos de que cómo era posible proteger debidamente un vaso de cristal cuando se desconocía la consistencia de este fino material. Ello, cuando por este recipiente aparecía por primera vez en un mundo imaginario donde se utilizaban solamente vasos de madera, resistentes, o de material plástico, descartables. No sabemos si el ejemplo fue bueno pero si lo fueron sus resultados, pues los alumnos no tuvieron inconvenientes en comprender el asunto que se les proponía.

¿Cómo empezar a estudiar Derecho si se desconoce lo más importante de la materia, que es conocer, lo mejor posible, cuál y cómo es el ente a proteger por esta disciplina? ¿Cómo se puede proteger lo desconocido? ¿O es que lo más importante para el Derecho no es el ser humano sino otra entidad, por ejemplo, la propiedad?

Pareciera inoportuno que, después de siglos, tuviéramos dicha inquietud cuando pocos autores o -nadie- se interesaba y preocupaba por el tema. La razón de poseer dicha inquietud la ubicamos, después de hurgar en nuestra memoria, en los tiempos en que asistíamos como alumnos en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. El profesor del curso de Derecho de las Personas, con el Código Civil de 1936 a la vista, nos dijo que el "sujeto de derecho" era el ser humano, la persona. Y pasó, sin mayor explicación, a tratar otro de los puntos del programa. No escuchamos ni una palabra sobre cómo era la estructura existencial de tal sujeto.

¿Qué fue lo que motivaría, nos preguntamos después de

años, que el profesor no se detuviera a explicarnos en qué consistía dicho sujeto de derecho? Consideramos que ello obedeció, entre otras causas, a la escasa o más bien nula importancia que el Código Civil de 1936 concedía a la persona en cuanto "sujeto de derecho". Así, en dicho derogado Código Civil de 1936, el concebido era una ficción, los únicos derechos de la persona regulados por dicho cuerpo legal eran el nombre y el domicilio. Se ignoraban los derechos a la vida, a la libertad, a la integridad psicosomática, al honor, entre otros, así como otros temas vinculados a la persona.

¿Cuál era a razón existente para dicha increíble omisión del Código Civil de 1936 o cuál para que el profesor no tratara el tema del sujeto de derecho? Debemos recordar que en los años 40 del siglo XX, en el que cursábamos Derecho, de una parte se seguía pensando que el ser humano era "un animal racional" y, de la otra, que lo importante para merecer la protección jurídica, más que la persona, era la propiedad.

Está claro que los notables juristas que elaboraron el Código Civil de 1936 seguían las pautas impuestas en 1804 por el Código Civil francés o Código Napoleón, al igual que todos los códigos civiles redactados antes de la mitad del siglo XX. En dicho Código Civil francés la protección jurídica se centraba en torno a la propiedad. De ella se decía que era un derecho "absoluto, inviolable y sagrado". Ninguno de estos adjetivos se aplicaban al ser humano, a la persona, al sujeto de derecho, al creador, protagonista y destinatario de las normas jurídicas.

En la actualidad se sabe que no existen, en cuanto a su ejercicio, derechos absolutos. Conocemos que todo derecho, por ser la persona un ente coexistencial o social, conlleva deberes. Que en cuanto a su ejercicio no hay, por lo tanto, derechos "puros". El primer



## Carlos Fernández Sessarego

deber que subyace en todo derecho es el de no dañar. A este deber se agregan, según el caso, los deberes exclusivos de cada institución jurídica. Así, por ejemplo, tratándose del derecho al nombre, existe el deber de no cambiarlo ni modificarlo sin autorización judicial y sólo por motivos de importancia para el reclamante.

Conocemos también que no encontramos ningún derecho que sea inviolable, pues todos, a partir del de la vida, son susceptibles de ser violados. La inviolabilidad es una fundamental aspiración ética. De otro lado, y como resulta evidente, el derecho de propiedad no es sagrado. Si existe algún ente sagrado, en y para el Derecho, ese ente es el ser humano.

En aquellos tiempos, y hasta la promulgación del Código Civil peruano de 1984, esa era la filosofía, de corte individualista-patrimonialista, que inspiraba los códigos civiles, muchos de los cuales siguen hasta hoy vigentes sin poder renovarse por múltiples razones.

En los tiempos que corren aparece en el escenario una nueva filosofía que pretende sustituir a la que hemos referido en precedencia. Se trata, como bien sabemos, de una ideología de carácter humanista, personalista, que hace girar el derecho ya no en torno a la propiedad sino al ser humano, a la persona. La propiedad deja de ser, de este modo, el eje y centro del Derecho, lugar que le corresponde, como es evidente, al ser humano, a la persona. Este es el ente que ocupa en la actualidad este rol, esta básica función. La nueva orientación de la ciencia jurídica -o más específicamente la filosofía del Derecho- es un reflejo de la filosofía de la existencia, o existencialismo, el mismo que aparece en el siglo pasado, entre las dos guerras que asolaron al mundo y causaron tanto horror y desesperación.

La filosofía de la existencia, como se apreciará a través de este trabajo, significa una nueva mirada, una inédita manera del pensar filosófico. Los integrantes de esta escuela, a diferencia de lo sucedía en el pasado, vuelcan su mirada sobre el ser humano, tratando de desentrañar, hasta donde ello es posible, su naturaleza, su estructura existencial. Para el existencialismo la persona dejó de ser un animal "racional" para ser visto como un ente cuyo ser es la "libertad" y no la razón. Es la libertad, como se referirá más adelante, la que diferencia al ser humano de los demás entes del mundo.

Este nuevo modo de enfoque filosófico se concreta, jurídica y filosóficamente, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948. Ella inspirará el futuro desarrollo de las ciencias humanas y, en particular del Derecho, colocando al ser humano como un ser libertad, condición que lo diferencia de los demás animales mamíferos, especie a la que pertenecemos.

La libertad, en adelante, deja de ser tan sólo un quehacer propio del ser humano para ser considerada como su propio ser. La libertad se vuelca al mundo exterior, a partir de una libre decisión subjetiva, a través de actos, de conductas, de comportamientos. El más importante de estos proyectos lo constituye el "proyecto de vida".

Todo lo hasta aquí, brevemente esbozado, nos conduce a intentar superar, a través de las páginas de este trabajo el vacío, el olvido existente en el Derecho sobre quién es y cómo es nada menos que el "sujeto de derecho". Es decir, cuál es su naturaleza, su consistencia ontológica, su estructura existencial. Ello, para valorarlo por lo que es, para saber cuáles son sus derechos, para conocer cómo se le debe proteger, para prevenir los potenciales daños que pudiera sufrir, para repararlos debida y adecuadamente de acuerdo con su naturaleza de ente libre y espiritual.

En síntesis, el propósito de este trabajo es intentar suplir, dentro de nuestras posibilidades, el vacío que tuvimos en nuestro aprendizaje del Derecho, donde conocimos muy bien los derechos reales, las obligaciones y los contratos, es decir todo lo relacionado con la propiedad, y nada o muy poco sobre lo más importante: la naturaleza del ser humano, del sujeto del Derecho. De quien es, como lo repetimos, su creador, su protagonista y su destinatario.

## ¿Cómo proteger jurídicamente al ser humano si se ignora su estructura existencial? *How to legally protect humans if their existential structure is ignored?*

### 2. El ser humano, ¿es un “animal racional”?

Extrañamente hubo que aguardar el transcurso de varios siglos para superar las erróneas e insuficientes concepciones que circulaban en el mundo sobre la estructura existencial del ser humano. Ellas se gestaron principalmente en la Edad Media. Su más conocido divulgador en el siglo VI d.C. fue el filósofo romano Anicio Manlio Torcuato Severino Boecio<sup>(1)</sup>, quien, al referirse al hombre, lo considera simplemente como una “sustancia indivisa de naturaleza racional” (*De persona et duabus naturis*). Es decir, era la “razón” lo que hacía que el ser humano fuera lo que es: “ser humano”.

Para Santo Tomás de Aquino, dentro de la línea del pensamiento de Boecio, 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 y se sustenta en sí misma y no requiere, por consiguiente, de fundamento extrínseco. En segundo término, la substancia sirve de fundamento a los accidentes<sup>(2)</sup>. En cuanto a la individualidad destaca su unidad, aunque añade que el hombre tiene algo de común con sus semejantes. En el pensamiento de Santo Tomás dicha sustancia individual posee, además, el carácter de la racionalidad, lo que la hace libre, dueña de sus conductas, de sus actos. A partir de la racionalidad ingresa el albedrío en tanto que es lo que caracteriza el comportamiento de las personas confiriéndole, de esta manera, una especial dignidad y, al mismo tiempo, diferenciándola de las otras sustancias individuales carentes de razón<sup>(3)</sup>.

En esta dirección de pensamiento encontramos la opinión de diversos filósofos. Es el caso, entre otros, la de la posición que adopta Spinoza en el sentido que la libertad es “racionalidad perfecta”. Este planteamiento, como veremos más adelante fue cambiando con el tiempo. Así, por ejemplo, Kant considera que la persona es libertad en independencia del mecanismo de toda naturaleza.

De conformidad con el pensamiento de Boecio y Santo Tomás lo que diferencia al ser humano de los demás entes del mundo y, en especial de los animales, sería la *razón*. Ello supone negar que éstos, sobre todo los mamíferos<sup>(4)</sup>, carecen de psiquismo y, por ende, de razón. Esta tesis, reduccionista de lo que es el ser humano ha sido superada, definitivamente, en el siglo XX.

Es así que Max Scheler, en su libro *El puesto del hombre en el cosmos*, dedica varias páginas a precisar las diferencias y semejanzas entre el ser humano y los animales, especialmente los superiores<sup>(5)</sup>. Encuentra que la diferencia entre ambos está en el espíritu, que sólo se da en el ser humano en cuanto ser libertad.

El ente “ser humano”, si nos atenemos solamente a lo que comprende su “unidad psicosomática”, es un animal mamífero. Se trata de un ente que, apreciado desde esta

(1) Anicio Severino Boecio, *De duab naturis et una persona Christi*, capítulo 3.

(2) Cfr. Carlos Fernández Sessarego, *La noción jurídica de persona*, 1° ed, (Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1962), 31 y subsiguientes, y, en la 2° ed. (1968), 33 y subsiguientes.

(3) Santo Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, I, 29, 3, ad. 2.

(4) Decimos “sobre todo” pues en un ilustrativo artículo de Tomás Unger aparecido en el diario “El Comercio”, de Lima, en su página A10 correspondiente al día 30 de octubre del año 2007, se sostenía que un loro africano llamado Alex de 31 años revolucionó el estudio de la inteligencia animal. Se informaba en la nota que pese a lo reducido de su cerebro, esta ave conocía 150 palabras, identificaba colores, formas y materiales y contaba hasta seis. Los estudios pertinentes fueron realizados por investigadores de la Universidad de Brandeis en Massachussets y divulgados por el “New York Times” y por “The Economist”, entre otras publicaciones. La doctora Irene Pepperberg experimentó con el loro Alex a quien adiestró por espacio de doce años. La investigación fue realizada en la Universidad de Arizona y luego en Harvard para concluir en Brandeis. El informe de los logros de Alex fue publicado en 1999.

(5) Max Scheler, *El puesto del hombre en el cosmos*, (Buenos Aires: Losada, 1943), 29 y subsiguientes



## Carlos Fernández Sessarego

vertiente, pertenece a la naturaleza, tal como los otros seres de su especie: el chimpancé, el perro, el caballo o el delfín, entre otros. El ser humano ha sido considerado errónea y tradicionalmente como un animal “racional”. Esta racionalidad era la que diferenciaba al hombre de los otros animales mamíferos. En otros términos, lo que hacía que el hombre fuera el ente que es, y no otro, era su “razón”.

En el transcurrir del tiempo, las reflexiones y descubrimientos de la filosofía, fundamentalmente en el siglo XX, así como los espectaculares y vertiginosos avances de la ciencia han demostrado que ello no es exacto, es decir, que el hombre no es sólo un animal racional. En efecto, como lo desarrollaremos más adelante, ha quedado demostrado en los últimos tiempos que todos los demás mamíferos también poseen racionalidad aunque en un nivel elemental. Por lo expuesto, en la actualidad se desecha, por errada, la definición del hombre como la de ser tan sólo un “animal racional”. No es, pues, la “racionalidad” lo que determina que el hombre posea la calidad ontológica de un *ser humano*. La teoría de la “racionalidad” que, como se ha anotado, elaborada en la Antigüedad, fue difundida por Boecio en el siglo VI d.C. y fue recogida y asumida, por siglos, como “la definición” del ser humano. Esta es la versión del hombre que aprendimos en la escuela y tememos que en muchos lugares la idea permanezca estable, sin modificación alguna.

### 3. ¿Qué es lo que diferencia al ser humano de lo demás mamíferos?

Los animales mamíferos, al igual que los seres humanos, tienen estructura psicosomática. No son sólo cuerpo, en sentido estricto -como lo orgánico-fisiológico-, sino que, además, poseen psiquismo. Ellos, por consiguiente, tienen cierta inteligencia y memoria elementales de carácter asociativo, poseen sensibilidad así como voluntad. El ser humano comparte, con los animales superiores, al menos<sup>(6)</sup>, la estructura psicosomática desde que posee un cuerpo, en sentido estricto, y una psique. En este nivel no hallamos, por consiguiente, diferencia alguna, salvo la del grado de desarrollo de tales características. Entonces, después de lo expuesto, debemos preguntarnos en qué elemento o

característica reside la diferencia entre el ser humano y los demás animales mamíferos.

Intentando responder al interrogante que nos hemos formulado cabe decir que la diferencia está en la *libertad*. Los animales, al menos los mamíferos que nos están próximos, carecen de libertad. Por ello, están dominados y responden a sus instintos. El chimpancé, por ejemplo, posee más del 90% de genes comunes con el hombre, pero no es un ser libertad. No es, por consiguiente, un ente espiritual.

La ciencia de nuestros días está avanzando en el conocimiento de los animales mamíferos, como en el caso del chimpancé, la que nos confirma lo anteriormente hemos expuesto. Es decir, que los animales mamíferos poseen psiquismo y, por tanto, tienen una elemental racionalidad. La diferencia entre el ser humano y los demás mamíferos, por consiguiente, se halla en que el hombre es un *ser libertad*.

Max Scheler, como lo hemos anotado en precedencia, dedica parte de su libro *El puesto del hombre en el cosmos* a tratar el problema de la diferencia existente entre el ser humano y los demás seres vivientes del planeta. Su tesis central en esta materia -la que compartimos- es que la inteligencia o racionalidad y las demás funciones psíquicas no son posesión exclusiva del hombre, sino que son compartidas con el animal. Ello no significa, sin embargo, que no exista una fundamental diferencia entre ambos

La lectura de la antes mencionada obra de Max Scheler, *El puesto del hombre en el cosmos*, fue, tal vez, la que nos motivó -en un lejano año de 1943 en el que ingresamos a la universidad- a reflexionar persistentemente

(6) Decimos, “al menos”, pues no sabemos si en un futuro se hará evidente que otros animales, aparte de los mamíferos, poseen también cierto psiquismo.

## ¿Cómo proteger jurídicamente al ser humano si se ignora su estructura existencial? *How to legally protect humans if their existential structure is ignored?*

sobre la cuestión relativa a la diferencia que existe entre el ser humano y los demás mamíferos<sup>(7)</sup>. En dicho libro Scheler manifiesta que el grado ínfimo de lo psíquico es el “impulso afectivo extático”, dirigido íntegramente hacia fuera, sin conciencia, ni sensación, ni representación. El autor adjudica a las plantas este primer grado de la evolución psíquica.

La segunda forma psíquica esencial que sigue al impulso extático de las plantas, en el orden gradual y objetivo de la vida, es el “instinto”. Scheler considera que esta palabra tiene un sentido e interpretación “muy oscuros y discutidos”, por lo cual se abstiene de toda definición. El instinto, apunta, está siempre al servicio de la especie. Así, el animal prepara algo con sentido para el invierno o para la puesta de los huevos, por ejemplo. El instinto es innato y hereditario.

De la conducta instintiva -nos dice Scheler- brotan dos formas de conducta, la “habitual” y la “inteligente”. La habitual representa lo que el autor designa como “memoria asociativa”. Ésta se atribuye a los seres vivos cuya conducta se modifica *lenta y continuamente* sobre la base de una conducta anterior de la misma índole que ha tenido éxito para la satisfacción positiva de un impulso cualquiera. Estas conductas, a diferencia de las que fracasan, se “fijan” en el animal. Ellas también se logran en virtud del adiestramiento del animal. El principio de la memoria asociativa, con su carga de habitualidad, actúa hasta cierto grado, en todos los animales.

La “inteligencia práctica”, en principio, está todavía orgánicamente condicionada al servicio “de un movimiento impulsivo y de la satisfacción de una necesidad”. Su sentido último es siempre una acción, por medio de la cual “el organismo alcanza o falla su fin impulsivo”<sup>(8)</sup>. Scheler narra que en el momento en que escribe su obra existía (1927-1928) una discusión, científicamente no resuelta, en torno a si el chimpancé había alcanzado o no la fase de la vida psíquica

de inteligencia práctica. Scheler, sobre la base de la experimentación realizada en chimpancés<sup>(9)</sup> por varios años, muestra su conformidad en el sentido de atribuir “acciones inteligentes muy sencillas” al chimpancé, posición que compartimos como se ha puesto anteriormente de manifiesto.

Scheler considera que es un error negar al chimpancé inteligencia “electiva” y “creer que siempre le mueve el impulso “más fuerte” en cada caso”. Sus impulsos, anota, “están netamente organizados en impulsos superiores directivos e impulsos inferiores auxiliares ejecutivos; en impulsos para acciones generales e impulsos para operaciones especiales”<sup>(10)</sup>. Scheler, no obstante lo anteriormente señalado, aclara que lo que el animal “no tiene, seguramente, la facultad de preferir entre los valores mismos -por ejemplo, lo útil, lo agradable-prescindiendo de los bienes concretos y singulares”. Agrega que, en todo lo afectivo, el animal está mucho *más cerca* del hombre en lo que se refiere a la inteligencia<sup>(11)</sup>.

Recientes estudios sobre los chimpancés y los primates en general confirman las apreciaciones de Scheler vertidas en los años treinta del siglo XX. El resultado de la investigación practicada por un grupo de estudiosos de la Universidad de Duke establece que los monos hacen cálculos mentales igual de bien que los universitarios, por lo que las capacidades matemáticas no verbales no son exclusivas de los seres

(7) La posición de Max Scheler sobre el tema aparece, como se ha señalado anteriormente, a partir de la página 29 y subsiguientes de su libro *El puesto del hombre en el cosmos*.

(8) Esta inteligencia, manifiesta Max Scheler, puede ponerse en el hombre al servicio de fines específicamente *espirituales*; sólo entonces se eleva por encima de la *sagacidad* y la *astucia*. *El puesto del hombre en el cosmos*, nota 1, 55.

(9) Scheler se refiere a las experimentaciones llevadas a cabo por el Instituto Alemán de Experimentación de Tenerife por el profesor Köhler. *El puesto del hombre en el cosmos*, 57.

(10) Max Scheler, *El puesto del hombre en el cosmos*, 59.

(11) Max Scheler, *El puesto del hombre en el cosmos*, 60.





## Carlos Fernández Sessarego

humanos. Si bien los primates no pueden hablar en cambio sí comprenden y se expresan en el lenguaje de señas. El haber descubierto esta vía de comunicación ha permitido un notorio avance en el estudio de la inteligencia de los primates.

El trabajo de investigación en referencia comparó la capacidad de dos hembras de mono con la de catorce estudiantes universitario de Duke. La labor, se señala, fue sumar mentalmente dos series de puntos que aparecen brevemente en una pantalla informática. Los equipos tuvieron que elegir la respuesta correcta entre dos opciones en una pantalla diferente. La investigación de la Universidad de Duke llega, después de un estudio formulado por un investigador japonés, en el 2007 en el sentido que los chimpancés jóvenes se desempeñaban mejor que los adultos humanos en un juego de memoria<sup>(12)</sup>.

Como señala Tomás Unger los logros de los primates no son sorprendentes pues tienen un cerebro cuyo tamaño es el que más se acerca al del hombre. El caso del gorila Coco y de varios chimpancés probaron que los simios pueden alcanzar la inteligencia de un niño de cinco años de edad. Los progresos en el estudio de la inteligencia de los primates son notorios. Mediante investigaciones y experimentos ingeniosos realizados con computadoras demuestran, nos dice Unger, que los gorilas y chimpancés son capaces de asociaciones, abstracciones y deducciones lógicas<sup>(13)</sup>.

El problema que se plantea Scheler, después de todo lo que sucintamente hemos glosado con anterioridad es que, si por el hecho de conceder inteligencia al animal, existe entre éste y el ser humano tan sólo una diferencia de grado o, más bien, una diferencia esencial. Es decir, como se anotó en su lugar, existe en el hombre algo distinto y superior a la inteligencia compartida. Para Scheler, la esencia del hombre está por encima de lo que llama inteligencia y facultad de elegir. Se halla en la palabra *espíritu*. La persona es el centro

activo en el cual el espíritu se manifiesta. Al responderse sobre en qué consiste el espíritu, el autor precisa, como se transcribió con anterioridad, que la propiedad fundamental del espíritu 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 a la inteligencia impulsiva propia de ésta”. El ser espiritual, por lo expuesto, ya no está sometido a sus impulsos ni al mundo que lo circunda. Como expresa el propio Scheler, el ser espiritual “es *libre frente al mundo circundante, está abierto al mundo, según expresión que nos place usar*”<sup>(14)</sup>.

El animal “*no se posee a sí mismo, no es dueño de sí; y por ende tampoco tiene conciencia de sí*”. Sólo el ser humano tiene conciencia de sí, por lo que “puede modelar libremente su vida”. Con el tornarse consciente de sí no sólo “puede elevar el ‘medio’ a la dimensión de ‘mundo’, (...) sino que puede también -y esto es lo más admirable- convertir en *objetiva su propia constitución fisiológica y psíquica* y cada una de sus vivencias psíquicas”<sup>(15)</sup>.

Una diferencia fundamental entre el animal superior y el ser humano, como señala Scheler, es que éste último puede reprimir y someter sus propios impulsos. Comparado con el animal, que dice siempre “sí” a la realidad, el hombre es el ser que sabe decir “no”. El ser humano puede también sublimar la energía de sus impulsos en actividades espirituales<sup>(16)</sup>.

(12) Esta noticia aparece en el diario “El Comercio”, de Lima, en la página a11 de la edición del 19 de diciembre del año 2007.

(13) La información que ofrecemos aparece en un artículo de Tomás Unger publicado en el diario “El Comercio” de Lima en la página a10 del 30 de octubre del 2007.

(14) Max Scheler, *El puesto del hombre en el cosmos*, 68.

(15) Max Scheler, *El puesto del hombre en el cosmos*, 68.

(16) Max Scheler, *El puesto del hombre en el cosmos*, 85.

## ¿Cómo proteger jurídicamente al ser humano si se ignora su estructura existencial? *How to legally protect humans if their existential structure is ignored?*

Como se desprende del lúcido pensamiento de Max Scheler, anteriormente glosado, lo que diferencia al animal superior -como es el caso del chimpancé- del ser humano no es la inteligencia ni el grado en que ésta se manifiesta, en uno o en el otro, sino el espíritu que, como lo ponemos de manifiesto en otro lugar, se sustenta en el hecho de que el hombre es un *ser libertad*. La libertad abre al ser humano al mundo de los valores, es decir, al de la espiritualidad. Comprobar que la libertad es estimativa, que posee una dimensión axiológica, es una forma de afirmar que el ser humano es espíritu. Así, el ser humano es espiritual porque es libre y, es libre, en tanto espiritual.

### 4. La “libertad” como ser del hombre

El haberse puesto de manifiesto que el ser del hombre no es la “razón” sino la “libertad” nos abre a una nueva época, a un tiempo nuevo. El avance experimentado en el conocimiento del ser humano en el siglo XX trae consigo, cabe reiterarlo, la renovación de los estudios de todas las ciencias humanas, las que deben adecuar sus supuestos a esta nueva realidad.

Fue en el período comprendido entre las dos guerras mundiales del siglo pasado, como está dicho, que los filósofos, sobre la base de las meditaciones iluminantes sobre todo de Sören Kierkegaard, profundizan en el conocimiento del ser humano a través, principalmente, de intuiciones emocionales, lo que les permite una relación inmediata con el ser que los constituye y sustenta. Mediante un proceso de interiorización el ser humano descubre su propio *ser* adquiriendo, de este modo, su personal experiencia de la libertad. Se supera así la visión racionalista y reduccionista de Boecio y de todos aquellos que adhieren a su concepción de la estructura existencial del ser humano.

Cabe señalar, desde ahora, que el descubrir que el ser del hombre es la *libertad* obliga a los juristas a imaginar nuevos criterios y técnicas de protección de un ente de esta calidad, lo que dista de aquellos utilizados hasta ese momento para proteger a lo que era, solamente, un ser racional. No es lo mismo, para los efectos de la protección jurídica, considerar al ser humano como un ente que se define únicamente como “racional” que aquel cuyo ser es la libertad. La específica dimensión del psiquismo, como se ha mencionado, no agota lo que es el ser del hombre. Esta es la importancia práctica que tiene para el Derecho el extraordinario aporte que significa

que el ser humano identifique su propio ser como siendo un *ser libertad*.

El problema en los días que corren sigue siendo, todavía, precisar tales criterios y técnicas a fin de uniformizar, dentro de cierta flexibilidad, la protección judicial del ser humano. Tarea, sin duda, difícil y delicada si nos atenemos a la compleja estructura existencial del ser humano y de las características propias y únicas de cada persona desde que, si bien todas ellas son iguales no hay, sin embargo, dos idénticas.

### 5. Antecedentes

Nos hemos referido, en varios libros y ensayos publicados a partir de los años 50 del siglo XX, a la *libertad* como tema central de nuestras investigaciones y reflexiones en relación con diversos asuntos relacionados con la disciplina jurídica como son la naturaleza de la persona, la noción de Derecho, su objeto de estudio y su finalidad, el genérico concepto de “daño a la persona” y, como modalidad o especie de éste último, del radical “daño al proyecto de vida”. También nos hemos ocupado de las más conocidas modalidades del “daño a la persona”, tales como del “daño biológico” o lesión en sí misma, del “daño al bienestar” que aparece posteriormente en Italia como “daño existencial”.

Así mismo, en aquellos trabajos hemos tratado diversos otros asuntos como son los referentes a la subjetividad, a la autonomía de la voluntad, la clonación de seres humano, de la aparición del “Derecho de Daños”, de los nuevos alcances de la responsabilidad civil, de la antijuridicidad, del concepto de empresa, a la clasificación del derecho, sobre la naturaleza de la persona jurídica, sobre la diferenciación entre “daño a la persona” y “daño moral” y a otras cuestiones afines. Citamos, en nota a pie de página, la correspondiente bibliografía sobre la mencionada materia la





## Carlos Fernández Sessarego

que consideramos como más relevante<sup>(17)</sup>. No obstante lo expresado, en los siguientes párrafos, así como a través de todo este trabajo volveremos, cuando ello sea necesario, sobre algunos de los temas tratados a propósito de la libertad como ser del hombre<sup>(18)</sup>.

### 6. Qué se entiende por “ser” y qué por “ente”

Es útil precisar, al referirnos tanto al ser humano como a la libertad, sobre cuáles son

- (17) En muchos de nuestros trabajos, en los que hemos centrado nuestra preocupación en conocer lo mejor posible la estructura existencial del ser humano, nos hemos referido al tema de la libertad. Podemos señalar al efecto algunos de los ensayos y libros, señalando en cada caso uno de los lugares y medios de su publicación aunque varios de ellos se han editado en diversos otros medios impresos. Entre ellos: *El derecho como libertad; Derecho y persona; La noción jurídica de persona; Protección jurídica de la persona y Nuevas tendencias en el derecho de las personas* (Lima: Universidad de Lima, 1992 y 1990). A propósito de fundamentar los estudios realizados en torno al “daño a la persona” y, particularmente, al “daño al proyecto de vida”. Nos hemos también referido al tema en diversos ensayos publicados a partir del año 1985. Así, pueden consultarse, entre otros, los siguientes: *Apuntes sobre el daño a la persona*, en Autores Varios, “La persona humana”, (Buenos Aires: La Ley, 2001) en la revista IUS ET VERITAS 25, Año XII, (Lima, 2002); “Hacia una nueva sistematización del daño a la persona”, en Autores Varios, *Estudios en honor de Pedro J. Frías*, (Córdoba: Academia Nacional de Derechos y Ciencias Sociales, 1994), en *Cuadernos de Derecho* 3, (Lima: Universidad de Lima, 1993), en *Ponencias I Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial*, (Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1994), en *Gaceta Jurídica*, N° 79-B, (Lima, 2000); “Daño al proyecto de vida”, en la revista *Derecho PUCP* 50, (Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996); en autores varios, *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Tom. V, (Milano: Giuffrè, 1998); en *Responsabilidad Civil y del Estado* 6, (Medellín: Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado, 1999), en *Revista Jurídica* 3, vol. XXXIV, (San Juan de Puerto Rico: Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, 2000); “Nuevas reflexiones sobre el daño al proyecto de vida”, en *Revista Jurídica del Perú* 38, Año LII, (Trujillo, 2003) y en *Responsabilidad Civil y Seguros* VI, Año IV, (Buenos Aires: Editorial La Ley, 2002); *Deslinde conceptual entre daño a la persona, daño al proyecto de vida y daño moral*, en la revista *Foro Jurídico* 2, Año I, (Lima, julio del 2003); en *Revista Jurídica del Perú* 50, Año LIII, (Trujillo septiembre del 2003) en la revista *Responsabilidad Civil y del Estado* 16, (Medellín: Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil, 2004) y en el libro *Responsabilidad Civil. Nuevas tendencias, unificación y reforma. Veinte años después*, (Lima: Editorial Palestra, 2005). Recientemente se han publicado “El daño al proyecto de vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Derecho PUCP* 56, (Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, diciembre del 2003); en *Estudios Jurídicos en Homenaje a al profesor Luis Díez-Picazo*, Tom. I, (Madrid: Civitas, 2003); en *Responsabilidad Civil y Seguros* IV, Año V, (Buenos Aires: La Ley, julio-agosto del 2003) en *Revista del Centro de Educación y Cultura* (Lima: Corte Superior del Cono Norte, Año I, Vol. I, mayo del 2004); “El Derecho de Daños en el umbral de un nuevo milenio”, Lima, en *DOXA. Tendencias Modernas del Derecho*, (Trujillo: Ediciones Normas Legales, 2004); “Recientes decisiones de los tribunales internacionales de derechos humanos: reparación del “daño al proyecto de vida”, en *Revista Peruana de Jurisprudencia* 52, Año 7, Trujillo, junio del 2005 en “Anuario de Derecho Europeo”, N° 4, (Sevilla: Universidad de Sevilla, 2004). *El “daño a la libertad fenoménica” o “daño al proyecto de vida” en el escenario jurídico contemporáneo*, en *JUS Doctrina & Práctica* 6, (Lima: Grijley, junio del 2007); en *Responsabilidad Civil*, (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007); y en traducción al italiano en *La responsabilità Civile* 6, año V, (Torino: UTET, 2008); *Aproximación al escenario jurídico contemporáneo*, (Buenos Aires: La Ley del 1 de agosto del 2007); *El daño al proyecto de vida. ¿merece protección jurídica?*, en *Revista Jurídica del Perú* 84, (Lima, febrero del 2008); y en *Foro Jurídico* 8, año IV, (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008); “¿Es posible proteger jurídicamente el proyecto de vida?”, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, (Buenos Aires: La Ley, marzo del 2010) y, abreviado, en *Liber Amicorum por Francesco Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, vol. II, (Milano: Giuffrè, 2008); “Il risarcimento del “danno al progetto di vita””, en *La responsabilità civile* 11, Año IV, (Torino: UTET, 2009); “Reconocimiento y reparación del “daño al proyecto de vida” en el umbral del siglo XXI”, en *Temas esenciales de derecho del Derecho Laboral. Libro Homenaje Santiago J. Rubistein*, (Buenos Aires: EJ, 2009); “Breves apuntes sobre el “proyecto de vida””, en *La Filosofía como repensar y replantear la tradición*, (Lima: Universidad Ricardo Palma, 2011), *La responsabilidad civil del médico y el consentimiento informado*, (Lima: Motivensa, 2011).
- (18) Carlos Fernández Sessarego, *El derecho como libertad*, 2° ed., 71 y subsiguientes; y 113 y subsiguientes de la tercera edición.

## ¿Cómo proteger jurídicamente al ser humano si se ignora su estructura existencial? *How to legally protect humans if their existential structure is ignored?*

los alcances conceptuales que atribuimos a las nociones de “ser y a la de “ente”, las que emplearemos con frecuencia en las páginas del presente trabajo. Como apunta Heidegger, el “ser es en todo caso el ser de un ente”<sup>(19)</sup>. El ser es aquello que determina a los entes en tanto entes. El ser es indefinible. Heidegger señala que el ser “no es lo que se dice un ente”<sup>(20)</sup>. El ser no puede concebirse como un ente. El ser de los entes no “es”, él mismo, un ente.

Con la expresión “ente” se designa a todos los objetos que están ante la mirada del ser humano, así como al ser que conoce. Como precisa Heidegger, ente es “todo aquello de que hablamos, que mentamos, relativamente a lo que nos conducimos de tal o cual manera de serlo”. Ente es “aquello que somos nosotros mismos y la manera de serlo”<sup>(21)</sup>. Heidegger designa como “ser-ahí” el ente que somos en cada caso nosotros mismos, “y que tiene entre otros rasgos la “posibilidad de ser”<sup>(22)</sup>.

El “ser” es el que hace que los entes sean lo que son, diferenciándolo de los demás entes que pueblan el mundo en el cual vivimos.

### 7. El ser del hombre

El ser del ente “ser humano” es la *libertad*. Para expresarlo con más precisión, la existencia humana es *libertad coexistencial desplegada en el tiempo*. El ser humano es coexistencial en tanto su ser participa de una estructura social, por lo que se realiza como tal con la participación de los demás seres humanos con los cuales convive en sociedad. El ser humano es, pues, estructuralmente coexistencial, no se le concibe fuera de una comunidad de personas libres. Pero, simultáneamente, su estructura es también temporal pues la libertad es proyección de actos o conductas en función de un futuro apoyándose, desde el presente, en el pasado. El ser humano tiene su “tiempo existencial” dentro del tiempo cosmológico.

Como precisa Vilanova, “la libertad es una relación con el futuro por lo cual éste se ofrece como un repertorio de

posibilidades, contingentes cada una de ellas, pero alguna o algunas necesarias” Corresponde al ser humano decidir “cuál o cuáles de esas posibilidades haya de pasar a ser realidad cuando ese futuro así presentado pase, por su parte, a ser puro presente, es decir, presente ahora de las cosas”<sup>(23)</sup>.

Lo que diferencia al hombre de los demás entes es un *plus*, un algo más. Este *plus* es nada menos que su propio *ser libertad*. La libertad es lo que hace que los seres humanos se diferencien de los mamíferos y demás entes que existen sobre la tierra. Sólo el ser humano es un ente libertad y, por ello, es proyectivo y estimativo. Es proyectivo, por cuanto el ser libre debe necesariamente proyectar su vida, elaborar un plan existencial (ver & 33). Es estimativo en tanto que, para decidir su proyecto de vida, debe valorar. La vida humana es, de suyo, valiosa, en cuanto es substrato de valores. Por ello, por ser substrato de valores, la vida humana adquiere un “sentido”. La existencia humana tiene un sentido, una razón de ser.

La libertad signa al ser humano como un ser espiritual capaz de vivenciar y realizar valores dentro de una determinada comunidad de seres humanos. Se es libertad en cuanto el ser humano es espiritual. Es, además, un ser lábil, pues va haciendo su vida en una dimensión coexistencial (ver & 49), o social, dentro de su tiempo existencial (ver & 54). La vida de la libertad, nuestra vida, es una continuidad de quehaceres de acuerdo a un proyecto. Es un proceso abierto en el tiempo, desde la fecundación o concepción hasta la muerte.

(19) Martín Heidegger, *El ser y el tiempo*, (México: Fondo de Cultura Económica, 1951), 11.

(20) Martín Heidegger, *El ser y el tiempo*, 5.

(21) Martín Heidegger, *El ser y el tiempo*, 8.

(22) Martín Heidegger, *El ser y el tiempo*, 9.

(23) José M. Vilanova, *Proyecto existencial y programa de existencia*, (Buenos Aires: Astrea, 1974), 17 y 18.



## Carlos Fernández Sessarego

La libertad posibilita al ser humano a concebir proyectos, trazar un rumbo a su vida y otorgarle un sentido. La libertad hace posible que el hombre pueda “ser lo que decidió ser en la vida”. Ella le permite tener una trayectoria existencial, una propia biografía. Como apunta Jaspers, “los hombres son lo que son no por nacimiento simplemente, ni por crianza ni educación, sino por la libertad de cada uno sobre la base de su ser dado”<sup>(24)</sup>.

Apoyándonos en los desarrollos de la filosofía existencial, en especial en el pensamiento de Heidegger, es dable afirmar que el ser del hombre es, como decíamos en otra sede, “la realidad básica, radical, primaria, pues es el fundamento y la explicación de todo lo demás que se halla en el mundo ante nuestra mirada”. Es el ser que conoce, el ser que se comunica.

Jaspers, en ese mismo sentido, expresa que el ser humano es la medida de todas las cosas. Por ello, de todo lo demás que se halla en el mundo “sólo cabe hablar en relación con el hombre, o sea de lo que él encuentra en el mundo, de lo que está a su disposición y de lo que le sale al paso con prepotencia”<sup>(25)</sup>. Como lo hemos expresado, los objetos del mundo se dan en función de quien los conoce: el ser humano. Son objetos en relación con el ente que los aprehende como tales.

El ser humano es una experiencia rica que penetra en el mundo y que, según Mounier, “se expresa por una creación incesante de situaciones, de reglas y de instituciones” pero, como este recurso de la persona es indefinido, “nada que lo expresa lo agota, nada de cuanto lo condiciona lo sojuzga”. Para Mounier el ser humano no es un objeto sino “una actividad vívida, de autocreación, de comunicación y de adhesión, que se aprehende y se conoce en su acto, como movimiento de personalización”<sup>(26)</sup>.

La persona surge y aparece en el mundo como un ser libertad. Libertad que genera el espíritu, por lo que es conforme referirse a la “libertad espiritual”. El ser del hombre es libertad y, por ende, es espíritu. De ahí que el ser humano no recibe la libertad espiritual desde fuera, ya sea del Estado o de la sociedad. Mediante el Derecho lo que pueden hacer las

instituciones es proteger tanto la vida del ser libertad así como la exteriorización de su libertad, es decir, de su aparición en el mundo como fenómeno, como acto o conducta.

El Estado, para hacer efectiva la protección de la libertad - en tanto ser del hombre - debe propiciar la vivencia comunitaria de los valores de justicia, solidaridad, seguridad, igualdad y de todos aquellos valores que fueren pertinentes para crear y mantener un pacífico ambiente social, creando oportunidades y removiendo obstáculos a fin de que la persona pueda realizarse como tal. Es decir, propiciar las mejores condiciones posibles de vida en común tendientes a hacer efectivo el cumplimiento del “proyecto de vida” de cada cual, dentro del bien común. Es conveniente recalcar, cuantas veces fuese necesario, que los proyectos de vida deben cumplirse dentro del bien común, en armonía con el interés social, pues el ser humano no es un ente aislado, encerrado en sí mismo. Es, por el contrario, un ente estructuralmente social, coexistencial, que debe hacer su vida con los demás seres humanos en sociedad.

La persona es, en sí misma, un fin. El Estado y la sociedad son instrumentos para facilitar su realización personal, para el cumplimiento del “proyecto de vida” de cada cual, dentro del bien común.

El ser del hombre, la libertad, es indefinible. Sólo aludimos a ella a través de uno de sus atributos como es el de la capacidad del ser humano de decidir y elegir, por sí mismo, según valores, un determinado proyecto de vida. Las decisiones y elecciones del ser humano, en cuanto ser libre, se traducen en la realidad de la vida en actos, en conductas, en comportamientos (ver & 30).

(24) Karl Jaspers, *Ambiente espiritual de nuestro tiempo*, 201.

(25) Karl Jaspers, *La fe filosófica*, 2° ed., (Buenos Aires: Losada, 1968), 44.

(26) Emmanuel Mounier, *El personalismo*, 7.

(27) Martín Heidegger, *El ser y el tiempo*, 15.

## ¿Cómo proteger jurídicamente al ser humano si se ignora su estructura existencial? *How to legally protect humans if their existential structure is ignored?*

El “ser ahí”, el hombre, como apunta Heidegger, se comprende siempre a sí mismo partiendo de su existencia. El ser mismo, “relativamente al cual puede conducirse y se conduce siempre de alguna manera el “ser ahí” lo llamamos existencia”<sup>(27)</sup>. El ser humano, el “ser ahí”, tiene una múltiple preeminencia sobre todos los demás entes. Esta preeminencia consiste en su propio ser libertad y el poder comprender “el ser de todos los entes de una forma distinta a la del “ser ahí”<sup>(28)</sup>.

### 8. Determinismo y libre albedrío

La filosofía, en particular la de la primera mitad del siglo XX, intenta explicar la estructura existencial del ser humano como la de un ser libertad, como la de un ser espiritual. Sobre la base de sus argumentaciones, hallazgos y aportes, queda desvirtuada la encendida polémica de antaño sobre el determinismo y el libre albedrío. Recuerdo que siendo estudiante de Humanidades, alrededor del año 1943, todavía algunos pensadores adherían a la corriente determinista negadora de la libertad. Para el determinismo los actos humanos dependían de situaciones de hecho. Pero, poco tiempo después, sobre todo a raíz de la llegada al Perú de las traducciones de las obras de Kierkegaard así como de los filósofos de la existencia como Heidegger, Sartre, Marcel o Jaspers y de la difusión del pensamiento de Zubiri, se acallaron las voces que sostenían la posición en favor del determinismo.

Como expresa Sartre<sup>(29)</sup>, es extraño que se haya podido razonar sin beneficio sobre el determinismo sin haberse antes interrogado sobre la acción para, a partir de su análisis, concluir que el acto humano, el hacer del hombre, no depende de un estado de hecho cualquiera. Ningún estado de hecho es susceptible de motivar, por sí mismo, un acto cualquiera. El acto es una proyección del ser humano, de su libertad, en el mundo exterior.

Mounier, en este mismo sentido, sostiene que en cuanto el ser humano es libre y espiritual, “ya no está más bloqueado en su destino por el determinismo”<sup>(30)</sup>.

La polémica sobre el determinismo es una clara demostración de la casi generalizada ignorancia reinante, por lo menos

hasta la primera mitad del siglo XX, sobre el conocimiento de la estructura existencial del ser humano. Este avance en el conocimiento del ser humano significa que tengamos, a la vez, una mejor comprensión de su destino, de su finalidad, como del mundo en el cual se vive.

Cabe señalar, sin embargo y como se desarrollará en su lugar, que si bien la libertad que denominamos ontológica es absoluta, es decir, no está determinada, también es cierto que la libertad fenoménica, que se proyecta a través de actos, si se halla condicionada por factores proveniente del mundo interior o del exterior de la persona.

### 9. La experiencia de la libertad

A la altura del nivel histórico en el que estamos situados, sobre la base de los aportes filosóficos y científicos y de una repetida experiencia personal, tenemos conciencia que la libertad es el *ser* del hombre, que es *mi* ser. Muchas veces, como infinidad de seres humanos lo han hecho -y lo seguirán haciendo en el futuro-, nos hemos preguntado, con explicable angustia, de dónde venimos, a dónde vamos, cuál es el sentido y la razón de nuestra vida, qué comporta nuestro vivir. Pero, si el misterio que nos envuelve sobre nuestra procedencia y nuestro destino -sólo superado por la fe- es de suyo importante, también nos angustia saber qué somos, en qué consistimos, cuál es *mi* estructura existencial. Al interrogarnos sobre nuestro ser, la respuesta se nos ha presentado como una disyuntiva. Nos referimos a aquella a la que alude Jaspers cuando nos dice “que el hombre siente la necesidad o del ser-mismo de la libertad, o de

(28) Martín Heidegger, *El ser y el tiempo*, 16.

(29) Jean Paul Sartre, *El ser y la nada*, Tom. III, 13.

(30) Emmanuel Mounier, *El personalismo*, 36.



## Carlos Fernández Sessarego

un asidero objetivo<sup>(31)</sup>. Es decir, nos afirmamos como seres estructuralmente libres, como siendo *nosotros mismos* o, por el contrario, requerimos de un apoyo externo.

El dilema planteado por el filósofo germano es cierto. O somos un ente cuyo ser es *libertad* o, simplemente, somos una cosa, un objeto más del mundo en el cual vivimos. De ocurrir esto último, seríamos un ente acabado, compacto, no proyectivo, no estimativo. O nuestro asidero lo encontramos en nosotros mismos, en nuestro propio *ser libertad*, o concluiríamos siendo un robot, una cosa estandarizada, estática. O, como diría Mounier, terminaríamos sintiéndonos como “juguetes en el universo”. Para nosotros, al igual que para una pléyade de hombres de pensamiento, tenemos conciencia y experiencia de nuestra libertad. Nos “sentimos” seres libres, “vivimos” como seres libres. No podríamos existir de otra manera. Por ello, luchar por la libertad es luchar por la realización de nuestro propio ser, de nuestro personal “proyecto de vida”, de nuestra existencia, en suma. Esta es nuestra experiencia personal, avalada también por la de ilustres filósofos de nuestro tiempo.

Tenemos la experiencia de ser un *ser libre*. Vivimos como un ente libre, que tiene un “proyecto de vida” que realizar, que cumple, consciente o inconscientemente, una misión, un destino personal único e irrepetible. Es cierto lo que expresa Mounier cuando nos dice “que es la persona quien se hace libre después de haber elegido ser libre”.

Nada en el mundo le asegura al ser humano que es libre “si no penetra audazmente en la experiencia de la libertad<sup>(32)</sup>. Ello se corrobora a través de nuestros actos, que son los de un ser libre. ¿O es que me experimento como un ser total y absolutamente determinado o condicionado, como una cosa? No somos una cosa más en el universo. Esta no es *mi* experiencia. Lástima que nuestra experiencia personal de “ser libre” no la podamos transmitir a los otros, a los demás seres con los cuales compartimos el vivir.

A cada persona le corresponde sentirse o no un ser libertad, descubrir su libertad o vivir en las tinieblas en cuanto al sentido y finalidad de su vivir.

Refuerza nuestra personal experiencia de la libertad, que linda en alguna ocasión límite con la angustia, el asombroso hecho de que cada ser humano, siendo igual a todos los demás seres humanos en cuanto a su unidad psicosomática, no es idéntico sino a sí mismo. Podemos decir, por lo tanto, “yo soy el que soy y no otro”. Ello es dable en virtud de que cada ser humano es libre para escoger un determinado “proyecto de vida”, una personal manera de emplear la existencia que recibió como un don, para cumplir una cierta tarea en el curso de su temporal vivir. No hay, por ello, dos biografías idénticas.

La libertad, además, hace del hombre un ser impredecible, capaz de evolucionar, de cambiar, de redimirse, de degradarse, de recuperarse, de llevar una vida egregia, digna, auténtica o inauténtica. Por ello, la identidad no es sólo estática sino dinámica. Somos idénticos a nosotros mismos pese a ser iguales en lo psicosomático a los demás seres humanos en tanto que, por ser libres, escogemos y realizamos un cierto proyecto de vida que es único, absolutamente personal, no intercambiable, irrepetible. Optamos por una manera no estandarizada de realizar nuestro proyecto de vida<sup>(33)</sup>.

En el curso del presente trabajo ampliamos lo tratado en este punto sobre la temática de la experiencia de la libertad. Nos referimos más adelante a la experiencia de la libertad tanto a través de la angustia existencial como de su conocimiento mediante los actos o conductas en los que se manifiestan las decisiones y elecciones que de ella dimanan ahí<sup>(34)</sup>.

(31) Karl Jaspers, *El ambiente espiritual de nuestro tiempo*, 59.

(32) Emmanuel Mounier, *El personalismo*, 36.

(33) Sobre el tema de la identidad estática y dinámica, cfr. Carlos Fernández Sessarego, *Derecho a la identidad personal*, (Buenos Aires: Astrea, 1992).

(34) Martín Heidegger, *El ser y el tiempo*, 16.



## ¿Cómo proteger jurídicamente al ser humano si se ignora su estructura existencial? *How to legally protect humans if their existential structure is ignored?*

### 10. Libertad y responsabilidad

La libertad supone ser responsable de nuestras propias decisiones, del proyecto de vida que hallamos elegido, de nuestros actos, conductas, comportamientos. La libertad es irrenunciable, somos libres o no somos. Sin embargo existen algunos -o muchos- seres humanos que no soportan declararse responsables de actos libremente elegidos y decididos que agravan a los demás, que causan daños de todo jaez.

Es así que por un mecanismo psicológico transmiten a otros su propia responsabilidad por las consecuencias de un acto o conducta libremente decidida. Suelen decir, tratándose escabullirse de su propia decisión, que la culpa de sus actos la tiene sus padres que no lo educaron debidamente, de sus maestros o de sus jefes que los impulsaron a la acción indebida. Finalmente, no es raro escuchar que se transmite la propia responsabilidad “a la sociedad”.

Por lo expuesto es frecuente, en ciertas ocasiones o casi siempre, la renuncia de la libertad. Es decir, que sus decisiones se transfieren a otra u otras personas quienes son las que deciden por él. Pero esta aparente renuncia comporta también la toma de una libre decisión. Se decide eludir su propia responsabilidad de ser libertad.

### 11. La libertad y sus condicionamientos

Los seres humanos somos ontológicamente libres no obstante los condicionamientos a los cuales nos debemos someter, en múltiples ocasiones, al adoptar y convertir en conductas o actos una decisión personal. Es decir, que la libertad ontológica, nuestro ser, no admite condicionamientos mientras que, en cambio, la libertad fenoménica si lo está. Pero este último hecho no nos hace perder nuestra consistencia de seres ontológicamente libres. Seremos siempre libres para decidir someternos a tales condicionamientos o, inclusive y como es práctica común, para decidir que otro u otros decidan en nuestro lugar.

Los condicionamientos constituyen para el hombre lo que representa el viento para las aves. Sin la resistencia de

los condicionamientos no podríamos vivir (ver & 29). Como certeramente apunta Mounier: “La libertad no se gana contra los determinismos naturales, se conquista sobre ellos, pero con ellos”<sup>(35)</sup>. El cumplimiento del “proyecto de vida” de cada cual supone una constante y permanente lucha contra los condicionamientos de todo tipo.

Si bien es cierto que podemos renunciar a ejercer nuestra libertad en tanto hemos decidido que otro u otros lo hagan por nosotros, ello no puede anular nuestra libertad ontológica (ver 29a). La libertad, en cuanto ser del hombre, es absoluta. Es nuestra vida, desde que ésta es la “vida de la libertad”. No se comprende la libertad sin que esté implantada en una “vida”, en una existencia, y ésta, a su vez, carece de sentido si no se la comprende como una vida que es libertad. ¿Cómo vivir sin libertad? ¿Cómo ser libertad careciendo de vida? Sólo la muerte pone fin a nuestro ser libertad.

Si bien la persona permanece concretamente ligada a “numerosos y cerrados determinismos, cada nuevo determinismo que el sabio descubre es una nota más en la gama de nuestra libertad”. De ahí que Mounier considere certeramente que, quien “se apoya en las fatalidades de la naturaleza para negar las posibilidades del hombre, se abandona a un mito o intenta justificar una dimisión”<sup>(36)</sup>.

Cabe reiterar que frente al “redescubrimiento” de la libertad, que hace al hombre un ser espiritual, ha perdido vigencia la antigua disputa sobre el determinismo. Somos seres libres, pese a que nuestras íntimas decisiones no se puedan cumplir en la realidad de la vida por los condicionamientos a que estamos sometidos. En otros términos, la libertad

(35) Emmanuel Mounier, *El personalismo*, 36.

(36) Emmanuel Mounier, *El personalismo*, 14.





## Carlos Fernández Sessarego

ontológica, que nos hace ser lo que somos, seres humanos, sólo se pierde, como hemos anotado, con la muerte, en el momento en que se extingue “la vida de la libertad”. En este único sentido la libertad es absoluta. De ahí que Sartre puede sostener que, puesto que la libertad es afirmación absoluta, nada podría limitarla. Es por ello, total y sin límites, por el sólo hecho de que es.

Situación diferente acaece cuando la libertad ontológica, nuestro propio ser, se vuelca a la realidad de la vida, se exterioriza, se fenomenaliza, aparece en el mundo, en la realidad del coexistir, como actos o conductas que pretenden concretar nuestro proyecto de vida, nuestra realización personal. Si bien somos libres para decidir, podemos no serlo por acción de los condicionamientos cuando intentamos convertir la decisión o elección en actos, en conductas. La libertad fenoménica, por consiguiente, está sometida al fracaso en razón de los condicionamientos, endógenos y exógenos, que limitan, restringen o anulan en la práctica cotidiana una decisión del ser humano. Sobre el tema volveremos con mayor amplitud al tratar sobre las instancias de la libertad.

### 12. La existencia egregia

Hay diversas maneras de *vivir* la vida. Cada persona tiene su propia escala de valores lo que determina las finalidades que persigue en su periplo existencial. En suma, cuál es su proyecto de vida. O, en otros términos, cuál es el sentido que desea otorgarle a su existir. Los valores *vividos* concretan dicho sentido.

La vida humana puede ser auténtica, digna, valiosa, egregia. Es la manera armoniosa y fructífera del transcurrir del tiempo existencial. Hay valores que exaltan el existir como aquellos de una vida dedicada a la virtud, al servicio de los demás, donde se vivencian con hondura los valores del amor y de la consiguiente solidaridad. La santidad, la heroicidad son, por ejemplo, modelos de vida donde estos valores se realizan en el diario vivir.

Como precisa Mounier, el hombre puede vivir a la “manera” de una cosa, como un objeto más del mundo que nos rodea. Pero, agrega que, como no es una cosa, “tal vida se le

aparece bajo el aspecto de una dimisión: es la “diversión” de Pascal, el “estado estático” de Kierkegaard, la vida “inauténtica” o “decaída” de Heidegger, la “alienación” de Marx, la “mala fe” de Sartre<sup>(37)</sup>. Vivir a la manera de una cosa supone la degradación del ser humano, un comportamiento contrario a su dignidad. Queda tan sólo una “sombra” de existencia, una existencia “falsificada”, una vida inauténtica, rutinaria. El hombre, como nos lo recuerda Heidegger, decae en lo diario, en lo vulgar.

La vida, lo decimos en expresión grata a Ortega y Gasset, debe ser “egregia”. La existencia es una continua lucha por conquistar nuestra libertad, por ser auténticos en la persecución de un ideal, en la realización de un personal “proyecto de vida”. Como lo remarca el propio Mounier, y tal como lo hemos apuntado en precedencia, “la libertad no se gana contra los determinismos naturales, se conquista sobre ellos, pero con ellos”. La libertad que somos nos permite vivenciar valores que nos dignifican. Por ser espirituales estamos posibilitados para amar, para crear, para acercarnos a la inasible perfección, para descubrir nuestra trascendencia, para cumplir nuestra misión al servicio de los demás. Así se construye, en la cotidianidad del existir, una vida egregia, auténtica, paradigmática.

Alcanzar una vida egregia, auténtica, supone aspirar a la inasible perfección, acercarnos lo más posible a este ideal de vida. Vivir en tensión de perfección supone rechazar una vida horizontal chata, estéril, ayuna de ideales, conformista y egoísta. Aproximarnos a la perfección es vivir una vida que dejó de ser horizontal para asumir una tensión diagonal. La diagonal es una línea que nos acerca a la perfección, que supone una vida siempre en ascensión, en trance de permanente

(37) Emmanuel Mounier, *El personalismo*, 26.

## ¿Cómo proteger jurídicamente al ser humano si se ignora su estructura existencial? *How to legally protect humans if their existential structure is ignored?*

superación, capaz de redimirse frente a cualquier caída. La humildad, que no es conformismo, ayuda mucho cuando se decide transitar por esta ruta que nos acerca a la verdad de ser nosotros mismos.

Para otorgar un sentido valioso a la vida, para ser útiles y acercarse a la felicidad, el ser humano debe aprovechar al máximo los dones y habilidades innatas que posee a fin de no desperdiciarlas y, así, aproximarse lo más posible a la perfección, enriquecerse de continuo, así como encontrarse en las mejores condiciones para cumplir la misión de cada persona de servicio a los demás. Ello se logra con amor, solidaridad, empeño, tesón, personalidad robusta, humildad, incesante trabajo y honestidad en nuestro proceder, tanto público como privado. Vivir de esta manera es una forma digna de existir.

### 13. La libertad, ¿es un atributo del ser humano?

No es infrecuente leer o escuchar que la libertad es un *atributo* o *facultad* del ser humano, es decir, a manera de algo agregado o sobrepuesto a su *ser*, proveniente de fuentes externas a él. Para otros es una libertad que nos otorga el ordenamiento jurídico. Ello, sin embargo, no es exacto.

El Diccionario de la Lengua Española se refiere a la libertad como una: "Facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos". Con esta significación se otorga a la libertad la calidad de una "facultad natural" del hombre cuando, como está dicho, es su propio *ser*. No obstante, en la expresión antes transcrita se hace evidente que la libertad supone decidir, elegir, preferir, entre "obrar de una manera o de otra, y de no obrar". Y es que, como le referiremos en su lugar, sólo podemos referirnos a la libertad a través de su manifestación más elocuente, más visible, como es la posibilidad que tiene el ser humano de "elegir" y "decidir" entre diversas maneras de comportarse, de actuar, de realizar determinadas conductas o

de no ejecutarlas. ¿De qué otra mejor manera podríamos aludir a la libertad que somos sino es mediante esta "propiedad", desde que, como sostiene Sartre, la libertad es indefinible e innombrable?<sup>(38)</sup> Lo mismo ocurre con Dios, al cual sólo podemos también referirnos a través de algunas de sus manifestaciones o propiedades como, por ejemplo, aquella que lo describe como omnipotente, misericordioso, como el sumo amor. La significación que le otorga la Academia a la libertad es correcta desde esta perspectiva como también lo es cuando afirma que por la libertad la persona es "responsable de sus actos".

La libertad no es un atributo o una facultad más, una propiedad del ser humano, sino su propio *ser*<sup>(39)</sup>. No es una propiedad de la que el hombre pueda o no disponer. Marcel subraya al respecto "que de ningún modo puede tratarse la libertad como si fuera un predicado perteneciente de alguna manera al hombre considerado como esencia"<sup>(40)</sup>. El hombre no "tiene" o deja de tener libertad, sino el hombre "es" libertad.

La libertad no es, como algunos pensaban hasta no hace mucho -y tal vez lo sigan pensando-, un "atributo", "calidad" o "propiedad" del ser humano. La libertad no es algo adosado a la persona, que pertenece a su esfera psicosomática o que le viene de afuera. La libertad, en efecto, "no es una cualidad sobreagregada o una *propiedad* de mi naturaleza; es muy exactamente la tela de mi ser; y como mi ser se discute en mi ser, debo necesariamente tener una cierta comprensión de la libertad"<sup>(41)</sup>.

En palabras de Heidegger, el "ser ahí" es el ente cuyo ser es irle este su ser mismo por lo

(38) Jean Paul Sartre, *El ser y la nada*, Tom. III, 17.

(39) Cabe recordar al efecto lo expresado por Heidegger, anteriormente referido, en el sentido que el ser es "aquello que determina a los entes en cuanto entes" y, agrega, que "el 'ser' de los entes no 'es' él mismo un ente" (Martín Heidegger, *El ser y el tiempo*, en nota 9, 8).

(40) Gabriel Marcel, *El misterio del ser* (Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1953), 296.

(41) Jean Paul Sartre, *El ser y la nada*, tom. III, 18.



## Carlos Fernández Sessarego

que puede decir de sí “soy yo” y de su ser “mi ser”. El ser es lo que hace que sea “mío”.

Ortega y Gasset, por su parte, señala que la libertad no un “algo” exterior al yo sino que es el yo que cada uno es. Este yo no es ni el clásico ni el que se suele confundir con la conciencia. Se trata del yo existencial, de la libertad que cada ser humano es.

### 14. La libertad y las “libertades”

Como sostiene Sartori, la palabra “libertad” es proteica pues se emplea y se aplica en diversos contextos de la vida humana: económico, político, jurídico y otros, por lo que se debe distinguir unos de otros<sup>(42)</sup>. Así, para este autor la expresión libertad que buscan y manejan los filósofos es la libertad “verdadera”, mientras que los científicos la asumen en otros contextos como el político, el jurídico, el económico, etc. La distinción que efectúa Sartori es acertada pues no puede confundirse la libertad que denomina como “verdadera” - que según el autor es autonomía, autorrealización, voluntad - y que para nosotros es el ser mismo del hombre, con las “libertades”, que es la libertad proyectada a los múltiples campos de la actividad humana. A estas libertades Sartori las denomina como libertades de “acción” o libertad exterior<sup>(43)</sup>.

No es lo mismo, en consecuencia referirse a la “libertad” que a “las libertades”. La libertad, lo hemos subrayado, es el ser mismo del hombre. Lo que lo hace ser lo que es: ser humano y no otro. El concepto “las libertades”, en cambio, se refiere a todo lo que el ser humano puede, en cuanto ser ontológicamente libre, hacer o realizar en las diferentes áreas del quehacer humano como, por ejemplo, el jurídico, el económico o el político y a diversas actitudes como expresar su opinión, asociarse, pertenecer a un credo religioso, deambular por un territorio.

Las “libertades” se consideran jurídicamente como derechos del hombre y se hallan protegidas por los ordenamientos jurídicos, en especial por las garantías constitucionales. Es decir, las “libertades” se refieren a la esfera de la libertad

fenoménica, a la libertad que se exterioriza, que se vuelca y aparece en el mundo como realización de un proyecto, como actos o conductas que lo hacen efectivo. En su lugar nos ocuparemos, precisamente, de las dos instancias de la libertad: de la libertad ontológica, que constituye nuestro ser, y de la libertad fenoménica, en cuanto libertad que se exterioriza, que se hace fenómeno, acto, conducta. Es decir, del proyecto libre en trance de cumplirse en la realidad de la vida.

Las “libertades” con las que contamos, como las de expresión o de reunión, se sustentan en “la libertad” que cada uno es. La libertad no se da desde el exterior, como tampoco “las libertades” que de ella emanan. Las Constituciones no las otorgan: solamente las protegen y garantizan que ellas puedan cumplirse durante la vida del ser humano. Como anota Mounier, “no se da a los hombres la libertad desde el exterior, con facilidad de vida o Constituciones: se adormecen en sus libertades y despiertan esclavos”, y concluye afirmando que “las libertades no son sino oportunidades abiertas al *espíritu de libertad*”<sup>(44)</sup>. Por ser ontológicamente libre, las decisiones del ser humano, en trance de convertirse en actos, se hallan jurídicamente protegidas en tanto se trata de sus “libertades”, de aquello que debe y puede hacer en tanto ser libertad.

La realización del “proyecto de vida” supone un conjunto sucesivo y continuo de actos o conductas con los cuales el ser humano teje la trama de su existencia que, estructuralmente, es también coexistencial y temporal. Los intereses existenciales o sociales, inherentes a su ser, deben ser jurídicamente protegidos cuando aparecen como actos o conductas

(42) Giovanni Sartori, *Teoría de la Democracia. 2, Los problemas clásicos*, (Madrid: Alianza Universitaria, 2000), 368.

(43) Giovanni Sartori, *Teoría de la Democracia. 2, Los problemas clásicos*, 370.

(44) Emmanuel Mounier, *El personalismo*, 39.

**¿Cómo proteger jurídicamente al ser humano si se ignora su estructura existencial?**  
***How to legally protect humans if their existential structure is ignored?***

mediante los cuales cumple con su proyecto de vida, con su destino personal. Son los casos, por ejemplo, de las personas que requieren ser protegidas en relación con su identidad o su intimidad, en las situaciones en las cuales estos específicos intereses existenciales o derechos inherentes a su dignidad no se hallan reconocidos

y tutelados por normas expresas de sus respectivos ordenamientos jurídicos. Es el caso de Italia, donde si bien ellos no son específicamente protegidos por normas del ordenamiento jurídico, la jurisprudencia los reconoce y tutela. En el Perú, la identidad es un derecho reconocido en el artículo 2 de la Constitución de 1993 y la intimidad lo es tanto por dicho cuerpo legal como por el artículo 14° del Código civil de 1984. 