

Apuntes sobre el daño a la persona

Carlos Fernández Sessarego

Abogado. Profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

1 Alcances del presente trabajo.

Antes de abordar la materia del epígrafe, sobre la que nos proponemos enhebrar algunas reflexiones así como dejar sentadas ciertas inquietudes, consideramos necesario formular algunas precisiones sobre los alcances del presente trabajo.

Como lo comprenderá el lector que se asome a estas cuartillas, resulta sumamente difícil, dada la riqueza y novedad del tema relativo al “daño a la persona”, tratarlo en pocas páginas. No obstante, a ello estamos constreñidos en razón de comprensibles exigencias editoriales. De ahí que denominemos como “apuntes” el presente trabajo.

Por lo expuesto en el párrafo anterior, este trabajo pretende ser tan sólo una síntesis del amplio y profundo tema propuesto, por lo que adquiere un carácter preliminar o introductorio. Por esta razón, algunos aspectos del asunto que nos ocupa quedarán apenas esbozados y otros ni siquiera mencionados. Lamentablemente, no nos es posible analizar, por la misma razón expuesta en precedencia, la jurisprudencia comparada a la cual hemos aludido en otros trabajos⁽¹⁾. Nos referimos, brevemente, al daño a la persona en la codificación civil comparada.

Dejamos para otra ocasión desarrollar, como ella se merece, la sugerente materia atinente al **daño a la persona**, con especial énfasis en el “daño al proyecto de vida”. Ello se justifica por la especial significación que ha adquirido el daño a la persona en la actualidad que, al decir de Tunc, es el capítulo más importante del derecho de daños⁽²⁾. Por lo demás, cabe señalar que tenemos escritas varias monografías sobre diversos específicos tópicos del “daño a la persona” a los que remitimos al lector interesado en obtener mayores desarrollos sobre alguno de ellos en particular. Para el

efecto, dichas monografías serán citadas, cuando ello se requiera, en el curso del presente trabajo.

El estudio del tema concerniente al “daño a la persona”, dada la especial y compleja calidad ontológica del ente dañado y lo novedoso en el tratamiento de la materia, no está cerrado. Por el contrario, se halla en constante evolución, sobre todo en la difícil cuestión relativa a la reparación de las consecuencias de los daños a la persona que no pueden valorarse directa e inmediatamente en dinero. Este es un asunto que preocupa a los juristas, jueces, médicos y aseguradores de diversos países, quienes se esfuerzan por encontrar criterios razonables que permitan, en cada país y atendiendo a sus circunstancias, lograr una jurisprudencia más o menos uniforme en cuanto a la valorización y liquidación de las reparaciones de daños a las personas no cuantificables de modo directo en dinero. Ello es premioso al efecto de superar la natural anarquía que ha rodeado este tema en los países más desarrollados, como es el caso de Italia, Francia o España, entre otros.

Lo que es imprescindible al tratar el tema que nos ocupa es hacer una referencia, por breve que ella sea, al **ser humano**. Su comprensión, dentro de una nueva perspectiva y dimensión humanista, es fundamental para entender que sea el “daño a la persona” y, más precisamente, el daño al “proyecto de vida”. Este tema, que se obvia cuando se aborda la materia del derecho de daños, será motivo de nuestra mayor atención en el contexto del presente trabajo. Con mayor razón si de lo que trata es del “daño a la persona”. En el tratamiento de este cardinal asunto hallamos en la doctrina jurídica un ostensible vacío que estimamos necesario intentar superar.

En efecto, en la disciplina jurídica se da por sentado, por lo general, que conocemos las calidades del ente - ser humano- que es la víctima del daño, cuando ello no resulta frecuentemente exacto. Es imprescindible

(1) Ver al respecto: FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *El daño al proyecto de vida en una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. En: *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*. Año I, No. 4. Buenos Aires: La Ley, julio-agosto 1999, pp. 209 y ss; y en: *Diálogo con la jurisprudencia*. Año 5, No. 12. Lima: Gaceta Jurídica, setiembre de 1999, pp. 11 y ss. Asimismo: *Daño a la persona y daño moral en la doctrina y la jurisprudencia latinoamericana actual*. En: *Themis - Revista de Derecho*. No. 38. Lima, 1998, pp. 179 y ss.

(2) TUNC. *Le visage actuelle de la responsabilité civile*. Zurich, 1991, pp. 21-40.

ahondar en lo que es la persona si lo que se pretende es, nada menos, valorar y, consecuentemente, reparar adecuadamente los diversos y múltiples daños que se le pueden infligir.

Lo expresado en el párrafo anterior explica y justifica que, en el pórtico del presente trabajo, nos detengamos a reflexionar en torno al ser humano, a la persona.

2 Supuestos del “daño a la persona”.

Tenemos la convicción que sólo es posible encontrar el sentido del Derecho y, por consiguiente, de todas y cada una de las instituciones jurídicas, si conocemos más y mejor al ser humano. ¿Qué podemos saber del Derecho si desconocemos o conocemos insuficientemente la estructura y maneras de ser de su creador, destinatario y protagonista: el ser humano? El Derecho es creado **por** el hombre **para** el hombre. Por ello, es poco lo que podamos aprehender en cuanto al significado del “daño a la persona” y, más específicamente del daño al “proyecto de vida”, si no indagamos sobre el ser del hombre. En ausencia de tal indagación, consideramos que el tratamiento del tema carecería de un adecuado sustento en la realidad, por lo que pecaría de superficial e inconsistente. Un estudio que ofrece esta falencia es aquel que se desenvuelve tan sólo en el nivel de la dogmática jurídica. Y, bien sabemos, que ella requiere del ineludible apoyo y soporte de la Teoría General del Derecho y de la jusfilosofía, en su caso.

El desarrollo teórico a nivel de la doctrina y el tratamiento jurisprudencial del **daño a la persona**, es el resultado de un fatigoso y explicablemente lento proceso -que aún está abierto- de búsqueda de mayores precisiones. Los estudios del tema se inician preliminarmente en la década de los años setenta del siglo pasado. El proceso conlleva una nueva visión del hombre y, consiguientemente, del Derecho por él creado. Como ocurre tratándose de cualquier institución jurídica, penetrar en la cuestión propuesta tiene, lo reiteramos, como indispensable presupuesto el conocimiento del ser humano. Es decir, del ente que sufre el daño cuyas consecuencias debemos reparar razonablemente.

Conocer a la persona humana supone comprenderla para valorarla de acuerdo a su peculiar estructura y dignidad. Es así que un mayor y mejor conocimiento del ser humano, suministrado por la filosofía, permitió a los juristas, durante las últimas dos décadas del siglo XX, iniciar el proceso destinado a protegerla cada vez

más adecuada y eficientemente. De ahí que ante la exigencia de tutelar preventiva, unitaria e integralmente a la persona cabe preguntarse ¿cómo se puede proteger a un ente que se desconoce o sobre el que se poseen escasas referencias? Conocer más y mejor al ser humano, hasta donde ello es posible desde que se trata de un ser radicalmente libre, es el necesario presupuesto para el desarrollo de la disciplina jurídica. Y, evidentemente, del daño a la persona. ¿Cómo podemos establecer una justa indemnización si carecemos de precisión sobre el valor de aquel aspecto del ser humano que se ha dañado así como de las repercusiones que ese daño ha causado en su estructura de ser viviente?

El proceso de descubrimiento -o redescubrimiento- de lo que es y significa el ser humano encuentra su más firme punto de partida en el Cristianismo que, para explicar el pecado, concibe al hombre como un ser libre de decidir sobre su salvación o su perdición⁽³⁾. Si el hombre es hecho a imagen y semejanza de Dios, el Ser Supremo es la fuente de esa libertad. Al Cristianismo se le debe también haber sentado las bases para la conceptualización del hombre como persona. No obstante lo expresado, esta fundamental concepción cristiana sobre la libertad en que consiste el ser humano no trascendió, como debiera, al campo filosófico. Prueba de ello es que Boecio, en el siglo VI después de Cristo, se refiere a la persona como una “substancia indivisa de naturaleza racional”. Esta restringida concepción del hombre persiste, lamentablemente, hasta nuestros días. Ella sirve de sustento a una comprensión eminentemente racionalista del hombre y del Derecho. Es así que, desde esta perspectiva, el Derecho se reduce a ser tan sólo “un conjunto de normas”⁽⁴⁾.

En diversos centros de enseñanza secundaria -e inclusive universitaria- se sigue definiendo al ser humano como **un ser racional**. Según esta tradicional posición es la razón, y no la libertad, la que distingue al ser humano. Dentro de esta perspectiva, es la razón, y no la libertad, la que lo diferenciaría de los demás seres, especialmente de la especie de los animales mamíferos a la que pertenece el hombre. Hemos dudado siempre que ello sea enteramente exacto, sobre todo cuando observamos el comportamiento de otros mamíferos que, como el chimpancé, el delfín, el caballo o el perro, parecieran poseer un cierto grado de racionalidad. Presajiamos que en el curso del desarrollo de los estudios científicos esta situación se aclarará

(3) No podemos citar como antecedente del proceso de redescubrimiento del ser humano el pensamiento de Sócrates -el conócete a ti mismo- que sería desarrollado por los sofistas y los estoicos.

(4) Sobre las teorías que intentan mostrar el objeto de estudio del Derecho, ver: FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho y persona*. Tercera Edición. Lima: Grigley, 1998.

suficientemente al efecto de que no exista duda alguna sobre lo que presumimos con cierto fundamento. En la actualidad los científicos que estudian al chimpancé parecieran rubricar la tesis expuesta. Al menos, el genoma del chimpancé así lo delata al estar emparentado con el del ser humano en un 98 por ciento.

De lo brevemente expuesto podemos concluir, con Patrizia Ziviz, que el cambio radical de perspectiva en torno al Derecho y a la persona humana obliga “a profundos repensamientos acerca de la función del juez o, más genéricamente, del jurista: ayer empeñado a revisar leyes y repertorios, hoy llamado a preguntarse, antes de todo, qué cosa es el hombre”⁽⁵⁾. Las expresiones de la investigadora de la Universidad de Trieste, vertidas en 1994, confirman la tesis que venimos sosteniendo en los últimos treinta años. Qué cosa sea el hombre, en cuanto víctima para el Derecho, es la cuestión que debe hoy ocupar preferentemente la atención del jurista a fin de que sus conclusiones y aplicaciones normativas guarden consonancia con la realidad del sujeto que se proponen proteger. Debemos desterrar la imagen que considera al Derecho como un castillo normativo habitado por fantasmas. El Derecho es, primariamente, una comunidad humana que vivencia valores, a partir de lo cual crea normas jurídicas consuetudinarias o legales.

3 La libertad como ser del hombre.

3.1 La libertad en el pensamiento de Kierkegaard.

Sören Kierkegaard, un precursor pensador escandinavo, escribe, en los finales de la primera mitad del siglo XIX, un extraordinario libro titulado *El concepto de la angustia*⁽⁶⁾. Al referirse a los alcances de su trabajo declara que su pretensión es la de realizar “una sencilla investigación psicológica”, por lo que no es su intención desarrollar una “pomposa investigación filosófica”. Al indagar sobre el pecado y al profundizar en la materia, como no podía ser de otra manera, se tropieza inevitablemente con la libertad, en cuanto sólo a partir de la cual es posible comprender el sentido del pecado y, consiguientemente, del **hombre pecador**. Así, sin pretenderlo, nos ofrece una clara visión de la libertad en cuanto ser del hombre.

Según el citado pensador, la libertad la descubre el hombre **al volverse hacia adentro**, al interiorizarse,

al mirarse en su propio espejo. Para el filósofo escandinavo, la libertad no es “alcanzar ésto y aquéllo en el mundo, de llegar a rey y a emperador y a vocero de la actualidad sino la libertad de tener en sí mismo la conciencia de que él **es hoy libertad**”⁽⁷⁾. Kierkegaard se refiere a una libertad “que no es nunca mera posibilidad: tan pronto como es, es real”⁽⁸⁾. La libertad es el centro espiritual del hombre. El ser humano es “una síntesis de alma y cuerpo, constituida y sustentada por el espíritu”⁽⁹⁾.

Dentro del lúcido planteamiento de Kierkegaard es posible distinguir las dos instancias de la libertad que, siendo única, se nos presenta de un lado como ser del hombre y fuente de decisiones subjetivas y, del otro, como proyección o ejercicio de la misma en la experiencia. Es decir, una libertad que es el ser mismo del hombre, su centro espiritual, y una libertad que se proyecta al exterior, que se fenomenaliza. A la libertad le es inherente la capacidad de convertirse en acto, en conducta humana intersubjetiva. Esa es su vocación. El ser humano es libre para realizarse en el mundo con su estructura psicosomática, con los otros y con las cosas. De ello nos ocuparemos más adelante.

Kierkegaard, sin proponérselo, enciende una poderosa y potente luz sobre lo que es el ser humano y abre, así, una importante trocha en el proceso de inasequible búsqueda y comprensión de lo que es el hombre. Al proclamar que el hombre es libertad, permitirá futuros desarrollos que irán enriqueciendo nuestros conocimientos sobre la estructura del ser humano. Y, al saber lo que somos, podremos lograr una más afinada protección jurídica del ser humano, de la persona. La calidad ontológica de cada ente exige una modalidad de protección adecuada a su naturaleza.

3.2 El “redescubrimiento” del ser humano.

La concepción exclusiva o eminentemente racional del ser humano fue vigorosamente cuestionada en la primera mitad del siglo XX. Los filósofos, en lo esencial, rescatan y desarrollan los postulados cardinales del Cristianismo en torno a la libertad del ser humano. Como resultado de sus indagaciones no es más la razón sino la libertad el centro, el núcleo, de la existencia. Ello supone, por consiguiente, un “redescubrimiento” de lo que es y significa el ser humano. Este hallazgo tendrá un impacto decisivo en la comprensión de lo que es el

(5) ZIVIZ, Patricia. *Alla scoperta del danno esistenziale*. En: *Contratto e impresa*. Año X, Vol. 2. 1994.

(6) KIERKEGAARD, Sören. *El concepto de la angustia*. Buenos Aires: Espasa Calpe, 1946.

(7) *Ibid.*: p. 118.

(8) *Ibid.*: p. 26.

(9) *Ibid.*: p. 89.

Derecho. Supone el inicio de un proceso incontenible que, en consonancia con la realidad, desemboca en una concepción humanista del Derecho. Es decir, se rescata al ser humano como el centro y el eje del Derecho, como su único sujeto.

Los horrores generados por las dos cruentas guerras mundiales que estallaron en el mundo en la primera mitad del siglo XX, las crecientes agresiones que se perpetran contra la persona humana a raíz de la revolución industrial, los individualismos egoístas, los totalitarismos que silencian la libertad, la explotación capitalista que atenta contra la justicia, constituyen los elementos desencadenantes que incentivarán una renovación en el pensamiento filosófico.

Los pensadores, cuya preocupación se dirigía hasta entonces en indagar sobre el ser de las cosas exteriores al hombre, voltearán su escrutadora y penetrante mirada sobre sí mismos inquiriendo sobre su propio ser. Se deja atrás la tradicional Metafísica para sustituirla por una fructífera Antropología Filosófica. El hombre, en cuanto ser que conoce, se convierte así en un problema para el propio hombre. En este sentido, los aportes y los hallazgos de la filosofía de la existencia fueron decisivos para una renovación de la visión sobre el ser humano. Sin dichos aportes no hubiera progresado la disciplina jurídica, no se hubiera revalorizado al ser humano y no habría surgido la figura del “daño a la persona” de la que hoy ya no podemos prescindir. Nunca antes se había reflexionado tan intensa y profundamente sobre el ser humano. Ello condujo a sustituir una visión eminentemente individualista-patrimonialista por una concepción humanista.

No es nuestro propósito hacer una extensa referencia al pensamiento de los más destacados pensadores del movimiento existencialista sobre la libertad en cuanto ser del hombre. Por ello, nos limitaremos a transcribir algunas de sus más centrales y notorias conclusiones, prescindiendo de las reflexiones y desarrollos que las anticipan. Lo importante para el propósito que perseguimos es mostrar cómo, en su concepción, la libertad se constituye como el ser del hombre. Los juristas no podemos ignorar sus aportes y hallazgos desde que ellos sustentan todo lo referente a la protección jurídica del ser humano y, por consiguiente, del “daño a la persona” con todas sus implicancias.

El camino desbrozado por Kierkegaard, a mitad del siglo XIX, sería recorrido, casi setenta y cinco años después, por pensadores de la talla de Sartre, Jaspers, Marcel, Heidegger, Zubiri, Scheler, Mounier, entre otros. Ellos abrieron un nuevo capítulo en la filosofía y, en especial, en lo que concierne a la comprensión del ser humano. Ya Kant había enfatizado que el ser humano es “**un fin en sí mismo**”, un ser “**libertad con independencia de mecanismo de toda naturaleza**”.

3.3 Las instancias de la libertad.

La libertad es el ser del hombre, su centro espiritual, a la que le es inherente la capacidad jurídica general o capacidad de **goce**. La libertad se nos muestra en dos momentos sin dejar de ser unitaria. El primero es la inescuestrable y subjetiva instancia de nuestras íntimas decisiones. En virtud de nuestra calidad de seres libres decidimos, por nosotros mismos, aquello que queremos **hacer**, lo que **proyectamos** realizar en nuestro vivir. A esta libertad le es inherente la capacidad o vocación de realizarse, es decir, de convertirse en acto, en conducta humana intersubjetiva, en comportamiento. Es en este tramo donde surge el segundo momento de la libertad. Ella aparece en el mundo exterior, se objetiva, se fenomenaliza, es conocida por los demás. Es el ejercicio de la decisión libre. Como apunta Sartre al respecto, “la libertad se hace acto” por lo que “el acto es la **expresión de la libertad**”⁽¹⁰⁾.

Es importante tener en consideración los referidos dos instantes de la libertad en la medida en que frecuentemente se les confunde. Así, la libertad en tanto ser del hombre sólo puede eliminarse con la muerte de la persona. La libertad, en cuanto tal, no puede limitarse, restringirse, recortarse. A nadie se le puede privar de ella salvo mediante la supresión de su vida⁽¹¹⁾. En cambio, su ejercicio, el acto a través del cual aparece en el mundo, sí es susceptible de ser limitado mediante ley. Es el caso de los denominados incapaces quienes, sin dejar de ser ontológicamente libres, no pueden ejercer, por sí mismos, todas las capacidades que le son inherentes en cuanto seres libres. Ello, por mandato de la ley.

En el Perú, mediante el segundo párrafo de la prescripción contenida en el artículo 71 de la Constitución de 1993, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer, por título alguno, propiedades dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras⁽¹²⁾. Esta situación

(10) SARTRE, Jean Paul. *El ser y la nada*. Tomo III. Buenos Aires: Ibero Americana. 1949. p. 16.

(11) De ahí que no comprendamos cómo el Código Penal peruano establece “penas privativas de la libertad” desde que ello es ontológicamente imposible. En realidad se trata de penas que limitan el ejercicio de la libertad.

(12) El texto del artículo 71 de la Constitución es el siguiente: “(e)n cuanto a la propiedad, los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, sin que, en caso alguno, puedan invocar excepción ni protección diplomática.

jurídica en que por mandato de la ley se encuentra el extranjero, no significa que **pierda** su libertad -y su inherente capacidad- a ser propietario. En este caso lo que sucede es que se restringe o limita el **ejercicio** de su libertad dentro de los citados cincuenta kilómetros de la frontera. Es decir, el extranjero, en cuanto ser libre, podrá proyectar ser propietario dentro de dicha franja de terreno fronterizo pero esa decisión no podrá convertirse en acto desde que una ley expresamente se lo impide. De ahí que, en la hipótesis en que se derogue tal prescripción legal, no podrá sostenerse que recuperó su libertad -que nunca perdió- sino tan sólo que readquirió el ejercicio de la misma dentro de aquel tramo del territorio nacional.

3.4 Los condicionamientos de la libertad.

Lo dicho en el párrafo anterior significa, llanamente, que es imposible limitar o restringir la libertad en cuanto ser del hombre. No es posible determinarla o condicionarla. Como está dicho sólo dándole muerte cabe privar de libertad al ser humano. Lo expresado lleva a Sartre a enfatizar que “no somos libres de dejar de ser libres”⁽¹³⁾. En cambio, la conversión en acto de una decisión libre -es decir, su ejercicio- puede estar condicionada por la propia dimensión psicosomática de la persona, por los **otros**, por las cosas instaladas en su circunstancia. De ahí que, como en el caso del extranjero del ejemplo anteriormente citado, a través de la ley se pueda limitar la libertad en su despliegue mundanal.

De lo expuesto se desprende que si bien la persona puede decidir por sí misma lo que quiera o lo que se le ocurra, no siempre es posible -dados los condicionamientos a que está sujeta la libertad cuando pretende exteriorizarse-, que sus decisiones se cumplan, se realicen, se conviertan en actos. Por el contrario, generalmente -o casi siempre- nuestras decisiones, en cuanto somos seres libres, no logramos verlas realizadas por los a veces agobiantes condicionamientos que nos limitan y constriñen.

Al comprobar lo anteriormente expresado, Sartre expresa al respecto, que “el éxito no interesa de ningún

modo a la libertad”. Por ello puede afirmar, con absoluta claridad, que “ser libre no significa obtener lo que se quiera sino determinarse a querer (en su sentido más amplio) por sí mismo”⁽¹⁴⁾. Kierkegaard, anticipándose por tres cuartos de siglo al pensamiento existencialista, pone de manifiesto cómo la libertad que somos no se afecta por el hecho que ella no pueda ver realizadas sus decisiones, ver cristalizados sus proyectos. Es así que expresa que la libertad no es “el alcanzar esto y aquello en el mundo, de llegar a ser rey y a emperador y a vocero de la actualidad, sino la libertad de tener en sí mismo la conciencia de que él es hoy libre”⁽¹⁵⁾. El que las decisiones libres no se concreten en actos, en conductas intersubjetivas, no significa que la persona deje de **sentirse** libre sino tan sólo experimenta la impotencia por dicha frustración.

3.5 Libertad y voluntad.

La libertad, no obstante la unidad en que consiste el ser humano, no puede confundirse con nuestra dimensión psicosomática, especialmente con la voluntad. Sin dejar de ser la persona una unidad, su envoltura psicosomática, con todas sus potencialidades y energías, está al servicio de la libertad. A través de ésta, de los **otros** y de las cosas, nos realizamos, hacemos nuestra vida, concretamos nuestros proyectos.

Mediante dichas potencialidades y energías, la libertad se expone, se convierte en acto, se manifiesta en el mundo, se muestra ante la mirada de los **otros**. No es la voluntad reflexiva -ni nuestras emociones o sentimientos- la fuente primaria de nuestras decisiones. La voluntad es uno de los instrumentos -tal vez el más importante- mediante el cual la libertad se convierte en acto. Por ello, no es posible confundir la voluntad, que integra nuestra dimensión psicosomática, con la libertad en cuanto ser del hombre. La voluntad no es autónoma como muchos juristas piensan. La autonomía fluye de la libertad que es su supuesto⁽¹⁶⁾. Por ello es que Sartre advierte, precisamente, que “una tendencia bastante común es asimilar los actos libres con los actos voluntarios”⁽¹⁷⁾. A través de esta afirmación el filósofo francés convalida el que la voluntad encuentra su supuesto en la libertad.

Sin embargo, dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer, por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido. Se exceptúa el caso de necesidad pública expresamente declarada por decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros conforme a ley”.

(13) SARTRE, Jean Paul. Op. cit.; p. 19.

(14) Ibid.; p. 82.

(15) Kierkegaard, Sören. Op. cit.; p. 118.

(16) Sobre el tema de la supuesta “autonomía de la voluntad” ver: FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *El supuesto de la denominada autonomía de la voluntad*. En: *Gaceta Jurídica*. Tomo 75-B. Lima, febrero del 2000, pp. 9 y ss.

(17) SARTRE, Jean Paul. Op. cit.; p. 21.

No obstante, como lo señalamos y nos lo confirma Sartre, antes citado, la voluntad es “una manifestación única o al menos privilegiada de la libertad”. En este sentido la voluntad se nos presenta como una “decisión reflexionada con relación a ciertos fines”⁽¹⁸⁾. Sartre sostiene que las voliciones son, como las pasiones, “ciertas actitudes subjetivas por las cuales tratamos de alcanzar los fines propuestos por la libertad originaria”. Sartre precisa al respecto que “por libertad originaria, bien entendido, no se debe comprender una libertad anterior al acto voluntario o pasional, sino un fundamento rigurosamente contemporáneo de la voluntad o de la pasión”⁽¹⁹⁾. Ello, en tanto el ser humano es una unidad existencial.

La dimensión psicósomática, con sus potencialidades y energías, cumple así una función instrumental al servicio de la libertad. Las decisiones en que ésta consiste se fenomenalizan mediante actos a los que se llega por la acción conjunta y simultánea de la voluntad reflexiva y de las pasiones, como le gusta decir a Sartre. Dicho en otros términos, nuestro cuerpo o soma y nuestro psiquismo, que constituyen una inescindible unidad con su centro existencial que es la libertad, permiten la realización de los proyectos libremente elaborados por el hombre.

3.6 El vivenciamiento de la libertad.

La libertad, en cuanto núcleo existencial o centro espiritual del ser humano, no es algo exterior a nosotros, que podamos conocer en primera instancia por la vía sensorial o racional. La libertad no se ve, no se toca. Sólo se siente, se vivencia. Sentimos que somos libres. Como manifiestan Kierkegaard, Heidegger, Sartre y otros filósofos, es mediante la “angustia” que se nos hace patente la libertad. La angustia se presenta en el instante en que tenemos que decidir por nosotros mismos, cuando nos enfrentamos a una decisión completamente libre. Angustia que experimentamos en cuanto nos sentimos responsables de nuestras propias decisiones, las que adoptamos por nosotros mismos. No existe trance más grave para el ser humano que sentirse libre y, por tanto, responsable.

Kierkegaard compara la angustia con el vértigo, con aquel que siente una persona “cuyos ojos son inducidos a mirar en una profundidad que abre sus

fauces”. Frente al abismo se experimenta el vértigo. Por ello nos dice que la angustia es el vértigo de la libertad. Ella surge al decir del pensador escandinavo “cuando, al querer el espíritu poner la síntesis, la libertad fija la vista en el abismo de su propia posibilidad y echa mano a la finitud para sostenerse”. La angustia a la que se alude no es un estado psicológico en tanto que ella compromete todo nuestro ser, desde su raíz.

La vía para evidenciar la libertad, al decir de Miró Quesada, no es la “ontognosis” -que es la aprehensión racional- sino la “ontostesia”, que es un estado emocional como el amor, la desesperación o la angustia⁽²⁰⁾. Mounier, con otras palabras, expresa que a la libertad “se le capta desde dentro y de raíz, surgiendo con ella”⁽²¹⁾. Es así, una experiencia personal, una intensa y raigal vivencia que, por lo demás, se nos da en contadas ocasiones en la vida, en aquellos contados instantes de nuestro existir en que tenemos que adoptar decisiones fundamentales, decisivas, en cuanto al rumbo de nuestras vidas. Es decir, en situaciones que al decir de Marcel, son aquéllas “en que está en juego algo de real importancia”⁽²²⁾.

Al decir de Sartre, el ser humano es un existente que “descubre su libertad por sus actos”⁽²³⁾. Ello, en cuanto los actos significan la objetivación o fenomenalización de la libertad que somos. Los actos representan la presencia de la libertad en el mundo exterior. Es decir, su fenomenalización. A través de ellos los demás conocen la objetivación de una decisión libre.

3.7 El ser libertad.

Los filósofos del movimiento existencialista se refieren a la libertad como el **ser** del hombre. Su experiencia de la libertad es compartida por nosotros en cuanto tenemos conciencia que somos **libertad**. Ello, por cuanto en algún momento de nuestra vida nos hemos angustiados ante la adopción de una decisión de suma importancia para el curso de nuestro futuro existencial. Vivenciamos nuestra libertad, la sensibilizamos. Estamos seguros que no somos un mero robot, una cierta “cosa”. Comprendemos los condicionamientos que pesan en cuanto al ejercicio o fenomenalización de nuestra libertad. Aquellos condicionamientos que impiden que muchas de nuestras decisiones -o casi todas- no se puedan convertir en realidad. En casi todas

(18) Ibid.: p. 24.

(19) Ibid.: p. 25.

(20) MIRÓ QUESADA CANTUARIAS, Francisco. *Ensayos I. Ontología*. Lima: Santa María, 1951. p. 27.

(21) MOUNIER, Emmanuel. *El personalismo*. Buenos Aires: Eudeba 1962. p. 36.

(22) MARCEL, Gabriel. *El misterio del ser*. Buenos Aires: Sudamericana. 1953. p. 298.

(23) SARTRE, Jean Paul. Op. cit.: p. 18.

las obras capitales de los filósofos de la existencia existen desarrollos y precisiones en cuanto a la libertad. Es un tema central y recurrente en su concepción del hombre y del mundo. Citaremos, a manera de ejemplo, algunas cuantas alusiones que sobre el tema encontramos en sus libros.

Para el filósofo español Xavier Zubiri, que es uno de los más sólidos pensadores del siglo XX, la libertad “es la implantación del hombre en el ser como persona”⁽²⁴⁾. Según sus palabras, “la existencia humana misma **es libertad**”⁽²⁵⁾. Es decir, la condición ontológica del ser humano es lo que se designa como libertad. A esta expresión sintética llega Zubiri en su obra *Naturaleza, Historia, Dios* después de extensos, meditados y convincentes desarrollos.

El filósofo francés Gabriel Marcel, por su parte, al mencionar a la libertad concluye que no podemos referirnos a ella como si se tratara de un predicado perteneciente de alguna manera al hombre considerado en su esencia. La libertad no es un atributo de nuestro ser, algo que se le agrega, superpone o añade. Marcel, al aludir a la libertad afirma, por ello, que en última instancia, decir “soy libre” es decir “soy yo”⁽²⁶⁾. La libertad se constituye así en el núcleo de la existencia. No es, por ello, como está dicho, ni un predicado ni un simple atributo de la persona.

Sartre, que trata el tema del ser del hombre con claridad y profundidad, en un estilo atrayente, concluye expresando, rotundamente, que “la libertad no es un ser: **es el ser del hombre**”⁽²⁷⁾. De ahí que el hombre “no podrá ser tan pronto libre como esclavo: es por entero y siempre libre o no es”. La libertad hace que seamos lo que somos: seres humanos, personas.

Una de las contribuciones más importantes de Sartre, que tiene importante repercusión en el Derecho, es aquella que permite distinguir con toda claridad lo que a menudo se confunde: la diferencia existente entre la libertad y la voluntad del hombre, a la que hemos hecho aludido en precedencia.

Emmanuel Mounier, al referirse a la persona es categórico cuando sostiene que “su lugar es la libertad”⁽²⁸⁾. Es decir, su lugar existencial, su centro espiritual. Max Scheler, por su parte, afirma que la

libertad es la propiedad fundamental del ser espiritual que es el hombre. La libertad consiste en una autonomía esencial frente a “los lazos y a la presión de lo orgánico, de la vida, de todo lo que pertenece a la vida y, por ende, también de la inteligencia impulsiva propia de ésta”⁽²⁹⁾. Es decir, la libertad, en cuanto ser del hombre, no está condicionada por su vida ni por su dimensión psicossomática. Lo condicionado, como está dicho, es el ejercicio de la libertad, su despliegue existencial, su presencia en el mundo exterior.

Como se puede apreciar de las breves citas que hemos efectuado en precedencia, los filósofos de la existencia de la primera mitad del siglo XX “redescubrieron” a la persona como un **ser libertad**. Este feliz hallazgo obligó a los jusfilósofos, y luego a los juristas, a modificar, consiguientemente, su concepción del hombre, su visión del Derecho. Y, como consecuencia de ello, los juristas se han visto constreñidos a revisar la institucionalidad jurídica para adecuarla a dicho hallazgo⁽³⁰⁾.

3.8 La dimensión coexistencial.

Si bien el ser humano es libertad, lo que lo hace, además de digno, único, singular, irreplicable, idéntico a sí mismo, es también, al mismo tiempo, un ser **coexistencial**. El ser humano es estructuralmente social. Ha sido creado para convivir, para hacer su vida con los **otros**, con quienes constituye la **sociedad**. Como anota Julián Marías, “vivir es convivir”. Al respecto, Zubiri apunta, en este mismo sentido, que “existir es existir ‘con’, con cosas, con los otros, con nosotros mismos. Este ‘con’ pertenece al ser mismo del hombre: no es un añadido suyo”⁽³¹⁾. Es decir, la coexistencialidad es inherente al ser humano, es una de sus dimensiones. Por ello, se es social o no se es.

Lo expresado nos muestra la bidimensionalidad propia del ser humano que, siendo un individuo cuyo ser es libertad, simultáneamente es un ser coexistencial. La libertad es, de suyo, coexistencial. Ello hace que el ser humano, para convivir, tenga la ineludible necesidad de contar con reglas de conducta. Es decir, con una normativa, ya fuere ella moral, religiosa o jurídica, la cual, al proteger la posibilidad de la persona de realizarse

(24) ZUBIRI, Xavier. *Naturaleza, Historia, Dios*. Buenos Aires: Poblet, 1948. p. 390.

(25) Op. cit.; p. 389.

(26) MARCEL, Gabriel. Op. cit.

(27) SARTRE, Jean Paul. Op. cit.; p. 20.

(28) MOUNIER, Emmanuel. Op. cit.; p. 27.

(29) SCHELER, Max. *El puesto del hombre en el cosmos*. Buenos Aires: Losada. 1938. p. 64.

(30) Sobre el tema ver: FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *El derecho en un período de transición entre dos épocas*. En: *Revista Jurídica del Perú*. Trujillo, enero-marzo de 1996. pp. 61 y ss.

(31) ZUBIRI, Xavier. Op. cit.; p. 373.

como ser libre, impida simultáneamente toda injusta interferencia o perturbación de parte de los **otros**. Sólo así es posible una justa convivencia con los demás seres humanos en el seno de la sociedad, dentro de la que necesariamente ha de vivir. El Derecho es, por ello, una exigencia existencial dirigida a la realización de la persona en una sociedad encaminada hacia la consecución del bien común. Bien común que, por propia definición es el bien de todos y el de cada uno. De ahí que el Derecho pertenezca a la estructura del ser humano. No estaba, por ello, Marx en lo cierto cuando, desde una perspectiva positivista propia de su época, concluía que el Derecho era una superestructura.

Finalmente, como lo desarrollaremos al tratar del “daño al proyecto de vida” (en el punto 5.2), el ser humano es tiempo. Es un ser, a la vez que libre y coexistencial, temporal, histórico.

3.9 Comprensión contemporánea del Derecho.

El aporte de la filosofía de la existencia ha sido decisivo para una mejor comprensión del ser humano y, por consiguiente, del Derecho. Sus hallazgos significaron, como se habrá apreciado, un vuelco histórico extraordinario en la concepción tradicional del hombre que imperó a través de los siglos y que lo caracterizaba tan sólo como un ser racional. El mostrar la bidimensionalidad del ser humano -libre y coexistencial- significó para los justilósofos y juristas el hallarse ante un panorama inédito, frente a un nuevo escenario para, a partir de él, repensar toda la institucionalidad jurídica. El Derecho sería visto, desde entonces, bajo el prisma de la libertad y no sólo desde el de la racionalidad.

Sin el aporte de la Antropología Filosófica, por lo tanto, no hubiera sido posible un enfoque adecuado y en profundidad de los alcances del daño a la persona y, mucho menos, del daño al **proyecto de vida**. ¿Cómo comprender el **proyecto de vida** si carecemos de una noción de lo que es el ser humano en cuanto libertad y temporalidad?

Uno de los resultados más importantes de este espectacular vuelco histórico en la concepción del hombre y del Derecho fue el surgimiento de la

denominada teoría tridimensional del Derecho. La teoría tridimensional del Derecho, apartándose de una exclusiva visión racionalista o formalista, lo aprehende como una **interacción dinámica** de vida humana social -conductas humanas intersubjetivas-, valores y normas jurídicas. Dicha teoría nos presenta, así, una visión completa de lo que constituye el **Derecho**. Ella se aleja de aquellas visiones que como el formalismo, el jusnaturalismo o el sociologismo o realismo, si bien son ciertas, resultan del todo fragmentarias, incompletas y, por consiguiente, insuficientes para dar cuenta y razón de lo que sea el **Derecho** como una unidad totalizadora.

El Derecho, en efecto, no es sólo un conjunto de normas como lo concebía el formalismo positivista, o exclusivamente vida humana social como lo proclamaba el sociologismo o únicamente valores, como lo mostraba el jusnaturalismo. Ninguno de estos tres objetos, por sí solo, constituye lo que comprendemos bajo el concepto **derecho** pero, al mismo tiempo, ninguno de ellos puede faltar para su constitución. Ni el Derecho es sólo una pluralidad de normas ni de conductas humanas intersubjetivas ni de valores. El Derecho es, como está dicho, el resultado de la interacción dinámica de dichos tres objetos o dimensiones⁽³²⁾. La interacción dinámica es posible en tanto el ser humano es el único ser que vivencia o sensibiliza valores y, también, es el único capaz de crear normas jurídicas⁽³³⁾.

De todo lo hasta aquí brevemente expuesto sobre la estructura del ser humano se desprende que resulta imposible saber lo que sea el Derecho sin comprender previamente que el ser humano es un ser libre y social. El Derecho está constituido por permisiones y prohibiciones, lo que supone la existencia de conductas humanas intersubjetivas valoradas y reguladas por normas de cumplimiento obligatorio. Tales permisiones y prohibiciones sólo pueden prescribirse ante la presencia de un ente libre, capaz de cumplir con su deber o de incumplirlo. Ello sería imposible tratándose de cualquier otro ente que no fuera ontológicamente libre. De ahí que, sin comprender que el ser humano es libre, no podemos captar el primario y más profundo significado del Derecho cual es el de preservar dicha libertad a fin que cada persona pueda realizarse, cumplir con su proyecto de vida.

(32) En las lecciones que impartimos a los alumnos que se inician en el estudio de nuestra disciplina solemos utilizar como ejemplo de interacción dinámica el concepto que conocemos como “motor”. El motor no es un conjunto de piezas ensambladas, yuxtapuestas, colocadas unas al lado de otras. El motor no es ninguna de sus piezas en particular ni el conjunto de todas ellas. El concepto “motor” sólo surge cuando dichas piezas, de suyo heterogéneas, interactúan dinámicamente a raíz de su puesta en marcha. Recién, entonces, podemos decir que estamos frente a “un motor”, un instrumento que tiene sentido para la vida humana. En esta situación, ninguna de las piezas responde al concepto “motor”, aunque no podamos prescindir de ninguna de ellas.

(33) Sobre la teoría tridimensional puede verse del autor el libro: FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *El derecho como libertad*. Lima: Universidad de Lima, 1987; y FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Derecho y persona*. Op. cit.

Lo dicho en el párrafo precedente sería insuficiente para aprehender el sentido último del Derecho si no reparamos en que, aparte de libre, el ser humano es de naturaleza coexistencial, es decir, creado para vivir en sociedad. El Derecho sería inútil, innecesario, si el ser humano fuera tan sólo un ser singular, individual, único. Es decir, desvinculado de los demás seres humanos con lo que necesariamente tiene que convivir en tanto ser social. Como se ha expresado, el ser humano aparte de libre es también coexistencial, condenado a convivir con otros seres de su especie. Por ello, el Derecho requiere de normas que regulen valiosamente las conductas humanas intersubjetivas a fin que la libertad, en que ontológicamente cada uno consiste, se halle adecuadamente protegida en cuanto núcleo existencial del ser humano dentro de la sociedad y teniendo como finalidad el logro del bien común.

En síntesis, lo expuesto nos lleva a considerar, como se ha apuntado, que el Derecho es una **exigencia existencial**. El Derecho participa de la estructura del ser humano, libre y coexistencial. Es imposible comprender al ser humano sin que su vida en comunidad esté valiosamente normada. Es decir, sin contar con un conjunto de normas que regulen su vida en sociedad para alcanzar su propio destino de ser libre dentro de una comunidad que persigue el bien común.

Finalmente cabe reiterar que, sin comprender cuál sea la estructura del ser humano, hasta donde ello es posible⁽³⁴⁾, no lograremos aprehender ni precisar cuáles sean los daños que se pueden infligir a la persona. Resulta básico saber cuál sea la estructura del ente

susceptible de ser dañado para poder reparar, lo más adecuadamente posible, las diversas consecuencias que de dicho daño se derivan.

La compleja y rica estructura del ente persona, que hemos esbozado en páginas anteriores, nos obliga a un fino análisis de dichas consecuencias, para diferenciar lo mejor posible, unas de otras a fin de precisar el tipo de reparación pertinente. Debemos cuidar, a este propósito, de no confundir al ser humano con una “cosa” cualquiera, por lo que debe evitarse aplicar en la reparación de las consecuencias del daño causado a la persona los criterios y técnicas tradicionales empleados para indemnizar las consecuencias de daños a las cosas del mundo, a los objetos exteriores al hombre.

4 El daño a la persona en la doctrina jurídica contemporánea.

4.1 Categorías del daño en general.

El tema referente al daño a la persona, por su radical importancia, captó nuestro preferente interés desde la década de los años 80 del siglo XX. De ahí que le hayamos dedicado al asunto varios trabajos monográficos los que han sido publicados en el Perú y en el extranjero. En ellos hemos incidido sobre diversos aspectos de esta novedosa como apasionante materia⁽³⁵⁾.

Consideramos que antes de afrontar la compleja como rica temática del daño a la persona debemos formular una breve referencia sobre las categorías que presenta el daño en general. Al respecto, estimamos conveniente precisar que, desde nuestro punto de vista,

(34) El ser libre hace que el ser humano sea, en gran medida, impredecible. Por ello no es posible conocerlo en forma completa y definitiva. Cabe, tan sólo, una aproximación a lo que él es.

(35) Los trabajos publicados a la fecha son: *El daño a la persona en el Código civil peruano de 1984*. En: *Libro Homenaje a José León Barandiarán*. Lima: Cuzco, 1985. pp. 153 y ss.; y en: *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*. Lima: Universidad de Lima, 1990. pp. 261 y ss.; *El daño a la persona en el Código civil peruano de 1984 y en el Código civil italiano de 1942*. En: *El Código civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*. Lima: Cuzco, 1986. pp. 251 y ss.; *Il danno alla salute nel codice civile peruviano*. En: *Giornate di studio sul danno alla salute*. Padova: Cedam, 1990. pp. 363 y ss.; *Protección jurídica de la persona*. Lima: Universidad de Lima, 1992, Capítulo IV. pp. 151 y ss.; *Hacia una nueva sistematización del daño a la persona*. En: *Cuadernos de Derecho*. No. 3. Lima: Universidad de Lima, 1993. pp. 28 y ss.; y en: *Ponencias. Primer Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1994; y en: *Estudios en honor de Pedro J. Frías*. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, 1994; *Protección de la persona*. En: *Protección de la persona humana*. Buenos Aires: La Rocca, 1993. pp. 21 y ss.; *Apuntes para una distinción entre el daño al proyecto de vida y el daño psíquico*. En: *Themis - Revista de Derecho*. No. 32. Lima, 1996. pp. 161 y ss.; *Precisiones preliminares sobre el daño a la persona*. En: *Themis - Revista de Derecho*. No. 34. Lima, 1996. pp. 177 y ss.; *Reparación del daño a la persona*. Montevideo: Editorial del Foro, 1996; *¿Existe un daño al proyecto de vida?* En: *Scritti in onore di Guido Gerin*. Padova: Cedam, 1996. pp. 407 y ss.; *Daño a la identidad personal*. En: *La persona y el derecho en el fin de siglo*. Santa Fe, 1996. pp. 89 y ss.; y en: *Themis - Revista de Derecho*. No. 36. Lima, 1997. pp. 245 y ss.; *Daño psíquico*. En: *Scribas*. Arequipa: INDEJ, 1998. pp. 111 y ss.; y en: *Normas Legales*. Tomo No. 287. Trujillo, abril del 2000; *El daño al proyecto de vida*. En: *Derecho PUC*. No. 50. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998. pp. 47 y ss.; *Daño a la persona y daño moral en la doctrina y la jurisprudencia latinoamericana actual*. En: *Themis - Revista de Derecho*. No. 38. Lima, 1998; *El daño al proyecto de vida en una reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. En: *Revista de responsabilidad civil y seguros*. Buenos Aires: La Ley. No. 4. abril-agosto de 1999. pp. 209 y ss.; en: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica. Año 5. No. 12, setiembre de 1999. pp. 11 y ss.; y en: *Themis - Revista de Derecho*. No. 39. Lima. pp. 453 y ss.; *Daño moral y daño al proyecto de vida*. En: *Revista de Derecho de Daños*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, noviembre de 1999. pp. 25 y ss.

el daño puede ser apreciado desde dos distintos planos, no obstante que entre ellos exista una relación esencial. Cabe, así, distinguir, de una parte, el daño en función de la calidad ontológica del ente dañado, es decir, en atención a su **naturaleza**. De la otra, cabe referirse al daño en cuanto a las **consecuencias** que dicho daño ha ocasionado en el ente dañado. Evidentemente, no hay daño sin consecuencias.

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

El daño objetivo, por el contrario, es aquel que recae sobre lo que no es el ser humano, es decir, sobre los entes que se hallan en el mundo, que son los objetos conocidos y utilizados por el hombre⁽³⁶⁾.

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

De otro lado, atendiendo a la calidad ontológica del ente dañado, existen casos en que no es posible otorgar a la víctima una indemnización directa e inmediata en dinero como consecuencia del daño

sufrido. La naturaleza misma del ente dañado no lo permite. En esta peculiar situación la reparación no posee el carácter compensatorio que tiene cuando se trata del daño objetivo sino que ella será meramente satisfactiva. En otros términos, en ciertos tipos de daños al ser humano -concebido o persona natural-. Es del todo impracticable fijar una indemnización en dinero a título compensatorio, desde que nos encontramos frente a aspectos del ser humano que no tienen una traducción directa e inmediata en dinero. Ello, en cuanto no están en el comercio de los hombres, no son objeto del tráfico comercial. En este último caso nos hallamos ante un daño que solemos denominar, indistintamente, como **daño no patrimonial, extrapatrimonial** o, mejor aún, **personal**⁽³⁷⁾.

Las dos posibles diversas distinciones del daño sintéticamente expuestas en precedencia, es decir, en función de la naturaleza del ente dañado o aquella en atención a las consecuencias o perjuicios derivados del daño, tienen una importante incidencia en lo que concierne a la valorización y liquidación del daño y a la consiguiente fijación de la correspondiente indemnización. En efecto, la naturaleza del ente dañado, ya sea el ser humano o las cosas, en su caso, determina criterios y técnicas indemnizatorias totalmente diferentes. No es lo mismo causar un daño a un ser humano, ya sea en su libertad, en su vida, en su honor o en su intimidad, que causar un daño a un automóvil o a una cosa cualquiera. Los criterios y las técnicas indemnizatorias, repetimos, no son las mismas en ambos casos⁽³⁸⁾. Ellas deben adaptarse necesariamente a la naturaleza del ente dañado. Cada tipo de ente exige, por consiguiente, un tratamiento indemnizatorio diverso en atención a su peculiar calidad ontológica. En síntesis, dicho tratamiento está en función de la calidad ontológica del ente dañado.

4.2 Preeminencia del daño a la persona sobre el daño a las cosas del mundo.

Las distinciones en cuanto al daño en general referidas en el párrafo anterior no sólo reportan el

(36) Para una visión preliminar y sintética del daño a la persona puede verse del autor de este trabajo el ensayo: *Precisiones preliminares sobre el daño a la persona*. En: *Themis - Revista de Derecho*. No. 34. Lima, 1996. pp. 177 y ss; así como: *Hacia una nueva sistematización del daño a la persona*. Op. cit.: pp. 28 y ss.

(37) La distinción entre daño patrimonial y daño extrapatrimonial pone en evidencia el predominante interés de la doctrina y la jurisprudencia de privilegiar el daño a las cosas exteriores al ser humano mismo. Es un explicable reflejo de la mentalidad patrimonialista predominante en el Derecho. Consideramos, desde una perspectiva que centra el Derecho en la persona, que deberíamos más bien referirnos a daños personales, cuando el ente dañado es el ser humano, y daños extrapersonales cuantos los entes dañados son las cosas exteriores al hombre. El punto de referencia no puede seguir siendo el patrimonio. Es hora de cambiar de mentalidad y centrar el Derecho, y su correspondiente lenguaje, en torno a la persona.

(38) La indemnización, en función de la naturaleza del ente dañado, puede asumir la calidad de resarcitoria o de reparatoria. Reservamos la expresión de indemnización “resarcitoria” para el caso en que ella pueda ser fijada en dinero y la de indemnización “reparatoria”

beneficio práctico antes señalado, es decir, la pertinente diferenciación de criterios y técnicas indemnizatorias, sino que traducen mejor la indiscutible preeminencia que tiene para el Derecho la reparación de las consecuencias del daño a la persona que aquellas producidas a las cosas. La reparación del daño a la persona debe ser privilegiada frente al resarcimiento de las consecuencias del daño a las cosas, del daño material. Aunque es obvio no siempre es comprendido por los jueces, por lo que hemos reiterado este lógico planteamiento en diversos trabajos publicados en las dos últimas décadas.

Como consecuencia de lo precedentemente expuesto, debe procederse a revisar los criterios en uso para determinar la reparación de las diversas categorías de daños que, hasta los tiempos que corren, tienen predominantemente un contenido esencialmente patrimonial. En relación con la necesidad de sustituir una cultura eminentemente económica y, por consiguiente, de carácter fundamentalmente materialista, por otra humanista, centrada en el ser humano integralmente considerado, resulta de interés reproducir a este propósito algunas reflexiones contenidas en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “María Elena Loayza Tamayo” de 27 de noviembre de 1997⁽³⁹⁾.

En el voto razonado conjunto de los jueces Cançado Trindade y Abreu Burelli, que completa la sentencia por ambos suscrita, se considera que “las reparaciones deben determinarse con base no sólo en criterios que se fundamentan en la relación del ser humano con sus bienes o su patrimonio o en su capacidad laboral, y en la proyección de estos elementos en el tiempo. Al contrario de lo que pretende la concepción materialista del *homo economicus*, lamentablemente aún prevaleciente en nuestro tiempo, tenemos la firme y plena convicción de que el ser humano no se reduce a ser un mero agente de producción económica, a considerarlo solamente en función de dicha producción o de su capacidad laboral”. Es decir, los magistrados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, antes citados, se niegan a admitir que constituye una desfiguración de lo que en realidad es el ser humano integral. El ser humano no se contrae a sólo

(...) es imprescindible ahondar en lo que es la persona si lo que se pretende es, nada menos, valorar y, consecuentemente, reparar adecuadamente los daños que se le pueden infligir

ser un *homo faber*, productor de riqueza, como tampoco es un ser exclusivamente espiritual o erótico. Estamos ante un ser rico y complejo, que no admite visiones parciales, fragmentarias, si es que se le quiere concebir tal como es. Es decir, como una unidad psicosomática sustentada en la libertad, que es su centro existencial.

Es importante poner atención en el pensamiento expuesto en el voto razonado conjunto que venimos comentando desde que sus conceptos, en concordancia con la realidad de la vida, reivindican al ser humano tal cual es y no como se le suele interesadamente considerar³ por quienes poseen una unilateral visión meramente economicista o materialista del hombre y de la vida. Es por ello importante subrayar la reiteración de esta concepción humanista en el voto razonado en referencia cuando en él se sostiene que “el ser humano tiene necesidades y aspiraciones que trascienden la medición o proyección meramente económica”.

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

cuando esta solución no es posible. Dicho en otros términos, el resarcimiento es la indemnización que se traduce en dinero porque la naturaleza del ente dañado así lo permite, mientras que la reparación tiene sólo el carácter de indemnización satisfactiva desde que la calidad ontológica del ente dañado hace impracticable una compensación dineraria. En este último caso, el dinero que se entrega a la víctima tiene el sentido de brindarle una satisfacción. Sobre el asunto puede verse del autor de este trabajo: *Reparación del daño a la persona*. En: *Daño a la persona*. Montevideo: Editorial del Foro, 1996.

(39) La sentencia, con un comentario del autor de este trabajo, ha sido publicada en la Argentina en: *Revista de Responsabilidad civil y seguros*. Buenos Aires: La Ley, Año 1, No. 4, julio-agosto 1999, pp. 209 y ss. Y, en el Perú, en: *Themis - Revista de Derecho*, No. 39, Lima, 1999, pp. 453 y ss.; y en: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima: *Gaceta Jurídica*, Año 5, No. 12, setiembre 1999, pp. 11 y ss.

y múltiples daños que se le puedan ocasionar. Supone, en síntesis, una revalorización del ser humano.

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

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

Como lo hemos glosado en precedencia, Max Scheler apunta al respecto que la propiedad fundamental de un ser **espiritual** es “su independencia, libertad o autonomía esencial -o la del centro de su existencia- frente a los lazos y la presión de lo orgánico, de la vida, de todo lo que pertenece a la vida y por ende también de la inteligencia impulsiva propia de ésta”. Su pensamiento se complementa cuando afirma que “semejante ser **espiritual** ya no está vinculado a sus impulsos, ni al mundo circundante, sino que es libre frente al mundo circundante, está abierto al mundo según expresión que nos place usar”⁽⁴⁰⁾. Es decir, el ser espiritual es un ser libre. Libertad que, como apunta el filósofo, no está sujeta a todo lo que pertenece a la vida, como la inteligencia, la voluntad o los sentimientos, el soma y, ciertamente, frente al mundo circundante.

Mounier sostiene, por su parte, que el personalismo, en cuanto expresión del humanismo, no es un espiritualismo sino que, “muy por el contrario, aprehende cualquier problema humano en toda la amplitud de la humanidad concreta, desde la más humilde condición material a la más alta posibilidad espiritual”⁽⁴¹⁾. De este modo, el filósofo nos presenta, con realismo y equilibrio conceptual, el esbozo de aquello en que consiste el ser humano. Un ser rico y complejo, difícil de aprehender, de conocer,

precisamente por ser libertad. De ahí que cada ser humano sea un universo personal, idéntico a sí mismo no obstante ser igual a los demás seres humanos. En ello radica su dignidad.

Por ello Mounier reconoce que “es cierto que la explicación por el instinto (Freud) y la explicación por la economía (Marx) son vías de aproximación a **todos** los fenómenos humanos, inclusive los más elevados”. Pero, a continuación esclarece que, tratándose de dichos fenómenos humanos, “ninguno, ni siquiera el más elemental, puede ser comprendido sin los valores, las estructuras y las vicisitudes del universo personal, inmanente en calidad de fin a todo espíritu humano y al trabajo en la naturaleza”. De ahí que, desde esta perspectiva que nos muestra una visión integral del ser humano y en relación con la comprensión de dichos fenómenos humanos, “el espiritualismo y el moralismo son impotentes porque descuidan las sujeciones biológicas y económicas”. Pero también, añade, “(...) lo es, y en igual medida, el materialismo, por la razón inversa”. Y concluye, al sintetizar que la existencia es coexistencia con los demás y con las cosas, que “cada vez en mayor medida, la ciencia y la reflexión nos presentan un mundo que no puede privarse del hombre, y un hombre que no puede privarse del mundo”⁽⁴²⁾.

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

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

(40) SCHELER, Max. Op. cit.; p. 64.

(41) MOUNIER, Emmanuel. Op. cit.; p. 15.

(42) Ibid.

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

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

5 Nueva sistematización del daño a la persona.

Refiriéndonos específicamente al daño subjetivo o **daño a la persona**⁽⁴³⁾ cabe sistematizarlo, teniendo en consideración la especial naturaleza bidimensional del ser humano, en daño **psicosomático** y daño a la **libertad o proyecto de vida**. Ello, como está dicho, en cuanto el ser humano es una unidad psicosomática sustentada en su libertad. Libertad que es el núcleo existencial de la persona. Por consiguiente, el daño a la persona puede incidir en una u otra de dichas dimensiones del ser humano o comprometer a ambas. De ahí que se justifique la sistematización propuesta. Ella se sustenta en la realidad y es útil para una mejor y más adecuada reparación de todos y cada uno de los daños que se puedan causar a la persona.

La sistematización del daño subjetivo o **daño a la persona** tiene como primordial finalidad mostrar, lo más clara y didácticamente posible, los diversos aspectos del ser humano que pueden ser lesionados como consecuencia de un evento dañoso, así como determinar,

en cada caso, los criterios y las técnicas de indemnización adecuadas a las circunstancias⁽⁴⁴⁾. Ello permite valorizar independientemente las diversas consecuencias de los daños originados a la persona teniendo consideración el aspecto o los aspectos del ser humano que han sido dañados.

Como expresáramos en precedencia, el daño a la persona puede distinguirse en daño psicosomático y daño a la libertad. El daño psicosomático es aquel que, como su nombre lo pone en evidencia, incide en algún aspecto de la unidad psicosomática constitutiva del ser humano. Se puede lesionar cualesquiera de los múltiples aspectos que componen o integran esta inescindible unidad, ya sea que el daño afecte directa y primariamente al soma o cuerpo o que lesione primaria y directamente a la psique. Está demás decir que, siendo el ser humano una inescindible unidad psicosomática, todo lo que agravia al soma o cuerpo repercute, en alguna manera y medida, en la psique y, a su vez, todo lo que lesiona la psique se refleja, también de alguna manera y en cierta medida, en el soma o cuerpo. Desde este punto de vista el daño psicosomático puede distinguirse en daño **somático** y daño **psíquico**⁽⁴⁵⁾, dependiendo de aquello que primaria y principalmente ha sido objeto del daño. Es evidente que se pueden lesionar simultáneamente diversos aspectos de la unidad psicosomática.

5.1 Daño psicosomático.

Como se ha señalado, son múltiples los aspectos del ser humano que pueden ser objeto de una lesión generada por el evento dañoso. En lo que se refiere al daño psicosomático cabe hacer una distinción entre la lesión sufrida, considerada en sí misma, y las múltiples consecuencias que la lesión produce en la existencia, es decir, las repercusiones que ella origina en el bienestar o la salud de la víctima. A la lesión, estimada en sí misma, se le ha designado alguna vez como daño-evento y, a sus efectos, como es obvio, como daño-consecuencia⁽⁴⁶⁾.

5.1.1 Daño biológico.

Un sector de la doctrina que se ha ocupado del daño a la persona identifica la lesión con la expresión de **daño biológico**⁽⁴⁷⁾. Daño biológico es, por

(43) Utilizaremos preferentemente en el texto del trabajo la denominación “daño a la persona” en vez de “daño subjetivo” en atención a que la primera está consagrada por la doctrina.

(44) Para una mayor información en torno a la sistematización del daño a la persona puede consultarse del autor de este trabajo el ensayo: *Hacia una nueva sistematización ...*: pp. 28 y ss.

(45) Sobre los alcances del daño psíquico puede consultarse del autor de este trabajo el ensayo titulado: *Daño psíquico*. Op. cit.

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

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

consiguiente, la lesión en cuanto tal. Es decir, un golpe, una herida, una fractura, un trauma, una mutilación, etcétera. En el curso de este trabajo adoptamos la designación de **daño biológico** para referirnos a la lesión en sí misma y de **daño a la salud** para designar las consecuencias o perjuicios causados al bienestar integral de la persona que pueden ser generados por una o más lesiones.

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

5.1.2 Daño a la salud o al bienestar.

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

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

impedida en el desenvolvimiento de una (o más de un) de las actividades a través de las cuales se nutría la dimensión existencial que le es propia”. Es decir, se trata de repercusiones personales o perturbaciones que afectan el diario existir⁽⁴⁸⁾.

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

El daño a la salud, de conformidad con lo expuesto compromete, por consiguiente, el estado de bienestar integral de la víctima⁽⁴⁹⁾. El concepto **bienestar**, como se ha apuntado, tiene una muy amplia significación. Carecer de bienestar supone un ostensible déficit en la calidad de vida de una persona en relación con el nivel que tenía antes de producirse el daño. La persona, a consecuencia de la lesión sufrida, ve afectadas sus normales actividades, ya sean ellas afectivas, de relación social, familiares, laborales, sexuales, recreativas u otras. Se comprometen así aquellas actividades “del tiempo libre y de relajamiento y, por consiguiente, aquellos perjuicios a la vida sexual, a la integridad del aspecto exterior y, más genéricamente, a las relaciones sociales tradicionalmente encuadradas en el llamado daño a la vida de relación”⁽⁵⁰⁾. El concepto de **daño a la salud** engloba, de este modo, las consecuencias de una serie de daños que, paulatinamente, fueron puestos en evidencia por la jurisprudencia comparada, como es el caso de las expresiones de daño estético, daño sexual, daño a la vida de relación, entre otros. Todos ellos se encuadran dentro del concepto genérico de daño a la salud o daño al bienestar.

El daño a la salud puede generar, predominantemente, consecuencias centradas en el

(48) En noviembre de 1998 se reunió en Trieste un encuentro jurídico en el que se discutieron los alcances del concepto de daño existencial. Una reseña de este evento se puede hallar en la revista: *Danno e responsabilità*. No. 3. 1999. pp. 348 y ss. Sobre el tema puede consultarse a: PONZANELLI, Guido. *Limiti del danno esistenziale: postfazione al convegno triestino*. En: *Danno e responsabilità*. No. 3. 1999. pp. 360 y ss.

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

(50) BARGAGNA, Marino Rilie. *I critici e spunti ricostruttivi*. En: *La valutazione del danno alla salute*. Padova: Cedam. 1986. p. 170.

aspecto somático de la persona o, prevalentemente, en su psiquismo. Una lesión al cuerpo, como una notoria herida en la cara o la pérdida de un genital, acarrea consecuencias de ambos órdenes pues no sólo afectan la vida de relación o hacen que un órgano sea impropio para su función, sino que este déficit de bienestar, calificado predominantemente como somático, tiene también repercusiones de orden psíquico, de diverso grado e intensidad. Es decir, que tales repercusiones pueden expresarse a través de un daño emocional, pasajero o transitorio, designado tradicionalmente como **daño moral**, o pueden derivar en un trastorno mental, en una patología psicológica, que puede llegar a ser duradera. En el daño al psiquismo se evidencian consecuencias de diverso grado e intensidad⁽⁵¹⁾.

5.2 Daño al proyecto de vida.

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

La expresión más frecuente de lesión a la libertad es la que incide en su **ejercicio**. Este peculiar daño se manifiesta o tiene como consecuencia una frustración en cuanto al ejercicio fenoménico de una decisión o elección de la persona en cuanto a su futuro, a su destino. A este tipo de daño se le conoce como **daño al proyecto de vida**⁽⁵²⁾.

Se designa como **proyecto de vida**⁽⁵³⁾ el rumbo o destino que la persona otorga a su vida, es decir, el sentido existencial derivado de una previa valoración. El ser humano, en cuanto ontológicamente libre, decide vivir de una u otra manera. Elige vivenciar, preferentemente, ciertos valores, escoger una determinada actividad laboral, perseguir ciertos valiosos objetivos. Todo ello constituye el “proyecto de vida”. Lo que la persona decide hacer con el don de su vida.

En un trabajo publicado en 1985 -en el que se trató el tema por primera vez en la literatura jurídica-, al referirnos al daño al proyecto de vida, remarcábamos que el daño al ser humano “en su más honda acepción es aquel que tiene como consecuencia la frustración del proyecto de vida de la persona”. Señalábamos en aquella oportunidad que el daño al proyecto de vida “es un hecho de tal magnitud que truncaría la realización de la persona humana de acuerdo a su más recóndita e intransferible vocación”. Considerábamos, además que, extrañamente, “este radical aspecto del daño a la persona y sus efectos no han sido debidamente considerados por la doctrina por nosotros conocida, la que, en todo caso, lo cataloga como un daño que afecta alguno de los derechos de la personalidad”⁽⁵⁴⁾. Intuíamos, de este modo, lo que en aquel entonces designamos como “daño al proyecto de vida” y que, después de una década y media ha alcanzado ciertos importantes desarrollos y, sobre todo, aplicación jurisprudencial. Es decir, ha ingresado al Derecho vivo, lo que significa su reconocimiento como una realidad que el Derecho no puede soslayar dentro de una concepción humanista del hombre y de la vida.

Si bien la persona proyecta en cuanto es un ser ontológicamente libre y temporal, no todos los proyectos

(51) Sobre el daño psíquico ver: FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Daño psíquico*. Op. cit.

(52) Para un desarrollo de este tema ver del autor de este trabajo: *Apuntes para una distinción ...* Op. cit.; y en: *Los derechos del hombre. Daños y protección a la persona*. Mendoza: Cuyo, 1997; así como: *Daño al proyecto de vida*. En: *Derecho PUC. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Lima*. Lima, 1998. También puede consultarse el ensayo *Daño moral y daño al proyecto de vida*, publicado en la *Revista de Derecho de Daños*. No. 6. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, noviembre de 1999. pp. 25 y ss.

(53) La primera vez que el autor trató públicamente el tema del daño al “proyecto de vida” fue con ocasión del homenaje rendido al maestro José León Barandiarán. Por ello el asunto aparece en el correspondiente Libro Homenaje bajo el título de *El daño a la persona en el Código civil de 1984* (Lima: Cultural Cuzco, 1985). Este ensayo se incorporó como un capítulo del libro del autor *Nuevas tendencias en el derecho de las personas* (Lima: Universidad de Lima, 1990).

(54) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *El daño a la persona en el Código civil peruano de 1984 y en el Código civil italiano de 1942*. En: *El Código civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*. Lima: Cuzco, 1985. pp. 252 y ss.

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

Un daño psicosomático puede afectar, en cierta medida, la plena ejecución del proyecto de vida. La persona puede verse impedida de realizar a plenitud lo que, por ser libre, **decidió ser** o tan sólo ver menoscabada tal realización. La persona, en un caso límite, como derivación de un daño al proyecto de vida puede ver frustrada su propia realización existencial. El trastocamiento o frustración del proyecto de vida puede comprometer en diverso grado e intensidad, según los casos, el futuro de la persona. “Dejar de ser lo que se proyectó ser” puede tener como consecuencia que la vida de la persona pierda “su sentido” al no poder continuar vivenciando, con la misma intensidad, los valores que signaron su proyecto existencial y que, posiblemente, llegaron a justificar su razón de existir⁽⁵⁵⁾.

El **proyecto de vida** se sustenta en la propia calidad ontológica del ser humano, en su propia naturaleza. Sólo el ser humano es capaz de **proyectar su vida** ya que ello sólo es posible tratándose de un ser **libre** y, a la vez, **temporal**. La persona humana, como se ha puesto de manifiesto, es un ser libre, ontológicamente libre. La libertad es su centro espiritual, su núcleo existencial. El ser humano es, así mismo, un ser temporal en cuando su existir tiene un comienzo y un fin **existencial** dentro del tiempo **universal**. Cada ser humano posee, por ello, su tiempo **existencial**, su *alfa* y su *omega*⁽⁵⁶⁾. El tiempo es inherente al ser humano, por lo que puede sostenerse que así como el ser humano es libre es también temporal. Por ello Zubiri afirma que “el tiempo no es una pura **sucesión**, sino un ingrediente de la **constitución** misma del espíritu”⁽⁵⁷⁾. La persona, temporalmente, es un pasado,

un presente y un futuro. El **proyecto de vida** se decide en el presente, sobre la base de la experiencia acumulada en el pasado, pero se proyecta al futuro. El pasado, como anota Zubiri, “sobrevive bajo forma de estar posibilitando el presente, bajo forma de posibilidad”⁽⁵⁸⁾.

La trascendencia existencial del **proyecto de vida** ha sido puesta de manifiesto, entre otros filósofos, por Jean Paul Sartre. Para el pensador francés el ser mismo del hombre -que designa como el “para sí”- está en el futuro, emergiendo del pasado. Su expresión es el “proyecto”. De ahí que la existencia humana sea un constante proyectar, lo que significa poner el ser del hombre en el futuro⁽⁵⁹⁾. De ahí que el filósofo galo afirme que “el proyecto libre es fundamental, pues que es mi ser”. Para Sartre el hombre es un ser escurridizo y proyectivo, un ser que “tiene que hacer su ser”.

Podemos no estar de acuerdo -como en efecto lo estamos- con la conclusión sartriana, que surge de su planteamiento existencial, en el sentido que el ser humano “es lo que aún no es” desde que su ser está en el futuro⁽⁶⁰⁾. Pero lo que es rescatable de su visión filosófica, al igual de lo que sucede con Heidegger⁽⁶¹⁾ y otros pensadores de la primera mitad del siglo XX, es su concepción del ser humano, como un ser libre y temporal. Por ser libre y temporal el ser humano es proyectivo y, para serlo, es estimativo, es decir, capaz de vivenciar valores. El ser humano debe valorar para poder preferir **ésto** sobre **aquéllo**. En síntesis, ello es indispensable para decidir su **proyecto de vida**, para decidirse frente a un abanico de opciones existenciales.

El daño al proyecto de vida es un daño actual, que se proyecta al futuro. Es un daño cierto y continuado. Su más grave efecto es el de generar en el sujeto, que ve afectado en su totalidad su proyecto de vida, un vacío existencial por la pérdida de sentido que experimenta su vida. Son muchas y diversas las consecuencias de todo orden, aparte de la citada, que surgen como consecuencia de este singular daño al proyecto de vida. La persona lesionada en cuanto al ejercicio de su libertad

(55) El daño al proyecto de vida ha sido desarrollado, como se ha señalado, en un ensayo titulado *Daño al proyecto de vida*. En: *Derecho PUC*. Lima, correspondiente a 1996, pero publicada en 1998. pp. 47 y ss. También, con ciertas modificaciones, en el libro: *Studi in onore a Pietro Rescigno*. Tomo V. Milano: Giuffrè, 1998.

(56) Sobre la calidad de ser “temporal” de la persona humana puede consultarse de: HEIDEGGER, Martín. *El ser y el tiempo*. Primera edición en español. México: Fondo de Cultura Económica, 1951.

(57) ZUBIRI, Xavier. Op. cit.: p. 334.

(58) Ibid.: p. 347.

(59) SARTRE, Jean Paul. Op. cit.: p. 76.

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

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

se sume en un explicable estado de desorientación, de depresión, de pérdida de seguridad y de confianza en sí misma, de ausencia de metas, de desconcierto. La angustiosa situación que envuelve a la víctima puede conducirla a la evasión a través de alguna adicción a las drogas o, en un caso límite, puede llevarla al suicidio.

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

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

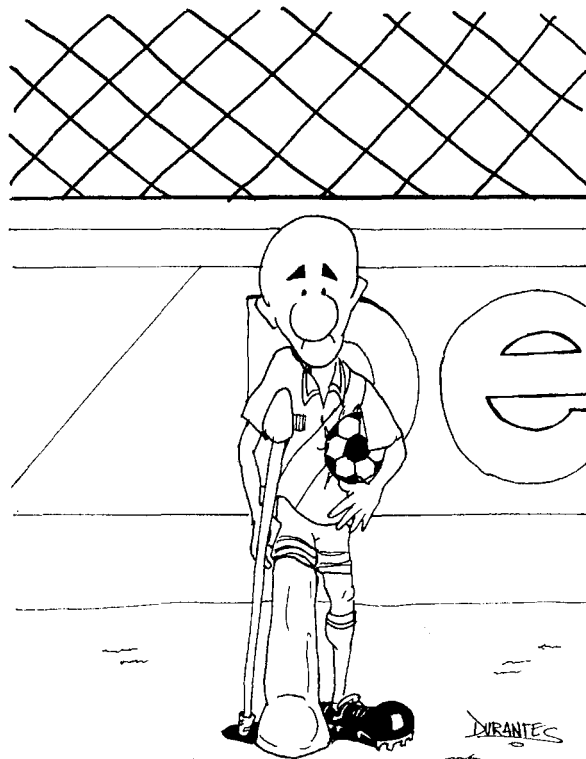
En el ejemplo antes mencionado, advertimos que en cuanto a la naturaleza del ente dañado se han dado, simultáneamente, tanto un daño subjetivo o a la persona como un daño objetivo o a las cosas. El primero incide en la estructura psicosomática, sustentada en la libertad del ser humano pianista. El segundo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

De otro lado, desde el punto de vista de las consecuencias del daño a la persona comprobamos la existencia de aquellas de carácter patrimonial, valorizables en dinero, representadas por el daño emergente y por el lucro cesante. Ambos perjuicios se pueden acreditar documentalmente. El daño emergente resulta ser el costo del tratamiento médico, la hospitalización, las medicinas, los honorarios médicos. El lucro cesante está constituido por los honorarios que ha dejado de percibir el pianista en razón del daño sufrido. En el caso del ejemplo, podría tratarse hipotéticamente de diez conciertos ya contratados y programados que, en conjunto, bordearían los quinientos mil dólares. Las consecuencias de estos dos tipos de daños se resarcan con la entrega de dinero a la víctima

del daño para cubrir tanto los gastos en que se ha incurrido como lo que ha dejado de percibir.

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

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



6 Reparación del daño a la persona.

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

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

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

La ley francesa nos induce a pensar que la idea de una publicación periódica de las sentencias que se producen en un determinado país sobre el tema es de

gran utilidad en el proceso de lograr una cierta uniformidad en cuanto al monto de las reparaciones en relación con determinados daños. Esta iniciativa puede ejecutarse aun sin que se cuente con un baremo. La información en este campo, dada su novedad y las incertidumbres reinantes entre los jueces, contribuirá a ir logrando con el tiempo el propósito antes señalado. Ella constituirá una base de referencia abierta al comentario y a la crítica en los países que no cuentan con baremos, mientras que para aquellos otros que sí los tienen les servirá para actualizar los montos indemnizatorios de acuerdo con la información recogida y analizada para otorgarle una base científica.

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

En Italia un grupo de trabajo con sede en Pisa, que viene trabajando arduamente desde los primeros años de 1990 del siglo pasado, ha realizado un estudio sobre vastos repertorios de sentencias sobre daño a la persona. Se constituyó un “observatorio permanente de la jurisprudencia en tema de daño a la persona” cuyos resultados se publican periódicamente⁽⁶²⁾. De otro lado, se viene trabajando desde hace un buen tiempo en la elaboración de un baremo de alcance nacional. En Milán rige actualmente un baremo elaborado por la Corte y que es de aplicación referencial en la localidad.

El 4 de junio de 1999 se presentó ante el Consejo de Ministros del Gobierno italiano un diseño de ley bajo la denominación de *Nueva disciplina en el tema de daño a la persona*. En su artículo I se precisa que se entiende por “daño biológico” la “lesión a la integridad psicofísica, susceptible de comprobación médico-legal de la persona”. Esta referencia es necesaria dada la falta de uniformidad de las voces que se emplean para

(62) Ver: BUSNELLI, Francesco D. y Marino BARGAGNA (coordinadores). *Osservatorio della giurisprudenza in tema di danno alla persona*. En: *Danno e responsabilità*. No. 2. 1999. pp. 121 y ss.

mencionar, en última instancia, el “daño a la persona”. En su artículo 3, inciso 1 se establece que “el resarcimiento del daño biológico se determina sobre la base de los valores monetarios uniformes indicados en el Cuadro Indicativo Nacional (TIN)”. En el artículo 4 el Gobierno se compromete, dentro del año de entrada en vigencia de la ley, a dictar los decretos que sean necesarios para elaborar el TIN de acuerdo con los criterios fijados en el artículo en referencia.

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

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

Es indudable, en la hipótesis que estamos desarrollando, que el dedo de la mano de un pianista tiene mayor valor que el dedo de una ama de casa o el de un abogado. Lo mismo ocurre tratándose del dedo de un cirujano o de un tenista. En estas últimas hipótesis, sobre la base del dato referencial contenido en el baremo, el juez, de acuerdo a las circunstancias, puede aumentar equitativamente el monto de la reparación. Como se puede apreciar, para el efecto de la reparación

del daño a la persona se logra combinar armoniosamente un principio de base igualitario, que es rígido, con un criterio flexible, de equidad, que permite al juez, según el caso, aumentar o disminuir la suma fijada en el baremo para cada tipo de lesión.

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

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

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

Finalmente, el juez deberá valorizar, como voz independiente, el daño al proyecto de vida, el que es más que elocuente en el caso del pianista del ejemplo. Como se ha anotado, es evidente que un pianista de vocación, un concertista profesional, persigue valores estéticos muy definidos. El vivenciamiento de estos valores le otorga sentido o razón de ser a su existencia. Todos sus esfuerzos están encaminados a ello, por muchos años, con tesón y perseverancia. Son muchos los sacrificios y renunciamentos que, a menudo, debe padecer un pianista que vive intensamente su vocación personal. Así, debe practicar por casi ocho horas diarias, lo que le resta tiempo

para atender su vida familiar u otras actividades que resultan para él atrayentes. No es raro el caso en que ciertos pianistas, tributarios de su vocación, renuncian a constituir una familia pues consideran que no pueden atender debidamente los compromisos que acarrearán el fundar un hogar y tener descendencia.

La imposibilidad de llevar adelante el proyecto de vida hace que el pianista frustrado sienta un vacío existencial como resultado de la pérdida del sentido de su vida. Este daño, que lo acompañará durante toda su vida, no puede confundirse con el daño psíquico, que afecta su salud, o con uno de los componentes del daño psíquico como es el daño denominado "moral" (*pretium doloris*). Este último daño -que es dolor, sufrimiento-, a diferencia del daño ocasionado al proyecto de vida, es transitorio, temporal, tiende a desaparecer con el tiempo⁽⁶³⁾.

Es sorprendente comprobar, después de todo lo hasta aquí referido, como hasta hace poco tiempo sólo se indemnizaban los daños objetivos o daños a las cosas, es decir, aquellos daños cuyas consecuencias podían resarcirse en dinero. En raras oportunidades, se reparaba el daño "moral", entendido como dolor o sufrimiento. Se desconocía y, por consiguiente no se reparaba, lo que en la actualidad se comprende con la genérica expresión de **daño a la persona** en cualquiera de sus múltiples expresiones dada la compleja estructura del ente dañado, es decir, del ser humano. Cuando desde no hace mucho tiempo atrás en ciertos países, bajo diversas denominaciones, se empezó a considerar el daño a la persona, tanto a nivel jurisprudencial como doctrinario, se estimaba que tan sólo eran dignos de reparación los daños causados al ser humano cuando él era productor de renta, de riquezas. Es decir, sólo era tomado en cuenta el *homo faber*. Se tuvo que esperar un tiempo para que se comprendiera, bajo la óptica del principio de la igualdad de todos los seres humanos, que cualquiera de ellos, productor o no de riqueza, no podía quedar desamparado frente a una agresión. No ha sido fácil -no lo es todavía- el lograr que los juristas nos despojemos de la inveterada costumbre de considerar al ser humano como tan sólo una "cosa" o, cuando más, como un sujeto productor de riqueza. Estas graves distorsiones en la comprensión de lo que es el ser humano van lentamente superándose en el umbral de un nuevo milenio en el cual el humanismo se abre paso, ilumina y dignifica nuestro quehacer de hombres de derecho.

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

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

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

A la altura del tiempo que vivimos es inimaginable dejar de reparar el daño a la persona, bajo cualquier pretexto. Podemos, por ello, hacer extensiva la expresión de los hermanos Mazeaud al referirse al daño moral, la misma que es aplicable, obviamente, al daño a la persona. Para los civilistas franceses resulta "chocante en una civilización avanzada como la nuestra que fuera posible, sin incurrir en ninguna responsabilidad civil,

(63) Sobre el asunto puede verse del autor el ensayo ya citado: *Apuntes para una distinción entre el daño al proyecto de vida y el daño psíquico*. Op. cit.: pp. 161 y ss.; asimismo: *Daño moral y daño al proyecto de vida*. En: *Revista de Derecho de Daños*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, No. 6, 1999, pp. 25 y ss.

lesionar los sentimientos más elevados y nobles de nuestros semejantes, mientras que el menor atentado contra su patrimonio origina reparación”⁽⁶⁴⁾. Las palabras de los Mazeaud denotan el afán compartido en nuestros días por muchos otros juristas, de reconocida sensibilidad humanista, dirigido a superar una concepción pura y estrechamente individualista-patrimonialista en lo tocante al derecho de daños.

No obstante, en varios países de relativo desarrollo integral se desconoce, todavía, la perentoria exigencia de reparar los daños ocasionados al ser humano mientras que, solícitamente, se resarcen los daños materiales. Son todavía numerosos los hombres de derecho, abogados y jueces, que carecen de una formación jurídica básica y de una fina sensibilidad axiológica que les permita percibir, con la misma facilidad con que aprecian los daños a las cosas instrumentales, la inmensa gama de daños que se generan contra la persona. Es por ello indispensable insistir, sin desmayo, en la necesidad de sustituir una visión individualista-patrimonialista del Derecho por una concepción humanista donde el ser humano se constituya en el centro y eje de lo jurídico. Es decir, como en realidad lo es en tanto creador, destinatario y protagonista del Derecho.

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

No obstante lo señalado en precedencia, debemos concordar con lo expresado por los civilistas italianos Alpa y Bessone cuando afirman que “la sociedad contemporánea tiende a sustituir la lógica propietaria” por una diversa que es “conexa con la posición jurídica de la persona en el ámbito de la sociedad”⁽⁶⁵⁾. Ello, en resumen, significa que, como lo venimos sosteniendo desde hace algunos años, el mundo -y dentro de él lo atinente a lo jurídico- se encuentra en un período de transición entre dos épocas, uno de cuyos más

significativos rasgos lo constituye el lento desplazamiento de una visión individualista-patrimonialista por una concepción humanista donde el ser humano se erige en el centro del sistema.

La cada vez más gravitante influencia de los postulados del humanismo entre los juristas de nuestros días contribuye decididamente a considerar la importancia que debe dispensarse al tratamiento de la materia concerniente al **daño a la persona** y, dentro de ella, al **daño al proyecto de vida**. Tal vez por ello Tunc, al comprobar esta alentadora tendencia sostiene, con toda razón y con la autoridad que se le reconoce, que el campo más importante de la responsabilidad civil tradicional es hoy, sin duda alguna, el de los **daños corporales**⁽⁶⁶⁾. Recuérdese que en Francia bajo la expresión de daños corporales se comprenden los que aludimos como **daños a la persona**.

7 El daño a la persona en la codificación comparada.

Entre los más importantes aportes del Código Civil peruano de 1984 que destacan los comentaristas de otros países cabe señalar el referente al tratamiento doctrinario y legal dispensado al daño a la persona, el mismo que ha tenido especial resonancia fuera de sus fronteras. Corresponde a Jorge Mosset Iturraspe, entre otros juristas, el haber destacado este significativo acontecimiento dentro de la codificación comparada⁽⁶⁷⁾.

Los estudiosos del Derecho comparado que han analizado el Código Civil peruano de 1984 han reparado en aquello que amplios núcleos de juristas peruanos todavía no han percibido cabalmente. Nos referimos al hecho que este cuerpo legal es el primero a nivel de la codificación comparada que en su artículo 1985 incorpora, sin limitación alguna, el deber de reparar el daño a la persona en toda su amplitud y manifestaciones. A partir de este acontecimiento, en algunos países -como es el caso de la Argentina, entre otros- se ha intensificado el estudio del daño a la persona por lo que se aprecia un notable incremento de la literatura jurídica que incide en el tema y resalta su trascendencia⁽⁶⁸⁾. Paralelamente, se observa como la jurisprudencia comparada atiende

(64) MAZEAUD, H. y L. *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Tomo II. No. 315. p. 441.

(65) ALPA, Guido y Mario BESSONE. *I fatti illeciti*. En: RESCIGNO, Pietro (director). *Trattato di Diritto Privato*. No. 14. Tomo VI. Torino: UTET, 1985. p. 106.

(66) TUNC, A. *Le visage actuel de la responsabilité civile dans une perspective de droit comparé*. En: *Développements récents du droit de la responsabilité civile*. Zurich, 1991. pp. 21-40. Citado por Ricardo de Angel Yagüez.

(67) MOSSET ITURRASPE, Jorge. *El valor de la vida humana*. Tercera edición. Santa Fe, 1991. pp. 327-328; y: *El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad*. En: *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. No. 1. 1992. pp. 22-23.

(68) En la Argentina anotamos, entre otras, las siguientes publicaciones sobre el daño a la persona: IRIBARNE, Héctor Pedro. *De los daños a la persona*. Buenos Aires: EDIAR, 1993; PIZARRO, Ramón Daniel. *Daño moral*. Buenos Aires: Hammurabi, 1996; ZAVALA DE

cada vez más ampliamente la exigencia de no dejar desamparado al ser humano víctima de un daño a su persona.

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

La rigidez del Código Civil italiano en esta trascendente materia suscitó, con razón, el comentario adverso de un sector importante de la doctrina. Así, Bonilini sostiene que la restricción a la que está circunscrita la reparación del daño a la persona, “resuelve de una manera sorprendentemente rígida la cuestión del resarcimiento del daño a la persona y establece una fórmula sibilina nada satisfactoria”⁽⁶⁹⁾; Rescigno, por su parte, expresa su disconformidad con tan desacertada solución legislativa que, en su concepto, compromete y reduce gravemente la tutela de los intereses de la vida privada⁽⁷⁰⁾.

Es de advertir que mediante el fallo No. 184 del año de 1986, la Corte Constitucional italiana, al absolver una consulta sobre la inconstitucionalidad del artículo 2059 del Código Civil, resuelve pragmáticamente la absurda limitación contenida en este numeral. Para el efecto, la Corte Constitucional identifica daño “no patrimonial” con daño “moral” en sentido estricto. Es así que considera la noción de “daño moral” en forma restringida, es decir, sólo como dolor o sufrimiento

(*pretium doloris*). En otros términos, como una determinada especie de daño que incide en la esfera sentimental o emocional de la persona. De este modo, mediante una solución del todo criticable desde el punto de vista teórico -ya que el daño **no patrimonial** no se agota en el simple daño moral- la Corte Constitucional facilitó el resarcimiento del daño a la persona, al que dicha sentencia alude como **daño biológico** en el sentido de una lesión a la salud, la misma que está protegida por el artículo 32 de la Constitución de 1947⁽⁷¹⁾. Este numeral sirve como fundamento legal para resarcir el daño a la persona, con excepción del daño moral que queda confinado, como está dicho, dentro de los alcances del mencionado artículo 2059 del Código Civil.

El Código alemán de 1900, en su artículo 253, al igual que el Código italiano de 1942, permite la reparación del daño no patrimonial sujeto a precisas restricciones. Este Código, en efecto, admite la reparación del daño no patrimonial en dinero sólo en los casos específicamente determinados por la ley. El propio Código consigna algunos pocos casos en que es posible reclamar una indemnización por el daño a la persona⁽⁷²⁾.

El artículo 496 del Código Civil de Portugal de 1967 limita también la reparación del daño a la persona a las situaciones calificadas expresamente como **graves**. No encontramos justificación a esta inexplicable limitación que, paradójicamente, no opera para el daño a las cosas del mundo donde se responde por culpa leve y se resarce cualquier daño por pequeño que sea. Obviamente, la apreciación de dicha gravedad corresponderá al juez en cada caso.

Como se observa de lo glosado en precedencia, las escasas y puntuales soluciones que propone la codificación comparada restringen, absurdamente, la reparación del **daño a la persona**, la que debería concitar, por el contrario, la preferente atención del Derecho en cuanto se trata de la protección del ser humano integralmente considerado. Las pocas y

GONZÁLEZ, Matilde. *Daños a las personas. Integridad sicofísica*. 2da. Edición. Buenos Aires: Hammurabi, 1990; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. *Resarcimiento de daños. Daños a las personas (pérdida de la vida humana)*. Buenos Aires: Hammurabi, 1991; *Resarcimiento de daños. Daños a las personas. (Integridad espiritual y social)*. Buenos Aires: Hammurabi, 1994. Además de diversos artículos publicados en revistas, cabe señalar que el primer número de la *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1992) está dedicado a tratar el tema “Daños a la persona”. El No. 6 de la *Revista de Derecho de Daños*, bajo el diminuto epígrafe de *Daño moral* se dedica al análisis de diversos aspectos del genérico daño a la persona, con especial énfasis en el daño emocional o daño moral (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999).

(69) BONILINI, Giovanni. *Il danno non patrimoniale*. Milano: Giuffrè, 1983, p. 30.

(70) RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto privato italiano*. Nápoli, 1981, p. 702.

(71) VER: FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *El daño a la persona en el Código ...*; pp. 192 y ss.; y en: *Nuevas tendencias ...*; pp. 287 y ss.

(72) El Código alemán cita algunos específicos casos en sus artículos 343, 847 y 1300. Al respecto, Cfr. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Nuevas tendencias ...*; p. 286.

limitativas soluciones que nos ofrece dicha codificación comparada son, a nuestro entender, demostrativas de la prevalencia en lo jurídico de una mentalidad que privilegia el resarcimiento del daño a las cosas y objetos del mundo frente a la tutela integral del ser humano, aun en el caso que no sea propietario. Este planteamiento responde a una filosofía individualista-patrimonialista todavía presente en el Derecho. No obstante, la concepción personalista de lo jurídico recibe, paulatinamente, un mayor número de adhesiones de parte de la doctrina por lo que abrigamos la esperanza que el proceso de revalorización de la persona se extienda y afiance en un futuro no lejano en todas las latitudes.

8 El daño a la persona en el Código Civil peruano de 1984.

Los comentaristas del Código Civil peruano de 1984 advierten que éste, al adoptar una posición contraria a la soluciones eminentemente patrimonialistas en boga, introduce en el artículo 1985 el deber de reparar el daño a la persona **sin limitación alguna** y con la mayor amplitud, hecho que, como se apunta, ha sido favorablemente comentado por los civilistas extranjeros los que han señalado su importancia para el derecho contemporáneo.

El artículo 1985 del Código civil tiene el siguiente texto:

“Artículo 1985.- La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño”.

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

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

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

Cabe recordar que la Comisión Revisora, ante la cual se planteó la necesidad de incorporar el daño a la persona dentro del texto del Código Civil, no aprobó, en primera instancia, la propuesta que se le sometía. Por ello, y tal como se apunta en el párrafo anterior, hubo que esperar una nueva y propicia ocasión para obtener, un 3 de julio de 1984, su inclusión dentro del Código. Las vicisitudes ocurridas en esta oportunidad, que permitieron extemporáneamente incorporar al Código el daño a la persona, están por nosotros narradas en un trabajo anterior al cual remitimos al lector curioso por obtener mayor información al respecto⁽⁷³⁾. Lo sucedido el 3 de julio de 1984 pertenece a la historia

interna del Código Civil a la cual difícilmente accederán los historiadores del Derecho que se ocupen de la materia.

No fue tarea fácil que se aceptase en el Perú de la primera mitad de la década los años ochenta los alcances del novedoso concepto de “daño a la persona”. La formación cerradamente individualista-patrimonialista a la que habíamos sido sometidos los juristas peruanos, impedía la rápida y fácil comprensión de la trascendencia y de la necesidad de proteger al ser humano de todo daño, tal como hasta ese momento sucedía en relación con las consecuencias de daños a las cosas. La aceptación de la figura del **daño a la persona** suponía sustituir la concepción individualista-patrimonialista por una concepción humanista del Derecho. Esta situación, actualmente en trance de ser superada, fue la que motivó que, en un primer momento, juristas como José León Barandiarán, que se ocupaba de la responsabilidad civil, manifestara su perplejidad frente a la noción de daño a la persona⁽⁷⁴⁾. Ello es del todo explicable ya que hasta ese momento ningún jurista en el Perú se había referido a los alcances del concepto de **daño a la persona**, como tampoco había ocurrido hasta aquel entonces en otros muchos países del mundo y, hasta donde estamos informados, en ninguno otro de Latinoamérica. En realidad, por aquellos años empezaba a tratarse la materia en algunos pocos países de Europa.

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

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

genérico **daño a la persona** con el específico **daño moral**.

En el curso del proceso de revisión del texto del Código Civil de 1984 la subcomisión encargada de redactar el proyecto de articulado -aún inconcluso- sobre la parte correspondiente a la responsabilidad civil, de la que somos coordinadores, ha contemplado esta situación y ha acordado someter a la Comisión de Reforma, en su oportunidad, una propuesta para modificar, tal como lo venimos postulando, el contenido de los artículos 1984 y 1985 del Código Civil.

La subcomisión de la Comisión de Reforma del Código Civil ha cumplido también, en primera instancia, con revisar, en el curso de 1997, el contenido del artículo 1985 en referencia, habiendo acordado suprimir, por la razón expuesta en el párrafo anterior, el **daño moral** del nuevo numeral que lo sustituya. El texto del proyectado artículo 1985 es el siguiente:

“Artículo 1985.- La reparación se calcula en consideración al valor del daño al momento de su determinación y comprende todas las consecuencias derivadas del acto u omisión generadoras del daño, incluyendo el daño emergente, el lucro cesante y el daño a la persona”.

La mencionada subcomisión se apresta, asimismo, a reconsiderar el contenido del artículo 1984 a fin de sustituir la específica noción de daño moral por la genérica y comprensiva de **daño a la persona**.

Después de todo lo expresado sobre el tema referido al daño a la persona y el Código Civil peruano de 1984, podemos concluir que algunos aspectos de su tratamiento han sido materia de positivos comentarios a nivel de la doctrina comparada. Entre los diversos asuntos que se han destacado se ha remarcado, como tema central, la incorporación del daño a la persona en dicho cuerpo legal. Lo importante de esta incorporación es, además y como se ha anotado, el que se facilita la indemnización del daño a la persona sin limitación alguna.

También se ha centrado la atención de la doctrina, con acentos a veces polémicos, en el hecho que hayamos incidido con convicción, desde hace más de quince años, en la lógica y necesaria sistematización del llamado **daño moral**, para el efecto de considerarlo dentro de su concepción tradicional y restringida, es decir, como equivalente a dolor o sufrimiento. Esta posición apunta a evitar el sobredimensionar el concepto de **daño moral** con el propósito de incluir asistemáticamente dentro de él la múltiple y variada gama de daños a la persona que no son daños morales sino exquisitamente “jurídicos”.

(74) José León Barandiarán denota su perplejidad en el Tomo VI de la Exposición de Motivos del Código Civil de 1984 dedicado a la responsabilidad civil extracontractual, mientras que Fernando de Trazegnies lo hace en: *Para leer el Código Civil*. Lima, 1984. p. 231.

En su originaria concepción el daño moral, como hemos insistido, es tan sólo uno de los múltiples aspectos comprendidos dentro del genérico concepto de **daño a la persona**. El daño moral es un daño psíquico, de nivel emocional, que normalmente no constituye una psicopatía.

De otro lado, la doctrina ha comentado también positivamente el desarrollo del **daño al proyecto de**

vida como una de las expresiones más importante de lo que al daño a la persona se refiere. Los comentarios son muy auspiciosos frente a esta figura nacida en el Perú, la misma que va siendo paulatinamente recogida por la jurisprudencia comparada. Este hecho le otorga carta de ciudadanía pues se demuestra su posibilidad de aplicación a hechos de la vida ordinaria. ⁴⁸