

# PRECISIONES PRELIMINARES SOBRE EL DAÑO A LA PERSONA

Carlos Fernández Sessarego  
Profesor de Derecho Civil  
Pontificia Universidad Católica del Perú  
Universidad de Lima  
Miembro del Comité Consultivo  
THĒMIS-Revista de Derecho

## SUMARIO

- Del individualismo-patrimonialista al personalismo-solidario: de la protección de las cosas a la tutela del ser humano
- El conocimiento del ser humano como presupuesto del derecho
- La protección del *homo faber*: la reparación del daño a la persona en función de la renta percibida
- La transición entre dos momentos históricos en la evolución de la reparación del daño a la persona
- El proceso de elaboración jurisprudencial del daño a la persona
- El daño a la persona en las sentencias de los Tribunales de Génova (1974) y Pisa (1979).
- El problema suscitado en Italia por la aplicación del artículo 2059 del Código Civil
- El daño a la persona en la jurisprudencia italiana
- El daño a la persona en el Derecho Comparado
- Clasificación básica de los daños en atención a la naturaleza del ente dañado
- Clasificación de los daños en función de sus consecuencias
- Modalidades del daño a la persona
- El daño psicosomático: daño biológico y daño a la salud
- Daño al ejercicio de la libertad: alcances del daño al proyecto de vida
- Daño a la persona y daño moral
- Reparación del daño a la persona
- Valorización y liquidación del daño a la persona
- Apostilla

*La filosofía de la existencia ha demostrado a lo largo del presente siglo, que el hombre no se agota en sus dimensiones de racionalidad y patrimonialidad; sino que aquello que lo sustenta y le otorga dignidad en su unidad psicosomática es su núcleo existencial constituido por la libertad. Esta postura filosófica empieza a verse reflejada, aunque con altibajos, por el derecho positivo y la jurisprudencia. En efecto, se ha ido abandonando la ilógica costumbre de medir con criterios económicos el valor de la vida humana al momento de determinar la reparación por los daños que pueda sufrir. Se ha desterrado por fin la visión del ser humano como mero productor de rentas, valorándolo en su totalidad y singularidad, lo que permite reparar de manera integral los daños, de cualquier índole y aún extrapatrimoniales, que le puedan afectar. En el presente artículo, el doctor Fernández Sessarego, uno de los más destacados representantes de la doctrina peruana y miembro del Comité Consultivo de nuestra revista, expone la evolución de la doctrina y jurisprudencia, principalmente italianas, en el tema del daño a la persona y su tratamiento jurídico.*

## Del individualismo patrimonialista al personalismo solidario: de la protección de las cosas a la tutela del ser humano en cuanto tal

Es de rigor iniciar estas páginas, que pretenden bosquejar un sintético panorama de la evolución de la responsabilidad civil por daño a la persona, expresando que se trata de un tema que nos ofrece la oportunidad de apreciar cómo, a través de los aportes de la filosofía de la existencia -sustentada básicamente en una formulación cristiana- se plasma una renovada concepción del hombre, la misma que se hace patente en el derecho.

Es así que en el derecho, desde una óptica personalista-comunitaria, se va sustituyendo, lentamente y no sin fatiga, antiguas y arraigadas concepciones de raíz individualista-patrimonialista puestas de manifiesto en un limitado positivismo jurídico. Es una tarea apasionante la de mostrar cómo, con el correr del tiempo, se revaloriza la vida humana, se redescubre la libertad en sus verdaderos alcances existenciales y, consecuentemente, se inicia un proceso de protección integral de la persona humana. Surge así, sobre la base de los hallazgos de la filosofía de la existencia que se reflejan en una renovada visión del derecho, la teoría del daño a la persona que ha de innovar la responsabilidad civil.

Como nos lo recuerda Alpa, si bien puede resultar fatigoso llegar a una uniformidad de soluciones prácticas en lo tocante a la liquidación del daño a la persona, ello no se deberá "a la debilidad de su construcción dogmática, hoy superada, ni a su superfluidad: se deberá sólo al hecho, diría natural, de que las ideas nuevas, en la ciencia jurídica, tienen un camino fatigoso circundado de cautelas y de dudas"<sup>1</sup>. La apreciación del jurista italiano es exacta, por cuanto la teoría del daño a la persona se encuentra aún, no obstante los importantes avances logrados, en un proceso de evolución y de búsqueda de soluciones en lo atinente a la liquidación del daño.

Sin embargo, también es necesario advertir con Gentile que "la valoración del daño a la persona nos enfrenta al más arduo de los problemas en el campo de la responsabilidad civil"<sup>2</sup>. Se trata de valorar, finalmente, las consecuencias que en la salud, entendida como bienestar integral, se generan a raíz de una lesión psicosomática y determinar sus efectos en la vida de la persona.

Hasta no hace mucho tiempo, se indemnizaba sólo el daño que aparejaba perjuicios económicos, es decir, aquél dirigido contra el patrimonio del sujeto de derecho o contra la persona misma, siempre que éste último daño pudiera ser valorizado en dinero. Se tenía en cuenta, exclusivamente, el daño emergente y el lucro cesante. Ocasionalmente se reparaba el llamado "daño moral", a pesar de que un sector de la doctrina negara esta posibilidad en tanto este tipo de daño no podía ser apreciado en dinero. El derecho, sometido ideológicamente a un pensamiento influenciado por una concepción individualista y patrimonialista del quehacer humano, y bajo el predominio de una visión materialista de la vida, se hallaba imposibilitado de proteger integralmente a la persona en lo que ella significaba, es decir, como un valor en sí misma, como un ser unitario de naturaleza psicosomática, espiritual, dotado de libertad. No se tutelaba por ello, la esfera psicológica ni el ámbito existencial del sujeto.

Prueba de lo dicho se halla en los códigos civiles del siglo pasado en los cuales el bien supremo merecedor de protección no era, precisamente, el ser humano sino el patrimonio individual. Es así que se concebía a la propiedad como un derecho "absoluto, sagrado e inviolable". Obviamente, en dichos cuerpos de leyes ni siquiera se consideraba el derecho subjetivo a la vida o al libre desarrollo de la persona ni se hacía referencia a su integridad psicosomática, a su honor, a su intimidad, para citar algunos de los más importantes derechos de la persona. Mal se hubiera podido, por consiguiente, predicar del derecho a la vida las mismas características antes citadas, atribuidas a la propiedad. Es así que la vida, a diferencia de la propiedad, no era jurídicamente enunciada como un bien absoluto, inviolable y sagrado.

El individualismo-patrimonialista, con su concepción de un hombre abstracto fuera del contexto social, con su profunda carga de egoísmo, con su miopía para comprender la naturaleza y jerarquía de la persona, hacía imposible la protección del ser humano víctima de un daño generador de consecuencias no patrimoniales.

Mounier se refiere al individualismo como "un sistema de costumbres, de sentimientos, de ideas y de instituciones que organiza al individuo sobre actitudes de aislamiento y de defensa". Es decir, el individualismo concibe al ser humano como un

<sup>1</sup> Alpa, Guido, "Dauno biologico", CEDAM, Padova, 1987, pág. XII.

<sup>2</sup> Gentile, Guido, voz "Dauno alla persona", en "Enciclopedia del diritto", pág. 634.

ente "abstracto, sin ataduras ni comunidades naturales, dios soberano en el corazón de una libertad sin dirección ni medida...". Para el autor, el individualismo es "la antítesis misma del personalismo y su adversario más próximo"<sup>3</sup>.

Juan Pablo II, al sostener que la libertad de la cual está dotado el hombre es una "esencial dimensión relacional", no hace sino poner de manifiesto la dimensión coexistencial del ser humano. De ahí que con razón advierte que "cuando la libertad es absolutizada en clave individualista, se vacía de su contenido original y se contradice en su misma vocación y dignidad"<sup>4</sup>. Por ello comprueba y denuncia "que el origen de la contradicción entre la solemne afirmación de los derechos del hombre y su trágica negación en la práctica está en un concepto de libertad que exalta de modo absoluto al individuo, y no lo dispone a la solidaridad, a la plena acogida y al servicio del otro"<sup>5</sup>. Concluye sentenciando que con esta concepción de la libertad "la convivencia social se deteriora profundamente"<sup>6</sup> y se abre paso, "con el eclipse del sentido de Dios y del hombre", lo que con acierto denomina el materialismo práctico, "en el que proliferan el individualismo, el utilitarismo y el hedonismo". En este tipo de sociedad "los valores del ser son sustituidos por los del tener". En ella el "único fin que cuenta es la consecución del propio bienestar material", donde la llamada "calidad de vida" se interpreta "principal o exclusivamente como eficiencia económica, consumismo desordenado, belleza y goce de la vida física, olvidando las dimensiones más profundas -relacionales, espirituales, religiosas- de la existencia"<sup>7</sup>.

Las elocuentes, certeras y descriptivas expresiones del Pontífice nos permiten entender la dimensión ideológica del individualismo-patrimonialista carente de valores solidarios. Desde esta perspectiva no es posible comprender al ser humano como un ente que simultáneamente es libre y coexistencial. El ser humano construido por el individualismo es un ser incomunicado, encerrado sobre sí mismo, aislado de la comunidad; es decir, como una pura abstracción

Aparte del patrimonio, sólo el dolor o el sufrimiento merecía la protección del derecho. Este último

(*pretium doloris*) se conocía como "daño moral", cuando en verdad es un daño que, como lo veremos en su lugar, incide específicamente en el sector afectivo o sentimental del psiquismo. A los juristas de hasta hace pocas décadas no les interesaban, por lo que permanecían indiferentes o insensibles, las consecuencias de la agresión a la integridad psicosomática de la persona, así como tampoco se preocupaban de reparar civilmente el honor o la intimidad, la identidad personal, la imagen. Mucho menos, por cierto, el daño psíquico, en general, ni la frustración del proyecto de vida.

La actitud de los hombres de derecho, antes referida, es explicable cuando se hace evidente que ella no es más que el eco o la resonancia de una concepción del mundo en clave individualista, donde sólo se concibe al ser humano ignorando a los demás, de espaldas a la comunidad, preocupado tan sólo de satisfacer sus personales necesidades. De un hombre inmerso en la cultura del "haber", distante de la del "ser".

Hubo que esperar que irrumpiera en el mundo una nueva corriente de pensamiento, como es el personalismo-comunitario, para que los juristas comprendieran que el centro y eje del derecho no era el patrimonio instrumental sino el ser humano considerado, como lo sostuvo Kant, un fin en sí mismo. Esta inédita visión del ser humano y su centralidad jurídica trajo como consecuencia un replanteamiento de los supuestos del derecho y una paulatina revisión crítica de la institucionalidad jurídica. Es dentro de este proceso que se produce una profunda innovación en materia de responsabilidad civil al considerarse, por primera vez en la historia del derecho, que la persona humana, en cualquier circunstancia en que sufriera un daño, merecía la protección del derecho y, por consiguiente, debía ser resarcida por las consecuencias de los daños que se le hubiesen causado. Surge así la teoría del daño a la persona que ocupa nuestra atención.

### **El conocimiento del ser humano como presupuesto del derecho**

No se puede comprender lo que significa el derecho si no se conoce, previamente, la naturaleza del ente que concita la protección valiosa de sus normas. Es

<sup>3</sup> Mounier, Emmanuel, "El personalismo", EUDEBA, Buenos Aires, 1962, pág. 20

<sup>4</sup> Juan Pablo II, "Evangelium vitae", Editorial Salesiana, Lima, s/f, pág. 35.

<sup>5</sup> Juan Pablo II, "Evangelium vitae", pág. 34.

<sup>6</sup> Juan Pablo II, "Evangelium vitae", pág. 35.

<sup>7</sup> Juan Pablo II, "Evangelium vitae", pág. 41.

imposible ignorar o dudar cuando se trata de determinar cuál es el objeto de la disciplina jurídica si lo que se pretende es poseer una clara percepción de sus supuestos. No se puede levantar una construcción conceptual-normativa sin conocer cuáles son los cimientos, las bases, los supuestos del derecho. No es posible aprehender lo que es derecho si se desconoce su razón de ser, su rol en la convivencia humana.

Lo dicho explica también que para comprender en qué consiste y cuáles son los alcances del daño a la persona tengamos, inexorablemente, que referirnos al ente "persona", designación con que se conoce jurídicamente al ser humano. Mal podríamos tratar el tema sin saber de qué tipo de ente se trata, ya que este conocimiento previo es indispensable para adoptar las medidas, las técnicas y los mecanismos operativos idóneos para su adecuada protección por el derecho. El que los juristas hubieran sido indiferentes ante este saber básico y preliminar permitió que se considerara al derecho como una mera construcción conceptual. Es decir, a que prosperara a nivel teórico la pretensión de reducir el derecho a una pura abstracción, a semejanza de las matemáticas o de la lógica. En síntesis, a que la deshumanización del derecho fuera una realidad<sup>8</sup>.

En la década de los años cincuenta la teoría tridimensional del derecho nos proporciona una apreciación global y única, que supera todo unidimensionalismo reduccionista<sup>9</sup>. Es a través de esta concepción que tomamos conciencia de que el derecho no es una pura normatividad, sino el resultado de la interacción **dinámica** de vida humana social, valores y normas jurídicas. De ahí que si bien no se puede prescindir, en absoluto, de alguno de estos tres elementos para aprehender el concepto "derecho", también es cierto que ninguno de ellos, es por sí mismo, el "derecho".

No obstante lo dicho, lo primario es la vida, ya que es en ella donde se vivencian los valores y se dan las normas jurídicas. Para valorar y regular conductas humanas intersubjetivas es imprescindible que ellas

se den en la experiencia. Para valorar la injusticia de la conducta de Caín frente a Abel y para tipificarla normativamente es indispensable que, real y efectivamente, se interfieran sus conductas y que de esta interferencia se produzca la muerte de Abel por acción de Caín. Si no existe una conducta humana intersubjetiva carece de sentido, es imposible, valorar o regular la nada.

Es en mérito a lo expuesto en el párrafo precedente que es posible sostener que todo lo que está en la vida está en el derecho. Nada de lo que está en la vida es ajeno al derecho desde que éste es el elemento primario de lo jurídico. El derecho es una exigencia existencial de los seres humanos estructuralmente dispuestos para vivir en sociedad. El hombre es el creador, protagonista y destinatario de las normas jurídicas. De ahí que la persona sea el centro y el eje del derecho, el ente al cual el derecho protege de modo privilegiado<sup>10</sup>.

La persona, como con tanta propiedad nos lo relata Mounier, "no es el más maravilloso objeto del mundo, un objeto al que conoceríamos desde fuera, como los demás". Por el contrario, la persona "es la única realidad que podemos conocer y que al mismo tiempo hacemos desde dentro". La persona es una "actividad vívida de autocreación, de comunicación y de adhesión, que se aprehende y se conoce en su acto como **movimiento de personalización**".<sup>11</sup>

Los horrores desencadenados a raíz de la primera guerra mundial motivaron el que los hombres de pensamiento, los filósofos en particular, quienes históricamente habíanse preocupado por desentrañar el ser de las cosas del mundo exterior, voltearan su mirada inquisidora para centrarla en el ser en que ellos mismos consistían. Se reflexionó así sobre el hombre, escrutando su naturaleza, tratando de descifrar su misterio, evidenciando su estructura ontológica, hasta donde ello es posible. La limitación con que se tropieza para acceder al conocimiento total y acabado del ser humano reside en que, como lo reconoce Jaspers, dada su complejidad y riqueza, su imprevisibilidad en cuanto ser libre, sea siempre

<sup>8</sup> Hans Kelsen, que llevó al formalismo a su más pura y extrema formulación, redujo el objeto del derecho a la normatividad, expresando que la vida humana y los valores eran objetos metajurídicos, situados más allá del derecho.

<sup>9</sup> Fernández Sessarego, Carlos, "El derecho como libertad", Universidad de Lima, Lima, segunda edición, 1994 y Reale, Miguel, "Filosofia do Direito", Edit.: Saraiva, Sao Paulo, 1953.

<sup>10</sup> La teoría tridimensional del derecho surge simultáneamente en Brasil y Perú. En el primero, por obra de Miguel Reale que la enuncia en su obra de 1953 "Filosofia do Direito" y en el Perú, en 1950, se plantea en la tesis de bachiller en derecho del autor de este ensayo bajo el título de "Bosquejo para una determinación ontológica del derecho", que luego fuera editada, en 1987, con el título de "El derecho como libertad" por la Editorial Studium. Existe una segunda edición del año 1994 editada por la Universidad de Lima.

<sup>11</sup> Mounier, Emmanuel, "El personalismo", págs. 6 y 7.

“más de lo que sabe sobre él” o, como nos lo recuerda gráficamente Mounier en la misma línea de pensamiento, “mil fotografías combinadas no conforman un hombre que camina, que piensa y que quiere”<sup>12</sup>.

La tarea de repensamiento en torno a la naturaleza y estructura del ser humano es un valioso aporte de la filosofía de la existencia la que, más que constituir una escuela, representa un amplio movimiento. Es en él donde un conjunto de filósofos, nucleados fundamentalmente en una concepción común del hombre como un ser libre y coexistencial y en todo cuanto ello significa, llegaron sin embargo a diversas conclusiones personales en cuanto a su destino según sus radicales concepciones del mundo. Así, para Jaspers el destino del ser humano está dado en su trascendencia en el tiempo, mientras que para Heidegger el hombre es un “ser para la muerte” y, para Sartre, la persona se diluye en la “nada”.

La revolución generada por este radical cambio de óptica de los hombres de pensamiento quienes, rescatando valores propios del cristianismo, penetraron en los meandros de la vida humana, hizo posible comprender que el ser humano tenía una estructura unitaria pero bidimensional. Ello, en tanto se trataba de un ser libre, singular, único, irrepetible, creativo, proyectivo, idéntico a sí mismo, pero, al mismo tiempo, era un ser social, coexistencial, inconcebible fuera de la comunidad a la que pertenece.

Es conveniente precisar que la libertad, en cuanto ser del hombre, no es absoluta en lo atinente a su ejercicio. La libertad, en el tramo de su fenomenalización, está condicionada no sólo por el mundo interior del sujeto, por su envoltura psicossomática, sino por el mundo exterior, por los otros y las cosas. No obstante que este condicionamiento impide que el hombre realice la totalidad de sus proyectos existenciales, a pesar de este determinismo que pesa sobre su decisión libre, debemos recordar con Mounier que “nada que lo expresa lo agota, nada de cuanto lo condiciona lo sojuzga”<sup>13</sup>. El ser humano, por libre, es proyectivo, creativo e imprevisible. Si bien no todos sus proyectos se realizan en el tiempo, su libertad existencial perdura hasta su muerte. Por ello, no somos libres de dejar de ser libres.

La libertad y la coexistencialidad no son atributos o propiedades del ser humano. Constituyen, como diría Sartre, la “tela de su ser”. Pertenecen a su propia estructura. Por ello, el ser humano es un ser libre y social. La libertad y la coexistencialidad son inherentes a su ser. La libertad, como señala Zubiri, “es la situación ontológica de quien existe desde el ser”<sup>14</sup>.

El concebir al ser humano como simultáneamente libre y coexistencial tuvo honda y radical repercusión en el derecho. Esta renovada visión de la persona desencadenó la crisis de sus supuestos al descubrirse que el ser humano no era tan sólo un “ser racional”, como lo sintetizó Boecio en el siglo VI, sino que era, fundamental y estructuralmente, un ser libre y, simultáneamente, un ser social. A partir de esta unitaria pero bidimensional realidad en que consiste el ser humano, el derecho se presenta como una exigencia existencial -y no como una mera superestructura- ya que los seres humanos requieren de normas valiosas y obligatorias para regular su vida comunitaria. Pero, también, se advierte que el derecho protege al ser humano libre, en tanto el *prius* del derecho es la libertad. De ahí que el derecho es creado por hombres libres para hombres libres necesariamente determinados a convivir en sociedad.

No es lo mismo para los efectos de la protección jurídica considerar al ser humano como un ente que se define únicamente por ser “racional”. Esta dimensión psíquica no agota la esencia misma del hombre que radica en su libertad, en lo que Max Scheler designara con la expresión “espíritu”. Para este filósofo, la persona no es un sujeto exclusivamente lógico de actos racionales ni de actos de voluntad, sino que es la realidad concreta en la cual tienen cumplimiento tales actos<sup>15</sup>. El ser humano es un ser espiritual cuya propiedad “es su independencia, su libertad o autonomía esencial -o la del centro de su existencia- frente a los lazos o 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”. Según Scheler este ser libre que es el ser humano, este ser espiritual que es la persona, “no está vinculado a sus impulsos, ni al mundo circundante, sino que es libre frente al mun-

<sup>12</sup> Jaspers, Karl, “La fe filosófica”, Buenos Aires, Losada, 1968, pág. 54 y Mounier, Emmanuel, “El personalismo”, Buenos Aires EUDEBA, 1962, pág. 6.

<sup>13</sup> Mounier, Emmanuel, “El personalismo”, pág. 7.

<sup>14</sup> Zubiri, Xavier, “Naturaleza, Historia, Dios”, Ed. Poblet, Buenos Aires, 1948, pág. 390.

<sup>15</sup> Scheler, Max, “Ética”, Revista de Occidente, Madrid, 1941, 42.

do circundante, está abierto al mundo, según expresión que nos place usar<sup>16</sup>. Es decir, la libertad, en cuanto poder de decisión, no sufre ataduras, aunque su ejercicio, su fenomenalización, esté condicionada por la propia envoltura psicosomática y por el mundo exterior.

Muchas décadas antes del surgimiento del movimiento filosófico existencial, en el siglo XIX, más precisamente en 1844, un extraordinario filósofo cristiano, precursor de la filosofía de la existencia, se refería lúcida y penetrantemente a esta realidad que es el ser humano, eje y centro del derecho. Sören Kierkegaard al referirse al ser humano expresaba que es “una síntesis de alma y cuerpo”. Con esta expresión no hacía sino repetir lo que era un conocimiento de general dominio. Lo impactante es que después de mostrar esta realidad, al completar dicha frase sostiene que tal síntesis de cuerpo y alma “está constituida y sustentada por el espíritu”<sup>17</sup>. De lo lúcidamente expuesto por Kierkegaard se comprende que el ser humano no se reduce a su envoltura psicosomática, que es cuerpo y psique -es decir, lo que el filósofo nórdico probablemente alude con la expresión alma- sino que ella se sustenta en la libertad, en el espíritu.

El relativo determinismo a que está sujeta la libertad en cuanto tal, es también objeto de reflexión para el filósofo del siglo XIX. Ciertamente se refiere a una libertad “que no es nunca mera posibilidad: tan pronto como es, es real”<sup>18</sup>. Pues bien, esta libertad, sin embargo, no es en cuanto a su ejercicio, a su fenomenalización, “el alcanzar esto y aquello 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”<sup>19</sup>. La libertad que es real, en cuanto ser del hombre, en tanto poder de decisión, no puede ser limitada ni condicionada sino que es su ejercicio, su aparición en el mundo fenoménico, el que está sometido a múltiples y agobiantes condicionamientos. Por ello no siempre es posible que una determinada libre decisión se convierta en conducta, en acción.

La libertad se hace patente al ser humano a través de un proceso de interiorización. Sentimos y vivenciamos nuestro ser libre. La vía para evidenciar la libertad, como lo señala 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<sup>20</sup>. Precisamente, Heidegger y Sartre estiman que es en la angustia que se hace presente la libertad como responsabilidad. Mounier, en similar posición, considera que a la libertad “se le capta desde dentro y de raíz, surgiendo con ella”<sup>21</sup>, es decir, como una experiencia personal. Experiencia que por otra parte, se da tan sólo en algunas muy contadas oportunidades en la vida del ser humano, en situaciones a las cuales Marcel se refiere como aquéllas “en que está en juego algo de real importancia”<sup>22</sup>. En efecto, la libertad se presenta sólo en el instante de las más trascendentes decisiones, de aquellas que han de incidir en el futuro de la persona, por lo que comprometen, en gran medida, su destino. Por ello, si bien no estamos seguros, imaginamos que muchos -o algunos- seres humanos no tienen conciencia de su ser-libertad ya que jamás han tenido la experiencia personal de sentirse libres, de ser libres.

El hombre, por ser un ente coexistencial, requiere de los demás, de los otros, para realizarse como tal. Por ello, al hacerse patente la dimensión social del hombre, se descubre, sin mayor dificultad, que no existen derechos subjetivos absolutos como lo preconizaba el individualismo-patrimonialista, ya que la libertad de un ser humano termina donde comienza la libertad del otro. Es decir, que en el ejercicio de la libertad no es posible afectar o dañar la libertad ajena. La coexistencialidad determina la necesaria limitación en el ejercicio de los derechos subjetivos. Se derrumba, así, el mito de los derechos subjetivos absolutos, puros, cuando se percibe, dentro de esta nueva óptica, que en todo derecho subjetivo se inserta, en cierta medida, un deber. Es decir, que el deber es inherente al derecho subjetivo en tanto el ser humano es social. La coexistencialidad no admite

<sup>16</sup> Scheler, Max, “El puesto del hombre en el cosmos”, Losada, Buenos Aires, 1943, pág. 64.

<sup>17</sup> Kierkegaard, Sören, “El concepto de la angustia”, Espasa-Calpe, Buenos Aires, 1943, pág. 89.

<sup>18</sup> Kierkegaard, Sören, “El concepto de la angustia”, pág. 26.

<sup>19</sup> Kierkegaard, Sören, “El concepto de la angustia”, pág. 118.

<sup>20</sup> Miró Quesada C., Francisco, “Ensayos. I. (Ontología)”, Imprenta Santa María, Lima, 1951, pág. 27.

<sup>21</sup> Mounier, Emmanuel, “El personalismo”, pág. 36.

<sup>22</sup> Marcel, Gabriel, “El misterio del ser”, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1953, pág. 298.

derechos subjetivos absolutos: todos están condicionados por un deber que le es consustancial.

El conocimiento del ser humano, a la altura de nuestro tiempo, permite que se amplíen así los alcances tradicionales del derecho subjetivo, sobre todo aquellos fijados en su momento por Windscheid y, luego, por Ihering. Nos referimos a las posiciones clásicas de corte individualista de estos autores que lo concebían ya sea como “un poder de voluntad” o “un interés individual jurídicamente protegido”. En estas definiciones se evidencia un desconocimiento del derecho ajeno, se prescinde del interés por el derecho de los otros, se ignora el genérico deber de no dañar y la exigencia de armonizar el interés individual con el bien común.

Frente a esta evidencia la doctrina elabora, sobre la base de la dimensión coexistencial del ser humano, el concepto de “situación jurídica subjetiva” que denota, precisamente, lo que se ha sostenido en el párrafo precedente. Es decir, que todo derecho subjetivo incluye un deber y, viceversa, que en todo deber se inserta un derecho. Como es lógico, al no haber derechos subjetivos puros, tampoco existen deberes puros. La noción de “situación jurídica subjetiva” surge, por consiguiente, como adecuación conceptual a la realidad misma del ser humano. Es a partir de esta realidad ontológica que se construye el edificio conceptual del derecho<sup>23</sup>. El derecho no es más una pura conducta subjetiva, un producto de la voluntad o una expresión del interés individual, sino la expresión de conductas humanas intersubjetivas. El derecho, en cuanto exigencia existencial, es siempre relación entre sujetos regulada valiosamente por normas jurídicas.

No está demás recordar, que el deber, que es inherente a todo derecho subjetivo, tiene una doble vertiente. En todos los derechos subjetivos el deber se expresa, genéricamente, en el principio de no causar daño a otro. Al lado de este deber genérico aparece, en cada derecho subjetivo, un deber específico, inherente a dicho derecho<sup>24</sup>. Es decir, que en todos los derechos subjetivos subyacen dos deberes, uno genérico consistente en la obligación de no dañar a otro en el ejercicio de un derecho y un deber específico que surge de la naturaleza misma de cada derecho subjetivo en particular.

En síntesis, y como conclusión de lo hasta aquí expuesto, debemos reiterar lo antes esbozado en el sentido, que para proteger jurídicamente un determinado ente tenemos la necesidad de saber, de conocer, hasta donde ello es posible, la naturaleza del ente a tutelar, ya que de su consistencia ontológica han de derivarse los criterios, las técnicas y las mecánicas operativas de orden legal más adecuados para su total y pronta protección. No es lo mismo, como se pretendía hasta hace poco, tutelar un ente de la calidad del ser humano que una cosa cualquiera, por lo que no es practicable trasladar, sin más, los criterios y las técnicas de protección de las cosas que integran un patrimonio a la tutela preventiva, integral y unitaria del ser humano. La naturaleza del ser humano, a la cual nos hemos referido brevemente en el presente párrafo, es determinante en cuanto a su protección jurídica. Sin este conocimiento previo no es posible otorgarle la debida protección jurídica.

De otro lado, debemos resaltar que sin los aportes de la filosofía de la existencia a los cuales nos hemos sintéticamente referido, no hubiera sido posible la revolución operada en el derecho a partir de sus supuestos y que ha desencadenado una segura aunque paulatina revisión de la institucionalidad jurídica. No por nada sólo en 1948, motivada por los horrores de las guerras mundiales del siglo XX y sobre la base de los hallazgos de la filosofía de la existencia, se elabora la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Es a partir de este texto legal que las constituciones y los códigos experimentan una nueva fisonomía que reconoce su origen en los postulados del personalismo solidario. Reflejo de ello, al menos en grandes tramos, son tanto las constituciones peruanas de 1979 y de 1993 así como el Código Civil de 1984.

En síntesis, es al ser humano, consistente en una unidad psicosomática sustentada en la libertad, al que el derecho protege contra todo tipo de daños que lo afecten en cualesquiera de sus múltiples y ricas facetas. Como se advierte de todo lo hasta aquí expuesto, hubo que tomar conciencia de lo que significaba el ser humano, comprendiendo su intrínseca dignidad de ser libre, para que se desarrollara, en lenta pero segura evolución, la materia que nos ocupa, es decir, la relativa a su protección pre-

<sup>23</sup> Fernández Sessarego, Carlos, “Abuso del derecho”, Astrea, Buenos Aires, 1992, pág. 54 y sgts.

<sup>24</sup> El artículo 19 del Código Civil peruano prescribe que “toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre”. El derecho subjetivo referente al nombre supone el deber de los demás de no contestarlo o usurparlo pero, simultáneamente, el deber del titular de no modificarlo, salvo en casos excepcionales mediante resolución judicial. Y ello porque los demás tienen el derecho de identificar a la persona en sociedad mediante su nombre.

ventiva, unitaria e integral frente a los daños que lo acechan en la era tecnológica.

### La protección del *homo faber*: la reparación del daño a la persona en función de la renta del trabajo percibida

Pasada la primera mitad del siglo XX, un sector de la doctrina y la jurisprudencia consideró al ser humano, para los efectos de la responsabilidad civil, como un ser productor de rentas. En esta perspectiva, se le otorgaba valor en razón de lo que ganaba o de lo que podría percibir en el futuro. El trabajo, dentro de esta visión reductivista del ser humano, se convirtió en el único parámetro para la valorización del daño a la persona. Se protegía a la persona sólo en la medida en que generaba riquezas. No interesaba, aún, el ser humano en tanto tal, en su real dimensión y jerarquía.

Como lo recuerda Franzoni, dentro de la lógica del Código Civil francés y de aquellos otros cuerpos legales de él derivados, “el daño a la persona era un perjuicio de escasa relevancia, ya que la situación de propietario de la víctima, o de sus herederos, no variaba sustancialmente por efecto de la lesión a la integridad física o la muerte”<sup>25</sup>. Dentro de una mentalidad individualista-patrimonialista, por lo tanto, el daño a la persona de carácter extrapatrimonial era irrelevante en cuanto no incidía en el patrimonio. El Código Civil italiano de 1942 recoge la misma inspiración, aunque es dable señalar que sustituye la figura tradicional del ser humano “propietario” por la del ser humano “trabajador” o “empresario”.

Como absurda consecuencia de dicha posición, se dejaba de lado, injusta e incomprensiblemente, al ser humano que, por su situación en la sociedad, no se encontraba en condiciones de producir riqueza. Nos referimos a ese vasto sector de la comunidad integrado por los niños, los ancianos, los enfermos, los inhabilitados, los desocupados, las amas de casa, los jubilados, los religiosos, entre otras categorías de personas no generadoras de rentas.

La posición de la jurisprudencia inspirada en la concepción del *homo faber* se halla muy bien graficada en lo que se conoce dentro de la doctrina comparada como “la regla del zapatero”, la misma que era

aplicada por los jueces cuando se veían en el trance de indemnizar un daño a la persona.

En el siglo pasado, Melchore Gioia propuso un criterio para la indemnización del daño a la persona, el mismo que consistía en determinar la renta proveniente del trabajo de la víctima del daño. En este sentido sintetizó su tesis en la aludida “regla del zapatero” que se formulaba en los siguientes términos: “un zapatero, por ejemplo, elabora dos zapatos y un cuarto de zapato por día; si se le ha debilitado su mano, que no logra hacer más de un zapato al día, ustedes le deben el valor de la fabricación de un zapato y un cuarto de zapato multiplicado por el número de días que le quedan de vida, menos los días festivos”<sup>26</sup>.

La propuesta de Gioia, es decir “la regla del zapatero”, como es del todo evidente, reduce el daño a la persona a un puro y simple daño patrimonial por lucro cesante. No interesa aún el “hombre zapatero” sino el “zapatero”, a secas.

La tesis expuesta, por lo demás, presenta, como anota Giannini y numerosos otros autores que la han comentado, algunos puntos débiles, siendo tal vez, el más importante el referido al silencio de la regla cuando la persona dañada no es un zapatero sino, como lo hemos anotado en precedencia, un niño, un anciano, un desocupado, una ama de casa, un inválido, un religioso, es decir, cualquier persona que no produce una renta derivada del trabajo.

Este grave problema, este vacío que presentaba la regla del zapatero, fue resuelto por los jueces inventando una renta del trabajo imaginaria para indemnizar a dicho tipo de personas que no generaban rentas del trabajo. Así, al ama de casa se le atribuía una renta “figurativa”; al menor, una renta “futura”; al desocupado una renta igual a la última que hubiera recibido mientras tenía trabajo; al jubilado y al inválido la renta que tales personas hubieran podido obtener teóricamente desarrollando su capacidad laborativa potencial y residual.

Como señala Giannini, y con él muchos otros autores que se han ocupado de este asunto, una operación indemnizatoria como la señalada en el párrafo anterior no está exenta de riesgos. Así, por ejemplo, a menudo sucedía que la renta figurativa atribuida

<sup>25</sup> Franzoni, Massimo, “La liquidazione del danno alla persona” en el “Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell’Economia” dirigido por Francesco Galgano, vol. 14, CEDAM, Padova, 1990, pág. 3.

<sup>26</sup> Gioia, Melchiorre, “Dall’ingiuria dei danni, dal soddisfacimento e relative basi di stima avanti i Tribunali civili”, Lugano, 1840, pág. 167.



al ama de casa resultaba inferior a la remuneración corriente, al menos en las grandes ciudades, que percibían las empleadas del hogar, las mismas que cobraban por hora trabajada según el régimen europeo para este tipo de actividad doméstica. La función de ama de casa se valorizaba frecuentemente con una suma inferior a la atribuida por la jurisprudencia a las empleadas del hogar, lo que no guarda correspondencia con la realidad donde el trabajo del ama de casa es de otra calidad, amplitud y jerarquía que la del trabajador del hogar.

En lo que concierne a los menores de edad ocurría que los jueces le otorgaban un resarcimiento en función del tipo de trabajo del padre, por lo que no era lo mismo, para estos efectos, ser hijo de un albañil que de un ingeniero. Es decir, se critica por Giannini que la renta, en este específico caso, se hacía por "castas" sociales, lo que era del todo injusto aparte de absurdo. Los autores suelen citar el famoso "caso Gennarino" como emblemático de esta insólita situación, donde el Tribunal de Milán, mediante sentencia de fecha 18 de enero de 1971, resolvió que debía presumirse que el hijo de un albañil habrá de tener la misma actividad que su progenitor, por lo que la renta futura debe calcularse sobre la base de la renta percibida por un obrero que ejerce esta labor. Otro caso muy difundido, similar al de "Gennarino" fue el caso "Renatino". Ambas situaciones evidenciaron lo ilógico del tratamiento jurisprudencial y contribuyeron al desprestigio de este tipo de resarcimientos puramente imaginativos.

De otro lado, tratándose del jubilado, del inválido y del desocupado, el resarcimiento acordado por los jueces resultaba generalmente producto de su fantasía, el mismo que aparecía alejado totalmente de la realidad<sup>27</sup>.

Otro problema que suscitaba la aplicación de la "regla del zapatero" es aquél relativo a lo que ocurriría si el zapatero no llegase a perder una mano sino, más bien, una pierna, situación que, como es lógico, no impediría al zapatero a continuar fabricando dos zapatos y un cuarto de zapato por día sin que por ello, obviamente, disminuyese su renta del trabajo. En esta hipótesis se acudió a una ficción para no dejar sin indemnización cualquier caso similar de daño a la persona. La ficción

tenía un origen médico-legal y se refería a la "capacidad laborativa genérica", es decir, la presunción *iuris et de iure* acerca de la existencia de un daño patrimonial por lucro cesante en todos las situaciones de lesión a la persona. Esta presunción funcionaba en los casos en los que la lesión no influía sobre la actividad laboral desarrollada por la persona por lo que no repercutía en la renta del trabajo. Se presumía en esta solución una igual disminución porcentual de la renta sólo para compensar la mayor fatiga o la aplicación de parte de la persona de las llamadas "fuerzas laborativas de reserva". No puede dejarse de mencionar en esta hipótesis indemnizatoria que una disminución de la capacidad laborativa genérica de un trabajador dependiente no significaba ninguna variación en la retribución percibida.

La situación analizada en el párrafo anterior lleva a decir a Giannini que se apreciaba en ella una substancial injusticia, ya que se asignaba por la misma lesión, que no influía sobre la renta, una diversa indemnización según que el damnificado disfrutase de una renta modesta o elevada<sup>28</sup>.

En cierto momento, en atención a los problemas que se presentaban en la fijación de las indemnizaciones, se recurrió a otro concepto médico-legal como fue el de "capacidad laborativa específica", que se agregaba al de "capacidad laborativa genérica", tema que no fue satisfactoriamente resuelto por la jurisprudencia creando situaciones calificadas como embarazosas.

En definitiva, como comenta Giannini, la rígida dicotomía entre daño patrimonial y daño extrapatrimonial que surgía de la aplicación de la "regla del zapatero" no permitía resultados satisfactorios, no obstante la ingeniosidad de las soluciones ofrecidas por la doctrina y la jurisprudencia para indemnizar los daños a la persona. Como era de imaginar, las críticas a esta solución condujeron a su revisión crítica y a optar por una actitud contraria que, a partir de los años setenta, se podía extraer de las sentencias de las Cortes Superiores<sup>29</sup>.

La fragmentaria y reducida visión del ser humano que surgía de la famosa "regla del zapatero", destinada a la reparación del daño a la persona, empieza a cambiar recién en la segunda mitad de la década de

<sup>27</sup> Giannini, Gennaro, "Questioni giuridiche in tema di danno psicologico", en "Danno biologico e danno psicologico", Giuffrè, Milano, 1990, pág. 41.

<sup>28</sup> Giannini, Gennaro, "Questioni giuridiche in tema di danno psicologico", pág. 42.

<sup>29</sup> Giannini, Gennaro, "Questioni giuridiche in tema di danno psicologico", pág. 43.

los años setenta. Las históricas sentencias del Tribunal de Génova de 1974, y del Tribunal de Pisa de 1979, marcan un vuelco en lo que atañe a los criterios a emplearse para la reparación del daño a la persona carente de significación patrimonial. A partir de ellas se observa un creciente desarrollo tanto en la doctrina como en la jurisprudencia en torno a la reparación del daño a la persona. A ellas nos referiremos brevemente en las páginas siguientes.

Existe en la actualidad consenso entre los autores que se ocupan del tema referente al daño a la persona en cuanto a que el valorar un daño que pudiera afectarla no significa, de ningún modo, encontrar un valor económico a la vida, ni el precio de un órgano de su cuerpo en caso de lesiones, sino estimar las consecuencias perjudiciales que pudieran derivarse de estas últimas para otorgar a la víctima una satisfacción, un desagravio. El hombre, como lo recalca Franzoni, no es un elemento o factor constitutivo de "su patrimonio", ni se le puede reducir a la calidad de "bien" para los efectos resarcitorios<sup>30</sup>.

### **La transición entre dos momentos históricos en la evolución de la reparación del daño a la persona**

Es sólo recientemente, bajo la influencia de la filosofía de la existencia y del personalismo jurídico, que se admite por un sector de juristas, cada día mayor en número, la posibilidad de considerar al ser humano no sólo en su capacidad de ente generador de riqueza material sino también, y sobre todo, en el valor que en sí mismo él encarna. Es decir, como un ente complejo y rico en matices, que no se agota sólo en una de sus múltiples facetas, como es aquella que lo reduce a la de un ser de naturaleza exclusivamente económica.

En las décadas sucesivas a la Segunda Guerra Mundial se percibe una tendencia, cada vez más presente y actuante, que pretende desplazar la concepción del derecho de una posición exclusiva o preponderantemente patrimonialista a otra de inspiración humanista o personalista, en la cual el ser humano, en cuanto sujeto de derecho, sea el eje y el centro indiscutido del mundo jurídico. Diversos autores intentan, así, sustituir la prevaleciente jerarquía asignada a la protección jurídica del patrimonio, en tanto instrumento al servicio del hombre, por la de una amplia, preventiva, unitaria, integral y adecuada tutela de la persona humana en cuanto ser libre y creador.

Paralelamente, una visión tridimensional del derecho, totalizante e integradora, va sustituyendo, paulatinamente, a la visión positivista que confundía, sin más, norma escrita con derecho. Se va así comprendiendo que si bien la ley integra lo jurídico, ésto no se agota en la ley pues a su lado, interactuando dinámicamente, debemos considerar, siempre y necesariamente, a la vida humana social y a los valores.

Alejándose de la tradicional y aceptada posición de Boecio, que definía al hombre como una "substancia indivisa de naturaleza racional", se le comienza a apreciar en una dimensión más profunda que la de ser sólo un ente "racional". La filosofía de la existencia, que surge entre las dos grandes guerras mundiales del siglo XX, lo muestra como un ser que es libertad. Libertad que no es, por consiguiente, un atributo ni una propiedad más de la naturaleza humana sino que constituye su propio ser. Sólo el hombre libre es capaz de proyectar, de valorar, de crear, de hacer su vida diferente a la de los demás seres humanos otorgándole un sentido. La ciencia contemporánea nos muestra que la libertad en que consiste el hombre hace posible que no existan dos seres humanos que sean idénticos, no obstante ser todos iguales. Ello se hace patente no sólo en el nivel propiamente biológico, como en el genoma humano, sino también en el de la personalidad de cada cual.

En los tiempos que corren, en la presente era tecnológica, han aumentado en notable grado las ocasiones en las cuales el ser humano está expuesto a sufrir un daño, ya sea éste de carácter patrimonial o extrapatrimonial. Esta realidad ha obligado a los juristas más lúcidos y sensibles a imaginar nuevas y eficaces categorías y técnicas de protección integral de la persona humana, diferentes a aquéllas que se aplican a la tutela de entes de distinta naturaleza como son las cosas del mundo exterior.

Dentro de este panorama, la jurisprudencia italiana -que ha sido muy creativa- fue esporádicamente alejándose de la regla tradicional establecida para el efecto de resarcir el daño a la persona, es decir, aquélla que considera al ser humano exclusivamente en su calidad de productor de riqueza. Fue así que empezaron a aparecer algunas sentencias que, apartándose del parámetro del hombre productor, tomaron en consideración algunos otros aislados aspectos de la persona humana que dieron como resultado la aparición de nuevas figuras de daños al

<sup>30</sup> Franzoni, Massimo, "La liquidazione del danno alla persona", pág. 1.

lado de aquélla genérica referida a la pérdida de rentas en el tiempo.

Es así que hallamos en los repertorios de jurisprudencia, sentencias aisladas tendentes al resarcimiento de daños específicos como el daño a la vida de relación, el daño estético o el daño que compromete la esfera sexual de la persona. Advertimos en este proceso de transición que, si bien no existe todavía una visión integral del ser humano, se van descubriendo, para el efecto de la reparación civil, fragmentarios aspectos anteriormente no considerados por la jurisprudencia. En estos casos la reparación del daño está relativamente desconectada de la capacidad de la persona para generar rentas, lo que significa un avance digno de mención en el proceso de lograr una justa reparación por las consecuencias no patrimoniales generadas por un daño a la persona.

Para justificar la reparación civil en los casos de estas nuevas categorías de daño a la persona, se acudió, en un momento de transición, a la figura del daño patrimonial indirecto. Se trata de un daño que, si bien no lesiona directamente bienes o intereses de naturaleza patrimonial, de todos modos resultaría ser dentro de esta óptica la consecuencia de una lesión que comporta reflejos negativos en el plano patrimonial de la persona<sup>31</sup>.

El daño a la vida de relación, figura a la que con frecuencia acudía la jurisprudencia para resarcir daños a la persona de carácter no patrimonial, trajo como consecuencia una importante innovación en el campo de la responsabilidad civil, la misma que consistía en que no se requiriese por los jueces la prueba directa de los efectos del daño en la vida social y del trabajo de la víctima sino que se actuaba más bien sobre la base de simples presunciones. Estas presunciones tenían en cuenta diversos factores como son, entre otros, la magnitud de la lesión, la posición social y de trabajo de la víctima, su edad y su sexo. De otro lado, se evaluaba también la pérdida de competitividad de la víctima como resultado del daño a su vida de relación, lo que permitió a los jueces presumir una disminución patrimonial que debía también resarcirse.

Esta figura del daño patrimonial indirecto y esta nueva mecánica operativa en la reparación del daño a la vida de relación permite a Franzoni apreciar que en “el concepto de daño a la persona, desde al

menos sesenta años, conviven dos ánimas antitéticas: una, fuertemente anclada a la tradición que concibe a la persona en función de su capacidad de producir renta; la otra, abierta a reconocer que la persona humana debe ser tutelada en el plano resarcitorio, también si las pérdidas sufridas no se reflejan directamente en la disminución de la renta”. Al interpretar esta situación, el autor advierte que detrás de estas dos ánimas no existe solamente una diversa forma de liquidación del daño a la persona, lo que significaría tan sólo una consecuencia, sino sobre todo el reconocimiento de la existencia de intereses diversos yuxtapuestos, siendo todos ellos merecedores de tutela jurídica<sup>32</sup>.

Es a partir de la segunda mitad de los años setenta que se observa, sobre todo a través de cierta jurisprudencia, un cambio de perspectiva dentro de la cual, para el cálculo de la reparación civil de un daño a la persona carente de significación económica, se deja de lado la concepción exclusivamente economicista del hombre generador de renta, para sustituirla por otra acorde con la naturaleza del ser humano, la misma que no puede reducir a la persona a ser sólo un ente al que dispensa, exclusivamente, la categoría de propietario o empresario. No se trata, sin embargo, de una posición unánime ni menos general sino del inicio gradual de un radical cambio de óptica en la materia referente al daño a la persona o daño a la salud, como se le prefiere designar en Italia por razones muy especiales que revisaremos en su lugar.

Dentro de esta nueva concepción del daño a la persona se deja de lado la tradicional figura del daño patrimonial indirecto para abordar, directamente al efecto de su reparación, el daño a la persona carente de reflejos patrimoniales.

Es así que, bajo una renovada comprensión del ser humano, un reducido sector de juristas (De Cuppis, Grasso, Paradisso, Bonilini, Busnelli, Alpa, entre otros) comenzó a interesarse en la reparación de los daños sufridos por la persona considerada en sí misma, con prescindencia de los efectos patrimoniales que el daño pudiera generar. Ello, es justo reconocerlo, fue el resultado de una previa y creativa elaboración jurisprudencial. Dentro de esta nueva óptica el problema se fue concretando en la necesidad de encontrar las técnicas y los mecanismos operativos que permitieran reparar, pronto y adecuadamente, estos daños a la persona sin directa e

<sup>31</sup> Franzoni, Massimo, “*La liquidazione del danno alla persona*”, pág. 102.

<sup>32</sup> Franzoni, Massimo, “*La liquidazione del danno alla persona*”, pág. 104.

inmediata connotación económica. En este proceso de búsqueda de soluciones se observa un fructífero y enriquecedor diálogo entre la jurisprudencia y la doctrina, el que de modo elocuente se pone de manifiesto, precursoramente, en las escuelas genovesa y pisana.

La jurisprudencia de las dos últimas décadas, bajo una óptica personalista, empieza a utilizar nuevas categorías y técnicas de tutela del ser humano y, correlativamente, a valerse de nuevas expresiones que aluden a aspectos de la vida humana anteriormente no considerados por el derecho para los efectos de su tutela. Nos referimos a voces tales como daño a la vida de relación, daño estético, daño a la vida sexual, daño biológico, daño a la salud. En un primer momento, la pluralidad de figuras que fueron apareciendo en la jurisprudencia fue motivo de confusión pero, lentamente, se llegó a sistematizar el problema al advertirse que todas esas disímiles voces no significaban diversas o autónomas categorías de daño sino que, simplemente, todas ellas se referían a un sólo y único ente por lo que se unificaban en una sola calidad de daño, de carácter genérico, como es el que se sintetiza en la expresión "daño a la persona". Esta voz, por su amplio alcance conceptual, engloba a todos y cualquier daño que afecte algún aspecto de la compleja y rica unidad psicosomática sustentada en la libertad en que consiste el ser humano.

Finalmente, se llegó a comprender por los jueces y juristas que un daño cualquiera que incide preponderantemente en el soma se refleja en la psique y, viceversa, un daño al psiquismo repercute en lo somático, o un daño que afecta el proyecto de vida es la causa terminal de un daño psicosomático. La frustración del proyecto de vida, a su vez, tiene hondas consecuencias de carácter psicosomático. Todo ello, reiteramos, porque cualquier daño que comprometa algún aspecto del ser humano incide sobre la totalidad, en tanto se trata de un ente que configura una unidad.

Lo expuesto llevó a los estudiosos al convencimiento de que la protección de esta unidad en que consiste el ser humano debía ser preventiva e integral, por lo que ningún aspecto del mismo debería dejar de ser tutelado. Para lograr este propósito, la doctrina remarcó la importancia de las cláusulas

generales abiertas o en blanco que permiten tutelar no sólo los derechos subjetivos, recogidos por la normatividad vigente, sino cualquier interés existencial que se derive de la dignidad del ser humano y que no haya aún encontrado acogida en los ordenamientos jurídicos normativos. La historia reciente nos muestra algunos casos emblemáticos en los cuales la jurisprudencia, a pesar de no existir norma específica de tutela de algún interés existencial derivado de la dignidad del ser humano, ha cumplido con su debida protección jurídica para lo cual, en sustentación de su fallo, ha recurrido a las cláusulas generales como podrían ser el artículo 2 de la Constitución italiana vigente o el artículo 3 de la Constitución peruana de 1993<sup>33</sup>.

### **El proceso de elaboración jurisprudencial del daño a la persona**

Es fundamentalmente en la praxis jurisprudencial que se han delineado los conceptos y se van definiendo las técnicas de reparación del daño a la persona. Este hecho es fácil de percibir si uno se adentra en el estudio de esta figura en las últimas décadas. Los propios juristas italianos reconocen el indiscutible mérito que en el proceso de elaboración conceptual han tenido los jueces. Baste citar al efecto algunas opiniones de notables juristas de la hora actual. Así, Busnelli expresa que se debe atribuir a la jurisprudencia de la década de los años setenta el vuelco fundamental que se ha producido en cuanto a la valoración del daño a la persona. Alpa, por su parte, sostiene que es propiamente de esta praxis judicial que ha nacido el nuevo método de valoración que se centra en el daño biológico<sup>34</sup>.

Cabe señalar que Italia es uno de los países donde, probablemente, se ha discutido más extensamente el tema del daño a la persona y donde se han efectuado importantes aportes tanto doctrinarios como jurisprudenciales en lo que al tema se refiere. Es por esta razón que nos referiremos, preferentemente, a su trabajosa elaboración, a su evolución, a sus hallazgos y aciertos y, lo que es digno de acotar, a la superación de trabas legislativas impuestas por el famoso y discutido artículo 2059 del Código Civil que impedía su debida y amplia reparación. Esta superación fue posible gracias al mancomunado esfuerzo de jurisprudencia y doctrina, cuya certera como lógica crítica y sus permanentes reclamos

<sup>33</sup> La jurisprudencia italiana ha tutelado el derecho a la intimidad pese a que en el ordenamiento jurídico positivo no existe norma específica que la proteja. En años recientes ha ocurrido lo mismo en relación al derecho a la identidad personal. En todas estas situaciones las sentencias se han sustentado, básicamente, en lo dispuesto en el artículo 2 de la Constitución.

<sup>34</sup> Busnelli, Francesco D. "Danno biologico e danno alla salute", pág. 3 y Alpa, Guido, "Danno biologico", CEDAM, Padova, 1987, pág. 1, entre otros.

contra el sistema legislativo imperante culminaron favorablemente con el fallo de la Corte Constitucional No. 184 de 1986 a cuyos alcances nos referiremos en su lugar.

Como lo advierten diversos autores<sup>35</sup>, en el proceso de elaboración jurisprudencial que en Italia desembocó en la aparición del nuevo concepto de “daño a la salud” (prácticamente equivalente al de “daño a la persona”, como lo expondremos más adelante), se aprecian dos momentos lógicamente distinguibles. El primer momento, como lo precisa Franzoni, se identifica con una casi general censura del método tradicional de liquidación del daño a la persona fundado sobre la renta percibida por la persona, al cual nos hemos referido en precedencia. Se criticó, entre otros aspectos, el proceso de liquidación por el cual, sobre la base de arbitrarias presunciones, se estimaba de modo casi automático una determinada pérdida de rentas ante la presencia de un cierto grado de invalidez.

De igual modo, se criticó el procedimiento por el cual se atribuye una renta ficta a las personas que no desarrollan ninguna actividad productiva, ya que este método conduce siempre al lucro cesante. A esta situación hemos hecho referencia al tratar de la aplicación de la “regla del zapatero” como método empleado para determinar el monto de la indemnización sobre la base de la renta dejada de percibir por la persona que sufrió un daño.

Un segundo momento en la evolución del proceso de elaboración jurisprudencial en torno al daño a la persona se inicia cuando se pone en evidencia que todas las dificultades y carencias en la aplicación del método tradicional se deben a un prejuicio ideológico, constituido por el criterio que estima que la renta es el parámetro con el cual se aprecia la capacidad y eficiencia laborativa de un sujeto. Por el contrario, y como se puso de manifiesto por la jurisprudencia y la doctrina, la lesión a la integridad psicosomática debe ser valorizada y reparada como un daño a la salud sobre la base de lo dispuesto en el artículo 32 de la Constitución italiana<sup>36</sup>.

En este segundo momento se diferencian claramente los daños a la persona con consecuencias de carácter patrimonial de aquellos otros carentes de significación económica pero que deben ser necesariamente tenidos en cuenta para los efectos de la reparación. Esta reparación encuentra asidero, además de lo prescrito en el artículo 32 de la Constitución, en lo dispuesto en el artículo 2043 del Código Civil que establece genéricamente el deber de reparar todo daño injusto, sin agregar ningún requisito o modalidad que limite sus amplios alcances conceptuales. No obstante lo expresado, un amplio sector de la doctrina, a pesar de estar convencido de la existencia de un daño a la persona sin consecuencias en la esfera patrimonial del sujeto, tropezaba con el absurdo dispositivo del artículo 2059 de dicho Código Civil. Este numeral prescribe que el daño no patrimonial no debe ser resarcido sino en los casos determinados por la ley, la misma que a este efecto señala que sólo se deben reparar los daños extrapatrimoniales que surgen de la comisión de un delito. Así lo establece el artículo 185 del Código Penal italiano. A este aspecto del problema nos referiremos más adelante.

Busnelli, que ha estudiado con gran lucidez y rigor el tema referente al daño a la persona en Italia, había señalado con precisión, y con una visión más cronológica, extensa y comprensiva que la anteriormente referida, que el proceso de evolución jurisprudencial en su país había atravesado por dos fases<sup>37</sup>. La primera de ellas está signada, como lo hemos apreciado, por aquella actitud compartida por los pretores en la que sólo se resarcían los daños a la persona en cuanto ellos tenían incidencia en la capacidad de producir renta. Esta primera fase, a la cual hemos hecho referencia, tiene para el autor una fecha de expiración, la misma que coincide con la expedición de la sentencia de la Corte de Casación No.3675 de 1981<sup>38</sup>. En este fallo el máximo tribunal italiano se pronuncia en el sentido de que el daño a la persona -designado en esta ocasión como daño biológico- debe ser considerado resarcible aunque no incida en la capacidad del sujeto de producir renta. Aún más, resuelve que la víctima debe ser indemnizada con independencia de este último

<sup>35</sup> Es el caso de Monetti y Pellegrino, en Foro italiano, 1974, V, c. 159 y sgts. y Franzoni, Massimo, “Liquidazione del danno alla persona”, pág. 104 y sgts., entre otros.

<sup>36</sup> El primer párrafo del artículo 32 de la Constitución italiana prescribe: “La República tutela la salud como fundamental derecho del individuo e interés de la colectividad y garantiza tratamientos gratuitos a los indigentes”.

<sup>37</sup> Busnelli, Francesco D., “Danno biologico e danno alla salute” en “La valutazione di danno alla salute”, a cura de Bargagna y Busnelli, CEDAM, Padova, 1986, pág.3.

<sup>38</sup> La sentencia, que lleva como fecha el 6 de junio de 1981, se publicó en “Giustizia Civile”, 1981, I, c. 1903.

daño, por lo que los perjuicios que no generan consecuencias patrimoniales deben ser siempre resarcidos.

La jurisprudencia, como apunta el propio Busnelli, se sustenta en el criterio expuesto por la Corte Constitucional que, en su sentencia No. 88 de 1979<sup>39</sup>, expuso el criterio basado en la exigencia de configurar un daño a la salud, tutelado por el artículo 32 de la Constitución italiana, "como un derecho primario y absoluto, plenamente operante aún en las relaciones privadas". Por consiguiente, la Corte admitía la plena resarcibilidad de todos los efectos, tanto patrimoniales como extrapatrimoniales, producidos por un daño a la persona.

La segunda fase señalada por Busnelli se inicia inmediatamente después de la expedición de la sentencia de la Corte de Casación de 1981, antes referida, y se caracteriza por la desordenada y a menudo contradictoria aplicación por los jueces de la nueva posición asumida en dicha sentencia en lo atinente al daño a la persona. Según el autor, la fuerza innovativa del nuevo principio recogido por la citada sentencia corre el riesgo de "dispersarse en miles de arroyuelos de una interpretación descoordinada y caótica"<sup>40</sup>.

Busnelli consideraba que el pase a una tercera etapa, de conciente reacción contra la anarquía imperante y de paciente búsqueda de un modelo reconstructivo, homogéneo en sus grandes líneas, no podía formularse sino a partir de una atenta consideración de las propuestas más significativas elaboradas por la jurisprudencia, como eran aquéllas representadas por dos esclarecedoras sentencias pronunciadas por el Tribunal de Génova, en 1974, y por el Tribunal de Pisa, en 1979.

Por nuestra parte, estimamos que la tercera fase de la evolución jurisprudencial italiana se inicia un brevísimo tiempo después de aquél en que Busnelli exponía la propuesta que hemos glosado en párrafos precedentes, por lo que no alcanzó a registrarla como estamos seguros lo hubiera hecho de escribir sus apreciaciones un tiempo después. En efecto, consideramos que esa tercera fase está en pleno

desenvolvimiento a partir de la expedición de la sentencia No. 84 de 1986 de la Corte Constitucional italiana, la misma que resuelve, aunque de modo original, el problema restrictivo contenido en el artículo 2059 del Código Civil y su contradicción con lo dispuesto tanto en el artículo 32 de la Constitución como en el artículo 2043 de dicho código. Más adelante nos referiremos expresamente a este grave problema legal que impedía el desarrollo de la teoría del daño a la persona y su aplicación uniforme por parte de la jurisprudencia.

Una cuarta fase se iniciará, probablemente, el día que la Corte Constitucional declare la inconstitucionalidad del artículo 2059 del Código Civil al efecto de no condicionar la reparación del daño moral en sentido estricto o de *pretium doloris* (al que identifica con el daño extrapatrimonial) a la comisión de un delito. En efecto, y como lo apreciaremos en su lugar, mediante esta sentencia, de modo antitécnico, la Corte Constitucional incorporó un *tertium genus* entre el daño extrapatrimonial que, como lo tenemos dicho lo equipara al daño moral, y el daño patrimonial. Este tercer género o categoría de daño configurado por la Corte consistió en el daño a la salud.

#### **El daño a la persona en las sentencias de los Tribunales de Génova (1974) y de Pisa (1979)**

Aspectos estelares en el proceso de elaboración jurisprudencial de la noción de daño a la persona o daño a la salud son aquellos a los que se refiere la sentencia del Tribunal de Génova de 25 de mayo de 1974<sup>41</sup>. Esta sentencia fue de inmediato estudiada y sostenida por la doctrina emanada de la Universidad de Génova, sobre todo en los trabajos de juristas como Alpa, Bessone y Roppo.

A la jurisprudencia genovesa se suma el valioso aporte de la escuela pisana. Cabe recordar una primera sentencia del Tribunal de Pisa del 10 de marzo de 1979<sup>42</sup>, la que tiene el mérito, como señala Busnelli, de recoger los resultados de una investigación realizada sobre el tema por el Instituto de Derecho Privado de la Universidad de Pisa<sup>43</sup>. Esta investigación surge de la colaboración entre juristas

<sup>39</sup> La sentencia de fecha 26 de julio de 1979, se publicó en "Foro italiano", 1979, I, c. 2542.

<sup>40</sup> Busnelli, Francesco D., "*Danno biologico e danno alla salute*", pág. 4.

<sup>41</sup> Publicada en "*Giurisprudenza italiana*", 1975, I,2,c.74.

<sup>42</sup> Publicada en "*Giurisprudenza italiana*", 1980, I,2,c. 20.

<sup>43</sup> Se trata de un cuaderno titulado "*Tutela della salute e diritto privato*" publicado bajo el cuidado de Busnelli y Breccia publicado en el volumen "*Diritto e problemi contemporanei. Ricerche, rassegne, saggi*" recogidos por Pietro Rescigno y publicado por Giuffrè, Milano, 1978.

y médicos legistas la que origina, a su vez, una colaboración siempre más estrecha entre operadores del derecho, como es el caso de los juristas, los magistrados, los abogados y los aseguradores.

La específica mención a estas dos sentencias se explica porque es a partir de ellas que se inicia, con la colaboración de la doctrina, un lento, fatigoso pero sostenido proceso tendente a clarificar el concepto mismo de daño a la persona (o daño a la salud, en su caso) y sus alcances, así como dirigido a precisar las técnicas idóneas para su valoración y liquidación reparatoria.

En la sentencia genovesa de 1974 se designó con la expresión de "daño biológico" el equivalente -en dicho momento de la evolución conceptual- del daño a la persona, indicándose que se trataba de un *tertium genus* entre el daño patrimonial y el daño moral al que se indentificaba con el daño extrapatrimonial. En este fallo se sostiene que para fijar el daño resarcible, en la hipótesis de lesiones físicas en agravio de la persona, se deben tener en cuenta dos distintas situaciones. De un lado, el perjuicio de carácter patrimonial sufrido por la víctima como consecuencia de las lesiones experimentadas. Se pone el acento en el hecho que debe evaluarse la lesión en su concreta efectividad, sin tomar en cuenta una abstracta referencia a la renta percibida por el sujeto, sino más bien se debe valorizar sobre la base de un sistema de tablas de infortunio o baremos corrientemente empleados en la praxis reparatoria de estos daños.

Desde una segunda perspectiva, y de modo acumulativo, debía evaluarse el perjuicio de orden no patrimonial consistente en el "daño biológico", es decir, en la lesión a la integridad física considerada en sí y por sí misma. Sobre la base de los baremos la variabilidad aceptada es sólo aquella que tiene en cuenta la edad de la víctima y debe ser independiente del nivel de rentas percibidas por ella.

Como advierte Busnelli al comentar la sentencia genovesa, si se parte de la definición médico-legal del daño biológico como perjuicio psicosomático se llega a la indiscutible conclusión según la cual la descripción del "daño biológico" puede ser objetiva y científicamente exacta. De igual modo, es también correcta la opinión de quienes, transfiriendo tal descripción a su valoración en dinero, estiman que la liquidación del daño físico debe ser exactamente igual para todas las personas. Es decir, por ejemplo, el valor en dinero por la pérdida de un dedo de la

mano no puede oscilar entre una y otra persona. Su valor es igual para todas ellas<sup>44</sup>. Esta grave limitación en la apreciación del genérico daño a la persona deja de lado, y esto es importante anotarlo, el daño a la salud, es decir, nada menos que las consecuencias que dicha lesión genera en el bienestar de la víctima del daño. Más adelante volveremos sobre la distinción, dentro del genérico y comprensivo concepto de daño a la persona, de sus dos vertientes: la representada por la lesión en sí misma, o daño biológico, y la referente a sus consecuencias en el bienestar del sujeto, o daño a la salud.

Obviamente, para lograr el objetivo de obtener una liquidación exactamente igual de cada una de las lesiones a la integridad física de las personas, se requiere de parámetros que deben estar predeterminados y ser notorios para que puedan fácilmente llegar al conocimiento de todos. Para el Tribunal de Génova, el parámetro aplicable es la renta media nacional, considerando el perjuicio "como si influyera negativamente sobre el monto de una renta vitalicia cuyas singulares anualidades serían iguales a la renta media nacional en cuestión". Este parámetro fue modificado por el propio Tribunal en fallos posteriores, a través de los cuales se hizo referencia, para el efecto de la liquidación del daño, a una renta anual igual al triple de la pensión social. Es de anotar que para la valoración del daño a la salud, en tanto consecuencia del daño biológico, no es posible adoptar el criterio de la igualdad, ya que el efecto de la lesión es variable de persona a persona. No se trata de un daño abstractamente igual para todas las personas desde que todas las personas no son idénticas.

Como se observa, en esta precursora sentencia genovesa sólo se tiene en consideración, para delimitar el genérico concepto de daño a la persona de consecuencias no patrimoniales, la lesión a la integridad física que debe ser apreciada, en cuanto a su magnitud, por un médico legista. No hay cabida todavía, al daño psíquico, desde que la sentencia no hace referencia a una lesión a la unidad psicosomática sino tan sólo a su vertiente física. Es decir, el concepto de "daño biológico" delineado por la sentencia de 1974 es diminuto, insuficiente para abarcar todos los extremos que deben tenerse en cuenta para configurar una completa noción de daño a la persona.

Para Busnelli resulta extraña la omisión del aspecto relativo al daño psíquico en la configuración de lo que el Tribunal de Génova designa como "daño biológico". Para el autor, esta carencia supone una

<sup>44</sup> Busnelli, Francesco D., "Danno biologico e danno alla persona", pág. 9.

falta de fidelidad con los desarrollos alcanzados hasta ese momento en la delimitación del concepto médico-legal sobre la lesión a la integridad psicosomática del ser humano. La extrañeza se justifica en razón que el profesor Gerin, uno de los reconocidos precursores en esta materia e implícitamente aludido en la sentencia de 1974, habíase ya referido a una “validez físico-psíquica” en la apreciación del llamado “daño biológico” con ocasión de la presentación de una ponencia en las Jornadas médico-legales triestinas de 1952. De otro lado, este mismo concepto aparecía también desarrollado en el ensayo de los magistrados Monetti y Pellegrino titulado “Propuestas para un nuevo método de liquidación del daño a la persona” que, publicado en 1974, constituye el preanuncio de lo expresado sobre el tema en la sentencia bajo comentario<sup>45</sup>.

Otra omisión que se advierte en la sentencia de 1974, y que también contribuye a configurar un concepto diminuto de daño a la persona, es el no haber imaginado las consecuencias que sobre la salud de la persona acarrea una lesión de carácter físico. Es decir, los efectos que la lesión origina en el bienestar integral de la persona, en el desarrollo de su personalidad, en su equilibrio psíquico, en su proyecto de vida.

Pero, más allá de las omisiones advertidas, que constituyen limitaciones en cuanto a los alcances del genérico concepto de daño a la persona, la sentencia del Tribunal de Génova tiene el indiscutible mérito de haber puesto de relieve la existencia de un daño a la persona que carece de un valor, directo e inmediato, en dinero como es la lesión -en sí misma- a la integridad física de la persona, daño al que se le designó, como está dicho, con la expresión de “daño biológico”.

Para la comprensión de los aportes de la escuela pisana sobre el criterio adoptado para la liquidación del daño a la persona -o más precisamente del daño a la salud- debe partirse de la sentencia del Tribunal de Pisa de fecha 10 de marzo de 1979. Como lo resumen Giusti y Nannipieri<sup>46</sup>, este criterio se desarrolla sobre la base de tres fundamentales postulados.

Vale la pena enfatizar el **distingo** que en cuanto al daño a la persona se gesta dentro de la escuela

pisana, sobre todo por obra de Busnelli y de Bargagna, entre el daño biológico, o sea la lesión en sí misma, y sus consecuencias que inciden en el bienestar del individuo, es decir, el daño a la salud. Los postulados a que hacen referencia Giusti y Nannipieri se centran en lo atinente al daño a la salud. O sea, a las consecuencias del daño biológico.

El primer postulado se fundamenta en el hecho de que si el daño a la salud constituye una voz completamente autónoma e independiente de cualquier referencia a la capacidad laborativa o, dicho en otros términos, a la producción de renta, resulta fuera de lugar la pretensión de liquidar el daño a la salud sobre la base de un criterio que tenga en cuenta, precisamente, la renta del trabajo, aunque para tal liquidación se recurra al criterio adoptado por la escuela genovesa referente al múltiplo de la pensión social, tal como lo hemos anotado al comentar la sentencia del Tribunal de Génova de 1974.

Un segundo postulado es el que sostiene que para la liquidación de los daños no puede aceptarse un criterio totalmente confiable en la discrecionalidad del juez. Se aduce que en una materia como la que comentamos es necesaria una exigencia de certeza, con la finalidad de alcanzar, de un lado, una deseable reducción de las controversias en cuanto a los montos fijados y, del otro, a fin de evitar diferencias interpretativas entre los diversos Tribunales. En efecto, la liquidación equitativa no debe consistir en una operación arbitraria practicada por el juez sino que el mayor o menor monto liquidado debe dar lugar a una fundada y racional explicación. La liquidación equitativa, por consiguiente, ha de tener en consideración las esenciales particularidades de la persona agraviada, es decir, aquellas exigencias connaturales a su personalidad y tener en cuenta, asimismo, su libre desarrollo y sus intrínsecas manifestaciones<sup>47</sup>.

Un tercer postulado asume que el criterio de liquidación del daño a la persona no puede tampoco constituir un parámetro rígido, un mecanismo automatizado. El juez, por el contrario, sobre la base del criterio de equidad que preside su decisión en esta materia, debe tener en cuenta las diversas situaciones concretas que se presentan en cada caso sometido a su revisión.

<sup>45</sup> Busnelli, Francesco D., “*Danno biologico e danno alla salute*”, pág. 8.

<sup>46</sup> Giusti A. y Nannipieri A., “*Il modello giurisprudenziale pisano*” en “*La valutazione del danno alla salute*”, pág. 54 y sgts.

<sup>47</sup> Giusti A. y Nannipieri A., “*Il modello giurisprudenziale pisano*”, pág. 55.



Esta actitud se justifica en tanto el perjuicio ocasionado a la salud no corresponde sólo y de modo proporcional a la alteración de la integridad psicosomática sino, más bien "a la disminución del bienestar vital de un sujeto, concretamente colocado en un contexto de compromisos individuales y de relaciones sociales"<sup>48</sup>. Y ello por cuanto, como lo apreciaremos en su lugar, lo que se repara en el caso del daño a la salud, en cuanto derivación de una lesión a la integridad psicosomática o daño biológico, no es la lesión en sí misma sino sus consecuencias.

Como se aprecia de lo suscitadamente reseñado en precedencia, el Tribunal de Pisa, desde su precursora sentencia de 10 de marzo de 1979, acogió el criterio equitativo como aquél que deberían aplicar los jueces en los casos de liquidación del daño a la salud. Pero, y esto es conveniente recalcarlo, el criterio equitativo en la apreciación de las repercusiones que en cada una de las víctimas se han puesto de manifiesto como consecuencia de un daño biológico, reconoce un punto de referencia objetivo en la valoración a través de la tipificación de las lesiones inflingidas a la víctima, el que se deduce de los precedentes jurisprudenciales y que se gradúa no en función de la renta percibida por el agredido o de su condición social sino, en línea de tendencia, en función y en proporción a la entidad y gravedad de las lesiones que le han sido ocasionadas.

La posición de la escuela pisana al respecto se sintetiza en su propuesta conciliadora de los dos aspectos esenciales del daño. Es decir, del estático, representado por el daño biológico, o sea, la lesión considerada en sí y por sí misma, y el dinámico, consistente en el daño a la salud. En cuanto al daño biológico la técnica reparatoria postula un criterio igualitario y uniforme mientras que tratándose del daño a la salud, tal como se ha subrayado, se propone un criterio equitativo.

Vale la pena señalar que la sentencia de 1979 permitió reconducir a una única voz, como es la de daño a la salud, una serie dispersa de voces como las de daño estético, daño a la vida de relación, daño a la vida sexual, todas las cuales son tan sólo lesiones que repercuten en la salud de la persona. A su vez, tanto el daño biológico como el daño a la salud son manifestaciones del genérico daño a la persona, voz que engloba y abarca todas aquellas que la jurispuden-

cia o la doctrina han ido creando en el tiempo para significar alguna específica lesión al ser humano.

### **El problema suscitado en Italia por la aplicación del artículo 2059 del Código Civil**

En Italia, a través de la jurisprudencia precursora representada por las sentencias de los Tribunales de Génova y de Pisa antes mencionados, y con el apoyo de la doctrina, se fue perfilando, como se ha comentado, la genérica noción de daño a la persona, comprensiva de todos los agravios que pueden ocasionarse al ser humano, considerado éste como una unidad psicosomática sustentada en la libertad. Es conveniente aclarar que, dentro de su natural amplitud, en un primer momento de la elaboración y alcances del concepto de daño a la persona, éste se entendía sólo en relación a los daños que lesionaban al ser humano cuando ellos no podían valorarse, en forma directa e inmediata, en dinero. Es decir, para aquellos daños conocidos como daños extrapatrimoniales o no patrimoniales.

Sin embargo, de lo dicho y como lo anticipáramos en su lugar, la aplicación jurisprudencial del daño a la persona se hallaba gravemente restringida por lo dispuesto en el artículo 2059 del Código Civil<sup>49</sup>, no obstante que este numeral colisionaba tanto con el artículo 32 de la Constitución, que tutela el derecho a la salud, como con el genérico numeral 2043 del Código Civil que establece, sin limitación alguna, que "cualquier hecho doloso o culposo que ocasiona a otros un daño injusto obliga a quien ha cometido el hecho a resarcir el daño".

No obstante lo anotado, en la práctica el artículo 2059 del Código Civil italiano impedía la reparación del daño a la persona que generaba consecuencias no patrimoniales en tanto la norma prescribe que este daño debe ser resarcido sólo en los casos determinados por las leyes. La ley que aludía al daño no patrimonial se hallaba tan sólo en la sede del Código Penal de 1930. En este sentido, el artículo 185 de este Código establece que el resarcimiento de este tipo de daño extrapatrimonial depende de la previa comisión de un delito. Es decir, que el daño a la persona que acarrea consecuencias patrimoniales sólo podía ser indemnizado si previamente se había producido un hecho delictuoso. Se trata, como se puede apreciar, de una muy grave y absurda

<sup>48</sup> Giusti A. y Nannipieri A., "Il modello giurisprudenziale pisano", pág. 56.

<sup>49</sup> El artículo 2059 del Código Civil italiano, sumillado como "daños no patrimoniales", tiene el siguiente texto: "El daño no patrimonial debe ser resarcido sólo en los casos determinados por las leyes".

limitación al derecho natural de la persona a que se proteja, con toda amplitud, su salud y su bienestar.

Como se ha señalado, el artículo 2059 se hallaba en contradicción tanto con el artículo 32 de la Constitución como con el artículo 2043 del Código Civil. A pesar de lo expresado por dichas genéricas normas, la mayoría de los desconcertados jueces aplicaba el criterio restrictivo dispuesto en el mencionado artículo 2059 del Código Civil.

Muchos autores, como era de esperar, fueron duramente críticos en lo que concierne a la limitación contenida en el artículo 2059 del Código Civil. Bonilini considera que dicha limitación significa detener injustificadamente el proceso continuo y progresivo de dispositivos legales referidos a la plena tutela de las consecuencias no patrimoniales del daño a la persona. En tal sentido manifiesta que el artículo 2059 representa una opción restrictiva que resuelve de un modo "sorprendentemente rígido" la reparación de las consecuencias no patrimoniales del daño a la persona, calificando su contenido como el de una fórmula sibilina del todo insatisfactoria<sup>50</sup>.

Rescigno, por su parte, deja sentada su absoluta disconformidad con la posición inexplicablemente restrictiva asumida por el artículo 2059 en referencia, considerando que tan desacertada disposición legislativa compromete o reduce gravemente la tutela de los intereses de la persona, en general, y de la intimidad de la vida privada en particular<sup>51</sup>. Estima que dicho artículo significa el obstáculo más grave que se presenta para la adecuada reparación del daño a la persona.

La situación legal antes glosada fue elevada en consulta a la Corte Constitucional italiana la misma que en vez de declarar, como hubiera sido técnicamente aconsejable, la inconstitucionalidad del artículo 2059, utilizó un camino más complicado y contrario a una buena técnica legal. Es así que, mediante sentencia 184 del 14 de julio de 1986<sup>52</sup> interpretó esta norma en el sentido de que se debía aplicar sólo a los casos de daño moral. De este modo la Corte, sin mayor fundamento, equipara los conceptos de daño moral, en sentido estricto (*pretium doloris*), y daño no patrimonial, dejando de lado toda la inmensa gama de daños a la persona que

generan consecuencias no patrimoniales. En síntesis, para la Corte Constitucional el único daño no patrimonial es el daño moral, entendido este como *pretium doloris*, dolor, sufrimiento. En esta situación, para obtener un resarcimiento por daño moral, éste debe surgir de la previa comisión de un delito.

Dentro del criterio de la Corte Constitucional el daño a la persona -designado como "daño biológico"- no radica, por consiguiente, en el dispositivo 2059 del Código Civil, por lo que éste no le es aplicable en la hipótesis de su resarcimiento. Para la Corte, el daño a la persona es una lesión contra la salud, la misma que, como se ha anotado, está tutelada por el artículo 32 de la Constitución, numeral que concuerda con lo dispuesto en el artículo 2043 del Código Civil que prescribe que todo daño injusto, sin hacer distinciones, debe ser reparado. La Corte, es conveniente aclararlo, asume el concepto "salud" en su más amplia acepción, es decir, como bienestar integral, según la definición puesta en circulación por la Organización Mundial de la Salud.

Como resultado de la sentencia No. 184/96 de la Corte Constitucional existen no dos sino tres categorías diferentes de daños, con lo que está creando un nuevo tipo de daño diverso a los tradicionales de daños patrimoniales y extra patrimoniales. Se trata, por consiguiente, de un *tertium genus*, referida al daño a la persona que resultaría distinto a los daños anteriormente mencionados.

En nuestro concepto, y tal como lo hemos adelantado, la solución adecuada hubiera sido el que la Corte declarase la inconstitucionalidad del artículo 2059 del Código Civil en la medida en que es contrario con lo dispuesto en los numerales 2 y 32 de la Constitución italiana. El primero de ellos reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, sin excepción, y el segundo tutela la salud.

Aunque desde un punto de vista técnico la solución propuesta por la Corte Constitucional no es aceptable por la razón antes expuesta, ella sin embargo, ha hecho posible superar, en la práctica, el obstáculo que para el resarcimiento del daño a la persona representaba el artículo 2059 en referencia al prescribir que la reparación sólo podía efectuarse en los casos previstos por las leyes. Ya hemos advertido que las leyes sólo citan un caso y es aquél en el que

<sup>50</sup> Bonilini, Giovanni, "Il danno non patrimoniale", Giuffrè, Milano, 1983, pág. 30.

<sup>51</sup> Rescigno, Pietro, "Manuale del diritto privato italiano", Napoli, 1981, pág. 702.

<sup>52</sup> La sentencia se publicó en "Leggi Civili Commentate", 1986, pág. 601.

el resarcimiento sólo se produce previa la consumación de un delito.

Debe señalarse que con esta sentencia la Corte Constitucional cambia radicalmente el criterio expuesto en su fallo No. 88, del 26 de julio de 1979<sup>53</sup>, mediante el cual resolvió que la expresión “daño no patrimonial”, a la que se hace mención en el artículo 2059 del Código Civil, tenía un carácter general por lo que, sin sombra de duda, ella se refería “a cualquier perjuicio que se contraponga, en vía negativa, a aquel patrimonial”. De ahí que, en conclusión, el ámbito de aplicación del artículo 2059 se extiende a todo daño “no susceptible directamente de valoración económica, comprendido el de la salud”.

Según Alpa, la sentencia de la Corte Constitucional significa poner un punto final a las dudas existentes entre los juristas y los magistrados italianos al definir que en el caso de daño a la persona cuyas consecuencias sean de naturaleza no patrimonial, es de aplicación el artículo 32 de la Constitución en concordancia con el artículo 2043 del Código civil<sup>54</sup>. Busnelli, por su parte, expresa que, al margen de las conclusiones de orden técnico de la sentencia en referencia, ella debe ser apreciada como “un hito fundamental, aunque no definitivo, en el encuadramiento sistemático de la figura del daño a la salud y, más genéricamente, de la categoría de los daños a la persona”<sup>55</sup>.

Después de tomar conocimiento de los alcances y fundamentos del fallo de la Corte Constitucional que hemos reseñado, es fácil comprender el indistinto uso que hace la doctrina italiana de los conceptos de “daño a la persona” y “daño a la salud”. Este último concepto, comprendido en la más amplia noción de daño a la persona, se refiere a las consecuencias de una lesión, en sí misma considerada, o daño biológico, que para la Corte es un daño-evento. El daño biológico se integra también dentro del concepto de daño a la persona. Es decir, el daño a la persona, en cuanto noción genérica, abarca tanto el aspecto en que consiste la lesión en

sí misma o daño biológico, y sus consecuencias o daño a la salud.

El que tanto la doctrina como la jurisprudencia italianas recurran con frecuencia al concepto de “daño a la salud” se explica, como fácilmente se deduce, de los fundamentos de la sentencia No. 184 de la Corte Constitucional, por cuanto es la salud, en última instancia, el bien afectado y tutelado por el artículo 32 de la Constitución. No obstante, cabe reiterar que el daño a la salud, como nos lo recuerda Ponzanelli, es “considerado un componente central del daño a la persona”<sup>56</sup>.

A partir del histórico fallo de la Corte Constitucional que, de una manera muy peculiar resolvió el problema legal planteado como consecuencia de la aplicación del artículo 2059 del Código Civil, la jurisprudencia empezó, ya sin vacilaciones, a acoger la reparación del daño a la persona.

### **El daño a la persona en la jurisprudencia italiana**

El criterio propuesto por la sentencia del Tribunal de Pisa del año de 1979, al que se ha hecho referencia, fue asumido por la jurisprudencia de la máxima instancia judicial como es el Tribunal de Casación. Es a través de la jurisprudencia posterior al fallo de Pisa que, paulatinamente, se va decantando la noción de daño a la persona y empieza a ser reparado en cuanto no apareja consecuencias patrimoniales. Está demás reiterar que este proceso se hallaba entrabado, como se ha puesto de manifiesto en su lugar, por lo dispuesto en el artículo 2059 del Código Civil al que se ha hecho referencia.

Entre las sentencias de la Corte de Casación dignas de mencionar expedidas durante el período anterior a la sentencia No.184 de 1986 de la Corte Constitucional, cabe mencionar la No.3675 del 6 de junio de 1981<sup>57</sup>. En este fallo, cuya importancia destaca Giannini,<sup>58</sup> se afirma un principio fundamental cual es el que el daño biológico “debe ser resarcido aunque carezca de incidencia sobre la capacidad de producir renta”.

<sup>53</sup> La sentencia se publicó en “*Responsabilità civile e previdenza*”, 1979, pág. 698.

<sup>54</sup> Alpa, Guido, “*Commenti a prima lettura della sentenza della Corte Costituzionale*”, en *Dir. Inf.*, 1986, pág. 727.

<sup>55</sup> Busnelli, Francesco D., “*In difesa della sentenza No. 184/86 della Corte Costituzionale sul danno biologico e il danno non patrimoniale*”, en *Dir. Inf.*, 1987, pág. 444.

<sup>56</sup> Ponzanelli, Giulio, “*Il contributo della dottrina*” en “*La valutazione del danno alla salute*”, pág. 33.

<sup>57</sup> La sentencia se publicó en “*Giustizia Civile*”, 1981, I,1903.

<sup>58</sup> Giannini, Gennaro, “*Il risarcimento del danno alla persona*”, Giuffrè, Milano, 1991, pág. 41.

El pronunciamiento de la Corte de Casación No. 2396 del 6 de abril de 1983<sup>59</sup>, adelantándose al fallo de la Corte Constitucional de 1986, desvincula la reparación del daño biológico de la órbita del artículo 2059 del Código Civil para colocarlo, en cambio, en el ámbito del artículo 2043 del mismo Código. La sentencia, dando un paso adelante en la apreciación de los alcances del daño a la persona, sostenía que las lesiones causadas a la integridad psicofísica del ser humano incidían directamente sobre aquello que era el valor "hombre" en su concreta dimensión. Y agregaba que este valor no es reconducible a la sola actitud de producir riqueza sino que está vinculado "a la suma de las funciones naturales (las cuales tienen relevancia biológica, social, cultural y estética, en relación a las varias articulaciones ambientales en las cuales la vida se despliega...) las que son inherentes al sujeto".

En la sentencia No. 2422 del 14 de abril de 1984<sup>60</sup> la Corte de Casación afirmó que el bien primario de la salud "es el derecho inviolable del hombre a la plenitud de la vida física y al desenvolvimiento de la propia personalidad moral, intelectual, cultural, en el grado de intensidad, aún mínimo, alcanzado por cualquier sujeto".

En 1985 encontramos la sentencia No. 102, del 16 de enero<sup>61</sup>, con la cual la Corte de Casación reitera que el único criterio utilizable para la valoración del daño biológico es el equitativo, en cuanto "no existen elementos seguros y atendibles para la determinación del valor biológico del hombre".

La sentencia del Tribunal de Casación No. 1130 del 11 de febrero del mismo año, insiste en que para la liquidación del daño a la persona el único criterio a aplicarse es el equitativo, en base al cual se deben apreciar las circunstancias subjetivas y objetivas del caso.

### El daño a la persona en el derecho comparado

Son escasos los códigos civiles contemporáneos que regulan la hipótesis del daño a la persona.

En Gran Bretaña la jurisprudencia reconoce la reparación del daño a la persona cuyas consecuencias son de carácter extrapatrimonial, a las que general-

mente suelen referirse con las expresiones de *pain and suffering* y *loss of amenities*, cuyo contenido conceptual es suficientemente amplio, no obstante su apariencia restrictiva.

En lo que a Francia se refiere es del caso señalar que el artículo 1382 del Código Civil de los franceses de 1804 contiene una fórmula muy amplia en cuanto a la responsabilidad civil. Si bien este Código no introduce explícitamente el daño a la persona, el texto del artículo 1382 ha permitido a la jurisprudencia pronunciarse favorablemente en lo atinente a la reparación del daño moral. Sin embargo, este concepto se ha redimensionado para dar cabida no sólo a los daños que afectan la esfera sentimental, sino para incluir en él cualquier otro daño psicossomático. La apertura de la jurisprudencia francesa ha sido posible porque el artículo 1382 utiliza la expresión "daño" en sentido genérico, sin precisiones o limitaciones. Por consiguiente, basta que exista un daño, para que deba ser reparado, cualquiera sea su naturaleza y consecuencias.

Por lo expuesto, el magistrado francés no tiene ningún obstáculo para interpretar, sin restricción de ninguna especie, el concepto "daño" acogido en aquel numeral. La doctrina francesa contemporánea, con raras excepciones, sigue esta ejemplar actitud jurisprudencial. Baste citar, dentro de esta línea de pensamiento, los nombres de Demolombe, Saleilles y Carbonnier, entre otros destacados juristas.

Es también del caso anotar que la doctrina actual prefiere utilizar, por lo general, la expresión "daño corporal" para referirse al daño a la persona<sup>62</sup>. Dentro de esta genérica expresión se incluye el *préjudice d'agrément* o sea lo que se entiende como la privación de los goces y satisfacciones de la vida que, antes de la entrada en vigencia de la ley de 27 de diciembre de 1973, se aplicó sólo en relación con las actividades deportivas y artísticas.

El artículo 253 del Código Civil alemán de 1900 se refiere al deber de reparar el daño a la persona de carácter extrapatrimonial, aunque contiene una grave restricción. Al igual que el artículo 2059 del Código Civil italiano, reserva la reparación de este tipo de daño a los casos señalados en la ley. El

<sup>59</sup> Ve su texto en "Riv. Giur. Circ. Trasp.", 1983, pág. 713.

<sup>60</sup> La sentencia se publicó en "Responsabilità civile e previdenza", 1984, pág. 333.

<sup>61</sup> Ver "Riv. Giur. Circ. Trasp.", 1985, pág. 521.

<sup>62</sup> Lambert-Faivre, Yvonne, "Le droit du dommage corporel", Dalloz, París, 2a. edición, 1993.

propio Código Civil alemán incorpora algunos de los casos donde es posible esta reparación, como son los contenidos en los artículos 343, 847 y 1300. Así, cabe señalar que el artículo 847 posibilita a la víctima exigir una reparación ya sea tratándose de una lesión corporal, de pérdida de la salud o de privación de la libertad. Se suele utilizar la expresión *schmerzensgeld*, cuya significación literal es la de sufrimiento, para referirse genéricamente a todos los daños a la persona carentes de reflejos extrapatrimoniales.

En el Derecho Civil portugués, al igual que lo que acontece en las legislaciones de Alemania y de lo que sucedía en Italia hasta 1986, año en el se dicta la sentencia No. 184 de la Corte Constitucional, el resarcimiento del daño a la persona está restringido. En efecto, el artículo 496 del Código Civil portugués de 1967 prescribe la reparación del daño a la persona sólo en el caso en que, por la gravedad de la lesión, el sujeto agredido merezca tutela jurídica. Existe, como se aprecia, una clara limitación, la misma que consiste en la entidad del daño. Sólo los daños graves han de merecer una reparación judicial. La apreciación de la envergadura del daño queda librada al arbitrio del juez, quien ha de evaluar la gravedad de las consecuencias de la lesión infligida a la víctima.

Contrariamente a las soluciones propuestas por las legislaciones anteriormente glosadas, el artículo 1985 del Código Civil peruano de 1984, en actitud precursora en la materia, establece sin limitación alguna la obligatoriedad de reparar el daño a la persona. En efecto, en la legislación peruana no se exige que el daño derive de un delito, ni tampoco lo restringe a los casos previstos en la ley ni lo subordina a la gravedad de la lesión. Ninguno de estos ilógicos y absurdos obstáculos han sido recogidos por el Código Civil peruano de 1984. La amplia redacción en que está concebido dicho numeral tiene el significado de constituirse en un hito decisivo en el pleno reconocimiento legislativo del daño a la persona sin cortapisas ni limitaciones de ningún género. Esta peculiar solución legislativa, por su novedad, es frecuentemente comentada y citada como modelo por la doctrina extranjera que se ocupa de este tema.

Los fundamentos jurídicos para la protección de la persona, en el caso de sufrir un daño que afecte su integridad psicosomática o su proyecto de vida,

están dados dentro de la legislación peruana. Corresponde a la doctrina continuar esclareciendo sus fundamentos y mostrando los criterios, técnicas y mecanismos para su aplicación. Los jueces, por consiguiente, tienen allanado el camino para tutelar a la persona en la forma más amplia y oportuna. Esperemos que, como ocurre en otras latitudes, la jurisprudencia nacional asuma en este caso su función tutelar de la persona humana.

### **Clasificación básica de los daños en atención a la naturaleza del ente dañado**

Para una mejor comprensión de los alcances del daño a la persona -que preferiríamos designarlo como daño subjetivo en cuanto comprende también al concebido-, debemos partir de una confrontación con la realidad. De ella se aprehende que en el mundo que conocemos se encuentran dos tipos de entes de diferente naturaleza. De un lado, el ser humano, ontológicamente libre, pese a sus múltiples y agobiantes condicionamientos<sup>63</sup> y, del otro, las cosas, los objetos que se hallan en el mundo<sup>64</sup>.

El ser humano, en cuanto libre, es creador, proyectivo, estimativo en tanto vivencia valores. Su vida se hace cotidianamente de acuerdo a su proyecto vital, libremente escogido y actuado. Las cosas por el contrario, carecen de libertad, están ahí acabadas, no sensibilizan valores.

La diferencia básica entre estos dos tipos de entes, a que se ha hecho referencia en el párrafo precedente, el ser humano de un lado y las cosas del otro, debe ser recogida, necesariamente y para todos sus efectos, por el derecho. Lo jurídico debe guardar permanente consonancia y fidelidad con la vida humana social valiosamente aprehendida, desde que no es una pura entelequia conceptual, una abstracta construcción desvinculada de la existencia humana.

La distinta naturaleza de los seres que se hallan en el mundo justifica que el derecho de nuestro tiempo considere a la persona, por su inherente calidad ontológica, como el bien supremo a tutelar. Esta diferenciación obliga también al hombre de derecho a utilizar, en el caso de la persona, categorías, criterios y técnicas de protección disímiles a aquéllas empleadas para las cosas. Su heterogénea naturaleza impide que se les pueda tutelar del mismo modo. No es lo mismo, ni tiene los mismos alcances y

<sup>63</sup> Fernández Sessarego, Carlos, "Protección jurídica de la persona". Universidad de Lima, Lima, 1992.

<sup>64</sup> Fernández Sessarego, Carlos, "Hacia una nueva sistematización del daño a la persona", en "Cuadernos de Derecho" No.3, Universidad de Lima, Lima, 1993, pág. 28 y sgts.

efectos, la protección jurídica de los seres humanos que aquella destinada a las cosas.

Por todo lo hasta aquí expuesto, cabe formular, en función de la naturaleza misma del ente dañado, una primera, básica y amplia clasificación del daño en daño subjetivo, o daño a la persona, y daño objetivo, o daño a las cosas. Una teoría del daño debe partir, por consiguiente, de esta realidad.

Es conveniente señalar que esta clasificación no es teórica, una más entre las tantas imaginadas por los juristas proclives a formularlas. Por el contrario, ella tiene una finalidad práctica, en tanto nos indica que cada uno de tales tipos de entes requiere, como está dicho, de criterios y técnicas de protección diferentes en concordancia con su peculiar naturaleza. Por ello, es útil para evitar que, como hasta hace poco, se siga protegiendo al ser humano empleando las mismas categorías que aquellas utilizadas para tutelar el patrimonio material.

### **Clasificación de los daños en función de sus consecuencias**

La primera y amplia clasificación del daño, en subjetivo y objetivo que hemos formulado en el párrafo anterior y que se sustenta en la diversa calidad ontológica del ente dañado, sería insuficiente si no se tuviese en cuenta que, paralelamente y en esencial conjunción, cabe también referirse a dos categorías de daños diferenciadas en cuanto que, si bien no atienden a la naturaleza misma del ente dañado, se centran, en cambio, en lo que atañe al tipo de consecuencias que puede originar un daño causado tanto al ser humano como a las cosas del mundo. En este sentido, podemos distinguir dos definidas y tradicionales categorías de daños. Nos referimos, de un lado, a los daños no patrimoniales o extrapatrimoniales y, del otro, a los daños patrimoniales. Los primeros, como es sabido, son los daños que no generan consecuencias apreciables en dinero, mientras que los segundos, por el contrario, son los que sí pueden valorizarse pecuniariamente.

En alguna oportunidad hemos sostenido que preferiríamos designar al daño patrimonial como daño extrapersonal y al daño extrapatrimonial como daño personal. Esta nueva terminología está en concordancia con la nueva visión del derecho en la cual el lugar cimero en lo atinente a los bienes materia de protección lo ocupa la persona. Sin embargo, como se desprende del texto del presente trabajo, debemos continuar utilizando la terminología de corte patrimonialista en boga a fin de poder ser mejor comprendidos, lo que en buen romance significa en este caso, y a pesar nuestro, un respeto a la tradición.

Esta clasificación, que se efectúa teniendo en cuenta el diverso tipo de consecuencias que pueden derivarse del daño a la persona como del originado a las cosas, complementa aquella otra que se sustenta en la diversa calidad ontológica del ente dañado. Es decir, tanto los daños que inciden ya sea en el ser humano como en las cosas pueden causar, indistintamente, daños patrimoniales o daños no patrimoniales o generar, simultáneamente, ambos tipos de daños.

El planteamiento de considerar que las consecuencias del daño a la persona pueden ser tanto de carácter no patrimonial como patrimonial, amplía el contenido que originalmente se le asignó. En un primer momento, cuando recién se perfilaba y se delineaba este nuevo tipo de daño a la persona con muchos mayores alcances que la tradicional noción de daño moral, tanto la jurisprudencia como la doctrina, consideraron tan sólo sus consecuencias de carácter extrapatrimonial dado que lo que se pretendía lograr era incorporar la obligatoriedad de reparar, sin limitaciones, el daño a la persona que no generaba consecuencias de orden patrimonial. Era éste el aspecto en el cual se centraba el interés de los pocos magistrados y juristas que precursoramente iniciaron esta importante tarea. Justamente en ello residía lo novedoso de este peculiar tipo de daño, ya que no se discutía el resarcimiento de los daños de carácter patrimonial, los mismos que eran reconocidos desde siempre. Habiéndose logrado el propósito inicial de difundir esta nueva categoría de daño a la persona de orden extrapatrimonial y habiendo sido generalmente admitida por la doctrina y asumida por la jurisprudencia, es posible sistematizar, dentro de un marco conceptual más amplio, la temática del daño a la persona. Es decir, podemos sostener en la actualidad que el concepto de "daño a la persona", además de su connotación no patrimonial, conquista del derecho de estas últimas décadas, generando consecuencias de orden patrimonial.

De lo anteriormente expuesto podemos derivar, por lo tanto, que en la actualidad debemos considerar el daño a la persona, dentro de su más amplia acepción, como una lesión en sí misma considerada, ya sea a la unidad psicosomática o la libertad que la sustenta, la misma que genera consecuencias tanto de orden patrimonial como de carácter extrapatrimonial.

No es ésta la ocasión para extendernos en el análisis de ambos tipos de daños, tarea que por lo demás, ha sido largamente cumplida por la doctrina. Baste reiterar que tanto la persona como las cosas pueden sufrir, indistintamente, ambos tipos

de daño como también ellos pueden presentarse simultáneamente.

### **Modalidades del daño a la persona: daño psicosomático y daño al proyecto de vida**

El daño subjetivo, o daño a la persona, al incidir sobre el ser humano, puede afectarlo tanto en su esfera psicosomática como en su proyecto de vida en cuanto resultado de una libre decisión. De ahí que sea posible identificar, en general, dos tipos de daños a la persona esencialmente vinculados: el daño psicosomático y el daño al ejercicio de su libertad expresada a través de su proyecto de vida. Esta es, como es fácil comprenderlo, simplemente una muestra de los alcances del daño a la persona con una finalidad didáctica, en cuanto que el ser humano es una unidad biológico-espiritual, aunque en la práctica resulta útil para el efecto de la valorización de los diversos tipos de daños que se pueden cometer contra la persona.

Si la naturaleza del ser humano se agotase tan sólo en su dimensión psicosomática, es decir en lo que constituye su soma o cuerpo, en sentido estricto, y su psique, deberíamos limitarnos a afirmar que la persona sólo podría ser lesionada y afectada por un daño que incidiera en esta específica esfera<sup>65</sup>. Pero, como el ser humano es algo más que su dimensión psicosomática en tanto **es libertad**, debemos también reconocer la existencia real de un daño que incide en la fenomenalización o ejercicio de libertad<sup>66</sup>. La libertad ontológica se manifiesta, se hace patente en el mundo exterior, mediante el proyecto de vida, o tal como comúnmente se le designa en el lenguaje normativo, en el "libre desenvolvimiento o desarrollo de la personalidad". Este desenvolvimiento o desarrollo de la personalidad sólo es posible en tanto el ser humano es radicalmente un ser dotado de libertad, de poder de decisión dentro de los condicionamientos endógenos y exógenos a que está sometido.

En cuanto concierne al daño psicosomático está demás mencionar que la lesión que afecta cualesquiera de los aspectos de esta dimensión del ser humano puede generar, indistintamente, consecuencias preponderantemente de orden somático o de carácter psíquico. Es así que, con las limitaciones conceptuales antes aludidas, es dable referirse tanto a un daño somático como a un daño psíquico. De-

pende, para este efecto, determinar si las consecuencias del daño se hacen más ostensibles y evidentes en una u otra esfera del ser humano.

A propósito de lo expresado en el párrafo anterior, es conveniente reiterar que, dada la unidad en que consiste el ser humano, todo daño o lesión al cuerpo o soma repercute, en diversa medida, en la psique y que, a su vez, toda lesión psíquica se refleja, en diverso grado, en lo somático. Lo importante para determinar la entidad y monto de la reparación del daño a la persona es el que se precise, en su caso, tanto la gravedad o levedad de las lesiones infligidas como sus reales repercusiones, es decir, las consecuencias que dichas lesiones generan en la salud del agraviado. Del mismo modo, es necesario determinar las conexiones existentes entre un daño somático y un daño psíquico, si fuere el caso.

Así, un daño al cuerpo, considerado en sentido estricto, puede acarrear consecuencias de carácter psíquico. Es el caso, entre muchos otros, de los traumas derivados de tragedias familiares o accidentes de todo género, situaciones que pueden generar disturbios o desequilibrios psíquicos de carácter patológico. Pero, a su vez, lesiones que inciden originalmente en lo psíquico pueden dar lugar a consecuencias somáticas. Son innumerables los casos que pueden citarse en este orden de ideas, aunque bastaría referirse a uno muy común como es el de las úlceras gástricas que se presenta, muy frecuentemente, como consecuencia de tensiones psíquicas. Esta realidad originó, en su momento y no hace muchos años atrás, la aparición de la medicina psicosomática.

El ejercicio de la libertad, que se concreta en un proyecto de vida, es siempre el resultado de un grave atentado a la esfera psicosomática, el mismo que se refleja en la frustración de dicho proyecto de vida. Dicho en otros términos, no es posible frustrar el proyecto de vida en forma directa sino mediante una lesión psicosomática previa.

En síntesis, en atención a lo expresado y teniendo en consideración la realidad en que consiste el ser humano, podemos distinguir dos diversas modalidades de daños que se pueden inferir a la persona: el daño a la esfera o envoltura psicosomática y el daño al proyecto de vida, en cuanto fenomenalización de una decisión libre del sujeto. Ellas se

<sup>65</sup> Nos remitimos a lo brevemente tratado sobre esta temática en el párrafo 2 del presente trabajo.

<sup>66</sup> La libertad ontológica, en cuanto ser del hombre, se extingue con la muerte. Las limitaciones de todo orden, incluyendo las que proviene del ordenamiento jurídico, afectan su ejercicio, su fenomenalización. De ahí que la capacidad de goce no admite limitaciones mientras que la capacidad de ejercicio si está sujeta a restricciones.

presentan como expresiones de un daño que afecta, en mayor o menor medida y grado, aspectos de un mismo y unitario ente. Tratándose del daño a la persona no se puede dejar de lado esta realidad que surge de la estructura misma del ser humano.

### **El daño psicosomático: daño biológico y daño a la salud**

**El daño biológico.** El daño causado a la unidad psicosomática del ser humano puede teóricamente descomponerse, como lo ha expuesto Busnelli<sup>67</sup>, tanto con una finalidad didáctica como con el propósito de obtener una más clara y eficaz reparación del daño a la persona, en el llamado “daño biológico” y en el que se designa como “daño a la salud”, a los que brevemente nos hemos referido en el curso de este trabajo.

El “daño biológico”, como se ha señalado, está constituido por una lesión, considerada **en sí misma**, que se infiere a la persona. Esta lesión, que afecta la integridad psicosomática del sujeto, altera su normal eficiencia y se refleja en los actos de la cotidianidad del vivir. Este daño, que se manifiesta de modo elocuente a través de heridas, fracturas, mutilaciones, desequilibrios psíquicos de carácter patológico y, en general, en lesiones de toda índole a la esfera psicosomática de la persona, debe ser apreciado y diagnosticado por un médico legista, quien formula además un pronóstico de las mismas. Como certeramente lo señala Busnelli<sup>68</sup>, el “daño biológico” no es un concepto jurídico sino un dato o noción que el jurista recibe del médico-legista.

Dentro de este daño deben considerarse todos los agravios o lesiones a cualquier aspecto del multifacético ser humano. Por ello, aparte de aquellas que se concretan en lesiones corporales, existe una muy amplia gama de lesiones que comprometen, por ejemplo, la identidad, el honor, la intimidad. Estas lesiones originan situaciones de malestar, es decir, afectan en alguna medida la salud de la persona, alterando su equilibrio psicológico, su sensación de bienestar.

El daño biológico, como se ha precisado en precedenza, puede afectar original y directamente tan sólo el cuerpo o tan sólo la psique. Pero, dada la unidad e interacción psicosomática, un daño que

incide en lo somático, como está dicho, repercute en alguna medida, en lo psíquico y, viceversa, un daño al psiquismo se refleja, también en cierta medida, en el soma. Es decir, la lesión puede presentarse directamente ya sea en la esfera somática o en la psique o, a través de alguna de ellas puede repercutir ostensiblemente en la otra esfera.

El daño biológico consiste en una lesión corporal que debe ser apreciada por médicos legistas, quienes están obligados a proporcionar al juez el diagnóstico y el pronóstico correspondientes. Una lesión de carácter psíquico será evaluada por psiquiatras y psicólogos.

El daño que compromete la esfera psíquica de la persona puede incidir preponderantemente sobre alguna de las manifestaciones en las que, teóricamente, solemos disgregarla. Así, puede referirse a los sentimientos (daño moral en sentido estricto, según la tradición), a la capacidad intelectual del sujeto o en aquella de carácter volitivo. Se puede actuar, generalmente a través de torturas o manipulaciones médicas, para anular, limitar o disminuir, dentro de ciertos alcances, la voluntad del sujeto o mermar su capacidad intelectual. Diversamente, puede agredirse la esfera de los sentimientos de la persona, variable de unas a otras de acuerdo al grado de sensibilidad que le es inherente. Este daño se hace visible a través del dolor, del sufrimiento, que experimenta el sujeto. Más adelante nos referiremos a las diferencias de matiz existentes entre el daño moral, el daño psíquico y el daño al proyecto de vida.

**El daño a la salud.** La noción de salud se relaciona con el bienestar integral que experimenta la persona. La Oficina Mundial de la Salud la define como “un estado de completo bienestar psíquico, mental y social”<sup>69</sup>. Es decir, que el estado de salud no sólo se refiere a la ausencia de enfermedades sino que comprende y abarca otras manifestaciones de la vida que contribuyen al bienestar integral del ser humano.

Todo daño a la salud afecta, por tanto, el estado de bienestar a que tiene derecho la persona. Nos referimos a lo que comunmente se alude en el lenguaje ordinario como “sentirse bien”. En este sentido, el daño a la salud comprende una miríada de posibilidades en relación con la sensibilidad, atributos y características de cada sujeto. El daño a la salud está representado por las consecuencias que origina una

<sup>67</sup> Busnelli, Francesco D., “*Danno biologico e danno alla salute*”, pág. 6.

<sup>68</sup> Busnelli, Francesco D., “*Danno biologico e danno alla salute*”, pág. 6.

<sup>69</sup> En 1946, en el Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud se declara que “*la santé est un état de complet bienêtre physique, mental et social, et en consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité*”



previa lesión a la persona, ya sea que ella incida en su esfera psicosomática o en su proyecto de vida.

Como anota Bargagna<sup>70</sup>, la salud se entiende como “la expresión de la integridad y de la eficiencia psicofísica que permite gozar de la vida en la misma medida en la cual era posible hacerlo antes de la insurgencia del hecho lesivo”. El normal estado de salud permite la plenitud de la vida tanto psíquica como física y el desenvolvimiento de la personalidad en el ámbito social.

Como sostiene dicho autor, las lesiones que afectan la salud se manifiestan tanto en las actividades laborativas como en las extra-laborativas de la persona. Tales lesiones comprometen las normales actividades del sujeto, sean ellas ordinarias, recreacionales, deportivas, de meras aficiones (*hobbys*), sexuales, de vida de relación social, entre muchas otras actividades que realiza la persona.

Para los efectos del cálculo de la reparación por el daño psicosomático es conveniente, por tanto, distinguir los dos momentos teóricos en que unitariamente él consiste. El daño biológico representa la vertiente estática del daño psicosomático, mientras que el daño a la salud significa, en cambio, la vertiente dinámica del mismo. Y es que, como se ha anotado, toda herida o lesión altera en diversa magnitud, la salud o el bienestar de la persona. Cabe señalar, a este propósito, que el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución peruana de 1993 reconoce específicamente entre los derechos fundamentales de la persona, el derecho al bienestar. Es del caso señalar que esta es la primera vez en la historia constitucional peruana que se incorpora este derecho de la persona, el mismo que tiene amplísimo contenido.

Dados los alcances del daño a la salud cabe recordar que éste tipo de daño representa el presupuesto indefectible para la reparación del daño a la persona. Resumiendo, podríamos sostener que es el daño base en lo que concierne al daño a la persona.

### **Daño al ejercicio de la libertad: daño al proyecto de vida**

#### **Alcances del daño al proyecto de vida.**

Mención aparte merece, tanto por su trascendencia como por constituir una novedad en la doctrina, el

denominado “daño al proyecto de vida”<sup>71</sup>. Este daño, que lesiona en primera instancia la esfera psicosomática del sujeto, incide finalmente en su propio ser, en lo atinente al ejercicio o fenomenalización de su libertad. En este sentido, las consecuencias del daño al proyecto de vida son, como es de suponer, imprevisibles en cuanto a su magnitud. Ellas se proyectan al futuro, comprometiendo el destino mismo de la víctima. Las consecuencias de este daño, por su radicalidad, trastocan o frustan, según el caso, el proyecto existencial de la persona.

La importancia que para el ser humano tiene el daño al proyecto de vida radica en que compromete su ser mismo. Por ello, no es fácil de aprehender dadas las peculiaridades de cada persona. Para su más fina percepción se requiere estar premunidos de una visión, más o menos precisa, de lo que es y significa, en sí mismo, el ser humano. De ahí que se hace necesario recurrir a la antropología filosófica y, en particular, a la filosofía de la existencia para mostrar al ser humano en aquello que le es raigal, en lo que lo diferencia de los demás seres de su especie. Nos referimos a la libertad, que hace viable que el ser humano decida, en un primer momento y a través del íntimo y subjetivo vivenciamiento de valores, su proyecto de vida. En un segundo momento, valiéndose de su envoltura psicosomática, convierte en hechos, en realizaciones fenoménicas, esta decisión subjetiva. La libertad se hace presente en el mundo intersubjetivo, se proyecta socialmente, mediante la realización del proyecto existencial, en el libre desenvolvimiento y desarrollo de la personalidad. Estos dos momentos de la libertad, el subjetivo -en que consiste la decisión- y el objetivo, que se concreta en la realización del proyecto de vida, es lo que hace posible que el sujeto viva creativamente, según sus propias preferencias y opciones valorativas.

La persona se proyecta al futuro no sólo porque es libre, dentro de los condicionamientos propios del humano existir, sino porque también es estimativa, en tanto es capaz de vivenciar y realizar valores. Los valores, precisamente, le otorgan un sentido a la vida.

Si el hombre logra superar, en alguna medida, los condicionamientos a que genética y ambientalmente está sometido, podrá realizarse según el llamado interior de su libertad, de acuerdo con su propia

<sup>70</sup> Bargagna, Marino, “Rilievi critici e spunti ricostruttivi”, en “La valutazione del danno alla salute”, pág. 167.

<sup>71</sup> De este específico daño nos ocupamos por primera vez en 1984, aunque sólo al año siguiente hicimos referencia a él en la ponencia que, presentamos al Congreso Internacional reunido en Lima. Dicho trabajo se tituló “El daño a la persona en el Código Civil peruano de 1984 y el Código Civil italiano de 1942” y aparece publicado en el volumen “El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano”, Cultural Cuzco, Lima, 1986, pág. 251 y sgts.

vocación existencial. Es ésta la manera singular en que cada persona, que por ser libre es idéntica a sí misma, se inserta en el mundo para coexistir con los demás, con quienes hace su vida, convive.

Un daño primariamente psicosomático, como se ha anotado, puede generar, además de las consecuencias propias de la lesión en el ámbito de la salud, otras adicionales y más graves que inciden en la libertad fenoménica, frustrándose el proyecto de vida libremente escogido por el sujeto. En esta hipótesis, se le habrá causado un daño irreparable, en tanto puede llegar a truncar su destino personal.

Hace más de una década sosteníamos que “daño a la persona, en su más honda acepción, es aquél que tiene como consecuencia la frustración del proyecto de vida de la persona. Es decir, se trata de un hecho de tal magnitud que trunca la realización de la persona humana de acuerdo a su más recóndita e intransferible vocación. En verdad, 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”. Y, agregábamos, en cuanto a este último planteamiento formulado por algunos autores, que “estimamos que, dentro de una visión unitaria de los derechos de la persona, que se refiere a ésta como un valor en sí misma, en cuanto tal, el distinguir no tiene mayores consecuencias. El daño a la persona puede afectar radicalmente el proyecto de vida de la persona o lesionar alguno o algunos de sus derechos”<sup>72</sup>

La limitación, trastocamiento o frustración del proyecto de vida que impide, por consiguiente, que el sujeto desenvuelva libremente su personalidad, de conformidad con su personal vocación, compromete en diverso grado, el futuro del ser humano. “Dejar de ser lo que se proyectó ser” supone, en algunos casos, sumirse en un vacío existencial, el mismo que obliga a la persona a un replanteamiento radical de su vida, lo que no siempre es posible realizar.

Un cambio radical en la “manera de vivir” puede traer como consecuencia que la vida de la persona pierda “su sentido” al no poder seguir vivenciando, intensamente, los valores que signaron su proyecto existencial y que, tal vez, llegaron a justificar su existir.

El daño al proyecto existencial puede, así, llegar a trastocar de raíz, la vida misma del sujeto. Es un daño actual, cierto, que se proyecta al futuro y que, por ser continuado, acompaña al sujeto en mayor o menor medida, durante su periplo vital.

### **Consecuencias del daño al proyecto de vida**

El daño al proyecto de vida puede producir, en determinadas situaciones, tal como se ha acotado, un vacío existencial como consecuencia de la pérdida de sentido de la vida que experimenta la persona afectada. Este angustioso estado de frustración, puede traer como consecuencia que el sujeto se sume en una situación de desorientación, de pérdida de metas, de tales proporciones, que la persona busque colmar dicho vacío recurriendo al alcohol o a las drogas o a cualquier otra adicción y, en casos límite, al suicidio. Estas son consecuencias ciertas de la lesión a la libertad fenoménica causadas a raíz de la pérdida del sentido de la propia vida.

Podemos poner como ejemplo de lo aseverado, algunas situaciones emblemáticas como es, entre otros, el caso de un notorio pianista que ha dedicado toda su vida a la música. El intenso vivenciamiento de valores estéticos le otorga dignidad y sentido a su vida, colma su existencia. Su vida es la vida de “un pianista”. No es extraño el caso en el cual, por la intensidad de esta entrega vocacional, por las exigencias propias del diario discurrir de la existencia del pianista, éste ni siquiera ha podido constituir un hogar estable. Son muchos los renunciamientos que el pianista debe realizar si desea conservar el sentido que libremente definió al proyectar su vida.

Establezcamos como hipótesis de trabajo que el pianista en referencia, en plena madurez, resulta víctima de un accidente automovilístico. Como resultado del mismo sufre múltiples lesiones en su dimensión psicosomática, las que constituyen, como se ha anotado, un daño estático designado como “daño biológico”. El más grave, dentro de ellos, estuvo representado por la pérdida de varios dedos de la mano y la consiguiente afectación de su salud. Estos daños psicosomáticos repercutieron en algo mucho más importante para él como es su proyecto de vida como “pianista”. Mas allá de la pérdida de los dedos de la mano, de la afectación de la salud, del pasajero dolor experimentado, del desequilibrio psicológico, el pianista fue afectado en algo más hondo y radical como es el haber perdido el sentido de su vida. El vacío existencial es una situación

<sup>72</sup> En el trabajo que preparáramos en 1984 y que fuera sustentado en el Congreso Internacional reunido en Lima en 1985 formulamos estas precisiones. Ellas aparecen en la ponencia titulada “El daño a la persona en el Código Civil peruano de 1984 y el Código Civil italiano de 1942” que se publica en el volumen “El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano”, pág. 252

límite, que trasciende al daño biológico y al daño a la salud, aunque siempre resulta ser una consecuencia final por ellos originada.

El mencionado pianista ha sufrido un daño a su persona que genera, simultáneamente, consecuencias patrimoniales y consecuencias extrapatrimoniales. Entre las primeras cabe señalar, obviamente, las derivadas del daño emergente (gastos de hospitalización, honorarios médicos, costo de las medicinas, etc.) y las que, eventualmente, constituyen el lucro cesante. En efecto, puede ocurrir que el pianista agraviado mantuviese en cartera, en el momento del accidente, un conjunto de contratos para llevar adelante varios conciertos que no podrá ejecutar, lo que representa una pérdida patrimonial en cuanto ganancia que no podrá percibir.

Pero, al lado de las consecuencias derivadas del daño que pueden valorizarse en dinero en forma directa e inmediata, se presentan otras más radicales, algunas transitorias, otras más o menos permanentes, como son las derivadas del daño a la salud y, lo que es más grave, aquella que se genera por la frustración del proyecto de vida. El específico daño moral, que se integra dentro del más amplio concepto del daño a la salud, está dado por el sufrimiento, el dolor, que afecta preponderantemente la esfera sentimental o afectiva de la persona. Pueden aparecer otros específicos daños, como los psicológicos, que comprometen patológicamente la esfera intelectual o la volitiva al lado de aquella sentimental, representada esta última por el llamado "daño moral". Estas consecuencias, como se percibe fácilmente, no pueden valorizarse en dinero. Por ello, tienen el carácter de extrapatrimoniales o personales.

La víctima, en el caso del ejemplo propuesto, ha sufrido un daño radical que compromete su futuro. El daño experimentado, aparte de todas las otras consecuencias por él generadas, le impedirá finalmente continuar siendo, como hasta entonces, "un pianista". Pero, además de perder la posibilidad de continuar desarrollando libremente su personalidad de pianista, habrá sufrido un grave y definitivo impacto en su identidad dinámica. Es decir, ha dejado de ser lo que era, "un pianista". Ha perdido, de este modo, uno de los más trascendentes atributos de su identidad dinámica.

Lo que hemos expresado en relación con un pianista puede extenderse a otros casos en que el daño, al

trascender la esfera psicosomática, pero a partir de ella, produce una consecuencia cierta, futura y continuada como es la frustración del proyecto de vida. Podría ser, entre otros muchos casos, considerando como daño biológico la pérdida de varios dedos de la mano, los de un cirujano, un pintor, un tenista, un ceramista.

En síntesis, el daño a la libertad fenoménica, expresado en la frustración del proyecto de vida, es el más grave daño que se puede causar al ser humano.

### Daño a la persona y daño moral

Estimamos que, de conformidad con recientes evidencias antropológico-filosóficas, no cabe designar, en forma genérica e imprecisa, como "daño moral" a todo daño que no genere consecuencias patrimoniales. O, dicho en otros términos, no es coherente frente a las evidencias que poseemos en la actualidad, seguir utilizando la tradicional expresión de "daño moral" (*pretium doloris*) para significar, aparte de la lesión a la esfera sentimental del sujeto (dolor, sufrimiento), un daño a cualquier otro estado psíquico o a la libertad constitutiva del ser humano. La expresión, aparte de inadecuada e imprecisa, no es comprensiva de otros daños que trascienden la mera esfera sentimental o afectiva<sup>73</sup> del sujeto.

Se hace, por ello, necesaria una decantación lingüístico-conceptual a fin de evitar imprecisiones generadoras de notorias confusiones que enturbian la clara concepción del daño a la persona. Cabe, por todo lo dicho, precisar que el impropriamente llamado "daño moral" es sólo uno de los tantos componentes del amplio espectro de lesiones que se engloban bajo el genérico concepto de "daño a la persona" carente de connotaciones patrimoniales.

En la crítica que desde los inicios de la década de los años ochenta formulamos a lo impropio de la utilización, en el área de la disciplina jurídica, de un concepto calificado de "moral", así como a la imprecisión de sus alcances, es compartida actualmente por numerosos connotados autores que convalidan esta posición. Mosset Iturraspe, entre otros, ha expresado que "hay que dejar de lado la categoría del daño moral, hay que omitirla de los códigos para sustituirla por la del daño a la persona" Y, agrega, que "ello porque el daño moral, en primer lugar, es absolutamente impreciso desde sus orígenes, desde su denominación, desde su comprensión". Sostiene

<sup>73</sup> Nuestra posición, desde hace más de una década, ha sido la de limitar los alcances del llamado "daño moral" al daño que preponderantemente afecta transitoriamente la esfera sentimental del sujeto. Ver, del autor, "El daño a la persona en el Código Civil peruano de 1984 y en el Código Civil italiano de 1942", pág. 252.

que el supuesto daño moral no es otra cosa que un daño jurídico. El daño moral, para el autor, "no es un problema de mi eticidad resentida, de mi moral que me reprochan". Termina calificando al daño moral como una antigualla, como un resabio de otros tiempos que "ha permanecido por nuestras debilidades, por nuestras torpezas, por nuestro afeccionarnos a las tradiciones jurídicas"<sup>74</sup>.

Como lo sostiene Bargagna<sup>75</sup>, al precisar los alcances conceptuales el daño moral, éste se manifiesta por "los estados de ánimo, de sufrimiento psíquico inducido a la víctima, con frecuencia de modo transitorio, por la ofensa recibida y por sus consecuencias". Es decir, se contrae a la esfera de lo sentimental, de lo afectivo. De un aspecto, en síntesis, del psiquismo humano. Por ello, además de estar circunscrito a un específico sector de la personalidad, no tiene nada de "moral" sino que es una expresión del aparato psicológico del ser humano cuya lesión es tipificada por el derecho como daño a la persona.

Aparte de las evidentes diferencias entre el daño moral y los otros tipos de daños a la persona que originan consecuencias extrapatrimoniales, cabe señalar una que, de modo elocuente, distingue específicamente al daño moral del daño al proyecto de vida. Nos referimos al hecho de la transitoriedad del daño llamado "moral" si se le compara con la permanencia en el tiempo, con un mayor o menor grado de intensidad, del daño psíquico o del daño al proyecto existencial. El dolor o el sufrimiento tienden a disiparse con el tiempo o a transformarse, paulatinamente, en otros sentimientos que los sustituyen en cierto momento de la vida.

Así, la muerte de un ser querido produce un intenso dolor apenas el hecho ocurre. Este agudo sufrimiento inicial, irreprimito y elocuente, suele convertirse a menudo y con el correr de los años, en un recuerdo grato, hermoso. Es así que después de un tiempo se rememora con admiración, orgullo o gratitud, al ser desaparecido. Se conserva, respeta y defiende su memoria. La vida del ser amado nos sirve de ejemplo, nos alienta en nuestro transcurrir existencial. Puede ser que nos invada la nostalgia, la tristeza. Pero el dolor, el sufrimiento, la desesperación, se mitigarán o se transformarán en otros diversos sentimientos.

En cambio, y a diferencia del daño sentimental, el daño al proyecto de vida, que compromete la raíz

misma del ser, no es superable fácilmente en el decurso de la existencia. Generalmente, la grave y amplia frustración del proyecto de vida, por su raigal efecto, suele acompañar a la persona por toda su vida.

Es ilustrativo citar al respecto la sentencia N°184 de la Corte Constitucional italiana de 14 de julio de 1986, anteriormente citada, la que representa un importante y decisivo aporte en esta materia. En este fallo la Corte precisa y define al daño moral como un estado de "ansia, angustia, sufrimiento", que padece el sujeto y que tiene el carácter de ser "efímero y pasajero". Estas son, en síntesis, algunas de las más notorias diferencias existentes en relación con el daño moral, especialmente en lo que atañe al daño psíquico propiamente dicho, a cuyo ámbito pertenece el daño moral, así como aquellas que se dan entre el daño moral y el daño al proyecto de vida.

Todo lo anteriormente expuesto en relación al específico "daño moral", en cuanto *pretium doloris*, no sólo lo ubica dentro del amplio espectro del genérico concepto de "daño a la persona" sino que también marca las diferencias entre sus consecuencias pasajeras -dolor, sufrimiento- y las duraderas y hondas que corresponden al daño al proyecto de vida, en cuanto expresión fenoménica de la libertad.

El impropriadamente llamado "daño moral" se diferencia también claramente del daño psíquico. La distinción entre ambos tipos de daños reside fundamentalmente en que el daño psíquico, en contraste con el denominado "daño moral", resulta ser un desequilibrio de carácter patológico. En efecto, el daño psíquico es una perturbación mental generalmente duradera y de reconocida magnitud. Se trata, cabe reiterarlo, de un estado patológico, de una enfermedad. El daño moral, en cambio y tal como se ha remarcado, es una alteración psicológica transitoria que supone dolor o sufrimiento y carece de connotaciones patológicas. Hay una diferencia de grado, de intensidad, entre ambas categorías de daños que hacen que el daño psíquico revista mucha mayor gravedad en tanto es una enfermedad.

Son numerosos los psiquiatras, psicólogos y juristas que destacan la diferencia entre el daño psíquico y el denominado "daño moral". El magistrado italiano Umberto Loi expresa que el daño psíquico es un menoscabo a la integridad psicosomática de

<sup>74</sup> Mosset Iturras, Jorge, "Más allá del daño moral: el daño a la persona", en "Diez años del Código Civil peruano", Universidad de Lima y W. Gutiérrez editores, Lima, 1995, II Tomo, pág. 406 y sgts.

<sup>75</sup> Bargagna, Marino, "Rilevati critici e spunti ricostruttivi", en "La valutazione del danno alla salute", pág. 171.

las personas de carácter patológico, el mismo que “para nada es equiparable a la momentánea, tendencialmente transeúnte turbación psicológica del daño moral subjetivo”<sup>76</sup>. El jurista Gennaro Giannini al referirse al daño psíquico considera “que no se trata de un simple sufrimiento que se deriva de la conciencia de la lesión sufrida (sufrimiento que es daño moral) sino de una enfermedad psíquica verdadera y propia, de más o menos larga duración, que no se sabe hasta qué punto pueda ser considerada reversible”<sup>77</sup>. Por su parte, el psiquiatra Gianfranco Garavaglia estima que debe subrayarse que para que se trate de un daño psíquico “el malestar no debe ser puramente subjetivo, que no se limite por así decirlo a un sentimiento, a un estado de ánimo, por más doloroso que sea, sino que se traduzca en cambio en algo más objetivo, que comprometa, por ejemplo, la capacidad laborativa...”<sup>78</sup>.

El jurista y psicólogo argentino Hernán Daray, al igual que los autores anteriormente citados, encuentra entre el daño psíquico y el daño moral una diferencia cualitativa. En el caso del primero de dichos daños, expresa el autor, nos enfrentamos a una perturbación psicológica del nivel de una patología, situación que no se presenta en el agravio moral. El daño moral, en cuanto *pretium doloris* resulta ser tan sólo un dolor, un padecimiento, un sufrimiento que no adquiere carácter patológico<sup>79</sup>.

Son pues numerosos los autores que, desde distintas vertientes, sean ellas psicológicas, psiquiátricas o jurídicas, distinguen el daño psíquico, que es una perturbación psicológica fundamentalmente patológica, generalmente duradera y de magnitud, de un transitorio sufrimiento o padecimiento como es el mal llamado “daño moral”.

Después de todo lo dicho seguramente nos deberíamos preguntar cómo es que, a pesar de la impropiedad del término daño “moral” y de todas las diferencias antes anotadas entre dicho daño moral y otros aspectos del daño a la persona, son aún numerosos e importantes los tratadistas que, en vez de asimilarse a esta nueva sistematización del amplio daño al ser humano, han preferido seguir utilizando la voz “moral” para caracterizar un daño que, por

incidir en el centro y eje del derecho, como es el ser humano, es exquisitamente jurídico. Dichos juristas, respetuosos de la tradición, han optado por incluir dentro del concepto de “daño moral”, cuya connotación ha sido sólo y siempre la de dolor o sufrimiento, toda la inmensa gama de daños que se pueden inferir a la persona.

### Reparación del daño a la persona

La tradicional despreocupación del derecho por el tratamiento del daño a la persona no ha permitido que se desarrollen plenamente, hasta ahora, los criterios, técnicas y mecanismos apropiados para su justa reparación, pese a los importantes logros alcanzados en esta materia en años recientes. El inconveniente de no poder traducir en **dinero** las consecuencias del mismo fue una decisiva razón, dentro de una mentalidad materialista que no consideraba el valor que representaba el ser humano, para negarse a reparar graves daños que afectaban a la persona, algunos de ellos determinantes de su propio destino. Esta actitud, sustentada en una concepción individualista-patrimonialista del derecho, había consagrado históricamente una notoria injusticia que en algún momento no lejano en el tiempo, fue advertida por los más sensibles juristas de los últimos años y dio lugar a una reacción de la que son producto los esfuerzos desplegados para caracterizar el daño a la persona y fundamentar la obligatoriedad y prioridad de su reparación en el supuesto de que no genere consecuencias patrimoniales.

En la actualidad, no obstante los progresos que la doctrina y la jurisprudencia vienen alcanzando en la caracterización y tratamiento del daño a la persona, no son pocos los obstáculos que aún se alzan para lograr su unánime aceptación y su generalizada incorporación dentro de la codificación civil comparada. No se logra, del todo, superar algunos problemas tradicionales que se oponían, por principio, a la indemnización del embrionario daño personal y no dejan de aparecer ciertas vacilaciones en lo concerniente a su técnica reparatoria. Las dudas se centran, principalmente, en lo que atañe a la valorización y liquidación del daño a la persona que no genera consecuencias patrimoniales.

<sup>76</sup> Loi, Umberto, “Il giudice e il danno biologico”, en “Danno biologico e danno psicologico”, Giuffrè, Milano, 1990, pág. 21.

<sup>77</sup> Giannini, Gennaro, “Questini giurici in tema di danno psicologico”, en “Danno biologico e danno psicologico”, pág. 47.

<sup>78</sup> Garavaglia, Gianfranco, “Danno psicologico e danno morale”, en “Danno biologico e danno psicologico”, pág. 30.

<sup>79</sup> Daray, Hernán, “Daño psicológico”, Astrea, Buenos Aires, 1995, pág. 18 y pág. 25 y sgts.

La ausencia de un amplio consenso en lo que se contrae a la valorización y liquidación de dicho daño se debe a que recién en nuestro tiempo ha surgido para el derecho un “nuevo” ente susceptible de ser dañado, cuya naturaleza es distinta a la de las cosas del mundo. Es sólo en este siglo que el derecho percibe al ser humano en su dimensión espiritual y psíquica y no sólo como un ente capaz de sufrir. Ha sido fatigosa la tarea consistente en demostrar que existen numerosos daños a la persona que poco o nada tienen que ver con el dolor.

La mentalidad jurídica predominante, de corte eminentemente individualista, patrimonialista y positivista, no hizo posible el “descubrimiento”, de parte de los hombres de derecho, del ser personal, el cual había sido reducido a un mero “propietario” de cosas o a un “empresario” administrador de patrimonios o a un “trabajador” generador de rentas. Eran sólo estos tres tipos de hombres los que merecían la protección del derecho.

Consideramos que, pese a ciertas cada vez menos numerosas resistencias que lamentablemente perduran, el sector dominante de la doctrina ha comprendido la injusticia de la situación imperante, en la que era más importante resarcir el daño emergente, causado por la destrucción de una cosa cualquiera, que reparar el daño de la magnitud que significa, por ejemplo, la frustración del proyecto de vida. En la actualidad, el problema se reduce prácticamente a encontrar los mecanismos adecuados, de general aceptación, para viabilizar una justa indemnización frente a los daños de orden no patrimonial causados a la persona.

Estimamos que carece de fundamento racional, que es absurdo además de absolutamente injusto, restringir la indemnización a sólo los daños objetivos que tienen valorización en dinero y que, por esta razón, se deje de reparar aquellos daños ocasionados al ser humano que, por su trascendencia espiritual o psíquica, no pueden reintegrarse en dinero. De aceptarse esta estrecha e injusta tesis que ignora la dimensión humana, el dinero se convertiría en la medida de todas las cosas.

Consideramos que sería conveniente en este caso, dentro de un proceso de clarificación conceptual,

distinguir dentro del genérico concepto de “indemnización” dos categorías diferentes en cuanto a su finalidad que responden, a su vez, a dos expresiones lingüísticas distintas. Así, propusimos hace algún tiempo<sup>80</sup> reservar el verbo “resarcir” para identificar el proceso indemnizatorio de daños con consecuencias patrimoniales, y utilizar el verbo “reparar” para referirnos, tal como en su momento lo hicieran Ravazzoni y Pacchioni<sup>81</sup>, a la indemnización de los daños a la persona no valorizables en dinero. Este último autor manifiesta al respecto que “mientras el resarcimiento colma un vacío patrimonial, la reparación encuentra un patrimonio intacto y lo aumenta, con la finalidad que el ofendido pueda hallar una compensación a su dolor”.

Ravazzoni confirma y sintetiza la posición que admite, en ciertos casos, la reparación a título satisfactorio de un daño a la persona que genera consecuencias extrapatrimoniales o estrictamente personales. Según el autor, la entrega de dinero a la víctima de un daño sin consecuencias patrimoniales no consiste en un verdadero y propio resarcimiento a la manera clásica, de acuerdo con una arraigada tradición patrimonialista, sino que se erige en una especial reparación que denota un diferente fundamento o razón de ser. En este sentido, y dentro de la posición esbozada, sostiene que la mejor doctrina italiana, “desde hace tiempo, concuerda en afirmar que se trata de una reparación y no de un resarcimiento”<sup>82</sup>

Es conveniente señalar a este propósito, que la expresión “reparar” tiene, según el Diccionario de la Real Academia, el significado de “dar una satisfacción”, “desagraviar”. Y es, precisamente, una satisfacción y un desagravio lo que comporta el dinero que se entrega, en ciertos casos, a la víctima de un daño a la persona sin connotación patrimonial.

Constituyendo el ser humano un ente complejo y polifacético, las técnicas reparatorias deberán atender, en cada caso, a determinar, dentro del contexto unitario que le es connatural, el medio idóneo para obtener la más justa reparación del aspecto de la personalidad que ha sido materia de agravio. No es siempre posible ni recomendable emplear la misma técnica indemnizatoria cuando se trata de reparar un daño inferido, por ejemplo, al honor de la persona o cuando la persona experimenta un perjuicio

<sup>80</sup> Fernández Sessarego, Carlos, “El daño a la persona en el Código Civil peruano”, en “Libro Memoria a José León Barandiarán”, Cultural Cuzco, Lima, 1985, pág. 206. Este ensayo aparece también en el libro del autor “Nuevas tendencias en el derecho de las personas”, Universidad de Lima, Lima, 1990, pág. 302.

<sup>81</sup> Pacchioni, “*Dei delitti e quasi delitti*”, Padova, 1940, pág. 97.

<sup>82</sup> Ravazzoni, Alberto, “*La riparazione del danno non patrimoniale*”, Giuffrè, Milano, 1962, pág. 146.

que lesiona su integridad somática o que frustra su proyecto de vida. Frente a situaciones disímiles, pese a que todas ellas reconozcan el mismo fundamento, deben emplearse diversos medios reparatorios según el aspecto de la persona que ha sido objeto de un daño y el tipo más conveniente de reparación que se le puede ofrecer en función de tal específico daño. Debe, en cada caso, determinarse por el juez cuál es el medio adecuado para otorgar a la víctima una debida satisfacción.

Si bien lo decisivo en la reparación de un daño a la persona, de índole no patrimonial, es ofrecer idóneas satisfacciones, existen casos en que es justo entregar a la víctima, con el mismo carácter, una suma de dinero. Este dinero, aparte de que su inversión ha de permitir a la persona obtener algunas satisfacciones, puede también cumplir, sin tener un sentido primariamente sancionatorio, la función de un desagravio, de una pena privada.

En el sentido expuesto, el citado fallo de la Corte Constitucional italiana, del 14 de julio de 1986, sostiene que considerar que la responsabilidad civil "tenga un carácter exclusivamente sancionatorio sería hoy infundado además de antihistórico". Pero añade, a continuación, que "es imposible negar o considerar irracional que la responsabilidad civil por acto ilícito se encuentre en grado de proveer no sólo a la reintegración del patrimonio del perjudicado sino, a veces también y al menos en parte, a prevenir y sancionar ulteriormente el acto ilícito, como ocurre precisamente con los daños no patrimoniales...". Y culmina, enfatizando esta posición, que junto con la sanción penal, o después de ella, "la responsabilidad civil bien puede asumir tareas preventivas y sancionatorias".

En ciertos casos, debidamente ponderados por los jueces, es justo, por ende, entregar a la víctima de un daño a su persona de carácter no patrimonial, una suma de dinero. Esta entrega no debe ser apreciada con la categoría conceptual **resarcitoria**, inherente a la indemnización de un daño emergente, sino con un criterio **reparatorio**, que obedece al propósito de otorgar a la víctima una satisfacción frente al daño sufrido.

Finalmente vale la pena insistir en un argumento que, por mucho tiempo, no se tomó debidamente en cuenta por un sector importante de la doctrina y la jurisprudencia, cual es el rol diferente que cumplen la sanción penal y la reparación civil tratándose de un daño a la persona sin reflejos patrimoniales.

### **Valorización y liquidación del daño a la persona**

La más reciente tendencia doctrinaria y jurisprudencial europea considera que la técnica más correcta

para la reparación del daño a la persona está dada por la contemporánea presencia de un factor de uniformidad -sustentado en la igualdad biológica entre todos los seres humanos- y otro de flexibilidad -fundado en las particularidades de cada caso- cuya combinación se hace necesaria para una equitativa valorización del daño a la persona de consecuencias extrapatrimoniales. En cualquier caso, no debe descuidarse el interés colectivo que significa tener en cuenta los recursos económicos disponibles en cada momento histórico y en determinado país.

La apreciación del daño a la persona en su vertiente biológica corresponde, primariamente, al médico legista, quien para cumplir su tarea de valorización de la lesión en sí misma puede recurrir a baremos o tablas de infortunios en las que se enumeran los daños más frecuentes contra la integridad somática y se les asigna un monto convencional para su reparación según técnicas y criterios que no es el caso analizar en esta oportunidad. Estos baremos son elaborados por lo común por grupos multidisciplinarios de expertos entre los que, generalmente, figuran médicos legistas, juristas, operadores del derecho como jueces y abogados, aseguradores, psicólogos, economistas, peritos en cálculos actuariales. Pero, en los países en que existe jurisprudencia sobre la materia, los baremos son configurados teniendo en consideración, preponderantemente, las soluciones jurisprudenciales sobre la materia.

A su turno, el daño la salud, que es el inmediato reflejo, en diversa medida, del daño biológico sobre el bienestar del sujeto, debe ser apreciado a través de una cada vez más estrecha colaboración entre el juez y el médico legista. Obviamente, en última instancia, corresponde al juez la apreciación equitativa final en esta cuestión luego de analizar, caso por caso, las incidencias producidas en la salud de la persona, tomando en consideración un conjunto de factores como la edad, el sexo, la personalidad, la posición cultural o económico-social, la específica función que cumple la persona en sociedad, etc.

Si el caso no llegase a la instancia judicial, se entiende que para la valorización del daño se hará indispensable la cooperación entre el médico legista, el asegurador y el abogado de la víctima del daño.

De lo expuesto se desprende que la tendencia prevalente en la jurisprudencia comparada es la combinación equitativa de un principio de igualdad, uniforme y rígido, que encuentra su concreción en los convencionales baremos o tablas de infortunios y el monto de su correspondiente indemnización, con otro principio flexible que atiende a la salud, según las características, únicas y no intercambiables, de la víctima de un daño.

La valorización del daño biológico, es decir, de la lesión a la integridad psicosomática, representa el factor igualitario, uniforme. Es el componente estático a través del cual se pone de relieve y se salvaguarda el principio de igualdad entre todos los seres humanos. No hay razón, ni ética, ni jurídica, para valorizar de modo diferente, por ejemplo, el dedo de la mano de uno o de otro sujeto.

Así, como resultado de la aplicación de esta técnica reparatoria, la pérdida del dedo de la mano de una persona se repara con el monto establecido previamente, de modo objetivo, en los baremos. Queda así a salvo, como se ha remarcado, el principio de igualdad entre todos los seres humanos. Debe señalarse, sin embargo, que los baremos no son obligatorios para el juez sino tan sólo referenciales. No obstante, los jueces de aquellos países donde existen baremos tienden generalmente a aplicarlos.

De otra parte, es conveniente tener en cuenta que la reparación y consecuente aplicación de baremos evita o disminuye la arbitrariedad de parte de los jueces, al mismo tiempo que facilita la apreciación del daño biológico.

A pesar de que el juez esté en cierta medida condicionado en la fijación de los montos de la reparación del daño biológico, por estar contenidos en los correspondientes baremos, ello no impide que el magistrado introduzca en la valorización global del daño a la persona que genera consecuencias extrapatrimoniales, un elemento de flexibilidad. Esto es posible en tanto el juez, después de valorizar el daño biológico, debe considerar el monto de la reparación por las repercusiones que la lesión tiene sobre la salud del agraviado.

Esta flexibilidad se sustenta en el hecho de que una misma lesión origina efectos diversos según sea la persona que la sufre. Y esto, en virtud de que si bien todos los hombres son iguales no son, sin embargo, idénticos. Es por ello que el juez, basado en un criterio de equidad, deberá apreciar en cada caso y entre otras variables, la magnitud, alcances, intensidad, duración y proyección en el futuro de las consecuencias producidas por la lesión en lo que concierne a la salud y al proyecto de vida.

Las repercusiones en la salud varían de persona a persona, según una serie de variables que el juez debe analizar en cada caso, tal como se ha señalado. Ellas son, aparte de las citadas, su fortaleza física, su resistencia al dolor, su edad, su sexo, su personalidad, su sensibilidad, su concepción del mundo, su actividad habitual, su rol social.

La pérdida del dedo de una mano, en cuanto lesión en sí misma, puede ser valorizada, tal como se ha advertido, de conformidad con los montos previa-

mente fijados en los baremos, según un criterio igualitario, objetivo, con prescindencia de las calidades de cada persona. Pero, como dicha pérdida repercute de manera diversa en la salud o bienestar de cada ser humano, puede ocurrir que en ciertas personas, de acuerdo a su particular condición, ella no tenga un efecto devastador y decisivo en lo que se contrae a la realización de una persona o en su proyecto existencial. Puede suceder en cambio, que en otra persona, el mismo daño, es decir, la pérdida de varios dedos de la mano, pueda adquirir singular trascendencia y contrariamente a lo anteriormente anotado, desencadene un efecto devastador en la salud o el bienestar de una persona, en su proyecto de vida. Es el caso, entre otros de un pianista, de un tenista, de un cirujano de un artista plástico.

En dichos singulares casos la pérdida de los dedos de una mano puede llegar a tener una consecuencia de insospechable magnitud en la medida que cause la frustración del proyecto de vida en los indicados casos. Podríamos así aseverar que los dedos de una mano, siendo de igual valor en el caso de un cirujano y de una ama de casa en tanto ambos son seres humanos, tratándose del cirujano la repercusión de dicho daño biológico tendrá una mucho mayor resonancia en su salud, en su estado de bienestar, en tanto compromete su proyecto de vida.

Es ilustrativo señalar que los criterios antes expuestos han sido recogidos en la sentencia 184 de la Corte Constitucional italiana del 14 de julio de 1986, antes citada. En este fallo se establece que deben ser materia de reparación "todos los daños, que al menos potencialmente, obstaculizan la actividad de **realización** de la persona humana". Este pronunciamiento reconoce, implícitamente, la necesidad de reparación del daño al proyecto de vida.

La Corte, en la misma sentencia, en cuanto a la reparación del daño a la persona, precisa que ella "debe responder, de un lado, a una uniformidad pecuniaria de base" en tanto "un mismo tipo de lesión no puede valorizarse de manera del todo diversa entre sujeto y sujeto". Pero, a continuación, declara que la reparación debe ser "elástica y flexible" a fin de adecuar la liquidación del daño "a la efectiva incidencia del comprobado perjuicio sobre la actividad de la vida cotidiana, a través de la cual, en concreto, se manifiesta la eficiencia psicofísica del sujeto lesionado" y dentro de la que desenvuelve su personalidad.

En síntesis, y como propugna Busnelli, la liquidación del daño a la persona de consecuencias extrapatrimoniales reclama la aplicación de un criterio equitativo, en el sentido más genuino del término. Es decir, que no sea automático ni arbitrario sino que logre conciliar las dos exigencias puestas de manifiesto en esta exposición, o sea, la de una uniformi-



dad pecuniaria de base y la de una cierta flexibilidad sustentada en la calidad misma del ser humano<sup>83</sup>. Al efecto, cita la sentencia de la Suprema Corte No. 1130 de 1985 que establece, en lo atinente a la reparación del daño a la salud, que el único criterio válido es aquél equitativo, en base al cual deben ser valoradas todas las circunstancias específicas, objetivas y subjetivas del caso concreto como son, entre otras, la gravedad de la lesión, la duración del período de invalidez temporal, las eventuales consecuencias permanentes, la edad, la actividad desarrollada, las condiciones sociales y familiares, además de todas las que presenten relevancia jurídica.

El propio Busnelli, al hacer una síntesis de la situación actual en materia de reparación del daño, expresaba no hace mucho tiempo en unas Jornadas Internacionales reunidas en Pisa para analizar esta situación, algunas preocupaciones al respecto. Entre ellas citaba el hecho de que no quedara suficientemente claro que el daño a la salud era el daño-base, elemento fundamental e inalienable y no una simple variable dependiente, un daño "apéndice". De otro lado, manifestaba también su inquietud por el potencial peligro que representaría una excesiva dilatación en los montos reparatorios que podría fijar la jurisprudencia. Y, finalmente, dejaba también sentada su preocupación por la falta de comprensión de los verdaderos alcances del concepto de daño a la persona y la distinción de sus dos vertientes, el daño biológico y el daño a la salud.

### Apostilla

Como se advierte de todo lo sintéticamente expuesto, el tema de la protección jurídica de la persona humana, si bien reconoce algunos importantes avances en tiempos recientes, no ha alcanzado todavía en algunos países el desarrollo que se merece. De ahí que aún se esperen inéditos logros científicos, mayores precisiones legislativas y una más amplia difusión de los principios que rigen la tutela del ser humano.

No obstante, cabe resaltar con Busnelli las conquistas ética, interpretativa y metodológica alcanzadas hasta el momento en el tratamiento jurídico del daño a la persona<sup>84</sup>. La conquista ética está representada por el hecho de haber abandonado la ilógica costumbre de medir con criterio económico el valor de la vida humana, el haber desterrado la visión del ser humano como un mero productor de rentas, contrariando de este modo la opinión imperante

años atrás en el sentido, por ejemplo, que el anciano, como lo declaró el Tribunal de Florencia, era un hombre sin valor para el derecho.

La conquista interpretativa consiste en haberse obtenido delinear los alcances conceptuales de la noción de daño a la persona, distinguiendo sus dos vertientes como son el daño biológico y el daño a la salud, tarea que no ha sido nada fácil y que es el resultado de un diálogo enriquecedor entre la jurisprudencia y la doctrina.

La conquista metodológica está representada por el trabajo interdisciplinario, sobre todo el realizado por juristas y médicos-legistas, en el cual el aporte de la ciencia médica ha sido de innegable valor.

Finalmente, añadiríamos a las conquistas señaladas por Busnelli otra que, para nosotros, adquiere singular importancia y que precede y otorga fundamento a las conquistas antes anotadas. Nos referimos al "redescubrimiento" del ser humano por obra, en el presente siglo, de la filosofía de la existencia que nos muestra que el hombre no se agota ni se distingue de los demás seres únicamente, como pretendía Boecio, por su dimensión de racionalidad, sino que aquello que lo sustenta y le otorga dignidad en su unidad psicomática es su núcleo existencial constituido por la libertad. El haber puesto de manifiesto la hondura existencial del ser humano en cuanto libertad, permitió comprender la función del derecho como exigencia existencial para una valiosa convivencia social y facilitó, al mismo tiempo, comprender la centralidad del hombre en la dimensión jurídica.

Pero, además, se percibió que en el ser humano confluían dos dimensiones complementarias como son aquella de la singularidad expresada en la identidad consigo mismo, y la de la coexistencialidad que supone que la vida humana sólo se concibe en sociedad, en comunicación, en la intersubjetividad entre el yo y el tú. En la vida del "nosotros".

Es a partir de esta realidad que es posible replantear sobre sólidas bases los supuestos del derecho e iniciar la revisión crítica de la institucionalidad jurídica, la misma que desemboca en la revalorización de la vida humana, en la centralidad de la persona, en la exigencia de su protección integral y, por consiguiente, en la imperiosa necesidad de reparar los daños, de cualquier índole, que le puedan afectar.

<sup>83</sup> Busnelli, Francesco D., "Danno biologico e danno alla salute", en "La valutazione del danno alla salute", pág. 10.

<sup>84</sup> Busnelli, Francesco D., "Giornate di Studio sul danno alla persona", CEDAM, Pisa, 1992, pág. 325 y sgts.