

DESLINDE CONCEPTUAL ENTRE “DAÑO A LA PERSONA”, “DAÑO AL PROYECTO DE VIDA” Y “DAÑO MORAL”

Carlos Fernández Sessarego

SUMARIO

1.- Los supuestos del “daño a la persona”

- 1.1. Un siglo densamente filosófico
- 1.2.- El misterio del ser humano
- 1.3.- Una nueva y revolucionaria concepción del ser humano
- 1.4.- La nueva concepción tridimensional del derecho
- 1.5.- De los nuevos supuestos a la revisión de la institucionalidad jurídica

2.- Propósito y alcances del presente trabajo

3.- Breve referencia a los modelos italiano y peruano de “daño a la persona”

- 3.1.- El modelo italiano de “daño a la persona”
- 3.2.- Comentarios en torno al modelo italiano de “daño a la persona”
 - 3.2.1.- Sobre las categorías de “daño a la persona” en los modelos italiano y peruano
 - 3.2.2.- El daño “moral” no es una categoría autónoma del “daño a la persona”
 - 3.2.3.- La inutilidad de la categoría referente al “daño existencial”

3.3.- El modelo peruano de “daño a la persona”

4.- Alcances del concepto "daño a la persona"

4.1.- Las precursoras reflexiones sobre el “daño a la persona” o daño subjetivo

4.2.- Protección preventiva, unitaria e integral de la persona

4.3.- Alcances conceptuales del “daño a la persona”

5.- Sistematización del “daño a la persona”

5.1.- La clasificación del “daño” en función de la naturaleza del ente dañado

5.2.- La clasificación básica del “daño a la persona”: “daño psicosomático” y “daño a la libertad”

5.3.- El “daño psicosomático”: el “daño biológico” y el “daño a la salud” o “daño al bienestar”.

5.3.1.- El “daño biológico” o la lesión en sí misma

5.3.2.- El “daño psíquico”

5.3.3.- El “daño a la salud” o “daño al bienestar”

5.4.- La clasificación del “daño a la persona” en función de sus consecuencias

6.- El “proyecto de vida”

6.1.- Los supuestos del “proyecto de vida”

6.2.- Libertad y “proyecto de vida”

6.3.- Libertad y voluntad

6.4.- Coexistencialidad y “proyecto de vida”

6.5.- Temporalidad y “proyecto de vida”

6.5.1.- La vida humana como sucesión de quehaceres en el tiempo

6.5.2.- La temporalidad del ser humano

6.5.2.1.- El pasado posibilitando el presente

6.5.2.2.- El pasado posibilitando el futuro

6.6.- Proyecto y valoración

6.7.- La realización del “proyecto de vida”

6.8.- El proyecto y los proyectos

6.9.- Daño al proyecto de vida y daño psíquico

6.10.- El “daño al proyecto de vida” como un daño futuro y cierto

6.11.- Consecuencias del daño al proyecto de vida

6.12.- ¿Existe un “daño al proyecto de vida”?

7.- Protección jurídica de la libertad fenoménica o “proyecto de vida”

8.- El “daño al proyecto de vida” en el derecho vivo

8.1.- Las jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

8.2.- La sentencia en el caso “María Elena Loayza Tamayo”

8.3.- Consideraciones sobre el “daño al proyecto de vida” en el caso “María Elena Loayza”

8.4.- Reflexiones sobre el caso “Cantoral Benavides”

9.- “Daño a la persona” y “daño moral”

9.1.- Deslinde conceptual entre el “daño a la persona” y el “daño moral”

9.2.- La opinión de Mosset Iturraspe

9.3.- El “daño moral” en la reciente doctrina europea

9.4.- “Daño a la persona” y “daño moral” en el Código civil peruano de 1984

9.5.- Sentido restringido y amplio del "daño moral"

10.- Daño al proyecto de vida y daño moral

11.- Significado de las conquistas del derecho contemporáneo en materia de protección de la persona

1.- LOS SUPUESTOS DEL “DAÑO A LA PERSONA”

1.1.- Un siglo densamente filosófico

Debemos empezar este trabajo sosteniendo que todo lo que en él se desarrolla se sustenta, en última instancia, en la nueva concepción del *ser humano* que surge a partir de la honda, fecunda y angustiada reflexión de los filósofos de la escuela de la filosofía de la existencia que, a través de su lúcido y creativo pensamiento, hicieron del siglo XX uno de los más densamente filosóficos de la humanidad. Nos atreveríamos a decir que, por el número de pensadores de primera línea que en él aparecieron y produjeron así como por los valiosos hallazgos obtenidos, es el más denso de la historia humana.

Somos del parecer que en ningún siglo anterior se pudo apreciar, como ocurrió en la primera mitad del mencionado siglo XX, la presencia de un tan importante grupo de filósofos que, no obstante sus naturales personales puntos de vista, coincidieron en algunas ideas fuerza que, como la libertad, la coexistencialidad o la temporalidad, han contribuido a desvelar, en gran medida, el que sigue aún siendo el misterio relativo a la estructura del ser humano. Nos referimos, entre otros, a Sartre, Marcel, Zubiri, Jaspers, Heidegger, Mounier. Sus aportes han permitido un extraordinario salto de calidad en el pensamiento contemporáneo. Sus ideas, sus hallazgos, han obligado a los estudiosos de las disciplinas que tienen al ser humano como objeto de su atención e interés, y a los científicos en general, a la revisión de los supuestos de sus respectivas disciplinas.

Lo expresado se aprecia en todas las disciplinas del saber humano. Baste para ello revisar los espectaculares cambios ocurridos a partir del siglo XX en la Teología, en la Medicina o en el Derecho, para referirnos a sólo tres de las más importantes disciplinas sobre el ser humano.

1.2.- El misterio del ser humano

Nos referimos al misterio del ser humano pues, pese a los aportes de la escuela de la filosofía de la existencia, persiste aún el insondable misterio que él representa. Un misterio que no se logra disipar. Muchas preguntas que hacen de él su tema central siguen sin respuestas generalmente aceptadas. Así, por ejemplo, entre otras interrogantes que se formulan, no podemos olvidar por trilladas, repetidas y a veces cargadas de angustia, aquellas que se refieren al ¿de donde procede el *ser humano*, a donde va?, ¿para qué vino al mundo, aquí, ahora, y no en el siglo II d.C o en el siglo XXV por venir?.

Los pensadores del siglo XX discrepan en cuanto a algunas de las respuestas a las interrogantes antes ensayadas. Para Sartre, por ejemplo, el ser del hombre está en el futuro, siempre inasible, inalcanzable. Mientras que, por otro lado, para Heidegger el ser humano es un “ser para la muerte” o, para Jaspers, un “ser para la íntima trascendencia”. Zubiri se refiere al ser humano como un “ser religado en su raíz con la deidad”. Marcel nos habla de un ser que es “más que su vida”. Mounier, por su parte, alude a un ser que es “movimiento hacia un transpersonal”. Pero, como está dicho, más allá de estas significativas discrepancias en cuanto al “destino” del ser humano -que en última instancia escapan de las lindes de la filosofía para ingresar al campo de las creencias- encontramos plena coincidencia sobre la libertad, en cuanto ser del hombre, sobre la coexistencialidad y la temporalidad. Estos últimos son los firmes pilares sobre los que, en gran medida, se construye el pensamiento contemporáneo en torno al *ser humano*.

El ser humano, como se ha anotado, es aún un misterio sólo parcialmente desvelado. Las mayores y significativas interrogantes no encuentran respuestas y dudamos que algún día ello suceda a plenitud en el tiempo terrenal en que nos ha tocado vivir. El gran misterio es el de saber como siendo todos los seres humanos iguales no existan, sin embargo, dos personas idénticas. Cada ser humano -y en esto reside su dignidad de ser libre- es único, singular, no estandarizado, irreplicable. Cada ser humano tiene, desde la fecundación, un código genético diferenciado donde está programado todo lo que él será desde el punto de vista psicosomático, salvo su realización personal a partir del dato de su libertad. Ésta le permite escribir, dentro de los condicionamientos que le son inherentes, una biografía también única sobre la base del cumplimiento, parcial o total, de su personal “proyecto de vida”.

Por lo demás, siendo ontológicamente libre, el ser humano es impredecible, lábil, escurridizo, cambiante, dinámico, creativo, estimativo. Ello impide predecir el futuro de cada persona. A lo más podemos aventurar algunos pronósticos, ciertos vaticinios y hasta determinadas predicciones. Tenemos la capacidad hacerlo por que estamos proyectados hacia el futuro por la temporalidad que es inherente al ser humano. Somos historia, hacemos historia, vivimos en la historia.

La compleja estructura existencial del ser humano y todo lo anteriormente expuesto induce a que Jaspers afirme, con convicción, que es más lo que el ser humano conoce del mundo, de las cosas, que lo que sabe sobre sí mismo, sobre la estructura de su ser¹. Mounier, por su parte, al compartir la misma inquietud ante el misterio que representa el ser humano, pese al avance producido en la primera mitad del siglo XX, considera, metafóricamente, que “mil fotografías combinadas no

¹ Jaspers, Karl, *La fe filosófica*, Editorial Losada, Buenos Aires, 1968, pág. 54.

conforman un hombre que camina, que piensa y que quiere”². Marcel, en la misma línea de pensamiento, sostiene “que no puedo saber exactamente lo que soy y lo que seré”³

1.3.- Una nueva y revolucionaria concepción del *ser humano*

La nueva y revolucionaria concepción del ser humano, que se concreta en la primera mitad del siglo XX, permite superar el hecho, secularmente aceptado y transmitido de generación en generación, de que éste no se reduce, en tanto ser existente, a constituirse tan sólo como un animal “racional”. La “razón” no nos da cuenta, ella sola, del *ser* del hombre. Afirmar que su estructura no se agota únicamente en ser “una unidad psicosomática” - al igual que el chimpancé - significa sostener que se trata de un **ser libertad**, simultáneamente coexistencial y temporal. Lo decimos en el pórtico de este ensayo porque tenemos plena conciencia de que lo que, en última instancia, protege el “derecho” - con mayúscula o sin ella - es la **libertad**, a fin de que cada ser humano, en tanto tal, pueda cumplir con su personal “proyecto de vida” dentro de la sociedad, dentro del bien común. Por ello el derecho es libertario.

El “redescubrimiento” de la calidad ontológica de *ser libertad* del hombre ha generado, como se apreciará más adelante, un a nueva visión del derecho, una revisión de sus supuestos así como, a partir de ellos, de toda la institucionalidad jurídica. El cambio es radical, aunque no lo percibamos a plenitud porque estamos inmersos dentro del proceso. Carecemos de la necesaria perspectiva temporal para llegar a ciertas certidumbres racionales. Ello se logrará cuando lo que estamos viviendo se convierta en pasado y lo asuma la historia.

Los seres humanos hemos creado y tratamos constantemente de mantener y perfeccionar dentro de la dinámica propia de la realidad, desde tiempos remotos y como una ineludible exigencia existencial, un conjunto de normas jurídicas mediante cuyo cumplimiento obligatorio se pretende establecer que las relaciones humanas en sociedad sean valiosas - justas, seguras, solidarias - a fin de crear los espacios, escenarios o situaciones colectivas para que cada ser humano pueda cumplir con el propio destino personal, con su “proyecto de vida”, sin dañar ni ser dañado por los “otros”⁴. Es, así, el creador, protagonista y destinatario del derecho. De ahí que el derecho sea una exigencia existencial.

² Mounier, Emmanuel, *El personalismo*, Editorial Eudeba, Buenos Aires, 1962, pág. 6.

³ Marcel, Gabriel, *El misterio del ser*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1953, pág. 299.

⁴ Cfr. Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho y persona*, cuarta edición, Grijley, Lima, 2001.

1.4.- La nueva concepción tridimensional del derecho

La nueva concepción del ser humano ha traído necesariamente consigo, como no podía ser de otra manera, una nueva visión del derecho. En primer término, ya no es el derecho que ha sido creado para proteger a un “animal racional” sino a un ser que es mucho más que eso: a un ser libertad. De otro lado, el derecho ya no es más considerado exclusivamente como un conjunto de normas - formas vacías por naturaleza -, ni tampoco un plexo de valores ni puramente vida humana social, como se sostenía desde diversas vertientes de la jusfilosofía. El derecho no es ni se reduce a ninguno de estos tres objetos pero, al mismo tiempo, no puede faltar ninguno de ellos cuando nos referimos al concepto unitario de “derecho”.

El derecho resulta ser la interacción de vida humana social o conductas humanas intersubjetivas, valores y normas jurídicas. Se trata de una dinámica interacción y no de una simple yuxtaposición de vida humana social, valores y normas jurídicas, colocado uno al lado del otro. Se llega a la unidad del concepto “derecho” mediante la interacción de esos tres objetos. De ahí que podamos sostener a la altura de nuestro tiempo que quedaron atrás, por insuficientes y fragmentarias, las visiones unidimensionales de lo jurídico, las mismas que han sido superadas mediante una teoría tridimensional del derecho. Mediante esta teoría contamos con una visión completa, global y unitaria del derecho⁵.

Es dable preguntarse cómo es posible tal interacción así como interrogarse como es que de la interacción de tres objetos resulte un concepto unitario como el de “derecho”. La interacción encuentra su raíz en el hecho de que el ser humano, en cuanto libre, coexistencial y temporal, es el único ser capaz de vivenciar valores así como, a través del pensamiento, crear normas jurídicas. Es así que el ser humano, en comunidad, vivencia axiológicamente las conductas humanas interpersonales o intersubjetivas para, luego de tal valoración, objetivar a través de normas jurídicas dichas conductas humanas. Las normas jurídicas prescriben las conductas que, por justas, resultan permitidas y lícitas así como aquéllas que, por injustas, son prohibidas y, por lo tanto, se consideran ilícitas. Lo justo y lo injusto conforman el derecho. Por ello, la llamada “antijuridicidad” no es una categoría jurídica. Es una inadecuada manera de referirse a la justicia o injusticia de determinadas conductas humanas intersubjetivas⁶. Es así, por ejemplo, que el delito no es “antijurídico” sino exquisitamente jurídico bajo el signo de lo injusto, lo prohibido y lo ilícito.

⁵ Cfr. Fernández Sessarego, Carlos, *El derecho como libertad*, segunda edición, Universidad de Lima, Lima, 1994.

⁶ Fernández Sessarego, Carlos, *La “antijuridicidad” como problema*, en la revista “Lumen”, Universidad Femenina del Sagrado Corazón (UNIFE), Año 1, N° 1, Lima, 2000 y en AA.VV. “Obligaciones y contratos en el tercer milenio. Libro Homenaje a Roberto López Cabana”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001.

Los supuestos antes enunciados se concentran en la mágica fórmula del denominado “axioma fundamental del derecho”, mediante el cual se precisa que lo que protege el derecho es la **libertad** a fin de que cada ser humano pueda realizar su personal “proyecto de vida”. Según este axioma, en principio, toda conducta humana intersubjetiva está permitida - pues el *prius* es la libertad - salvo que con ella se afecte la moral o buenas costumbres, el orden público o se dañe a otros. Es decir, que lo no permitido, lo prohibido, es la excepción. Se entiende, siempre, que la libertad de cada cual se ejercita dentro del bien común que, por ser el bien de todos, es al mismo tiempo el bien de cada uno. Por ello, reiteramos, que el derecho es libertario. Tiende a que el ser humano, en cuanto ontológicamente libre, se realice como tal, es decir, pueda cumplir su “proyecto de vida” con el menor número de obstáculos posibles.

1.5.- De los nuevos supuestos a la revisión de la institucionalidad jurídica

Las nuevas concepciones sobre el ser humano y sobre el derecho obligan a los juristas a la revisión de los supuestos de su disciplina y, consiguientemente, la de la institucionalidad jurídica en general. Observamos, así, como algunas clasificaciones tradicionales o ciertas instituciones han sido replanteadas a la luz de los nuevos principios humanistas-personalistas que sustentan dichas nuevas concepciones. Es el caso, entre otros, de la clasificación fundamental del derecho en público y privado.

Dicha clasificación fundamental del derecho, luego de un proceso de revisión efectuado varias décadas atrás⁷, ha dejado su carácter cerrado - es decir, auténticamente clasificatorio - para convertirse tan sólo en un indicador didáctico en el que apreciamos como en algunas ramas del derecho resultan preponderantes los intereses públicos y sociales, con la relativa presencia de los privados, mientras que en otras dominan los intereses particulares sobre aquellos públicos o sociales, aunque estos no se hallen del todo ausentes. En síntesis, no existen derechos absolutamente públicos ni absolutamente privados. Ello se deriva del hecho de que el ser humano es coexistencial, creado para convivir en sociedad. El ser humano no está aislado, incomunicado, al margen de los demás, ajeno a lo que sucede en su comunidad y en su Estado. Por ello, lo que lo que afecta al todo, es decir, a la comunidad, afecta también a cada uno de sus miembros. Y viceversa.

En cuanto al replanteo de los supuestos de algunas otras instituciones es del caso señalar, también a título de ejemplo, lo que ha sucedido o viene sucediendo con la subjetividad jurídica, con la capacidad jurídica, con la propiedad, con el abuso del derecho, con la responsabilidad civil, con la autonomía de la voluntad, con la antijuridicidad, con la persona jurídica, con las organizaciones de personas no

⁷ Cfr, Aftalión Enrique R., García Olano, Fernando y Vilanova, José, *Introducción al Derecho*, séptima edición, “La Ley”, Buenos Aires 1964, pág. 499 y sgts.

inscritas, con el acto o negocio jurídico y algunas otras instituciones que ya han procedido a la revisión de sus supuestos⁸.

Es en este contexto de cambios generados por las nuevas concepciones del ser humano y del derecho que se produce, en décadas recientes, una revisión de los supuestos de la responsabilidad civil. De ella se deriva el que los estudiosos de vanguardia dirijan preferentemente su atención, por razones humanas y lógicas, al “daño” y así atender a la víctima del mismo, para después preocuparse por determinar la culpabilidad del agente. Es decir, el eje de la responsabilidad civil es el daño. De ahí que en la actualidad son cada vez más numerosos los autores que prefieren la denominación de *Derecho de Daños* en vez de la tradicional de responsabilidad civil⁹.

Es a la luz de lo anteriormente expuesto que surge, como una consecuencia lógica de las nuevas concepciones a las que nos venimos refiriendo, la figura del “daño a la persona”. Responde, por lo demás, a una inspiración humanista-personalista. Mientras no se tuviera una concepción del ser humano como aquella que nos brinda la escuela de la filosofía de la existencia hubiera sido imposible su revalorización. Al saberse que el ser humano es una “unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad” es recién que se percibe que la persona puede ser dañada en cualquier aspecto de la referida unidad psicosomática o en su libertad convertida en actos o conductas intersubjetivas, es decir, en “proyecto de vida”, en libertad fenoménica. Se supera, así, la visión patrimonialista del ser humano, se consigue precisar los alcances del daño “moral” y surge la nueva figura del “daño al proyecto de vida”, el mismo que ha sido avalado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la de algunos países que han sintonizado los cambios producidos en la cultura jurídica de nuestro tiempo.

Se trata, como se advierte, de un vuelco extraordinario e impresionante en la percepción de lo jurídico, el mismo que ha repercutido en la disciplina jurídica y, en especial, en el Derecho de Daños. ¿Cómo imaginar, años atrás, en que era posible lesionar la libertad en cuanto “proyecto de vida”? Bastaría referirse a este hecho para cobrar conciencia de cómo hemos ingresado, casi sin darnos cuenta, a una etapa de transición entre antiguos conceptos y renovadas nociones que obligan a una revisión tanto de los supuestos del derecho como de la institucionalidad jurídica¹⁰.

⁸ Sobre el tema confrontar del autor de este trabajo *Derecho y persona*, cuarta edición, de pág. 129 a pág. 166.

⁹ Baste citar dos importantes libros aparecidos en los últimos años bajo el título de “Derecho de Daños”. Nos referimos al dedicado en homenaje a Jorge Mosset Iturraspe, dirigido por Félix A. Trigo Represar y Rubén S. Stiglitz, editado por Editorial La Rocca, Buenos Aires, 1989 y el de Luis Díez-Picazo publicado diez años después, en 1999, editado por Civitas, Madrid.

¹⁰ Fernández Sessarego, Carlos, *La crisis del derecho*, en “Cuadernos de Derecho”, N° 2, órgano del Centro de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Lima, 1993 y en “Gaceta Jurídica” Tomo VIII, W.G. Editores, Lima, agosto de 1994; *El daño en un período de transición entre dos épocas*, en “Revista Jurídica

2.- PROPÓSITO Y ALCANCES DEL PRESENTE TRABAJO

2.1.- Los límites del presente trabajo

Contrariamente a lo que de común acontece, después de lo expuesto sobre los supuestos del “daño a la persona” es que recién nos referimos al propósito de este trabajo y a sus previsibles alcances. Consideramos que si, previamente, no se exponen dichos supuestos -nuevas concepciones del ser humano y del derecho- no se llegaría a comprender a plenitud la razón del presente artículo.

Pretendemos, dentro de nuestras limitaciones, contribuir a esclarecer -tal como lo venimos intentando desde hace casi tres décadas-, a la altura de nuestro tiempo, los alcances de tres nociones íntimamente conectadas entre sí pero que requieren ser delimitadas en cuanto a sus respectivos contenidos. En primer término, nos ocuparemos de la relación de género a especie existente entre el comprensivo y amplio el “daño a la persona” y el específico como trascendente “daño al proyecto de vida”. Ambos conceptos son de reciente elaboración en el mundo del derecho. El “daño a la persona” encuentra sus orígenes en Italia en la década de los años setenta del siglo pasado -aunque la inspiración proviene de Francia- mientras que la noción de “daño al proyecto de vida” fue expuesta públicamente por primera vez a mitad de la década de los años 80 del siglo XX en un Congreso Internacional reunido en la ciudad de Lima.

En segundo término, nos referiremos también a los alcances del comúnmente denominado "daño moral" que, como bien se sabe, es una institución jurídica de antigua data, así como a su relación con las nociones de “daño a la persona” y de “daño al proyecto de vida”, respectivamente. Estimamos que este esclarecimiento es de suma importancia para sistematizar todo lo concerniente al “daño a la persona”.

Para enfrentar la tarea antes enunciada hemos tenido presente los importantes desarrollos logrados en tiempos recientes en torno al genérico y comprensivo concepto de "daño a la persona" o "daño subjetivo", tanto de parte de la doctrina como de la jurisprudencia comparada, así como de la actual codificación civil latinoamericana¹¹. Dentro de este amplio concepto de “daño a la persona” hemos

del Perú”, Año XLVI, N° 1, Trujillo, enero-marzo de 1994; *El derecho en el fin del siglo XX. Un nuevo modo de hacer derecho*, en la revista “Scribas”, Año II, N° 4, Arequipa, 1998.

¹¹ Nos referimos al Código civil peruano de 1984 el cual, en su artículo 1985°, incorpora el deber de indemnizar, sin limitación alguna, el “daño a la persona”, así como del inciso b) del artículo 1600 del Proyecto de Código Civil argentino de 1998 en actual estudio por el Congreso de la República Argentina..

desarrollado en los últimos años las notas distintivas y los alcances del “daño al proyecto de vida” o daño a la libertad fenoménica, así como también hemos efectuado continuas referencias a la verdadera naturaleza del mal llamado daño “moral” que no es otro, dentro de la óptica contemporánea, que una perturbación psicológica de carácter no patológico, generalmente transitoria.

No hemos perdido de vista, en función de la particular situación legislativa italiana, los desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales del denominado “daño a la salud”, del “daño biológico” y del novedoso, pero innecesario, “daño existencial”. Este último aparece en el universo jurídico en los primeros años de la década de los años noventa del siglo XX, el mismo que se ha convertido, en la actualidad, en un tema que suscita enorme interés y no escaso debate en el mundo jurídico italiano.

En síntesis, y reiterando lo antes dicho, es nuestro propósito, por su relevancia sistemática y conceptual, destacar una vez más, desde nuestra personal perspectiva, la nítida distinción entre la genérica noción de “daño a la persona” y el específico concepto de “daño moral”, así como poner de manifiesto la relación de ambos conceptos con la novísima noción de “daño al proyecto de vida” y su vinculación con el “daño psíquico”. Consideramos que, tratándose de una materia novedosa y en constante evolución, como es la referente al “daño a la persona” en su más amplia acepción, es imprescindible deslindar y delinear permanentemente en estos años de elaboración y desarrollo de tales nociones, los alcances y las relaciones existentes entre los anteriormente mencionados conceptos. Estimamos, por ello, que en concordancia con los avances de la disciplina del “derecho de daños”, tales nociones, en la actualidad y según nuestro criterio, deben ser sometidas a un redimensionamiento conceptual para evitar confusiones, imprecisiones o innecesarias superposiciones ante los desarrollos alcanzados por la más avanzada doctrina y por la más lúcida jurisprudencia de los días que corren.

Pero, de manera preferente, centramos nuestra atención y ensayamos algunas nuevas reflexiones sobre un tema que atrajo nuestro interés desde fines de la década de los años setenta, como es el por nosotros denominado “daño al proyecto de vida”, el que constituye un importante componente del genérico “daño a la persona”. Como el concepto de “daño al proyecto de vida” implica nada menos que una grave limitación al ejercicio de la libertad -en que consiste el ser humano- nos hemos visto obligados a una previa aproximación a la fascinante y decisiva disciplina de la Antropología Filosófica, la que nos suministra el correspondiente sustento teórico en el desarrollo de nuestro quehacer.

2.2.- La fundamentación filosófica del trabajo

Recurrir a la Antropología Filosófica en busca de un imprescindible fundamentación de nuestras reflexiones no supone, por cierto, llevar a cabo una pura especulación sin fines prácticos¹². Por el contrario, efectuamos esta aproximación en cuanto somos de la opinión que, si no poseemos algunos previos y genéricos planteamientos en el marco de esta básica disciplina, podría no resultar fácil para los iniciados en la materia de este trabajo aprehender, en su profunda dimensión, la noción de "daño al proyecto de vida". Si no acudiéramos a la Antropología Filosófica con el propósito de poner en evidencia ciertos principios rectores que sirven de necesario e ineludible sustento a nuestra exposición, no sería improbable el que se pudiera pensar que el "daño al proyecto de vida" podría ser tan sólo una mera abstracción, un engañoso juego conceptual, una simple ilusión, algo irreal, en suma. O, en el mejor de los casos, podríase recusar el concepto de "daño al proyecto de vida", que integra la genérica noción de "daño a la persona", para intentar reducirlo a los precisos alcances del "daño moral" o del "daño psíquico". Urge, por consiguiente, pretender alcanzar un esclarecimiento de los alcances conceptual de tales nociones así como intentar una necesaria sistematización de todo lo referente al amplio campo jurídico que abarca el genérico y comprensivo "daño a la persona".

2.3.- La doctrina y la jurisprudencia producida en los últimos años torno a los temas tratado en el presente trabajo

No es esta la oportunidad para enumerar los importantes trabajos publicados en estos últimos años no sólo en algunos países europeos¹³ sino también en ciertos países latinoamericanos, principalmente en la Argentina, sobre el "daño a la persona" y el "daño moral". No obstante, reconforta observar como en nuestros días, a nivel jurídico, se ha revalorizado al ser humano y, por ende, se han fortalecido y afinado sus técnicas de tutela cuando las consecuencias del daño son de carácter no patrimonial o estrictamente personal. Es decir, no traducibles en dinero de modo directo e inmediato.

Este fenómeno fue advertido en 1992 por Clovis V. do Couto e Silva, ilustre civilista brasileño recientemente desaparecido. Al reconocer el aporte del Código civil peruano de 1984 y de la doctrina pertinente, tanto argentina como peruana sobre el derecho de daños expresó, refiriéndose a la pluralidad y calidad de los trabajos

¹² Sobre el tema confrontar del autor de este trabajo el libro *Derecho y persona*, cuarta edición, de pág. 25 a pág. 34.

¹³ Entre los libros recientemente publicados podemos señalar la importante cuarta edición del libro colectivo *La valutazione del danno alla salute*, al cuidado de Marino Bargagna y Francesco D. Busnelli, editado por Cedam, Padova, 2001.

aparecidos en los últimos tiempos, que ellos conforman "un micro sistema avanzado, a la altura de los mejores del mundo jurídico en similar estadio de evolución jurídica". Y advirtió que en muchos de dichos trabajos se recoge el nuevo concepto de "daño a la persona" en sustitución de el de daño "moral". Ello, agregó, permite apreciar, "con alborozo y satisfacción profundas", que "constituye la mejor prueba de la acogida favorable que el Código peruano tuvo, al incorporar la nueva categoría" ¹⁴. El eminente jurista brasileño aludía a la inclusión del "daño a la persona", sin limitación alguna, en el artículo 1985° del Código civil peruano de 1984, hecho que ha merecido numerosos comentarios en la última década.

Para el esclarecimiento de la temática bajo análisis consideramos que es ilustrativo tener en cuenta la nueva sistematización de los daños que propusimos en 1993 ¹⁵, a fin de diferenciar los daños según la *naturaleza* del objeto dañado, de una parte y, de la otra, de acuerdo a las diversas *consecuencias* derivadas de la lesión inferida al objeto dañado. Estimamos que esta sistematización, a la que hemos hecho referencia en trabajos anteriores, contribuye, a nuestro entender, en gran medida a distinguir los alcances y las implicancias entre los conceptos de "daño a la persona", "daño moral", "daño psíquico" y "daño al proyecto de vida". Ello se pondrá de manifiesto en el curso de este trabajo.

3.- BREVE REFERENCIA A LOS MODELOS ITALIANO Y PERUANO DE "DAÑO A LA PERSONA"

3.1.- El modelo italiano de "daño a la persona"

Aunque no es propósito del presente trabajo consideramos oportuno precisar lo de común y lo de diferente que muestran, en contraste, los modelos italiano y peruano del "daño a la persona"¹⁶.

¹⁴ Las expresiones de Clovis V. do Couto e Silva están recogidas en el trabajo de Jorge Mosset Iturraspe, titulado *El daño a la persona en el Código civil peruano*, presentado al Congreso Internacional conmemorando los diez primeros años de vigencia de dicho Código civil, reunido en Lima en setiembre de 1994, publicado en el volumen "Los diez años del Código civil peruano: balance y perspectiva", T.I, Lima, Universidad de Lima, 1995, pág. 213.

¹⁵ El intento de efectuar una sistematización de los daños a fin de lograr precisiones en cuanto a la comprensión del concepto "daño a la persona" aparece en el trabajo del autor *Hacia una nueva sistematización del daño a la persona* publicado en "Estudios en honor de Pedro J. Frías", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, 1994, T.II, pág. 1087 y sgts. También ha sido publicado en "Cuadernos de Derecho", No. 3, Universidad de Lima, Lima, 1993, pág. 28 y sgts. y en "Ponencias I, Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial", Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1994, pág. 23 y sgts.

¹⁶ Sobre el modelo italiano puede verse del autor de este artículo el trabajo titulado *El daño a la persona en el Código civil peruano*, que se halla en el "Libro Homenaje a José León Barandiarián", Editorial Cultural Cuzco, Lima 1985. También el artículo del autor *El daño a la persona en el Código civil peruano de 1984 y en el Código civil italiano de 1942*, en el volumen "El Código civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano", Editorial Cultural Cuzco, Lima, 1986.

En la doctrina y la jurisprudencia italianas, donde el concepto de “daño a la persona” empieza a germinar a mediados de la década de los años setenta del siglo XX pero cuya evolución y desarrollo no cesa hasta los días que corren, bajo la noción de “daño a la persona” se comprenden, en primer término y como primera categoría de daños, todos los daños que inciden o lesionan la estructura psicosomática del ser humano. Estos daños se denominan indistintamente ya sea como “daño a la salud” o “daño biológico” al imperio de las restricciones que emanan del ordenamiento jurídico italiano, que data de los años cuarenta del siglo pasado, y del mandamiento de la Corte Constitucional italiana mediante sentencia N° 184 del año 1986. La denominación de “daño biológico” aparece tanto en la doctrina y la jurisprudencia genovesa así como en el texto de la sentencia de la Corte Constitucional N° 184 de 1986 . El término de “daño a la salud” se acuña por la escuela de Pisa.

Al lado de los daños psicosomáticos se consideran, como una autónoma segunda categoría de daños, el para nosotros mal llamado “daño “moral” en sentido estricto, es decir, en tanto perturbaciones psíquicas emocionales no patológicas, dolor, sufrimiento. Dentro del modelo italiano estos daños “morales” se designan también como “daños no patrimoniales”. A ellos se refiere el artículo 2059° del Código civil italiano de 1942.

Recientemente, entre los años de 1991 y 1994, surge una tercera categoría de daños bajo la voz de “daño existencial”. Su propósito es incorporar dentro de esta tercera categoría de daños todos los daños a la persona que, no siendo estrictamente daños “morales”, originen consecuencias no patrimoniales. Esta categoría ha merecido el respaldo de un sector de la doctrina¹⁷ y ha sido incorporada a la jurisprudencia italiana en nuestros días.

En síntesis, el modelo italiano considera tres tipos de daño a la persona: el daño biológico, el daño moral y el daño existencial.

El modelo italiano, para nosotros asistemático, se origina en que, cuando aparece en el escenario jurídico italiano la figura del “daño a la persona”, se encuentran problemas, aparentemente insalvables, para fundamentar legalmente la reparación de las consecuencias no patrimoniales de esta nueva categoría de daños al ser humano. En efecto, el artículo 2059° del Código civil italiano de 1942, establece que “el daño no patrimonial debe resarcirse sólo en los casos determinados por la

¹⁷ Al respecto puede verse: Ziviz, Patrizia, *La tutela risarcitoria della persona. Danno morale e danno esistenziale*, Giuffré, Milano, 1999; al cuidado de Cendon, Paolo y Ziviz, Patrizia, *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, Giuffré, Milano, 2000; Cassano, Giuseppe, *La giurisprudenza del danno esistenziale*, Casa Editrice La Tribuna, Piacenza, 2002; Ponzanelli, Giulio, *Critica del danno esistenziale*, Cedam, Padova, 2003.

ley”. Y, según lo dispuesto en la ley, es decir, en el artículo 185° del Código Penal italiano, sólo los daños “morales” ocasionados a raíz de un delito merecen ser indemnizados. Es decir, todos los demás daños a la persona de carácter no patrimonial no eran dignos de ser reparados.

Pero, en contraste con la absurda y restrictiva disposición del artículo 2059° en referencia, el numeral 2043° del Código civil italiano prescribe, genéricamente, que quien comete un daño injusto, por dolo o culpa, está obligado a repararlo. Este contraste dio origen a todo un largo período de explicables incertidumbres tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. A pesar de la restricción contenida en el mencionado artículo 2059° del mencionado cuerpo legal se consideró por un sector de la doctrina como justo y apropiado no dejar de indemnizar los múltiples daños a la persona de carácter no patrimonial que no fueran, en sentido estricto, un daño “moral”. Esta inquietud motivó que las escuelas genovesa y pisana, en la década de los años setenta del siglo XX, buscaran un fundamento legal adecuado para el efecto de proceder a la indemnización del “daño a la persona” de consecuencias no patrimoniales. Fue así que se creó por la escuela pisana la figura del “daño a la salud”, que no es otra cosa que el daño a la persona que incide en su estructura psicosomática, para tratar de fundamentar el daño a la persona en el artículo 32° de la Constitución italiana de 1947 que tutela, precisamente, la salud.

No obstante la propuesta doctrinaria antes referida, dos Tribunales italianos acudieron a la Corte Constitucional para que se declarase la inconstitucionalidad del específico y restrictivo artículo 2059° pues colisionaba con lo dispuesto en el artículo 32° de la Constitución italiana que protege la salud, entendida ésta en su amplia acepción de bienestar personal. La Corte Constitucional, mediante sentencia N° 184 de 1986, en vez de declarar, como hubiera sido lo lógico, la inconstitucionalidad del mencionado artículo 2059° del Código civil italiano, dispuso que el “daño a la persona” de carácter psicosomático, bajo la denominación de “daño biológico,” debía repararse según lo dispuesto en el mencionado artículo constitucional. Mientras tanto, también dispuso que cuando el artículo 2059° se refería al “daño no patrimonial” debía entenderse que sólo aludía al tradicional daño “moral”, como dolor o sufrimiento con exclusión, por lo tanto, de cualquier otro daño a la persona de consecuencias no patrimoniales.

En síntesis, hasta el comienzo de la década de los años 90 del siglo XX existían en Italia, a raíz de lo resuelto por la Corte Constitucional en 1986, dos categorías de daños: el “daño biológico”, que cubría los daños psicosomáticos que generasen consecuencias no patrimoniales cuya indemnización se sustenta en el artículo 32° de la Constitución, y el “daño moral”, en tanto dolor o sufrimiento, que se regulaba por el restrictivo artículo 2059° del Código civil antes mencionado. Es a partir de la

década de los años setenta que la escuela que tiene como su centro la Universidad de Trieste elabora una tercera categoría de “daño a la persona”, la misma que designa como “daño no existencial”. Su definido propósito es cubrir todos los daños que, en su opinión, generando consecuencias de orden no patrimonial no se encontraban comprendidos dentro de los estrictos alcances del “daño moral” como *pretium doloris*.

El precedentemente señalado modelo italiano de “daño a la persona” es el que está vigente en el inicio del nuevo milenio. Sus problemas y limitaciones derivan, en general, de la preexistente legislación italiana. Los codificadores no habían previsto, en los años cuarenta del siglo XX, que las consecuencias de los daños causados a la persona podían tener, además de consecuencias patrimoniales -daño emergente, lucro cesante- serias consecuencias de carácter no patrimonial aparte del inapropiado, estrecho y tradicional concepto de daño “moral”.

Los problemas referidos en torno a la sustentación legal del “daño a la persona” en el modelo italiano, después de años de indiferencia de parte de los legisladores, ha variado en años recientes. Es así que en el Parlamento italiano existen, al menos, cuatro proyectos de leyes sobre la materia. En alguno de ellos se propone la modificación del Código civil italiano a fin de sistematizar tan trajinada materia jurídica. Nos referimos al proyecto de ley N° 6817 del 1° de marzo del 2000 que pretende introducir el Título IX-bis bajo el nombre de “daños no patrimoniales”. Esta denominación, que atiende preferentemente a las consecuencias del daño y no a la naturaleza del objeto dañado, no nos parece apropiado. El orden debería ser el inverso, es decir, tratar en primer lugar el tema referido a la estructura ontológica del ente dañado -desde que de esta determinación surgen criterios y técnicas diferentes para la fijación de las correspondientes indemnizaciones- y, luego, referirse al asunto derivado relativo a las consecuencias, sean ellas patrimoniales o no patrimoniales.

Suponemos que esos proyectos, al parecer elaborados antes de la aparición del “daño existencial”, deben estar congelados pues en ellos sólo se regulaba el “daño biológico”, que incide en la estructura psicosomática de la persona, y el “daño moral” en sentido estricto, es decir, referido al dolor o sufrimiento (*pretium doloris*).

3.2.- Comentarios en torno al modelo italiano de “daño a la persona”

Tenemos tres observaciones -que desarrollaremos próximamente en otro trabajo- en cuanto al modelo italiano de “daño a la persona” antes referido. Ellas surgen si comparamos este modelo con aquel que hemos asumido en nuestros trabajos relativos al tema.

La primera de tales observaciones se refiere al hecho que la sistemática del modelo italiano, a nuestro parecer, no guarda concordancia con la realidad estructural del ser humano. La segunda se contrae al mal llamado daño “moral”, el mismo que, a nuestro entender, no constituye una categoría autónoma del “daño a la persona”. La tercera observación se refiere, desde nuestra perspectiva, a la inutilidad del denominado “daño existencial” que otra cosa no es que un “daño psicossomático”.

3.2.1.- Sobre las categorías de “daño a la persona” en los modelos italiano y peruano

Cabe señalar que, como se apreciará más adelante, que nuestra sistemática del “daño a la persona” difiere del modelo italiano. En nuestra opinión, el “daño a la persona” incorpora o engloba dos definidas categorías de daños. Ellas se sustentan en la realidad si tenemos en cuenta la estructura ontológica del ente susceptible de ser dañado, es decir, del *ser humano*. Si el ser humano es, como se ha apuntado, una “unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad” sólo cabe dañar algún aspecto de esa unidad psicosomática o la libertad constitutiva del ser humano. De ahí que existan dos categorías de daños. La primera categoría es la referida al daño psicossomático, mientras que la segunda se contrae al “daño al proyecto de vida” o a la libertad fenoménica. No hay, en nuestro criterio, otro aspecto de la persona susceptible de ser dañada.

La primera categoría o “daño psicossomático” comprende todas o cualquiera de las lesiones inferidas tanto al soma, o cuerpo en sentido estricto, como a la psique. En cuanto ambos aspectos del ser humano constituyen una inescindible unidad, los daños somáticos repercuten, necesariamente y en alguna medida, en la psique, y los daños psíquicos, a su vez, tienen incidencias somáticas. Los daños a la estructura psicosomática de la persona generan, indistintamente, consecuencias tanto patrimoniales como no patrimoniales. Ello depende del hecho que tales consecuencias puedan o no ser valorizadas en forma inmediata y directa en dinero.

Lo importante y rescatable de lo anteriormente manifestado es saber que **todos** los daños psicossomáticos, sin excepción, caen, lógicamente y necesariamente, en esta categoría. Así, son daños psicossomáticos desde una leve perturbación psicológica, como un dolor o un sufrimiento, hasta la pérdida de discernimiento; desde una pequeña lesión somática hasta aquella de graves consecuencias como son las que originan la amputación de algún miembro, por ejemplo. En esta categoría de daños psicossomáticos se incluye, comprensiblemente, el mal llamado daño “moral” desde que éste constituye un daño emocional que causa perturbaciones psíquicas, generalmente transitorias, no patológicas, como dolores o sufrimientos. Cabe hacer la

salvedad que es posible que, en algunos casos, una perturbación psíquica se pueda convertir en una patología psíquica.

Como se ha señalado en precedencia, la segunda categoría de “daño a la persona” es, para nosotros, aquel daño que afecta su propio ser, es decir, la libertad. Ciertamente que la libertad ontológica sólo se pierde con ocasión de la muerte de la persona. La libertad a la que nos referimos en este caso es a aquella que se extrovierte o se vuelca al exterior. Se trata, en su origen, de decisiones libres que se concretan, por obra tanto de las potencialidades y energías de la persona como por la contribución de los “otros”, en actos o conductas intersubjetivas, todas ellas encaminadas a la realización de un cierto personal “proyecto de vida”. Es así que se pueden causar serias lesiones a esta libertad fenomémica, al “proyecto de vida”, que genera consecuencias que van desde el retardo o menoscabo del proyecto de vida hasta su frustración total. Ello puede acarrear, en un caso límite, la pérdida del sentido de la vida de la persona. Se trata, por consiguiente, de graves consecuencias en el orden no patrimonial aparte de aquellas de carácter patrimonial.

Como se aprecia de lo anteriormente expresado la sistemática por nosotros adoptada, que considera dos definidas categorías de “daño a la persona” apoyadas en la realidad estructural del ser humano, difiere del modelo italiano que, a la fecha, muestra tres diferentes categorías como son el “daño biológico”, el “daño moral” y el “daño existencial”. Desde nuestra perspectiva esta triple clasificación del “daño a la persona” no guarda concordancia con los dos aspectos de la estructura ontológica del ser humano a lo que hemos hecho referencia.

3.2.2.- El mal llamado daño” “moral” no es una categoría autónoma del “daño a la persona”

La segunda observación que se nos ocurre se deriva de lo antes expresado: que el mal llamado daño “moral” no es una instancia autónoma o diferente del “daño a la persona” sino que se trata de la lesión a uno de los aspectos psíquicos no patológicos de la misma, de carácter emocional. De ahí que, a la altura de nuestro tiempo, carece de significado seguir refiriéndose obstinadamente a un supuesto daño “moral”. Lo que se daña son los *principios morales* de una persona. Este específico daño al bagaje moral causa, en la persona que lo sufre, perturbaciones psíquicas de distinta magnitud e intensidad, generalmente no patológicas. En síntesis, a propósito de un agravio a los principios morales lo que se daña, por las perturbaciones que origina, es la esfera psíquica del sujeto. De ahí que el mal llamado daño “moral” -que es exquisitamente jurídico- se incorpora como un específico aspecto del más amplio espectro del genérico “daño a la persona” en la categoría del “daño psicossomático”, preponderantemente de carácter psíquico.

Una afrenta o agravio a los “valores morales” de una persona lo que lesiona, en última instancia, es su psiquismo, el mismo que sufre alteraciones o perturbaciones de distinta intensidad. Un daño al honor, a la identidad o a la intimidad, por ejemplo, repercuten en la psique del sujeto causando perturbaciones diversas. Lo mismo ocurre frente a la pérdida de un ser querido. De ella también se derivan consecuencias emocionales, psíquicas, generalmente transitorias, no patológicas como se ha señalado.

3.2.3.- La inutilidad de la categoría referida al “daño existencial”

La tercera observación que proponemos versa sobre la inutilidad de la reciente creación por la doctrina italiana, y acogida por la jurisprudencia, del llamado “daño existencial”. Este daño pretende cubrir todas las lesiones que acarrear consecuencias no patrimoniales que no se encuadran dentro del estricto, histórico y tradicional concepto de “daño moral”. Al respecto advertimos que todos estos daños de consecuencias no patrimoniales se encuentran incluidos dentro del amplio concepto de “daño psicosomático” que, como se ha referido, conforma una de las dos categorías que, desde nuestro punto de vista, integran el “daño a la persona”. Por lo expuesto, no encontramos razón alguna para pretender la creación de una categoría autónoma de daños bajo la ambigua denominación de “daño existencial”. En efecto, los “daños existenciales”, no estrictamente considerados como daños “morales” en el lenguaje tradicional, son daños psicosomáticos, de carácter predominantemente psíquico. Nos preguntamos, ¿qué otro aspecto de la persona se podría lesionar aparte del “daño al proyecto de vida”?

Ponzanelli, uno de los escasos críticos de este nuevo “daño existencial” coincide con nuestra posición cuando sostiene que “el derecho italiano de la responsabilidad civil puede tranquilamente prescindir del daño existencial”¹⁸. Opina que las exigencias que motivaron la creación del “daño existencial” pueden “ser bien satisfechas “trabajando” a nivel de técnica interpretativa, sobre las categorías más tradicionales, “es decir, sobre aquello que con autoridad ha sido definido como el sistema bipolar del resarcimiento del daño a la persona”. Como lo hemos señalado, el sistema bipolar italiano del “daño a la persona” comprende el “daño moral”, en sentido estricto, y el “daño psicosomático” o “daño biológico que, en una correcta interpretación -como lo reclama Ponzanelli- abarca todos los daños predominantemente somáticos o preponderantemente psíquicos, sin excepción.

¹⁸ Ponzanelli, Giulio, *Critica del danno esistenziale*, Cedam, Padova, 2003, pág. 2.

3.3.- El modelo peruano de “daño a la persona”

El modelo de “daño a la persona”, que hemos dado llamar peruano por tener origen en nuestro país, como e ha señalado tiene, en concordancia con lo que se puede dañar de la estructura del *ser humano*, sólo dos categorías que responden a dicha estructura ontológica: a).- el daño psicosomático (daño al *soma* y daño a la *psique*, con recíprocas repercusiones) y b).- el daño a la libertad fenoménica o “proyecto de vida”. Estas dos categorías comprenden, por consiguiente, **todos** los daños que se puede causar al ser humano entendido como una “***unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad***”. Este modelo, que encuentra sus raíces en trabajos publicados que se remontan al año de 1985, fue propuesto en el Perú y de aquí se extendió al resto del subcontinente latinoamericano¹⁹.

La nueva sistematización del “daño a la persona”, que se enunciara en 1985, consta en nuestro trabajo de 1993 titulado *Hacia una nueva sistematización del daño a la persona*, el que se publicara tanto en el Perú como en la República Argentina²⁰ en la década de los años ochenta.

El modelo que hemos dado en llamar peruano de “daño a la persona”, por la razón antes referida, se inspira en el modelo italiano pero, como se aprecia, al no tropezar con los problemas legislativos que, en su caso, encontró el modelo italiano por obra del artículo 2059° de su Código civil, ha tenido libertad, sobre la base de un más afinado conocimiento de la estructura del ser humano, de elaborar un modelo que no se sujeta al molde italiano. El modelo peruano se sustenta en aquello que realmente se puede dañar tratándose de la estructura ontológica del ser humano. Es, por ello, que considera tan sólo dos categorías de “daño a la persona”. La primera, como está dicho, es la que incide en la estructura psicosomática del ser humano y, la segunda, la que lesiona la libertad fenoménica, es decir, el “proyecto de vida”, que es la presencia de la libertad ontológica -en que consiste cada ser humano- en el mundo exterior, en el que se encuentran instaladas las relaciones de conductas humanas intersubjetivas. Esta libertad fenoménica, que supone la concreción ontológica a través de actos o conductas intersubjetivas del ser humano, está dirigida, en última

¹⁹ Así lo reconoce Jorge Mosset Iturraspe quien escribe en 1992 que la idea del daño a la persona fue “defendida en el Perú” y que de “allí se extendió a toda América”. Así consta en su trabajo titulado *El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad*, publicado en el N° 1 de la Revista de Derecho Privado y Comunitario”, editado por Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1992, pág. 22-23.

²⁰ Fernández Sessarego, Carlos, *Hacia una nueva sistematización del “daño a la persona*, en “Cuadernos de Derecho”, N° 3, órgano del Centro de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Universidad de Lima, Lima, 1993; en “Gaceta Jurídica”, 79-B, Lima, junio del 2000; en “Ponencias la I Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial”, Universidad de San Marcos, Lima, 1994 y en “Estudios en honor de Pedro J. Frías”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba (Arg.), 1994.

instancia, a la realización del personal “proyecto de vida”. Es decir, de aquello que la persona decidió *ser* y *hacer* en su vida para otorgarle un sentido valioso. No podemos olvidar que la vida es una ininterrumpida sucesión de quehaceres -que responden a decisiones de la libertad que somos- mediante los cuales se despliega el temporal “proyecto de vida”.

No obstante lo expresado, el modelo peruano también tropezó con una legislación preexistente sobre el derecho de daños en la que sólo se indemnizaban los daños materiales -daño emergente, lucro cesante- y el mal llamado daño “moral” que, histórica y tradicionalmente, se ha identificado con el dolor, con el sufrimiento (*pretium doloris*). Como se ha señalado insistentemente en las tres últimas décadas, el “daño moral” no es una categoría autónoma del “daño a la persona” como si lo son el “daño psicosomático” y el “daño al proyecto de vida”. El daño “moral” es tan sólo, como se ha señalado, un aspecto del daño psíquico en cuanto perturbación psicológica no patológica, dolor, sufrimiento, indignación, rabia, temor, entre otras manifestaciones emocionales.

Lamentablemente, no fue posible, dentro del proceso de elaboración de Código civil peruano de 1984, eliminar de su texto el “daño moral” como categoría autónoma del “daño a la persona”. Así aparece de los artículos 1984° y 1985° del Código civil vigente, así como de todos los demás artículos donde encontramos esta voz. Esperamos que el próximo Código civil que se elabore, o mediante una ley de enmiendas, se pueda proceder a esta eliminación. En todo caso, habrá que esperar que esta concepción contemporánea del daño “moral”, avalada por la ciencia y consagrada por la realidad de la vida, logre calar en la mayoría de los juristas que se ocupan de la materia.

El no haber podido eliminar el Código civil de 1984 la voz de “daño moral” nos presenta el problema que en el artículo 1985° de este cuerpo legal se haga simultánea referencia al concepto amplio, genérico y comprensivo de “daño a la persona” y al de un daño específico, como es el llamado “daño moral”. No fue posible, en el momento en que elaboró el mencionado Código civil, que se comprendiera, por la novedad del nuevo tratamiento, el concepto científico de daño “moral”, es decir y como se ha remarcado, como daño emocional, de carácter psíquico no patológico. Dentro de esta concepción, y también como se ha subrayado, el llamado “daño moral” se incorpora, dentro de una adecuada sistemática, dentro del genérico “daño a la persona” como un específico daño “psicosomático”.

4.- ALCANCES DEL CONCEPTO “DAÑO A LA PERSONA”

4.1.- Las precursoras reflexiones sobre el “daño a la persona” o daño subjetivo

En las últimas décadas se ha incrementado notablemente la literatura sobre el ser humano en cuanto sujeto de derecho y, más precisamente, sobre el denominado "daño a la persona". Este marcado interés delata la indudable influencia del personalismo o humanismo en el pensamiento jurídico. Este interés tiene su origen en las formulaciones o propuestas de la filosofía de la existencia durante la primera mitad del siglo XX. El tema nos sedujo desde que en Italia, a finales de la década de los años setenta del siglo pasado, llegó a nuestras manos la literatura precursora y la jurisprudencia de vanguardia sobre el “daño a la persona”. Este personal interés nos motivó e indujo a estudiar la nueva figura y a seguir de cerca su evolución en los primeros años de su trabajosa elaboración doctrinaria y jurisprudencial²¹. Producto de este estudio así como del profundo convencimiento de la trascendencia del “daño a la persona” permitió el que, después de intensos y prolongados debates en el seno de la Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil de 1984, se introdujera en el artículo 1985° del mencionado cuerpo legal, el deber de indemnizar las consecuencias, tanto patrimoniales como no patrimoniales, del “daño a la persona”, considerado en sí mismo, al lado del daño emergente, del lucro cesante y del daño moral en sentido estricto (*pretium doloris*).

El tema del “daño a la persona” fue tratado, públicamente y por primera vez en nuestro país en 1984, en el mismo año en el que se promulgaba, un 24 de julio, el Código civil peruano. Fue así que le dedicamos al asunto del “daño a la persona” un extenso ensayo que apareció en el “Libro Homenaje a José León Barandiarán” bajo el título de *El daño a la persona en el Código civil de 1984*²². En este precursor ensayo de 1985 se esbozaban en nuestro medio las nociones de “daño a la persona”, de “daño al proyecto de vida” y de “daño moral”. Se opinaba, al mismo tiempo y como una intuición central que ha dominado toda nuestra producción jurídica posterior, que "el más grave daño que se puede causar a la persona es aquel que repercute de modo radical en su proyecto de vida, es decir, aquel acto que impide que el ser humano se

²¹ Si bien la idea del “daño a la persona” aparece en Francia, corresponde a la jurisprudencia, sobre todo de los Tribunales de Génova y Pisa, y a la doctrina italiana el rápido desarrollo que ha experimentado a partir de los años setenta del siglo XX.

²² Fernández Sessarego, Carlos, *El daño a la persona en el Código civil de 1984*, en “Libro Homenaje a José León Barandiarán”, Edit. Cuzco, Lima, 1985, pág. 163 y sgts. y en el libro del autor de este trabajo titulado *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, Universidad de Lima, Lima, 1990, pág. 261 y sgts.

realice existencialmente de conformidad con dicho proyecto libremente escogido, atendiendo a una personal vocación" ²³.

Aquella fue la primera oportunidad en que se hizo referencia escrita a esta radical modalidad de “daño al proyecto de vida”, idea que había madurado a través del tiempo, a partir de una más honda reflexión sobre la estructura ontológica del ser humano, artífice y protagonista del Derecho. Esta reflexión se apoyaba en los hallazgos de la filosofía de la existencia y en la nueva concepción de *ser humano* que ella aporta como una extraordinaria contribución a la cultura en general y para el conocimiento del hombre en particular. Sin este sustento filosófico el surgimiento del “daño al proyecto de vida” así como la visión tridimensional del derecho no hubieran sido posibles.

La inquietud antes referida nos movió también a presentar una ponencia comparando los nacientes modelos italiano y peruano de “daño a la persona”, incluyendo nuevas reflexiones sobre el asunto. El hecho se produjo con ocasión del Congreso Internacional "El Código civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano", que organizara en 1985 el Centro de Investigación Jurídica de la Universidad de Lima ²⁴. Desde aquel entonces la idea encontró su propio camino. Por nuestra parte, hemos continuado en lo posible, muy atentos, estudiando y enriqueciéndonos con la valiosa y cada vez más numerosa producción sobre este capital asunto, lo que nos ha incentivado a dedicarle nuestro máximo interés.

Nos reconforta advertir como el “daño a la persona”, en todas sus complejas y ricas modalidades, ha logrado ocupar en la actualidad la preferente atención de los más lúcidos juristas que han hecho suya la concepción humanista sobre el derecho. Su apertura a las nuevas ideas debidamente sustentadas y su fresca intelectual les ha permitido asumir prontamente el positivo aporte de lo que significa la nueva concepción del ser humano, así como los desarrollos de él derivados, como son tanto el genérico “daño a la persona” como el específico “daño al proyecto de vida” o daño a la libertad fenoménica.

Es conveniente aclarar que el llamado daño a la persona incluye también los perjuicios que se puedan causar al concebido o persona por nacer. Fue esta la atendible razón por la que Carlos Cárdenas Quirós propusiera que el daño a la persona debería denominarse "daño subjetivo", a fin de que no cupiera duda alguna

²³ Fernández Sessarego, Carlos, *El daño a la persona en el Código civil de 1984*, en Libro Homenaje a José León Barandiarán, pág. 202 y en *Nuevas tendencias en el derecho d las personas*, Universidad de Lima, pág. 297-298..

²⁴ Fernández Sessarego, Carlos, *El daño a la persona en el Código civil peruano de 1984 y el Código civil italiano de 1942* en “El Código civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano”, Edit. Cuzco, Lima, 1986, págs. 251 y sgts.

que también se incluía dentro del referido concepto al *nasciturus* ²⁵. No obstante compartir a plenitud los propósitos antes enunciados, continuaremos utilizando, al menos por el momento, la expresión "daño a la persona" como equivalente de "daño subjetivo". Ello constituye un oportuno tributo a una denominación que ha merecido la consagración de la doctrina y la jurisprudencia jurídicas para designar a una reciente concepción en trance de consolidarse. De otro lado, la adopción de tal denominación responde a la necesidad de evitar mayores confusiones en un asunto que, por lo general, no termina aún de aclararse totalmente a nivel de la doctrina, donde se sigue superponiéndose o confundiendo indebidamente, por ejemplo, el genérico de "daño a la persona" con el específico de "daño "moral".

4.2.- Protección preventiva, unitaria e integral de la persona

Aunque no es nuestro propósito referirnos en esta oportunidad a las modalidades de protección de la persona frente a los daños que se le pueden inferir ²⁶, no es posible dejar de aludir, aunque fuere esquemáticamente, al hecho que la tutela de la persona, aparte de ser preventiva, unitaria e integral -como corresponde a su naturaleza-, no sólo se reduce a los aspectos de la vida humana tutelados específicamente por los derechos subjetivos perfectos, alojados en las normas del ordenamiento jurídico positivo, sino que también incluye los intereses existenciales aún no recogidos por dicho ordenamiento. Es decir, lo que designamos, siguiendo una idea feliz de Alpa, como derechos subjetivos imperfectos.

Es, por ello, que el ser humano está protegido por cláusulas generales o abiertas o en blanco que incluyen, precisamente, aquellos intereses existenciales o derechos subjetivos imperfectos que no están expresamente tutelados a través de una norma del ordenamiento jurídico. A este respecto podemos citar, a título de ejemplo, el artículo 3° de la Constitución Política del Perú de 1993 que prescribe que los intereses existenciales o derechos subjetivos de la persona son materia de protección jurídica si ellos se “fundan en la dignidad del hombre”, sin que sea necesario, por ello, que se hallen expresamente tutelados por norma alguna del ordenamiento jurídico positivo, incluyendo la propia Constitución.²⁷

²⁵ Cárdenas Quirós, Carlos, *Apuntes sobre el denominado daño a la persona*, en “Revista de Derecho y Ciencias Políticas”, Facultad de Derecho de la Universidad de San Marcos, vol. 4, años 187-1989, Lima, 1989.

²⁶ El tema ha sido tratado en el libro del autor *Protección jurídica de la persona*, Universidad de Lima, Lima, 1992, capítulo IV.

²⁷ El siguiente es el texto del art. 3 de la Constitución peruana de 1993: “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.

De otro lado, el inciso 1) del artículo 200° de la Constitución peruana de 1993 reconoce la acción del *habeas corpus*, la misma que procede ante “el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos”. El inciso 2) del referido artículo constitucional acoge la acción de amparo que procede “contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución”. Esta acción “no procede contra normas legales o resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular”,

El artículo 5° del Código civil peruano de 1984 concuerda con la amplitud de la cláusula general de protección del ser humano ²⁸ cuando señala que no sólo se protegen los derechos fundamentales a la vida, la libertad, la integridad psicosomática o el honor, sino todos los derechos “inherentes a la persona humana”²⁹.

4.3.- Alcances conceptuales del “daño a la persona”

El “daño a la persona”, como su expresivo nombre lo delata, comprende todo daño que se puede causar a la persona, al ente *ser humano*. Es decir, en esta genérica noción se incorporan todos los daños anteriormente no contemplados por el derecho, el que se limitaba a resarcir, con una visión individualista-patrimonialista, tan sólo los daños causados al patrimonio, a las cosas, como es el caso del “daño emergente” y del “lucro cesante”. De vez en cuando se reparaba también lo que se dio en llamar “daño moral”, es decir, la turbación psíquica de la persona ocasionada por el dolor, por el sufrimiento y otros sentimientos. La historia de la institución de la “responsabilidad civil” comprueba este aserto.

Hemos utilizado el adverbio de cantidad “todos” para remarcar que no existe ningún daño al ser humano que no sea un “daño a la persona”, con prescindencia de su origen, de los aspectos de la persona que compromete o afecta y de las consecuencias de todo orden que produce. Se trata, por consiguiente, de un concepto genérico, amplio, comprensivo. No existe, por lo tanto, lugar a confusión u duda alguna en cuanto a la extensión y alcances del amplio concepto de “daño a la persona”.

²⁸ El texto del art. 5 del Código civil peruano de 1984 es el siguiente: “El derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás derechos inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión. Su ejercicio no puede sufrir limitación voluntaria, salvo lo dispuesto en el artículo 6”.

²⁹ Sobre la protección a la persona puede consultarse del autor el trabajo *Protección preventiva, unitaria e integral de la persona*, en la revista “Advocatus”, nueva época, segunda entrega, Lima, 1998 y “Revista Jurídica del Perú”, Año LII, N° 33, Trujillo, abril del 2002.

El concepto “daño a la persona” es, por lo expuesto de una claridad impar, fácilmente comprensible por cualquier principiante o estudioso del derecho. Es el daño a la persona que conoce, al “sujeto de derecho”, contrapuesto, naturalmente, al daño a los objetos conocidos por la persona, es decir, a las cosas del mundo, al patrimonio. Todos los daños al ser humano (*persona* para el derecho) se comprenden bajo este rubro, más allá de la etiqueta provisional, tradicional y transitoria con la que puedan ser conocidos por diversos sectores de la doctrina o de la jurisprudencia de diversos países. La tendencia de las últimas décadas ha sido la de hacer confluir en el genérico concepto de “daño a la persona” todos aquellos daños al ser humano que fueron apareciendo por obra tanto de la doctrina como de la jurisprudencia comparada.

Llámesele como se quiera todo daño al ser humano es, sencillamente, un “daño a la persona”. Por razones de orden, es decir, sistemáticas, todos los daños al ser humano deberían agruparse bajo esta natural y comprensiva denominación de “daño a la persona”. Ello facilitaría la comprensión de la figura, unificaría la doctrina y la jurisprudencia, permitiría una mejor comunicación entre diversos sectores de la doctrina. Todos estos argumentos, y otros que no es el caso referir en esta ocasión, permiten sostener que ha llegado la hora de pretender un consenso en esta materia, más allá, decíamos, de la etiqueta con la que se le conozca. Debemos reconocer, por consiguiente, que el “danno biologico”, el “danno alla salute”, el “dommage corporel”, el “daño moral”, el “danno esistenziale”, el “dommage physiologique”, “daño inmaterial”, “daño extraeconómico”, “daño no patrimonial”, o las más específicas de “daño a la vida de relación”, “daño estético”, “daño a la vida de relación sexual”, entre otras en boga en Italia, Francia y España, son solamente diversas denominaciones para designar daños específicos comprendidos todos ellos en el genérico y comprensivo “daño a la persona”. Estas denominaciones han nacido de las circunstancias o tiempos en que se acuñó el término, o han sido motivadas por la imaginación de los autores o por precisos requerimientos de adaptación a un determinado ordenamiento jurídico positivo en busca de un fundamento legal, entre otras razones.

Un signo positivo en esta aspiración sistemática por encauzar todas las etiquetas referidas a diversos daños a la persona dentro del genérico concepto de “daño a la persona” se ha dado, en cierta medida, en Italia. En efecto, es en este país donde existen actualmente algunos proyectos de ley en el Congreso bajo la genérica denominación de “daño a la persona”. Nos referimos, entre ellos, al proyecto de ley N° 4093 que, bajo la denominación de “Nueva disciplina del daño a la persona”, fue presentado al Senado por iniciativa del Ministro de Gracia y Justicia concertadamente con los Ministros del Tesoro, de la Industria y del Trabajo. Este proyecto de ley fue asumido como texto de base para la discusión por la Comisión de Justicia del Senado

italiano en la sesión del 29 de febrero del 2000, fecha en la que se inició su discusión³⁰.

En 1985, en el año de inicio en el Perú del tratamiento del tema que nos ocupa, definimos el “daño a la persona” como “*un atentado directo a la persona en sí misma*”. Nuestra visión, en aquel entonces, se limitaba a los daños al ser humano, ya fuesen a su unidad psicosomática o a su “proyecto de vida” que, por su propia naturaleza, no son cuantificables en dinero “en tanto lesionan un interés espiritual psicológico o moral”³¹. Es decir, no obstante comprender bajo la noción de “daño a la persona” todos los daños que se pueden causar al ser humano en cualquier aspecto de su estructura existencial, excluíamos del concepto en referencia las consecuencias de aquellos daños que si se podían cuantificar en dinero. En otros términos, no considerábamos dentro de dicha noción las consecuencias de carácter patrimonial que, generalmente, se dan simultáneamente con las consecuencias de orden extrapatrimonial. Esta misma reductiva posición en cuanto a las consecuencias del “daño a la persona” aparece también en nuestro libro de 1985 *Derecho de las Personas. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código civil*³².

Este planteamiento limitativo inicial en cuanto a las consecuencias reparables del “daño a la persona” fue prontamente abandonado por nosotros al involucrar dentro de tales consecuencias no sólo aquellas de carácter no patrimonial sino todas aquellas consecuencias, sin exclusión alguna, que resultasen de un daño que lesionase tanto la unidad psicosomática de la persona o la realización de su “proyecto de vida”, tuviesen o no connotaciones patrimoniales. Es decir, se comprendía en la indemnización tanto el resarcimiento de las consecuencias de orden patrimonial como la reparación de las de orden no patrimonial o extrapatrimonial³³.

En resumen podemos sostener que “daño a la persona” es cualquier daño que lesione al *ser humano* ya sea en uno o varios aspectos de su unidad psicosomática o en su “proyecto de vida” o libertad fenoménica, sin exclusión. Se trata, como se aprecia, de una noción amplia, genérica, comprensiva.

³⁰ Referido por Francesco D. Busnelli en el artículo *Il danno alla salute: un'esperienza italiana: un modello per l'Europa?*, en AA.VV. “La valutazione del danno alla salute”, Cedam, Padova, 2001, pág. 5.

³¹ Fernández Sessarego, Carlos, *El daño a la persona en el Código civil peruano*, pág. 201-202 y en *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, pág. 201.

³² Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho de las Personas. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código civil*, editorial Studium, primera edición, Lima, 1985, pág. 67.

³³ Desde nuestro punto de vista el concepto genérico de indemnización comprende dos categorías según el tipo de consecuencias derivadas del evento dañino. La indemnización que tiene connotación de carácter patrimonial le denominamos “resarcimiento”. Mientras que aquellas carentes de dicha connotación, es decir, la no patrimoniales o extrapatrimoniales, la designamos como “reparación”. Ver Fernández Sessarego, Carlos, *El daño a la persona en el Código civil peruano*, en AA.VV. “Libro Homenaje a José León Barandiarán”, pág. 206, nota 50 y en *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, pág. 302, nota 50.

5.- SISTEMATIZACIÓN DEL “DAÑO A LA PERSONA”

Es imprescindible, para una comprensión de los alcances conceptuales del “daño a la persona” proceder a su sistematización. A través de este proceso se logrará, en concordancia con la estructura existencial del ser humano, ordenar todos los tipos de daños que se le pueden causar. La sistematización en referencia permitirá determinar los criterios y técnicas que deben emplearse para resarcir o reparar las consecuencias de cada uno de los diversos daños a la persona. Al mismo tiempo, mediante la sistematización se facilitará la elaboración de una pulcra y completa sentencia que cubra todas las consecuencias de los diversos daños a la persona de una manera coherente, precisando las consideraciones para la fijación del monto de la liquidación de cada una de dichas diferentes consecuencias de daños causados a la persona de manera independiente. Esta modalidad es garantía de que el juez ha evaluado cada uno de los eventos dañosos y ha reparado debidamente en sus consecuencias. Recién, si ello ocurre, estaremos seguros que el juez ha comprendido los diversos aspectos del ser humano que pueden ser materia de lesión y que no ha dejado de lado ninguno de ellos para la debida reparación de sus consecuencias.

Consideramos indispensable proceder en primer término a proponer una clasificación del daño, en general para luego, dentro de ella, ubicar el “daño a la persona” y cada uno de los tipos de daños comprendidos en esta genérica noción. Esta sistematización nos mostrará el panorama completo y los alcances de dicho daño y nos permitirá aprehender como, dentro del mismo, se cubren todos y cada uno de los posibles daños a la persona sin excepción. Esta sistematización sólo es posible luego de conocer, a la altura de nuestro tiempo, la estructura ontológica del ser humano a la que hemos hecho referencia en páginas anteriores.

5.1.- La clasificación del “daño” en función de la naturaleza del ente lesionado

En un trabajo publicado en 1993 expresábamos que debíamos ensayar una nueva sistematización del daño a la persona³⁴. En aquella oportunidad sosteníamos que, a nuestro parecer, la primaria clasificación del daño debería atender a la *naturaleza del ente dañado*, ya que los criterios, las técnicas y la metodología de protección y de reparación jurídica del ente variaban según su calidad ontológica.

³⁴ Ver Fernández Sessarego, Carlos, *Hacia una nueva sistematización del daño a la persona*, en “Estudios en Honor de Pedro J. Frías”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, T.II, 1994, pág. 1087 y sgts. Este trabajo también se publicó en “Cuadernos e Derecho”, 3, Universidad de Lima, 1993, pág 28 y sgts. y en “Ponencias. Primer Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial”, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1994, pág. 23 y sgts.

Con esta finalidad proponíamos que "la primera distinción que habría que hacer respecto al daño, dada su importancia teórica y práctica, es la que se sustenta en la calidad ontológica del ente afectado por dicho daño". Es decir, que debía privilegiarse la calidad del ente dañado frente a las "consecuencias" producidas a raíz del daño ³⁵ Por lo expuesto, éramos del parecer que, primordialmente, debería atenderse a si el ente dañado es una cosa u objeto cualquiera del mundo exterior al "sujeto de derecho" o, si, por el contrario, el ente dañado es, nada menos, que el ser humano, "persona" para el derecho.

No se puede discutir la fundamental diferencia ontológica que existe entre el ser humano, que es libertad, coexistencialidad y temporalidad y sensibiliza valores, y las cosas del mundo exterior que, contrariamente, carecen de libertad, no vivencian valores y son acabadas, terminadas, macizas. Esta tajante diferencia marca el diverso criterio y el tratamiento técnico-jurídico que merece cada una de estas tan disímiles calidades de entes en el trance de indemnizar las consecuencias de un evento dañino. Ello, con mayor razón, debe manifestarse cuando se trata de apreciar la magnitud del daño, considerado en sí mismo, y sus consecuencias, ya sean éstas patrimoniales o no patrimoniales.

Como es fácil percibir, la posición antes sustentada se inspira en una concepción personalista o humanista del derecho, que coloca al ser humano, y no al patrimonio, como eje y centro de la disciplina jurídica. Razón que ha llevado, a ciertos autores, a concentrar su preferente atención en torno a la víctima del daño ante la humana necesidad de que ella no quede sin reparación. Esta actitud supone que al derecho le interesa prioritariamente atender a la víctima frente a la indagación destinada a determinar el grado o intensidad de la culpa del agente del daño que, en algunos casos, como señala Mosset Iturraspe, pareciera ponerse del lado del agente del daño con el propósito de diluir la debida indemnización.

En virtud de lo expuesto, apreciábamos en nuestro trabajo de 1993 que existen dos tipos básicos de daños si se tiene en cuenta, como se ha dicho, la naturaleza misma del ente que ha sufrido sus consecuencias. Así, y tal como se ha señalado, es posible hacer una primera y amplia distinción que atiende a la calidad ontológica de los entes pasibles de ser dañados. En este sentido, como se ha mencionado, encontramos, de un lado, a los seres humanos, sujetos de derecho y, del otro, a las cosas u objetos del mundo, de los cuales se valen instrumentalmente las personas para realizarse. De ahí que podamos referirnos al daño subjetivo o "daño a la persona", que es el que agravia o afecta a los seres humanos considerados en sí mismos, y al daño objetivo, que es el que incide sobre los objetos que integran el patrimonio de las

³⁵ Fernández Sessarego, Carlos, *Hacia una nueva sistematización del daño a la persona*, en "Cuadernos de Derecho", 3, pág. 32.

personas. El primero de dichos daños, por lo tanto, se refiere al *ser* humano, considerado en sí mismo, y el segundo de ellos atiende al "haber" del sujeto de derecho. Esta constituye, desde nuestra óptica, la primera y básica clasificación de los daños.

A nadie escapa, por lo demás, que la diversidad ontológica entre el ser humano y las cosas que integran su haber o patrimonio, se refleja en las especiales y distintas características que asume la indemnización por las consecuencias derivadas del daño que afecta específicamente a cada una de tales calidades de entes. No se puede, "con un criterio economicista y materialista, dejar de reconocer el diverso rol que cumple la indemnización en el caso que se destruya una cosa que cuando se agravia al ser humano mismo, creador, eje y centro del Derecho"³⁶.

No obstante lo anteriormente expresado en relación con la distinta calidad ontológica que existe entre el ser humano y las cosas del mundo exterior, hubo en la experiencia jurídica un momento histórico en el que empezó a indemnizarse los daños a la persona. Los jueces, por no tener clara la diferencia ontológica antes indicada, al reparar las consecuencias no patrimoniales de los daños a la persona aplicaban los criterios y las técnicas que conocían. O sea, aquellas que venían aplicando desde siempre para resarcir las consecuencias de los daños con connotación económica. Por ello, para tal efecto, tomaban en consideración el hecho de si la víctima si la víctima producía o no riqueza. Sólo se reparaban las consecuencias de los daños no patrimoniales en el caso del *homo faber*, es decir, del productor de riqueza. Los otros, los no productores de riqueza, quedaban marginados.

5.2.- Clasificación básica del “daño a la persona”: “daño psicosomático” y “daño a la libertad”

El genérico y comprensivo daño subjetivo o “daño a la persona”, como se ha señalado, es aquel cuyos efectos o consecuencias recaen en el ser humano, considerado en sí mismo, en cuanto sujeto de derecho, es decir, desde la concepción hasta el final de la vida. Por la complejidad propia de la estructura del ser humano, los daños pueden afectar alguna o algunas de sus múltiples manifestaciones o "maneras de ser".

Si tenemos en cuenta que el ser humano es “una unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad”³⁷ los daños que se le causen pueden incidir en

³⁶ Fernández Sessarego, Carlos, *Hacia una nueva sistematización del daño a la persona*, en Cuadernos de Derecho”, 3, pág. 33.

³⁷ Esta descripción encuentra su fuente de inspiración en la concepción de Sören Kierkegaard formulada en su libro *El concepto de la angustia*, publicado en 1844, donde refiriéndose al ser humano expresa que “es una síntesis de alma y cuerpo, constituida y sustentada por el espíritu” (*El concepto de la angustia*, Espasa-Calpe, Buenos Aires, segunda edición, 1943, pág. 89)

alguna de dichas dos vertientes de su estructura existencial. De un lado, el daño puede lesionar algún aspecto de la unidad psicosomática (soma o psique) o puede afectar a la libertad fenoménica, o ejercicio mismo de la libertad, es decir y en otros términos, al “proyecto de vida”.

De ahí que, cuando nos referimos al “daño a la persona”, cabe distinguir, para los efectos que atañen a la modalidad de la reparación, el “daño psicosomático” del “daño a la libertad”. Al mencionar la *libertad* hay que diferenciar, siempre para los mismos efectos, aquel daño radical que pone fin a la libertad ontológica, y ello ocurre sólo con la muerte de la persona, del daño a la libertad fenoménica o libertad extrovertida o libertad fenoménica. Esta última instancia de la libertad se constituye por la conversión de la decisión libre de la persona en actos o conductas humanas intersubjetivas. Todos estos actos, que son la concreción en la realidad mundanal de los múltiples y constantes proyectos en que consiste la libertad ontológica, concurren, consciente o inconscientemente, a un sólo y único proyecto que es el personal “proyecto de vida”. Es decir, aquel que sintetiza lo que la persona ha decidido *ser* y *hacer* en su vida, con su vida. Es este proyecto el que otorga “sentido” a la vida, el que le brinda su “razón de ser”. Es el proyecto por el cual vale la pena vivir. De ahí que se le designe como “proyecto de vida”.

5.3.- El “daño psicosomático”: el “daño biológico” y el “daño a la salud” o “daño al bienestar”.

En cuanto el ser humano es una unidad psicosomática, los daños que se le causen pueden incidir ya sea en su cuerpo, en sentido estricto, o en su psique o afectar su propia libertad. El daño psicosomático puede recaer directamente en el cuerpo o soma del sujeto o en la psique, bajo el entendido que, en cualquier caso, el daño a una de tales expresiones de la persona repercute, en alguna medida, en la otra. Ello sobre la base de la inescindible unidad psicosomática.

El daño psicosomático, a su vez, puede desglosarse, para fines puramente descriptivos o didácticos o para orientar mejor la debida reparación de las consecuencias del perjuicio, en daño "biológico" y “daño a la salud” o “daño al bienestar”. En realidad, metafóricamente hablando, se trata de dos caras de una misma moneda. El “daño biológico” representa la vertiente estática -la lesión en sí misma- y el “daño a la salud” o “daño al bienestar” la vertiente dinámica del genérico daño psicosomático. Es decir, este último tipo de daño produce un trastorno, de diferente magnitud, en la vida ordinaria, cotidiana y normal, de la persona afectada por el daño. Es lo que un sector de la reciente doctrina y jurisprudencia italiana señalan bajo la denominación de “daño existencial”.

5.3.1.- El “daño biológico” o la lesión en sí misma

El “daño biológico” se identifica con la lesión, considerada en sí misma, causada en relación con algún aspecto de la mencionada unidad psicosomática de la persona víctima del daño. En el daño denominado "biológico" se compromete, en alguna medida, la integridad psicosomática del sujeto, de modo directo e inmediato, causándole heridas de todo tipo, lesiones varias, fracturas, perturbaciones psíquicas de diversa índole y magnitud.

Las consecuencias de una acción dañina contra el cuerpo o soma (“daño somático”, en sentido estricto) son, generalmente, visibles y elocuentes al margen, claro está, del preciso diagnóstico médico-legal que se complementa con un pronóstico de las mismas. Perder la mano, por ejemplo, es un “daño biológico”, una lesión en sí misma, que debe ser valorizada por el juez independientemente de las consecuencias que esta pérdida pueda ocasionar en la existencia ordinaria o cotidiana de la persona. No tiene el mismo significado y valor la pérdida de una mano para un pianista o un tenista o un cirujano que la mutilación de la misma en el caso de otras personas. Por ello, el juez debe evaluar casuísticamente los casos de daños “biológicos” causados a la persona teniendo en consideración las actividades propias de la víctima, su profesión, su proyecto de vida y otras circunstancias afines.

En cambio, las consecuencias de una lesión psicosomática que incide preponderantemente en la psique (“daño psíquico”, en sentido estricto) resulta, como es obvio, menos elocuente y visible y, probablemente, más difícil de diagnosticar. En ciertos casos, una leve perturbación psíquica puede pasar inadvertida para cualquier persona que no sea un médico especialista en la materia. La lesión que afecta la psique, en cualquiera de sus manifestaciones, puede tener dos fuentes. La primera, es el resultado de una previa agresión somática con notorias consecuencias psíquicas. La segunda puede presentarse inicialmente desvinculada de dicha agresión somática, no obstante las conexiones existentes en virtud de la unidad psicosomática en que consiste la naturaleza del ser humano. Es el caso, por ejemplo, de todo tipo, grado, intensidad y circunstancias de una tortura enderezada directamente al psiquismo de la persona³⁸.

5.3.2.- El “daño psíquico”

³⁸ Cfr. Fernández Sessarego, Carlos, *Daño psíquico*, en la revista “Scribas”, INDEJ, Arequipa, 1998 y en “Normas Legales”, Tomo 287, Trujillo, abril del 2000; Daray, Hernán, *Daño psicológico*, Astrea, Buenos Aires, 1995 y Milmaiene, José, *El daño psíquico*, en AA.VV., “Los nuevos daños”, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1995.

El “daño psíquico” se configura por "la alteración o modificación patológica del aparato psíquico como consecuencia de un trauma que desborda toda posibilidad de elaboración verbal o simbólica"³⁹. Es decir, el daño psíquico supone una modificación o alteración de la personalidad que se "expresa a través de síntomas, inhibiciones, depresiones, bloqueos..."⁴⁰. El “daño a la persona” que compromete preferentemente la esfera síquica del sujeto puede incidir, primaria y notoriamente, en alguna de las manifestaciones en que teóricamente solemos descomponerla, como son el aspecto afectivo, el volitivo y el intelectual. Precisamente, cuando la incidencia del daño se presenta fundamentalmente en la esfera afectiva o sentimental solemos aludir al daño “moral” en su restringido sentido tradicional de “dolor de afección”. Se trata, en este caso, de un daño psíquico no patológico. El daño “moral”, en cuanto dolor o sufrimiento, no es una enfermedad psíquica sino tan sólo un daño emocional o perturbación psíquica. No es frecuente que una perturbación psíquica de esta naturaleza pueda convertirse en una patología.

El daño psicosomático, por lo tanto, puede incidir ya sea sobre el soma o cuerpo, en sentido estricto, o sobre la psique. En el primer caso se le suele también denominar también como “daño físico”, mientras que, en el segundo caso, se alude al “daño psíquico” o “daño psicológico”. En cualquier caso, una lesión somática repercute de diferente manera en el psiquismo según sea el sujeto de que se trate y, viceversa, un daño psíquico suele tener, en cierta medida, una manifestación somática.

La lesión en sí misma que constituye, como se ha señalado, el “daño biológico”, debe ser apreciada por sus particulares características por un médico-legista -o un perito médico en ciertos casos- el que ha de formular un diagnóstico y un pronóstico de la lesión, determinando su magnitud y peculiaridades. Este requisito es ineludible para que el médico pueda evaluar la magnitud del daño y sus consecuencias a fin de valorizar y liquidar el daño causado.

5.3.3.- El “daño a la salud” o “daño al bienestar”

El “daño a la salud” o “daño al bienestar”, en cambio, alude a las inevitables y automáticas repercusiones que produce cualquiera lesión psicosomática en el bienestar de la persona, en sus intereses existenciales, con prescindencia de su magnitud e intensidad. El “daño a la salud” es de tal amplitud que compromete el estado de bienestar integral de la persona. De ahí que, coincidiendo con Bargagna, podemos sostener que abarca, por consiguiente, las normales y ordinarias actividades del sujeto, ya sean ellas, entre otras, laborales, domésticas, sexuales, recreativas,

³⁹ Milmaiene, José E., *El daño psíquico*, pág. 70.

⁴⁰ Milmaiene, José E., *El daño psíquico*, pág. 74.

sentimentales, de relación social, deportivas, entre otras ⁴¹. Una lesión producida en la esfera psicosomática repercute generalmente, en cierto grado, en la vida normal y ordinaria de la persona, modifica algunas de sus costumbres y hábitos, conlleva inhibiciones, carencias, molestias, limitaciones de todo tipo. Podemos resumir lo dicho en el sentido que el transcurrir existencial de la persona no será el mismo que antes de producirse un “daño biológico”. Este daño afecta, por consiguiente, intereses existenciales de la persona.

El desencadenamiento de un daño inferido a alguna manifestación de la esfera psicosomática repercute de inmediato, automáticamente y en alguna medida, en la salud del sujeto, afectándola en diverso grado e intensidad según los casos. Reiteramos que, siguiendo la orientación de la Organización Mundial de la Salud, entendemos que con el concepto “salud” se alude a la más amplia noción de “bienestar” integral del sujeto. De ser así, en algún momento deberíamos también adecuar el lenguaje jurídico a esta nueva realidad, si es que ella es admitida por un sector mayoritario de la doctrina. En este sentido, debería sustituirse, cuando el respectivo ordenamiento jurídico positivo lo permita, la expresión “daño a la salud” por la de “daño al bienestar” del sujeto. O, por el contrario, precisar conceptualmente que la salud, en sentido estricto, es un importante componente del genérico bienestar integral del sujeto ⁴². En otros términos, que poseer salud no es únicamente no estar enfermo.

Dentro de la orientación anteriormente señalada, la Constitución peruana de 1993, en el inciso 1) de su artículo 2° ha incorporado el bienestar como un derecho de la persona que merece tutela. El genérico término “bienestar” al que se refiere la Constitución de 1993 se entiende en el sentido que la persona debe contar con lo mínimo indispensable para una vida decorosa. Es desde esta fecha que preferimos referirnos al “daño a la salud” como “daño al bienestar”, con lo cual encontramos un fundamento constitucional a este tipo de daño al ser humano.

El “daño al bienestar”, a estar por lo precedentemente expresado, compromete, por lo tanto, el entero “modo de ser” de la persona. Las consecuencias del mismo, por decirlo de alguna manera, constituyen carencias, un déficit de diversa magnitud e intensidad en el bienestar integral del ser humano.

De lo expuesto se concluye que el “daño biológico”, en cuanto vertiente estática del daño psicosomático, como el “daño al bienestar”, que representa la

⁴¹ Bargagna, Marino, *Rilievi critici de spunti ricostruttivi* en “La valutazione del danno alla salute”, primera edición, Cedam, Padova, 1986, pág. 170

⁴² La Constitución peruana de 1993 incluye al bienestar entre los derechos fundamentales en el inciso 1 del artículo 2, mientras que en el artículo 7 se proclama el derecho a la salud.

dimensión dinámica de dicho daño, constituyen sólo dos aspectos de una misma realidad en cuanto el ser humano es una inescindible unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad. De lo dicho se desprende, por consiguiente, que ambos tipos de daño sólo pueden ser teóricamente diferenciados para el efecto de su debida evaluación y ulterior reparación.

5.4.- La clasificación del “daño a la persona” en función de sus consecuencias

Al lado de la clasificación del daño en función de la naturaleza del ente afectado, a la cual nos hemos referido en los párrafos precedentes, cabe formular una segunda distinción en virtud de las consecuencias derivadas de cada uno de tales daños. Son, pues, dos situaciones distintas, que no cabe confundir si pretendemos clarificar nuestra visión sobre el contenido y alcances del “daño a la persona”. En síntesis, la primera, se sustenta en la naturaleza misma del ente dañado -y es de fundamental importancia para la reparación del daño- y la segunda se contrae a las consecuencias mismas del daño producido a cualquiera de los entes afectados.

Es del caso señalar que en el tema relativo a las consecuencias que origina el “daño a la persona”, el intento de equiparar la noción genérica y comprensiva de “daño a la persona” con el concepto de “daño no patrimonial”. El “daño a la persona” comprende, como se ha apuntado en su lugar, tanto el daño-evento, es decir, la lesión en sí misma, y el daño-consecuencia, es decir, los efectos derivados del evento dañino. Estos son dos aspectos del unitario concepto de “daño” por lo que no cabe separarlos. Si no hay evento dañino no hay daño y, así mismo, si no aparecen consecuencias no se puede tampoco aludir a la existencia de un daño.

Aparte de lo anteriormente expuesto, no llegamos a entender la preferencia de los juristas por la expresión "patrimonio" sobre la de "persona". Consideramos que no siempre el “daño a la persona”, como se ha señalado, tiene consecuencias no patrimoniales. Por el contrario, generalmente, a las consecuencias de carácter no patrimonial se suman otras de naturaleza patrimonial. Es decir que, desde nuestro punto de vista, no cabe equiparar el concepto de “daño a la persona” con el de “daño no patrimonial”. Ello, siempre dentro de nuestra óptica, supondría mezclar dos niveles conceptuales diversos como son, de un lado, el referido a la naturaleza del ente dañado y, del otro, al de las consecuencias que generan dichos daños, ya sea a la persona o al patrimonio, o a ambos.

En atención a las consecuencias derivadas del daño se pueden distinguir dos categorías. De un lado, encontramos aquellas que la mayoría de autores designan como consecuencias “no patrimoniales” o “extrapatrimoniales” -y que nosotros,

desde una óptica antropológica, preferimos aludir a ellas como "personales"- mientras que, del otro, se hallan las consecuencias conocidas como "patrimoniales" -que nosotros, así mismo y por idéntica razón, optamos por nominarlas como "no personales" o "extrapersonales" -⁴³. Las primeras, como es sabido, son aquellas que se pueden valorar en dinero mientras que, en las segundas, ello es imposible de modo directo e inmediato. El problema, en este último caso, es el de imaginar fórmulas equitativas y prácticas para indemnizar por las consecuencias no patrimoniales derivadas de daños al ser humano. Sería injusto que estas consecuencias queden sin reparación, mientras que cualquier daño que genera consecuencias patrimoniales sí es resarcible.

Si consideramos el "daño a la persona" en toda su latitud conceptual, advertimos que puede generar consecuencias tanto personales -o no patrimoniales- como no personales -o patrimoniales- o, como ocurre frecuentemente, puede originar, de modo simultáneo, ambos tipos de consecuencias. Así, por ejemplo, a raíz de un accidente de automotor, se plantea la hipótesis que la persona del conductor de uno de los vehículos sufre graves lesiones que requieren su hospitalización ya que, como consecuencia de las mismas, pierde los dos brazos. La pregunta que surge frente a este caso es, en primera instancia, si se ha producido o no un "daño a la persona" y, de ser así, en segunda instancia, si de este daño genera tan sólo una consecuencia personal o no patrimonial o si también, y al mismo tiempo, se deriva del mismo una consecuencia de orden no personal o patrimonial. El sentido que conlleve la respuesta nos permitirá apreciar si es correcto -como propone un sector de la doctrina y en especial el profesor Jorge Gamarra- identificar, sin más, "daño a la persona", que atiende a la naturaleza del ente dañado, con daño no patrimonial (o personal) que se refiere a sólo una de las dos consecuencias que puede producir el daño a la persona.

En el caso propuesto no cabe duda que, en el caso propuesto consistente en la pérdida de las dos extremidades superiores, se han producido daños a un ente que es una persona humana. Como no se trata de una mera cosa del mundo exterior, que sería la otra única posible alternativa, no podemos dudar que estamos frente a un daño a un ente que no es otro que la persona humana. De este modo quedaría respondida la primera cuestión que hemos planteado: se trata de un "daño a la persona".

Luego de haber precisado la calidad ontológica del ente dañado -en este caso la persona humana- es menester, en segundo término, apreciar qué tipo o tipos de consecuencias se derivan de los daños de que ha sido víctima la persona. En la hipótesis que se ha planteado advertimos, de inmediato, que la víctima presenta

⁴³ Fernández Sessarego, Carlos, *Hacia una nueva sistematización del daño a la persona*, en "Cuadernos de Derecho", 3, pág. 36.

lesiones múltiples, heridas, fracturas, contusiones. Es decir, diversas lesiones. Si apreciamos tan sólo y en sí mismas las lesiones que se han producido estaríamos frente a lo que hemos denominado como “daño biológico”. Este daño es susceptible de ser diagnosticado por un médico legista quien determinará su magnitud y sus efectos. Estas lesiones deben ser materia de una justa reparación utilizándose para ello, cuando existen, los baremos o tablas de infortunios o, en su defecto, el principio de equidad, o ambos criterios.

Pero, a su vez, dichas lesiones psicosomáticas -daño biológico- causan un deterioro en la salud de la víctima, alteran en alguna medida su bienestar integral. Este efecto debe ser apreciado y reparado por el juez sobre la base del informe médico-legal, empleando para el efecto el criterio de equidad luego de observar y calibrar las consecuencias generadas por las lesiones recibidas en el transcurrir existencial de la persona, en qué medida y modo afectan su vida ordinaria, normal, cotidiana, sus hábitos, costumbres, maneras de ser. En otros términos y en síntesis, que ha cambiado negativamente en su vida.

“Daño biológico”, o sea la lesión considerada en sí misma, y “daño a la salud” o “daño al bienestar”, que es la repercusión del primero en el bienestar integral de la persona, deben ser considerados independientemente para el efecto de fijar la correspondiente reparación de las consecuencias generadas, no obstante que la apreciación por el juez de cada uno de dichos daños obedece, como se ha señalado, a distintos criterios.

Ambos daños -el “daño biológico” y el “daño a la salud” o “daño al bienestar”- generan consecuencias que no son apreciables, directa e inmediatamente, en términos dinerarios. No generan, por consiguiente, consecuencias de carácter patrimonial o extrapersonal sino, más bien, se trata de consecuencias de orden personal o no patrimonial. Son daños ciertos y efectivos que, en ningún caso, su reparación puede soslayarse de parte del juez. Felizmente, los criterios puramente patrimonialistas van siendo desplazados en el mundo actual al lugar que, sin desconocerlos, jerárquicamente les corresponde, es decir, subordinados a la privilegiada protección jurídica que merece el ser humano considerado en sí mismo. Cada vez se comprende con mayor claridad, pese al embate de los materialistas de toda laya y de los absolutamente pragmáticos, que el ser humano es un fin en sí mismo y que el patrimonio es un instrumento indispensable a su servicio ⁴⁴.

⁴⁴ El daño a un objeto puede producir, igualmente, al lado de un daño no personal o patrimonial un daño personal o extrapatrimonial. Para ilustrar el caso podemos recurrir al difundido ejemplo por el cual un tercero pierde la única fotografía de un ser muy querido, la misma que tenía para su propietario un enorme valor afectivo o sentimental mientras que carecía de un valor no personal o patrimonial.

La cada vez mayor difusión y comprensión de los principios humanistas o personalistas, como se ha señalado en precedencia, ha provocado una revisión o replanteo de la institucionalidad jurídica. De ello hay innumerables pruebas en la doctrina, la jurisprudencia y la legislación contemporánea. Esta nueva actitud llegó, como no podía ser de otra manera, al campo de la responsabilidad civil. Es por ello que, de hacer girar el problema en torno al agresor y a su consiguiente responsabilidad, se centró la atención de los juristas en torno a la justa reparación de los daños sufridos por el ser humano. De ahí que pueda sostenerse que la visión moderna sobre el derecho de daños responde principalmente a principios humanistas y solidarios. Se protege a la persona por el único y fundamental argumento de su propia dignidad. Es decir, por lo que ella realmente es y representa en el mundo.

No es este el lugar para reproponer un debate que, a nuestro entender, ha sido actualmente superado. Sin embargo, ello no impide formular algunas precisiones al respecto. Nos referimos, en concreto, al argumento central que giraba en torno a la cuestión de si se debía o no reparar un daño a la persona que, no obstante ser cierto y efectivo, no podía ser apreciado en dinero de modo directo e inmediato. De acuerdo con una visión materialista de la vida -de cualquier signo o ideología- dominante en el derecho hasta no hace mucho, sólo era posible reparar las consecuencias del daño que tenían un "precio" en el mercado, que se podían traducir en dinero. De conformidad con esta estrecha concepción, dentro de la cual la vida humana y los derechos fundamentales de la persona carecían de un "precio", resultaba imposible fijar una indemnización como consecuencia de un daño de carácter no patrimonial. Es decir, prevalecía un criterio economicista, dentro del cual se trataba con absoluto desdén -o desprecio- lo que significaba el ser humano en sí mismo, desconociéndose el auténtico valor de la vida humana.

Como argumento para negar tal indemnización se sostenía, hasta no hace mucho tiempo por un sector mayoritario de la doctrina, que la reparación de las consecuencias de los daños a la persona que carecían de efectos patrimoniales, significaba un forma de "materializar" la vida humana. Con este pretextuoso y falaz argumento se dejaba sin reparar lo daños cometidos contra la persona, considerada en sí misma, desconociéndose su intrínseco valor, su inherente dignidad. Contrariamente, por cierto, dentro de esta mentalidad procedía siempre el resarcimiento de los daños que generaban consecuencias patrimoniales. Es decir, se privilegiaba a los entes del mundo exterior, a las cosas, en detrimento del ser humano, centro y eje del derecho. Es decir, nada menos que al creador, protagonista y destinatario del derecho.

Felizmente, el criterio materialista que campeaba en la responsabilidad civil cuando se trataba de reparar un daño a la persona, va quedando atrás. Son cada día

menos numerosos los juristas que mantienen esta antihumana actitud. En la Argentina, para citar un caso emblemático, existe una importante corriente de pensamiento de carácter personalista que ha logrado hacer prevalecer un criterio humanista en esta específica área de la responsabilidad civil. Así, hace ya varias décadas, el maestro Orgaz expresó con contundente convicción que "resarcir los daños morales, aunque sea de modo pecuniario -a falta de otro mejor- no es materializar los intereses morales, sino, al contrario, espiritualizar el derecho, en cuanto éste no se limita a la protección de los bienes económicos y rodea también de seguridad aquellos otros bienes no económicos, que son inseparables de la persona humana" ⁴⁵. Con la expresión "daños morales" Orgaz hacía referencia, extendiendo el contenido del concepto, a todos los daños a la persona de consecuencias no patrimoniales. Como es obvio, cuando Orgaz escribía este párrafo aún no había aparecido en el mundo jurídico el genérico concepto de "daño a la persona" por lo cual el maestro argentino utiliza la consagrada expresión de "daño moral".

En el "II Congreso Internacional de Daños", reunido en Buenos Aires en 1991, se declaró al respecto que "el enfoque meramente patrimonialista del daño se encuentra en trance de quedar divorciado de las pautas del Derecho en nuestros días". De donde se concluía que debíase jerarquizar "la esfera biológica, espiritual y social del hombre, sin dejar de tener en cuenta que los bienes materiales son necesarios para preservar su dignidad". En esta misma ocasión se estableció, siempre por unanimidad, que "la reparación del daño a la persona debe ser plenamente adecuada a la magnitud de lo que ésta (la persona) representa, descartando las indemnizaciones meramente simbólicas".

Además del "daño biológico" y del "daño a la salud" o "daño al bienestar", a los que nos hemos referido en precedencia, hay un daño que frecuentemente se ignora o se olvida por quienes no logran aún descubrir o concebir la calidad ontológica del ser humano como ser libre y temporal, que se propone fines, los mismos que están contenidos en su "proyecto de vida".

La pérdida de los dos brazos de parte de una persona, en el caso del ejemplo propuesto en su lugar, podría traer como consecuencia, además de aquellas derivadas del "daño psicosomático", la frustración de su "proyecto de vida", expresado a través de su actividad cotidiana, situación en la cual se privaría de sentido la existencia misma de la víctima. Esta es, sin duda, una consecuencia personal o no patrimonial en tanto carece de significación dineraria, directa e inmediata, lo que no quiere decir, obviamente, que se niegue a la víctima una justa satisfacción por el enorme daño que se le ha ocasionado.

⁴⁵ Orgaz, Alfredo, *El daño resarcible*, Lerner, Córdoba, 2a. edición, 1980, pág. 186.

Pero, en el caso del ejemplo antes citado, que es el de la víctima de un accidente automovilístico, se aprecia que al lado de las consecuencias no patrimoniales o personales que genera el elocuente daño a la persona, antes mencionadas, se presentan simultáneamente consecuencias exquisitamente patrimoniales o no personales que deben ser también debidamente indemnizadas. Nos referimos al reembolso, entre otros, de los gastos de hospitalización, los honorarios médicos, la adquisición de medicinas, los que pueden considerarse integrantes del denominado daño emergente. Al mismo tiempo, y siempre en el campo de las consecuencias patrimoniales o extrapersonales, debe indagarse si, como consecuencia del daño, el sujeto se halla imposibilitado de realizar su actividad laboral habitual o si a raíz de las lesiones sufridas se ve privado de obtener los ingresos que le corresponden o deja de percibir rentas, ganancias o riqueza, en general, pues en esta hipótesis, como es sabido, debe resarcirse el llamado lucro cesante.

De lo expuesto en precedencia se percibe que el “daño a la persona” ha producido, al mismo tiempo, consecuencias de carácter patrimonial o extrapersonal y consecuencias de orden personal o no patrimonial. De ahí que el daño a la persona no puede ser caracterizado a partir sólo de las consecuencias que genera sino en razón de la calidad ontológica del ente dañado ⁴⁶.

Después del somero análisis efectuado, y por las razones que de él fluyen, somos de la opinión que no es correcto asimilar, sin más, la noción de “daño a la persona”, que se centra en la peculiar calidad ontológica del ente dañado, con la de daño patrimonial (o no personal) que incide en la categorías de consecuencias económicas (daño emergente, lucro cesante) generadas por el daño. Estimamos, por consiguiente, que debe diferenciarse teóricamente, para estos efectos, la naturaleza del ente dañado de las consecuencias del mismo.

Si nuestras reflexiones no están erradas, deberíamos concluir afirmando la autonomía del concepto de “daño a la persona” en función de la calidad ontológica del objeto dañado y no tratar de ligarlo a una determinada categoría de las consecuencias que pueden derivarse de él las que, como hemos apreciado, pueden tener un carácter extrapersonal o patrimonial o ser de orden no patrimonial o personal. De ahí que no compartamos la propuesta de quienes equiparan el concepto de "daño a la persona" (o como lo prefiere un sector de la doctrina, de “daño moral” en sentido amplio) con la noción de "daño no patrimonial". No siempre el daño a la persona tiene tan sólo consecuencias no patrimoniales o personales sino que, con frecuencia, ellas asumen un carácter extrapersonal o patrimonial. No son las

⁴⁶ Fernández Sessarego, Carlos, *Hacia una nueva sistematización del daño a la persona*, en “Cuadernos de Derecho”, 3, pág. 36.

consecuencias del daño, por consiguiente, las que tipifican el “daño a la persona”. Se debe atender para ello, primariamente, a la naturaleza del ente dañado para, luego, determinar las consecuencias, de cualquier índole, que genere el daño a fin de precisar el mejor y más adecuado modo de repararlas.

6.- EL “PROYECTO DE VIDA”

En páginas anteriores hemos precisado que, desde nuestra perspectiva, fundada sobre la realidad existencial del ente “persona humana”, en cuanto “unidad psicosomática constituida y sustentada en la libertad”, el “daño a la persona” incide en uno o más aspectos o funciones de la unidad psicosomática o, en su caso, en la libertad fenoménica o “proyecto de vida”. Las siguientes páginas se dedicarán a una somera presentación del “daño al proyecto de vida” que, en los últimos años, ha recibido la consagración, aún incipiente, de la jurisprudencia comparada y más bien definitiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Nos referimos, por consiguiente, a una figura jurídica que ha ingresado al derecho vivo luego de haberse demostrado la utilidad de la misma para una integral reparación del “daño a la persona”.

6.1.- Los supuestos del “proyecto de vida”

Hemos adherido a la posición de la filosofía de la existencia que considera que la libertad constituye el ser mismo del hombre. Esta libertad es lo que lo diferencia, radicalmente, de los demás seres de la naturaleza y le otorga dignidad. Se trata de una potencialidad actuante que nos permite decidir, elegir, entre muchas oportunidades o posibilidades de vida eso que, precisamente, llamamos “proyecto de vida”, “proyecto vital” o “proyecto existencial”. El ser humano, además de libre es, estructuralmente, coexistencial y temporal. De ahí que sea histórico, estimativo, creativo, proyectivo, dinámico, lábil, impredecible, misterioso. Carecería de sentido referirse a un ser libre que no fuera, simultáneamente, un ser coexistencial y temporal.

6.2.- Libertad y “proyecto de vida”

La libertad, como señala Zubiri, es “la situación ontológica de quien existe desde el ser”⁴⁷. La existencia humana misma es libertad. Libertad, como apunta el filósofo hispano, “ significa liberarse de las cosas, y gracias a esta liberación

⁴⁷ Zubiri, Xavier, *Naturaleza, Historia, Dios*, Editorial Poblet, Buenos Aires, 1948, pág. 343.

podemos estar vueltos a ellas y entenderlas o modificarlas. Libertad significa entonces *liberación*, existencia libertada”⁴⁸.

Sartre afirma que “la libertad no es *un ser*: es el ser del hombre”. Sólo el ser humano es libre. El hombre es por entero libre o no es. El ser humano “es una libertad que elige, pero no elegimos ser libres: nosotros estamos condenados a la libertad”⁴⁹.

Marcel, por su parte, ratifica lo expresado por Sartre cuando sostiene, en síntesis más que expresiva, que “en última instancia decir *soy libre* es decir *soy yo*”⁵⁰. La libertad, por todo lo anteriormente expuesto, no es un atributo, un añadido, un agregado, un predicado del ser humano. Es, simplemente, su ser.

El “proyecto de vida” es un ingrediente de la propia constitución ontológica del ser humano. Surge como una exigencia, precisamente, en tanto el ser humano es libre, coexistencial y temporal. Como apunta Sartre, el “proyecto libre es fundamental, pues es mi ser”⁵¹. El “proyecto de vida” encuentra necesariamente su origen en una decisión libre, la misma que tiende a su realización en el futuro, ya sea éste mediato o inmediato. Por ello, sólo el ente ser humano es capaz de formular proyectos. Es más, no podría existir sin proyectar. La libertad es, de suyo, un proyecto. Ser es proyectar. El “proyecto de vida” representa lo que el ser humano ha decidido *ser y hacer* en su vida o, mejor aún, lo que hace para ser. Todas las potencialidades y energías del ser humano actúan para ser posible su realización, para lograr su concreción en la vida. Si el “proyecto de vida” se cumple total o parcialmente el ser humano se considera “realizado”, es decir, que ha cumplido con su personal destino, que su vida ha tenido un sentido valioso.

Proyectar la vida es decidir lo que se pretende *ser y hacer* en el transcurso existencial de la persona. Es libre, apunta Jaspers, “sólo quien puede decidirse”⁵². El proyecto es la expresión de la suprema decisión del ser libre.

6.3.- Libertad y voluntad

Es oportuno señalar que si bien el ser humano es “una unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad”, se suele confundir, frecuentemente, la libertad, que es el ser mismo del hombre, con la unidad psicosomática en la que ella

⁴⁸ Zubiri, Xavier, *Naturaleza, Historia, Dios*, pág. 389.

⁴⁹ Sartre, Jean Paul, *El ser y la nada*, Tercer Tomo, Editorial Ibero-Americana. Buenos Aires, 1949, pág. 84.

⁵⁰ Marcel, Gabriel, *El misterio del ser*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1953, pág. 296..

⁵¹ Sartre, Jean Paul, *El ser y la nada*, Tercer Tomo, pág. 76.

⁵² Jaspers, Karl, *Origen y meta de la historia*, Revista de Occidente, Madrid, 1950, pág. 169.

está implantada o con un particular aspecto o función de la misma. Esta confusión es más notoria tratándose de la voluntad, que es una de las vertientes psíquicas, sin percatarse que ésta se halla, como la unidad psicosomática en su conjunto, al servicio del “yo”, del ser mismo, de su decisión libre. La envoltura psicosomática es un medio o instrumento del cual se vale la libertad para su realización como proyecto.

Sartre ha descrito certeramente la relación entre la "libertad" y la "voluntad". Al referirse a la primera apunta que "el planteamiento de mis fines últimos es lo que caracteriza a mi ser y lo que se identifica con la aparición original de la libertad que es mía". Es así que la libertad resulta ser el fundamento de los fines que el ser humano decide realizar "sea por la voluntad, sea por esfuerzos pasionales". Sartre señala que "las voliciones son, por el contrario, como las pasiones, ciertas actitudes subjetivas por las cuales tratamos de alcanzar los fines propuestos por la libertad originaria". La libertad es, así, "un fundamento rigurosamente contemporáneo de la voluntad.(...) que se manifiesta a su manera" ⁵³.

La voluntad, según Sartre, "se presenta como decisión reflexionada con relación a ciertos fines". Pero, afirma a continuación, que esos fines no los crea la voluntad. Esta sólo "decreta que la persecución de esos fines sea reflexiva y deliberada" ⁵⁴. La libertad originaria, como lo apunta el propio filósofo francés, no se debe comprender como una libertad “anterior al acto voluntario o pasional, sino un fundamento rigurosamente contemporáneo de la voluntad o de la pasión, y que éstas se manifiestan cada una a su manera”⁵⁵.

Como conclusión de lo anteriormente expuesto puede sostenerse que la voluntad no es autónoma sino que encuentra su necesario fundamento en la libertad originaria⁵⁶.

Es del caso señalar que la ejecución del proyecto es simultánea con la decisión que lo origina. Libertad y voluntad, por ello, se dan contemporáneamente no obstante que la libertad es previa a la voluntad o a cualquier otra potencialidad o energía psicosomática a través de la cual o de las cuales se realice el proyecto de vida o cualquiera de los proyectos que confluyen en el “proyecto de vida”.

6.4.- Coexistencialidad y “proyecto de vida”

⁵³ Sartre, Jean Paul, *El ser y la nada*, T. III, pág. 25.

⁵⁴ Sartre, Jean Paul, *El ser y la nada*, Tomo III, pág. 24.

⁵⁵ Sartre, Jean Paul, *El ser y la nada*, Tomo III, pág. 25.

⁵⁶ Fernández Sessarego, Carlos, *El supuesto de la denominada autonomía de la voluntad*, en el libro colectivo “Contratación contemporánea. Teoría General y Principios”, coedición de Temis, Bogotá, y Palestra, Lima, 2000 y en la revista “Gaceta Jurídica”, Tomo 75-B, Lima, febrero del 2000.

Como expresa Zubiri, “existir es existir *con*”. Existir es existir *con* cosas, con otros, con nosotros mismos. Este *con*, señala Zubiri, “pertenece al ser mismo del hombre: no es un añadido suyo”⁵⁷

Como se ha expresado, la coexistencialidad es uno de los supuestos existenciales del “proyecto de vida”. Si bien el proyecto es una decisión libre, sólo se puede realizar con la contribución de los demás seres en el seno de la sociedad. El “proyecto de vida” se formula y decide para su realización en sociedad, en compañía de los “otros”. La consistencia coexistencial del ser humano hace posible su realización comunitaria. Sin lo “otros” no se podría proyectar.

Por ser la existencia simultáneamente coexistencia, el “proyecto de vida” ha de cumplirse necesariamente “con” los demás seres humanos, valiéndose de las cosas. Esta particular situación posibilita que el proyecto se cumpla, total o parcialmente, o que simplemente se frustre.

6.5.- Temporalidad y “proyecto de vida”

6.5.1.- La vida humana como sucesión de quehaceres en el tiempo

La temporalidad que somos permite el despliegue del proyecto de vida dentro del tiempo existencial, del tiempo de cada ser humano. Por ello, libertad, coexistencialidad y temporalidad hacen posible la formulación, decisión y realización del “proyecto de vida”.

En cuanto el ser humano es libertad en el tiempo, o temporalización de la libertad, la vida humana es una sucesión de quehaceres, un constante dinamismo, un tener que decidir lo que se va a ser. Se vive para *ser*. Como seres libres y temporales, los seres humanos están condenados a proyectar. La vida es un constante proyectar. Algunos de nuestros proyectos se cumplen mientras que otros, en cambio, se frustran o se realizan parcialmente. O, simplemente, se retardan. Todas o cualquiera de estas hipótesis puede irrogar graves daños en el discurrir existencial de la persona.

Todos los seres humanos, en cuanto libres, generamos proyectos de vida. Si bien proyectamos permanentemente aquello que vamos a hacer en el instante siguiente, todos estos proyectos se encaminan a la realización del único y determinante “proyecto de vida” en el que se juega nuestro destino como seres humanos. La vida se ha haciendo al ritmo de la decisión de proyectos para ser realizados en un futuro inmediato. Nos proponemos realizarnos, vivir de determinada

⁵⁷ Zubiri, Xavier, *Naturaleza, Historia, Dios*, pág. 373.

manera en nuestra dimensión coexistencial, con los “otros”, en nuestro despliegue temporal, haciendo aquello que se nutre de nuestra íntima y recóndita vocación personal. Los seres humanos han sido creados para realizarse como seres libres, como personas. Es decir, para otorgar un sentido a sus vidas mediante la realización de un personal “proyecto de vida”.

El proyecto, como está dicho, es *libertad* en la *temporalidad* del ser humano. Si éste no fuera un ser libre y temporal, carecería de sentido referirse al "*proyecto de vida*". Pero, al mismo tiempo, por ser libre y temporal el ser humano debe, necesariamente, proyectarse. Se vive proyectando, se proyecta viviendo la vida temporal de la libertad. Es imposible para el ser humano, en cuanto ser libre y temporal, dejar de proyectar. Esta es la importancia del “proyecto” para nuestras vidas. Ello, también, nos permite fácilmente comprender la gravedad de las consecuencias de los daños que se le pueden causar al “proyecto de vida” y que han generar frustraciones o menoscabos que, a menudo, acarrearán vacíos existenciales difíciles o imposibles de colmar. La total frustración del “proyecto de vida” acarrea la pérdida del sentido de la existencia, la razón de ser del vivir.

6.5.2.- La temporalidad del ser humano

Le debemos a Martín Heidegger el que en *El ser y el tiempo* haya presentado al ser humano como un ser temporal⁵⁸. Para el filósofo alemán el tiempo es lo que permite a que cada uno (el "ser ahí") comprenda e interprete, en general, lo que se mienta como "ser". El análisis de la historicidad del "ser-ahí" trata de mostrar, según Heidegger, que este ente no es temporal por estar "dentro de la historia", sino que, a la inversa, sólo existe y puede existir históricamente "por ser temporal en el fondo de su ser" ⁵⁹. El tiempo se constituye, de este modo y según expresión de Heidegger, en "el genuino horizonte de toda comprensión e interpretación del ser". En otros términos, el tiempo es el horizonte adecuado para el recto planteo del ser. O, como señala Ceñal, "el tiempo hecho existencia, es la raíz de todo saber y de toda ciencia" ⁶⁰.

Sartre coincide con dichas apreciaciones cuando sostiene que el ser humano "es un existente cuya existencia individual y única se temporaliza como libertad"⁶¹. La libertad se despliega en el tiempo, por lo que podemos referirnos a la existencia como el tiempo de nuestra libertad y, a la vida, como la vida de nuestra libertad. Zubiri, por

⁵⁸ Antes, lo habían hecho, entre otros, Plotino y San Agustín.

⁵⁹ Heidegger, Martín, *El ser y el tiempo*, Fondo de Cultura Económica, Traducción de José Gaos, México, 1951, pág. 433.

⁶⁰ Ceñal, Ramón, en *La filosofía de Martín Heidegger* de A. de Waehlens, nota preliminar, pág. XVI.

⁶¹ Sartre, Jean Paul, *El ser y la nada*, Tomo III, pág. 18.

su parte, apunta que “el tiempo no es pura sucesión sino un ingrediente de la constitución misma del espíritu”, del espíritu que es libertad⁶².

El ser humano es tiempo. Su existir se constituye como un proceso temporal, abierto, donde el pasado condiciona el presente y, desde éste, se proyecta el futuro. El futuro está, por ende, dado en el presente en forma de proyecto. Si el ser humano es temporal es, también y por consiguiente, un ser histórico. La libertad en el tiempo, la vida temporal de la libertad, hacen posible que cada ser humano se proyecte, se realice, despliegue su personalidad, tenga una biografía y una identidad.

Se suele decir, en frase de corte materialista, que "el tiempo es oro". Esta expresión, sin embargo, entraña un profundo error en lo que concierne a la percepción del ser humano así como en cuanto a las jerarquías axiológicas prevalecientes en el mundo en que vivimos. Y es que no hay nada más importante para el ser humano que el tiempo de la libertad. Por ello, lo correcto sería afirmar, por el contrario, que "el oro es tiempo".

Si el ser humano es tiempo, su ser está por hacerse a partir del don de la vida. El ser humano no es una cosa, hecha, terminada, maciza, sino que, por el contrario, es lábil y fluido, desplegado en el tiempo, haciéndose permanentemente con los “otros” y con las “cosas” del mundo. La existencia es un continuo e ininterrumpido hacerse a sí mismo dentro de la temporalidad. Por ello, Jaspers puede afirmar que "el ser sólo se nos abre en el tiempo"⁶³.

6.5.2.1.- El pasado posibilitando el presente

El ser humano, para realizarse en el tiempo en tanto ser libre, proyecta su vida. La vida resulta, así, un proceso continuado de haceres según sucesivos proyectos que confluyen, directa o indirectamente, en el único y personal “proyecto de vida”. El proyecto se formula y ejecuta en la temporalidad. En el presente decidimos lo que proyectamos ser en el instante inmediato, en el futuro, condicionados por el pasado.

Para proyectarnos al futuro contamos con el pasado que, como apunta Zubiri, sobrevive "bajo la forma de estar posibilitando el presente"⁶⁴. Somos el pasado, "porque somos el conjunto de posibilidades de ser que nos otorgó al pasar de la realidad a la no realidad"⁶⁵. El filósofo hispano desarrolla su pensamiento al expresar

⁶² Zubiri, Xavier, *Naturaleza, Historia, Dios*, pág. 334.

⁶³ Jaspers, Karl, *La fe filosófica*, pág. 129.

⁶⁴ Zubiri, Xavier, *Naturaleza, Historia, Dios*, pág. 347.

⁶⁵ Zubiri, Xavier, *Naturaleza, Historia, Dios*, pág. 350.

que "en cuanto realidad, el pasado se pierde inexorablemente". Pero, sin embargo, no "se reduce a la nada". El pasado "se desrealiza, y el precipitado de este fenómeno es la posibilidad que nos otorga" Por ello, puede afirmar que "el pasado se conserva y se pierde" ⁶⁶. Nuestras experiencias, nuestras pretéritas vivencias, posibilitan nuestra decisión de ser.

6.5.2.2.- El pasado posibilitando el futuro

Pero, así como el pasado está dado en el presente, el futuro también lo está, porque siendo lo que aún no es, sus posibilidades están ya dadas en el presente. Para Zubiri, "sólo es futuro aquello que aún no es, pero para cuya realidad están ya actualmente dadas en un presente todas sus posibilidades" ⁶⁷.

Sartre es radical al considerar lo que es el futuro. Ello, en la medida que, para él, el ser del hombre está en el futuro. El "ser para sí", según el filósofo galo, está fuera del hombre en cuanto se manifiesta en el futuro a través del proyecto. El ser del hombre es hacer proyectos. Y, hacer proyectos, es poner el ser en el futuro. Es esta, para Sartre, la decisiva transcendencia existencial del *proyecto*.

Si el pasado está dado y sobrevive en el presente posibilitando el futuro, el presente, como apunta Zubiri, "no es simplemente lo que el hombre hace sino *lo que puede hacer*"⁶⁸. El "proyecto de vida", si bien apunta al futuro y se despliega en el tiempo, se decide en el presente, al cual condiciona el pasado. Como apunta Jaspers, "consciente de su libertad, el hombre quiere llegar a ser lo que puede y quiere ser" ⁶⁹.

6.6.- Proyecto, decisión, valoración

Para proyectar se debe decidir. La libertad se manifiesta como una decisión. Decidir supone elegir un determinado proyecto dentro de las oportunidades u opciones que se le ofrecen al ser humano en un determinado tiempo histórico. Elegir un determinado proyecto supone descartar, al mismo tiempo, otros proyectos alternativos dentro del inmenso abanico de oportunidades que se le presentan al ser humano en un momento dado de su historia personal. Si no existieran oportunidades no tendría sentido la libertad. Decidir es, por ello, escoger o elegir entre diversas oportunidades, opciones o posibilidades aquella que nos resulta valiosa para formular "el proyecto de vida", es decir, lo que se decide ser en el futuro.

⁶⁶ Zubiri, Xavier, *Naturaleza, Historia, Dios*, pág. 346 y 347.

⁶⁷ Zubiri, Xavier, *Naturaleza, Historia, Dios*, pág. 348.

⁶⁸ Zubiri, Xavier, *Naturaleza, Historia, Dios*, pág. 338.

⁶⁹ Jaspers, Karl, *La fe filosófica*, pág. 60.

Para elegir un determinado proyecto de vida, se requiere preferir "éste" sobre "aquél" o "aquellos". Se decide por lo que tiene valor para una cierta persona. Toda decisión libre significa, por ello, una previa valoración. Decidir es valorar para optar por éste u otro proyecto alternativo. De ahí que el ser humano es estimativo, en cuanto tiene la potencialidad, inherente a su ser, de vivenciar valores. La vida es, así, una sucesión de valoraciones. El estimar, el valorar, es una irrenunciable instancia de la vida humana. El ser humano es, como está dicho, un ser estimativo, lo que le viene de su condición de ser libre.

Para decidir sobre un cierto "proyecto de vida", que responda a nuestra recóndita y raigal vocación personal, debemos valorar, es decir, precisar aquello que para nosotros resulta valioso realizar en la vida, aquello que le va a otorgar un sentido a nuestra cotidiano existir. El proyecto supone trazar anticipadamente nuestro destino, un modo cierto de llenar nuestra vida, de realizarnos. El vivenciamiento de valores le otorga sentido y, por ende, trascendencia al vivir. El proyecto de vida no es concebible sin un vivenciamiento axiológico de parte del sujeto.

Una vez que, por ser libres y tener la capacidad de valorar, decidimos o elegimos un determinado proyecto de vida, tratamos por todos los medios o instrumentos a nuestro alcance de cumplirlo, de concretarlo, de ejecutarlo durante el curso de nuestra vida, salvo que, en algún momento de nuestro existir, cambiemos o modifiquemos, en alguna medida, el proyecto existencial. Al mencionar "medios" nos referimos, en general, a todo aquello de que se vale nuestro ser para realizarse, para convertir en acciones o conductas el proyecto existencial. Entre estos instrumentos contamos con nuestro cuerpo o soma, nuestra psique, los "otros", las cosas del mundo. Todo ello, en una u otra medida o manera, contribuye ya sea a la realización exitosa del proyecto de vida o a su fracaso, a su destrucción, a su frustración. La vida, bien lo sabemos por experiencia, está llena de gratificantes realizaciones pero, también, de traumáticas frustraciones.

La libertad, en sí misma, se juega entera en la decisión del proyecto. Su actuación, en cambio, significa su expresión fenoménica, cuya realización o frustración depende de las posibilidades de cada cual, condicionadas por los medios o instrumentos con que cuenta para conseguir este fin.

El verdadero lugar de los valores, como apunta Mounier en acertada metáfora, es el "corazón vivo del hombre". Los valores se revelan al ser humano en las profundidades de la libertad, madurando con el acto que los elige. El ser humano es, como está dicho, un ser estimativo, es decir, un ser estructuralmente dotado para vivenciar, para sensibilizar valores. El ser humano no podría vivir sin los valores, con

los que otorga un *sentido* a su existir. Como lo dice el propio Mounier, "las personas sin los valores no existirían plenamente, pero los valores no existen para nosotros sino por el *fiat veritas tua* que les dicen las personas" ⁷⁰.

El ser humano para proyectar, como está dicho, vivencia valores. Ello le permite escoger entre una infinidad de oportunidades u opciones aquella que decide ser en el futuro. Puede privilegiar el valor de la virtud o del bien, el de la justicia, el de la belleza, el de la utilidad, el de la solidaridad, el del amor o cualquiera otro dentro de la inmensa gama bipolar que constituye lo que se conoce como "la jerarquía valorativa". La preeminencia que adquiera alguno de tales valores en la vida del ser humano le otorga a ésta un sentido, le proporciona un rumbo, signa su entero existir. Los valores, por ello, se dan "en" y "para" la vida humana.

El proyecto se decide, se elige libremente en el horizonte del tiempo. En la instancia inescudable del ser cualquier proyecto es posible. El ser humano decide valiéndose de su libertad, de su imaginación, de su vocación estimativa y de los estímulos que le ofrece su "circunstancia", en expresión cara a Ortega y Gasset. Es decir, del mundo en el cual está instalado.

Cada ser humano debería, en el instante de proyectar, tener conciencia de sus reales posibilidades, tanto de aquellas que le ofrece su mundo psicosomático como de las que se hallan situadas en el mundo exterior. La conciencia de tales posibilidades es de suma importancia para los fines de la realización o de la frustración del "proyecto de vida". El hombre debería elegir proyectos viables, capaces de ser cumplidos en función de sus propias potencialidades y de las oportunidades que le ofrece su "circunstancia".

Por la valoración, a través del proyecto, el ser humano se propone fines, los que se realizan utilizando instrumentalmente nuestra envoltura psicosomática y los elementos que nos facilita el mundo exterior. Los fines, en palabras de Sartre, "son la proyección temporalizante de nuestra libertad". La libertad crea, escoge los fines, "y, por su elección misma, les confiere una existencia trascendente como limite externo de sus proyectos" ⁷¹.

El ser humano, para realizar un proyecto de vida al par que su posibilidad de vivenciar valores, cuenta con sus propias potencialidades y energías psicosomáticas, con los otros y con las cosas del mundo. Todo ello le ofrece un vasto horizonte de posibilidades. Para realizar un "proyecto de vida" se vale, desde su yo, de su cuerpo y

⁷⁰ Mounier, Emmanuel, *El personalismo*, Editorial Eudeba, Buenos Aires, 1962, pág. 42.

⁷¹ Sartre, Jean Paul, *El ser y la nada*, Tomo III, pág. 24.

de su psique, de los “otros”, de las cosas, condicionado por su pasado. Todo ello le sirve como estímulos y como posibilidades para proyectar su vida.

6.7.- La realización del “proyecto de vida”

La realización o concreción en la realidad de la vida del “proyecto de vida” del ser humano está condicionada ya sea por las posibilidades, oportunidades u opciones que le ofrece su particular situación como por las resistencias que le ofrecen tanto su mundo interior, su propia unidad psicosomática, como por aquéllas del mundo exterior. No sólo el cuerpo o la psique pueden frustrar, menoscabar o retardar el proyecto de vida sino también los obstáculos que le ofrecen las cosas y, por cierto, la acción de los demás seres humanos en el seno de la sociedad.

No se puede asegurar que la decisión libre se cumpla, que el “proyecto de vida” se cumpla a plenitud o se realice parcialmente, se retarde o se frustre. El que el ser humano sea libre y pueda, por consiguiente, decidir, valorar y proyectar no significa necesariamente que, en el ejercicio de la libertad, en la fenomenalización de esa decisión libre, el proyecto se realice, se concrete, se convierta en actos de conducta. La libertad ontológica no significa obtener éxito, lograr el cumplimiento del “proyecto de vida”. La capacidad de proyectar del ser libertad está más allá de sus concretas realizaciones.

Como bien lo señala Kierkegaard, la libertad “no es alcanzar esto y aquello en el mundo, de llegar a ser rey o emperador y a vocero de la actualidad, sino la libertad de tener en sí mismo la conciencia de que, es hoy libertad”⁷². La libertad que somos es, pues, independiente de la realización o no del proyecto. Los proyectos se cumplen, total o parcialmente, o se frustran. La realización o la frustración de un proyecto, como está dicho, no afecta la libertad en cuanto ser del hombre. Como Sartre lo precisa, “ser libre no significa obtener lo que se quiere sino determinarse a querer (en sentido amplio de elegir)”. De ahí que se pueda concluir afirmando, coherentemente, “que el éxito no interesa en ningún modo a la libertad”⁷³. Es decir, a la libertad que cada uno es. A la libertad ontológica.

La decisión de llevar adelante un determinado proyecto de vida es libremente adoptado, pero su cumplimiento depende de las oportunidades u obstáculos provenientes del mundo, tanto interior como exterior, del ser humano que, por ser libre, decide por sí mismo.

6.8.- El proyecto y los proyectos

⁷² Kierkegaard, Sören, *El concepto de la angustia*, pág. 118.

⁷³ Sartre, Jean Paul, *El ser y la nada*, T. III, pág. 82.

Cabe distinguir entre el "proyecto de vida", en singular, y los "proyectos de vida", en plural. Si bien el hombre en tanto ser libertad vive proyectándose es dable distinguir entre los múltiples proyectos que el ser humano diseña en su vida, al menos uno de entre ellos que tiene la característica de su fudamentalidad para la existencia, que es radical, que compromete todo su ser, que es aquel en el que se juega su destino y el que otorga sentido a su vida. Nos referimos, en este caso, al "proyecto de vida" que es, por lo demás, el que nos interesa y al cual venimos refiriéndonos en el presente trabajo. Obviamente, es posible que al lado de este único proyecto de vida pueda existir otro que también adquiere para el ser humano una especial trascendencia. Pero, el "proyecto de vida" es siempre único, singular, aunque pueda tener alternativas.

Es de advertir, por lo demás, que los proyectos que tienen que ver con la actividad cotidiana del sujeto, son repeticiones de alguno que en cierto momento fue original. Responden, por ello, a la habitualidad, por lo que el sujeto, muchas veces, no tiene conciencia de su libre decisión.

El ser humano vive proyectándose constantemente, pero todos y cada uno de estos múltiples proyectos que se suceden en su cotidiano existir, directa o indirectamente, confluyen en el único y singular "proyecto de vida". Todos los proyectos tienen una dirección, poseen un sentido que es el de confluir en el proyecto de vida. Todos los proyectos están cohesionados y enlazados coherentemente entre sí pues tienen una sola finalidad como es la contribuir a la realización del singular proyecto de vida.

El ser humano, al lado del mencionado "proyecto de vida", como se ha dicho, está constantemente elaborando una pluralidad de proyectos sobre su cotidiano existir. Como anota Zubiri, "el más elemental de los actos específicamente humanos interpone, entre las cosas y nuestras acciones un *proyecto*"⁷⁴ Estos, no comprometen el destino mismo del ser humano ni el sentido de su vida. Ellos carecen de la trascendencia del singular "proyecto de vida" en cuanto, de frustrarse, no afectan el núcleo existencial del sujeto. En estas situaciones no se producen, por consiguiente, los devastadores efectos del daño al singular "proyecto de vida", los que sí truncan, de raíz en casos límite, el periplo vital del sujeto. Sus consecuencias signan para siempre la vida de la persona. En cambio, los daños que pueden producir frustraciones ante proyectos que no comprometen el núcleo existencial del sujeto, pueden traducirse en consecuencias psíquicas de diversa medida y magnitud.

⁷⁴ Zubiri, Xavier, *Naturaleza, Historia, Dios*, pág. 342.

6.9.- Daño al proyecto de vida y daño psíquico

No debe confundirse el daño al proyecto de vida, que lesiona la libertad fenoménica, del daño psíquico que incide en uno de los aspectos de la unidad psicosomática de la persona⁷⁵.

Existen autores que no llegan a distinguir, sin embargo, entre la lesión psicosomática, en sí misma, y aquella que, por su magnitud, puede originar en última instancia, un daño al proyecto de vida. Es el caso de Milmaiene quien, a pesar de la exactitud de su descripción de las consecuencias que acarrea el daño al proyecto de vida no logra identificarlo como tal y más bien lo confunde con el “daño psíquico”. En efecto, el autor considera que en el daño psíquico existe una lesión que, en sus propias palabras, afecta “el núcleo existencial” mismo del sujeto. Es decir, se trataría de un daño de tal magnitud que compromete no sólo la estructura psicosomática de la persona sino, como lo indica el propio autor, incide sobre el núcleo existencial. Pero, es del caso señalar, que el “daño al proyecto de vida” no acarrea una simple alteración o modificación patológica cualquiera del aparato psíquico. El “daño al proyecto de vida” es aquella lesión que trastoca el sentido existencial de la persona, que compromete su propio ser. En otros términos, lo que nosotros denominamos como “daño al proyecto de vida”, resulta ser para Milmaiene tan sólo un daño psíquico de “la mayor importancia” o “un serio daño psíquico”⁷⁶.

El autor no parece haber percibido la diferencia de grado que existe entre el “daño psíquico”, cualquiera sea su magnitud y que es siempre el antecedente del “daño al proyecto de vida”, de este último. Las consecuencias que cada uno de tales daños generan en la vida del sujeto, tal como se advierte, son distintas. En un caso, como se ha subrayado, se produce tan sólo una alteración o modificación patológica del aparato psíquico, mientras que en el “daño al proyecto de vida” se puede llegar a truncar, de raíz, el sentido valioso de la vida.

En síntesis, no podemos confundir un daño a la estructura psicosomática del sujeto, que origina consecuencias biológicas -lesiones de todo tipo- y efectos en su bienestar integral, con el daño a la libertad fenoménica misma del sujeto, el que se traduce en la frustración de su “proyecto de vida”.

6.10.- El “daño al proyecto de vida” como un daño futuro y cierto

⁷⁵ Cfr. Fernández Sessarego, Carlos, *Daño psíquico*, en “Scribas”, Arequipa, 1998, y en “Normas Legales”, Tomo 287, Trujillo, abril del 2000.

⁷⁶ Milmaiene, José E., *El daño psíquico*, en “Los nuevos daños”, pág.70.

El daño al proyecto de vida, como está dicho, incide sobre la libertad del sujeto a realizarse según su propia libre decisión. Como lo hemos reiterado, es un daño de tal magnitud que afecta, por tanto, la manera en que el sujeto ha decidido vivir, que trunca el destino de la persona, que le hace perder el sentido mismo de su existencia.

Es, por ello, un daño continuado, que generalmente acompaña al sujeto durante todo su existir en tanto compromete, de modo radical, su peculiar y única "manera de ser". No es una incapacidad, cualquiera, ni transitoria ni permanente, sino se trata de un daño cuyas consecuencias inciden sobre algo aun más importante para el sujeto como son sus propios fines vitales, los que le otorgan razón y sentido a su vida. El daño al proyecto de vida es un daño futuro y cierto, generalmente continuado o sucesivo, ya que sus consecuencias acompañan al sujeto, como está dicho, durante su transcurrir vital. Como anota De Cupis, el daño futuro es "aquel que si bien hasta entonces no ha nacido, es cierto que aparece en el futuro"⁷⁷. En este mismo sentido Zannoni considera que daño futuro "es aquel que todavía no ha existido, pero que ciertamente ha de existir, luego de la sentencia"⁷⁸. Más allá de estas puntuales apreciaciones el "daño al proyecto de vida" se produce a partir del hecho de un evento dañoso que incide en la libertad fenoménica de la persona.

El daño futuro suele presentarse bajo dos modalidades. En una primera hipótesis se advierten consecuencias dañosas de un evento que ya ocurrió -es, decir, de un daño actual-, que no ha dejado de ponerse de manifiesto, de evidenciarse. De conformidad con el curso de los acontecimientos estas consecuencias se prolongarán en el tiempo, pudiendo aun agravarse. Se trata de un daño continuado o sucesivo. En el segundo caso, el daño futuro no se presenta como la prolongación de un daño actual, sino que las consecuencias se han de evidenciar después de la sentencia judicial. El "daño al proyecto de vida" se alinea en la primera de estas dos categorías.

En ambas situaciones se trata de un daño futuro-cierto que debe ser reparado en tanto que su materialización sea verosímil, "que brinde una seguridad fundada en la razonable probabilidad objetiva de concretarse el perjuicio"⁷⁹. El "daño al proyecto de vida" es objetivo, susceptible de ser apreciado por cualquiera que se adentra en la vida de una cierta persona y observa las consecuencias de tal daño.

El "daño al proyecto de vida" no implica certeza, en sentido estricto. Pero, no cabe duda que por su importancia existencial, es previsible que, una vez producido,

⁷⁷ De Cupis, Adriano, *El daño*, Bosch, Barcelona, 1975, pág. 320 y 324,

⁷⁸ Zannoni, Eduardo, *Responsabilidad por daños*, Astrea, Buenos Aires, 1882, pág. 43.

⁷⁹ Stiglitz, Rubén y Stiglitz, Gabriel, *Seguro contra la responsabilidad civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, pág. 233.

sus consecuencias se prolonguen en el tiempo según las circunstancias del caso y la experiencia de vida. Es obvio que la vida de un ser humano afectado en su libertad, en su núcleo existencial, no será la misma en el futuro. Corresponderá al juez, con fina sensibilidad, con una recreación valiosa del caso, percibir la existencia y magnitud del daño al proyecto de vida.

La frustración del proyecto de vida puede generar consecuencias devastadoras en tanto incide en el sentido mismo de la vida del ser humano, en aquello que lo hace vivir a plenitud, que colma sus sueños, sus aspiraciones, que es el correlato de ese llamado interior en que consiste la vocación personal. Cada ser humano vive "según" y "para" su proyecto existencial. Trata de realizarse, de concretarlo, de convertirlo en una "manera de vivir", en su cardinal modo de existir.

Es esta la trascendencia, aún indebidamente valorada, que acarrea el daño al proyecto de vida. Sólo en tiempos recientes, por acción del personalismo, se ha logrado conocer mejor y, por ende, revalorizar al ser humano. Por ello, es que también sólo en estos tiempos sea posible empezar a comprender el tremendo significado que para la persona adquiere el daño al proyecto de vida. Seguir ignorándolo significaría desconocer, o aparentar desconocer, la compleja realidad del ser humano, en cuanto ser libre y temporal, a la que hemos aludido en precedencia y, por consiguiente, representaría una actitud tendente a empequeñecer el "valor de la vida humana".

6.11.- Consecuencias del “daño al proyecto de vida”

Las consecuencias del “daño al proyecto de vida” pueden manifestarse, al menos, bajo tres modalidades según la intensidad y magnitud del evento dañoso. En la primera situación las consecuencias del daño se concretan en la frustración parcial el cumplimiento del proyecto, es decir, se produce un evidente menoscabo. En otra hipótesis las consecuencias se manifiestan en un retardo en la realización del proyecto. En un tercer escenario, la magnitud e intensidad del daño origina una frustración total del proyecto.

Es posible, en ciertos casos, que el evento dañoso ocasione, simultáneamente, el menoscabo y el retardo del proyecto de vida.

Las consecuencias de un daño de gran intensidad y magnitud al único y singular proyecto de vida se puede traducir, en casos límite, en un colapso psicossomático de tal magnitud para el sujeto -para cierto sujeto- que afecte su libertad fenoménica, que lo frustre totalmente. El impacto psicossomático debe ser de una

envergadura tal que el sujeto experimente un “vacío existencial”. En esta situación, el ser humano se enfrenta a la nada al perderse el rumbo axiológico de su vida. En estos casos, recogiendo una expresión que Milmaiene atribuye al “daño psíquico” pero que se puede aplicar al “daño al proyecto de vida”, "el desconsuelo invade a un hombre que pierde la fuente de gratificación y el campo de despliegue de su apuesta vital". Como anota el autor len el impacto psicosomático es tan fuerte que ataca "el núcleo existencial del sujeto, sin el cual nada tiene sentido" ⁸⁰. El vacío existencial es el resultado de la pérdida de sentido que sufre la existencia humana como consecuencia de un daño a su proyecto de vida.

El “daño al proyecto de vida”, que bloquea la libertad fenoménica, es el resultado de un previo daño psicosomático, ya que no es posible dañar "directamente" aquello de lo que se tiene "experiencia" pero que carece de "ubicación" en tanto se trata del ser mismo del hombre. Si el colapso es de una magnitud tal que sume al sujeto en un estado de pérdida de consciencia, que metafóricamente se suele describir y conocer como "vegetativo", es decir, de imposibilidad de comunicación, si bien no se aniquila la libertad en sí misma -lo que sólo sería posible con la muerte- se está, de hecho, anulando su capacidad de decisión. Si el daño, en cambio, es de un grado inferior en lo que se refiere a sus consecuencias, si bien no se anula la capacidad de decisión, se infiere al sujeto un daño que incide decisivamente en su posibilidad de "realizar" una decisión libre, de actuar un proyecto de vida. En este sentido, el daño al proyecto de vida compromete, seria y profundamente, la libertad del sujeto a ser "él mismo" y no "otro", afectándolo en aquello que hemos denominado su identidad dinámica, es decir, el despliegue de su personalidad ⁸¹.

El “daño al proyecto de vida”, que tiene como causa u origen un daño psicosomático, bloquea "el logro de ansiadas metas u objetivos vitales, relacionados con fuertes ideales...". Lo que importa, en este caso, es la aparición de "un hecho traumático en situación, relacionado con los valores, las metas y los ideales de un sujeto particular" ⁸². Es decir, un daño que incide en el ámbito axiológico, que tiene como consecuencia una pérdida del sentido de la vida. En síntesis, se trata de lo que designamos como un daño al "proyecto de vida".

Para explicar como es posible causar un “daño al proyecto de vida” solemos utilizar un ejemplo que hemos utilizado en otra oportunidad. Se trata del caso de un pianista por vocación, profesional, entregado por entero a su arte, cuya vida adquiere

⁸⁰ Milmaiene, José E., *El daño psíquico* en “Los nuevos daños”, pág. 71. Es conveniente aclarar, sin embargo, que el autor no distingue el daño al proyecto de vida, a pesar que lo describe con acierto, del daño psíquico al cual hace específica referencia.

⁸¹ Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho a la identidad personal*, Astrea, Buenos Aires, 1992, pág. 113 y sgts.

⁸² Milmaiene José E., *El daño psíquico*, en “Los nuevos daños”, pág. 70 y 71.

sentido vivenciando intensamente valores estéticos, cuya concreción se aprecia a través de la ejecución musical. El ser pianista le otorga sentido a su vida en tanto es lo que decidió hacer para ser. Este pianista, a raíz de un accidente automovilístico, pierde algunos dedos de ambas manos.

Cualquier observador podrá comprobar que se ha producido un daño a un ser humano. Advierte también que este daño infringido a un ser humano tiene múltiples consecuencias, unas no patrimoniales y otras patrimoniales. Se trata, sin duda, de un grave infortunio. Por lo expuesto, podemos afirmar, sin ningún titubeo, que nos encontramos frente a un “daño a la persona”. El pianista no es una "cosa". Su peculiar naturaleza es la de un ser humano "pianista".

Si analizamos los daños producidos en el caso del ejemplo propuesto encontramos, en primer lugar, que al pianista se le ha causado un evidente daño emergente que hay que indemnizar. La víctima ha sido internada en un centro hospitalario. Se debe, por consiguiente, cubrir los gastos derivados de su internamiento, los honorarios médicos, el costo de las medicinas empleadas, entre otras consecuencias. Pero, también, debe atenderse el lucro cesante, ya que el pianista acredita documentalmente que tenía pendientes de ejecutar cinco conciertos, lo que supone una significativa suma de dinero que dejaría ciertamente de percibir. Estas serían algunas de las consecuencias patrimoniales del daño a la persona, fáciles de comprobar e indemnizar.

Pero, simultáneamente, el “daño a la persona” ha generado consecuencias no patrimoniales como es el caso del “daño biológico”, consistente en las lesiones causadas a la víctima del daño, consideradas en sí mismas y que han de ser valorizadas por los médicos legistas a la luz de los baremos o tablas de infortunios, si los hubiere, o atendiendo a la equidad, inspirada en la jurisprudencia si la hubiere. Se trata tanto de lesiones físicas como de alteraciones psíquicas. Al lado de este daño biológico, de carácter psicossomático, se ha producido como consecuencia del mismo un inevitable daño que compromete, en algún grado, el bienestar integral del sujeto, el mismo que deber también ser apreciado equitativamente por el juez a la luz de los informes de los médicos legistas y de un estudio de las circunstancias del caso.

Pero, además de los daños no patrimoniales antes referidos, es decir del “daño biológico” y del “daño al bienestar”, se ha inferido a la víctima un daño radical, que incide en el destino y sentido mismo de su vida. Se ha frustrado su proyecto de vida, que consistía, única y exclusivamente, en "ser" pianista. El ser pianista otorgaba razón a su vida, sentido a su existencia, lo identificaba en la vida social a tal punto que cuando la gente lo ubicaba en un lugar público señalaba que se trataba de "un pianista".

No se puede reducir conceptualmente el “daño al proyecto de vida” a un daño a la estructura psicosomática del sujeto. Es obvio que para que exista un daño que incida en la libertad fenoménica es necesario que se produzca, necesariamente, un previo “daño biológico” y un “daño al bienestar”. Es decir, tenemos que hallarnos frente a lesiones o heridas producidas en el soma o cuerpo así como en el psiquismo. Pero cuando aparece el “daño al proyecto de vida”, trasciende el daño psicosomático para comprometer, como se ha expresado, el sentido mismo de la vida del sujeto. En el caso propuesto, el “daño biológico” está dado por la lesión consistente en la pérdida de algunos dedos de la mano. Pero, en el caso del pianista, esta lesión y aquellas de carácter psíquico, comprometen su futuro, le sustrae el sentido a su existencia, lo afecta en su núcleo existencial. Es decir, por efecto del daño a su proyecto de vida el pianista dejará de ser de ser lo que decidió ser y realizó durante un tramo de su vida antes de producirse el daño: "un pianista".

La pérdida de los dedos de la manos de un pianista o de un cirujano, la pérdida de las piernas de un deportista o de un vendedor ambulante, o la irreversible desfiguración del rostro de un artista o de una modelo, no acarrea tan sólo un daño psicosomático. El daño reviste, en estos casos, una significación más profunda, una trascendental importancia. Como apunta Malmeiene, en estos casos "se anula todo proyecto de futuro", por lo que "nada de lo que se le propone como compensación puede restituir la autoestima herida", debida a la "pérdida de placer vital que genera el impedimento laboral, artístico o profesional" ⁸³. No podemos olvidar que el trabajo, en cualquiera de sus múltiples manifestaciones, no sólo es el modo como el ser humano se inserta en la comunidad y presta un servicio, sino que, además, el trabajo libremente escogido supone su realización existencial.

¿Qué hará el pianista con su vida una vez que ella perdió su sentido?. ¿Logrará superar tan enorme frustración?. ¿Tendrá la fuerza suficiente, la necesaria y no común reserva moral, para encontrar un nuevo sentido, una nueva razón para continuar viviendo?. ¿Sucumbirá ante el devastador daño o, por el contrario, se sobrepondrá a su catástrofe personal?. ¿Será capaz de llenar su vacío existencial, que es la mayor consecuencia de la frustración de su proyecto personal?. Estas son algunas de las múltiples interrogantes que pueden formularse al contemplar el abatimiento existencial de un ser humano que se enfrenta la frustración de su proyecto de vida generado por un daño a su persona. De una frustración que es de tal magnitud que le sustrae, nada menos, que el sentido valioso de su vida, que lo sume en un vacío existencial.

⁸³ Milmaiene José E., *El daño psíquico*, en “Los nuevos daños”, pág.71.

Milmaiene se pregunta, con razón, frente al grave infortunio que significa el “daño al proyecto de vida” generado por la pérdida de los dedos de la mano para un cirujano o para un artista, sobre cuál puede ser el destino de un actor que no puede seguir actuando, o la de un cirujano que no puede continuar operando, cuando cada uno de ellos había encontrado en su práctica profesional un sentido para vivir, haciendo de ella una causa⁸⁴. Se trata de situaciones en las cuales, a partir de un daño psicossomático, el daño es más profundo, lo sobrepuja, desde que ataca el núcleo existencial del ser humano, por lo que ya no se puede seguir refiriéndose a la presencia de un daño psíquico sino que, por su devastadora magnitud, por el colapso existencial que significa, debemos admitir que nos hallamos ante un daño al “proyecto de vida”.

La frustración del proyecto de vida puede adquirir considerable magnitud, mientras que la reserva moral y humana del sujeto víctima del daño puede ser, por contraste, deficitaria, endeble, pobre. De ser así, la pérdida de los valores que daban sentido a su vida puede ocasionar, como se ha apuntado, un vacío existencial, de tales proporciones, que resulta imposible o difícil de llenar. Frente a este vacío existencial, enfrentado a la nada, el sujeto puede optar, en un caso límite, por el suicidio. Se trata de un drama existencial que no podemos soslayar si conocemos la estructura del ser humano.

En otras circunstancias, la víctima del “daño al proyecto de vida” puede buscar la manera de evadirse de una realidad que ya no le es propicia, en la que no ha estado acostumbrado a convivir, en la que ha perdido, en gran medida, su propia identidad, en la que ya no puede seguir vivenciando los valores que respondían a su personal vocación. Esta necesidad de evasión podría conducir a la persona a refugiarse en alguna grave adicción, como serían las drogas o el alcohol. Ello significa el derrumbe de su personalidad, su degradación como persona.

La frustración del proyecto de vida es siempre proporcional al interés e intensidad con que cada sujeto asume una determinada posición existencial. Así, como acota Malmaiene, “para algunos todo lo que afecta el plano laboral puede ser determinante, así como para otros sólo cuentan los fracasos económicos, o bien para terceros lo esencial es la preservación de la integridad del plano afectivo”⁸⁵. En otros términos, el proyecto de vida tiene como sustento una opción valiosa para quien lo formula.

En la mejor de las hipótesis, las consecuencias del “daño al proyecto de vida” lograrán sobrellevarse de algún modo si el sujeto tiene otros valores, de parecida o

⁸⁴ Milmaiene, José E., *El daño psíquico*, en “Los nuevos daños”, pág. 71.

⁸⁵ Milmaiene, José E., *El daño psíquico*, en “Los nuevos daños”, pág. 71.

igual importancia, cuyo vivenciamiento le otorguen a su vida un nuevo sentido. Sobre la base de estos valores la persona, de alguna manera, intentaría sustituir el proyecto de vida que parecía haber perdido. Aunque esta situación es poco probable en la mayoría de los casos en los cuales el proyecto de vida se vive con intensidad y pasión, podría darse el caso de un ser humano que logre forjar y realizar un proyecto alternativo. Nos imaginamos el caso de una persona de extraordinaria fortaleza moral, de probado coraje, de un impresionante deseo de vivir, de una honda vocación solidaria que, por estas calidades, podría tal vez encontrar en el servicio al prójimo la posibilidad de superar su trauma existencial y hallar un nuevo sentido y razón para vivir.

No puede descartarse el que existan situaciones en las que se atenúan y hasta casi pueden no presentarse consecuencias de magnitud en lo que concierne a un “daño al proyecto de vida”. Nos referimos a casos en los cuales las personas carecen de un proyecto de vida suficientemente definido, bien delineado, vigoroso. Es decir, un proyecto que no emerge de decisiones firmes, de profundas convicciones personales, de intensas vocaciones. Se trataría, en esta hipótesis, de un sujeto desorientado, inseguro, que no posee un proyecto marcado por una connotación personal, de perfiles poco nítidos, donde no se advierten con claridad los valores que el sujeto ha decidido vivenciar y que, de hecho, vivencia.

En el caso mencionado en el párrafo anterior estamos frente a un sujeto que no vivencia, con intensidad y convicción, casi con pasión, un determinado proyecto de vida. Ello no significa, en última instancia, que el sujeto carezca en absoluto de un proyecto de vida, ya que ello no sería posible dada su naturaleza de ser libre y temporal. Se trataría de personas vocacionalmente desorientadas, que no perciben con nitidez sus propios fines por lo que no se han propuesto un definido proyecto de vida. El proyecto puede aparecer incierto, cambiante, carente de fuerza vital. Es evidente que en estas particulares circunstancias, que generalmente son fácilmente perceptibles por el juez y, con mayor razón, por los expertos, las consecuencias derivadas del “daño al proyecto de vida” son irrelevantes o de escasa magnitud.

Podemos asistir a otra situación en la que el sujeto tiene un proyecto de vida, libremente elegido, pero que no ha sido capaz o no ha podido realizarlo. El proyecto existe, pero no se ha cumplido. Quedó a nivel de una libre decisión. En esta hipótesis no podríamos referirnos válidamente a la presencia de un “daño al proyecto de vida” en la medida que él no es visible, en tanto no se ha convertido en actividades cotidianas del sujeto, en actos o conductas a través de los cuales se perciba la realización de un determinado proyecto de vida. Sin embargo, cabe argumentar que esta persona puede intentar, nuevamente, llevar adelante su proyecto de vida, por lo que el daño producido no trunca definitivamente cualquier expectativa de futura

realización personal. Es decir, que si bien no existe un proyecto en plena realización, nos hallamos ante una incumplida libre decisión personal, pero abierta al futuro. No es imposible que cambiando las circunstancias que impidieron la realización del proyecto, la persona podría intentar hacerlo efectivo, realizarlo.

Es dable plantear un hecho que frecuentemente no resulta suficientemente claro. Nos referimos al caso de las incapacidades permanentes de carácter somático, las mismas que no siempre y necesariamente traen como consecuencia la frustración del proyecto de vida, sino sólo acarrear ostensibles y perjudiciales limitaciones en relación con otras actividades que no corresponden o no afectan el núcleo de su proyecto de vida. Podría ser el caso de un pianista que pierde alguna parte o función de su cuerpo, lo que no le impide continuar con su proyecto existencial no obstante causarle serias y graves limitaciones en la realización normal de su vida.

Somos conscientes de las dificultades por las que podría atravesar el juez para determinar la magnitud de un “daño al proyecto de vida” de la persona, de cada persona en particular, así como aquellas que se presentan en el momento de fijar una adecuada reparación. Esta situación constituye un problema imposible de resolver con exactitud matemática, la misma que se agrava dadas tanto las características propias de cada ser humano como la trascendencia que para él comporta su proyecto de vida. Sin embargo, la indudable existencia de estas evidentes dificultades no pueden conducir a soslayar o a ignorar la importancia y las graves repercusiones que genera el “daño al proyecto de vida” y a negar, por consiguiente, su reparación.

Conscientes del valor de la vida humana y de su connatural dignidad estimamos que, cuando sea posible y evidente, se repare de modo equitativo, de acuerdo a las circunstancias y frente al caso concreto, las consecuencias del “daño al proyecto de vida”. Las naturales dificultades que se presentan para su reparación no son un motivo que impida la formulación del diagnóstico de la existencia de un “daño al proyecto de vida” y el de un pronóstico de los efectos o consecuencias que la frustración, menoscabo o retardo del mismo han de causar a la víctima del daño. Somos de opinión que los obstáculos que pueden surgir cuando se pretende precisar los alcances y consecuencias de dicho daño en la vida de un determinado ser humano, no pueden justificar, en ningún caso, que la víctima no reciba la equitativa reparación por las consecuencias realmente sufridas. Ello, en última instancia, depende de la sensibilidad y preparación del juez para captar, con la finura de análisis que se requiere, este específico daño y sus consecuencias en cada uno de los casos que sean sometidos a su conocimiento.

En síntesis, para la apreciación del daño y sus consecuencias tanto en el caso del “daño al proyecto de vida” como también del daño psíquico, "las generalizaciones

o universalizaciones no tienen cabida, dado que un hecho que puede resultar catastrófico para una persona, no tiene ningún valor para otra y viceversa" ⁸⁶. Esta situación corrobora la particular dignidad del ser humano, que se sustenta en que cada uno, por ser libre, tiene una propia identidad, lo que hace que sobre la base de igualdad del género humano, cada persona esté dotada de una especial personalidad, de una particular sensibilidad para vivenciar valores. El ser humano es único, singular, irrepetible, no estandarizado, impredecible, dinámico, histórico. Todas estas connotaciones obligan al juez, dejando de lado las técnicas para la apreciación y cuantificación de los daños patrimoniales, tratar cada caso de "daño al proyecto de vida" como "el caso" y no como "un caso más". Esta característica del ser humano complica la apreciación y las consecuencias del "daño al proyecto de vida".

El juez, dada la imposibilidad de valorar en dinero, en forma directa e inmediata, las consecuencias derivadas de un "daño al proyecto de vida" no tiene otro camino, para no dejar injustamente sin alguna reparación tales consecuencias, que acudir a un criterio de equidad. El magistrado tiene que asumir la situación personal de la víctima y vivenciar lo que para ella significa la pérdida de su proyecto de vida. El juez, al otorgar dicha reparación, debe tener presente el cuadro de las diversas indemnizaciones concedidas por las consecuencias de otros daños sufridos por la persona, a fin de lograr que la suma señalada para reparar específicamente el "daño al proyecto de vida" guarde la debida proporción con aquellas fijadas para las otras situaciones, teniendo para ello en cuenta la gravedad de las lesiones o consecuencias sufridas tratándose de cada daño padecido por la víctima.

En cualquier caso, los jueces deben ser muy cuidadoso al analizar las situaciones de "daño al proyecto de vida" que se sometan a su conocimiento y estar muy atentos del caso concreto para evitar excesos injustificados en la fijación de los montos de las reparaciones. Los jueces deben alejarse de los extremos nocivos como son, de un lado, dejar sin reparación a la víctima de un claro y ostensible "daño al proyecto de vida" y, del otro, otorgar montos excesivos alejados de la realidad y de las circunstancias propias de cada caso.

6.12.- ¿Existe un "daño al proyecto de vida"?

Después de todo lo brevemente expuesto cabe preguntarse, una vez más, si es verdad que existe un "proyecto de vida" y que, por consiguiente, es susceptible de ser dañado por lo que sus consecuencias deben ser reparadas de algún modo. Por nuestra parte, desde antiguo, estamos convencidos de ello porque, fundamentalmente,

⁸⁶ Milmaiene, José E., *El daño psíquico*, en "Los nuevos daños", pág. 71.

tenemos experiencia de nuestra propia libertad y de nuestra temporalidad, del vivenciamiento valores y, por ende, de la formulación de proyectos. Es decir, somos conscientes, de acuerdo con nuestra inclinación vocacional, de lo que hemos elegido como proyecto a realizar en la vida para otorgarle a ésta un sentido, para dignificarla, para encontrar una razón al vivir. Lo que no es poco, si apreciamos en todo su valor y significación el precioso don de la vida.

Ciertamente, no es suficiente que, desde hace veinte años, estemos plenamente convencidos de la existencia del proyecto de vida. Lo importante es lograr el reconocimiento comunitario del hecho, de que exista conciencia que ha cambiado la concepción sobre la estructura ontológica del ser humano, que nos encontramos ante un ser que es libertad y, simultáneamente, es coexistencial y temporal. Este reconocimiento permitirá, sin duda, comprender que ser libre significa proyectar. Por ello, hemos insistido en que se asuma esta nueva concepción del ser humano, que es la que realmente lo dignifica, al superar la antigua imagen de que el hombre era, solamente, un “animal racional”.

Para lograr la efectiva realización de nuestro proyecto de vida se requiere contar con oportunidades, posibilidades así como empeño, perseverancia, energía, constancia, coraje. De esto somos conscientes, porque son muchos y muy variados los obstáculos que debemos vencer o ante los cuales habremos de sucumbir en la persecución de este propósito. Por eso, como lo recalca Mounier, es del caso recordar que la vida es una guerra civil consigo mismo. La realización del proyecto es una conquista. Es el resultado de una lucha permanente y cotidiana contra los condicionamientos que agobian a la persona. Como expresa Mounier, "hay en mi libertad un peso múltiple, el que viene de mi mismo, de mi ser particular que la limita, y el que le llega del mundo, de las necesidades que la constriñen y de los valores que la urgen" ⁸⁷. Como señala el propio Mounier "la libertad se gana contra los determinismos naturales, se conquista sobre ellos, pero con ellos" ⁸⁸.

Somos generalmente conscientes de nuestras realizaciones, de su ocasional o coyuntural plenitud o de sus frecuentes limitaciones. Pero también se hacen patentes nuestras frustraciones, nuestros fracasos. Tratamos, a menudo, de indagar por los condicionamientos, endógenos o exógenos, que han gravitado en nuestros éxitos y, con mayor razón, por aquellos que determinaron nuestras frustraciones, menoscabos o retardos en la realización del proyecto de vida..

Después de lo hasta aquí expresado es lícito preguntarse si será posible causar un daño de tal magnitud que frustre nada menos que el radical proyecto de vida de la

⁸⁷ Mounier, Emmanuel, *El personalismo*, pág. 36.

⁸⁸ Mounier, Emmanuel, *El personalismo*, pág. 36.

persona. El mayor conocimiento que en la actualidad se tiene de lo que significa el ser humano, de lo que constituye su estructura, así como de lo que surge de la experiencia del puro vivir, hace posible una respuesta afirmativa. De ello estamos plenamente convencidos y deseáramos, por consiguiente, contribuir con estas modestas y embrionarias reflexiones a fin de que quienes aún no comparten estas experiencias nos acompañen, en algún momento, en la tarea de precisar los alcances y la importancia de una protección plena e integral del ser humano en todo lo que él significa y representa. Sobre todo, que duda cabe, en la protección de su libertad fenoménica, de su proyecto de vida.

Si partimos de la concepción del ser humano como “unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad” resulta clara la diferencia existente entre el genérico y comprensivo concepto de “daño a la persona” y el específico “daño al proyecto de vida”. Vale la pena recordar a este propósito, y como se ha señalado en su lugar, que el genérico y comprensivo “daño a la persona” reconoce dos categorías de daños si nos atenemos a la estructura del ser humano, es decir, a lo que realmente se le puede dañar. De una parte se puede lesionar algún o algunos aspectos de nuestra unidad psicosomática, por lo nos hallamos frente a un “daño psicosomático” (somático y psíquico). Este daño, a su vez, comprende el “daño biológico” o la lesión en sí misma, y el “daño al bienestar” que, como consecuencia de aquel, afecta la vida ordinaria de la persona. En esta categoría están comprendidos todos los daños que se le puede inferir al ser humano, excepto el que específicamente incide en su libertad. De otro lado, tenemos el “daño al proyecto de vida” o daño a la libertad fenoménica del ser humano.

El recuento de las diversas categorías del “daño a la persona” nos permite apreciar como el “daño al proyecto de vida” es un daño específico, que afecta la libertad convertida en actos o conductas que, en la realidad, componen la realización de dicho proyecto. Se trata, como se ha advertido, de la libertad fenoménica, aquella que aparece en el mundo como realización de una decisión libre de la persona en tanto ser libertad.

7.- PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA LIBERTAD FENOMÉNICA O “PROYECTO DE VIDA”

En el artículo 1549° del nonato Proyecto de Reforma del Código civil argentino, formulado por la Comisión designada por el Poder Ejecutivo mediante Decreto 468/92⁸⁹, se prescribía que "la violación del deber de no dañar" genera la

⁸⁹ Este proyecto fue desestimado. Se publicó por la Editorial Astrea, Buenos Aires 1993.

obligación de reparar el daño causado conforme a las disposiciones del Código. Constituye, a nuestro entender, un acierto legislativo recordar que todo ser humano no sólo posee derechos, como supone el individualismo exacerbado, sino que tiene, aparte de una infinitud de deberes que derivan de cada uno de sus específicos derechos subjetivos, un deber genérico consistente en "no dañar". Bastaría este simple enunciado para que, a partir de él, los jueces tutelaran cualquier tipo de daños que pudiera sufrir el sujeto en su persona o en sus bienes o en los de la comunidad. El deber de no dañar, por lo demás, da cuenta de la dimensión coexistencial o intersubjetiva del derecho.

El principio de *non laedere* cubre, por consiguiente al ser humano entendido como una unidad existencial y lo protege, de modo preventivo, unitario e integral. No es necesario mencionar o inventariar o hacer un catálogo de todos los múltiples derechos e intereses del ser humano que merecen específica tutela jurídica. Como sostienen algunos autores existe un sólo y comprensivo derecho de la persona, el mismo que se sustenta en su propia dignidad de ser libre, coexistencial y temporal, así como en el consiguiente deber de los demás de respetar esta peculiar condición. Todo lo que relaciona con la dignidad de la persona merece protección jurídica, exista o no en el derecho positivo norma jurídica expresa que la sustente. La dignidad es la fuente y fundamento de la protección integral de los intereses y derechos del ser humano.

El artículo 4° de la Constitución Política peruana de 1979 y el 3° de la Constitución de 1993 confirman lo expresado en precedencia cuando enuncian que la “enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se funden en la **dignidad** del hombre...”. Este artículo, que actúa como cláusula abierta o en blanco permite la creatividad de los jueces frente a cualquier nuevo interés existencial digno de protección jurídica que aún no cuenta con una norma expresa que lo tutele. Es en aplicación de esta cláusula abierta o en blanco que en algunos países, como es el caso de Italia, los jueces protegen los intereses existenciales a la intimidad o a la identidad sin que en la Constitución ni en el Código civil se encuentren normas jurídicas expresas de tutela de tales intereses existenciales.

La protección preventiva, unitaria e integral de la persona humana va adquiriendo paulatina importancia en nuestros días, ya que se tiende a variar los tradicionales alcances del "derecho subjetivo" a fin de sustraerle toda connotación absolutista. Ello ha dado lugar, atendiendo a la realidad del sujeto como un ente libre pero al mismo tiempo coexistencial, que todo derecho supone un correlativo deber y que, a su vez, todo deber conlleva un derecho. Es decir, se ha logrado superar el concepto tradicional de derecho subjetivo sustituyéndolo por el de "situación jurídica

subjetiva", el mismo que denota esta nueva noción de amplios alcances ⁹⁰. La "situación jurídica subjetiva" da cuenta de la realidad coexistencial del Derecho.

Pero, además y como es lógico, las modernas Constituciones y ciertos códigos civiles incluyen normas que protegen la libertad del ser humano o su "libre desarrollo" o el "libre desenvolvimiento de su personalidad".

La Constitución Política del Perú de 1993 prescribe en el inciso 1 de su artículo 2° que toda persona tiene derecho a "su libre desarrollo". Es decir, se tutela la actuación fenoménica de la libertad, cuya máxima expresión, que duda cabe, es el singular "proyecto de vida". Este derecho encuentra también su amparo en el Código civil de 1984, en el cual el artículo 5° tutela expresamente "la libertad" del ser humano. Es decir, la libertad que sustenta su actuación proyectiva.

El artículo 1° de la Constitución peruana de 1979 tenía una fórmula sintética muy expresiva en lo que significa la protección de la persona. En este numeral se enuncia que la persona es "el fin supremo de la sociedad y del Estado".

El juez peruano no tiene ninguna dificultad para proteger el "proyecto de vida". El artículo 1985° del Código civil de 1984 obliga a la reparación del "daño a la persona", al lado del daño emergente y del lucro cesante. Como se ha expresado en su lugar, el "daño al proyecto de vida" es un aspecto específico del genérico y comprensivo concepto de "daño a la persona".

De otro lado, se debe también tener presente que el artículo 200° de la Constitución peruana de 1993 contiene las acciones de habeas corpus y amparo.

Por su parte, el artículo 2° de la Constitución italiana de 1947 protege "los derechos inviolables del hombre", mientras que la Constitución española de 1978 es más explícita cuando, en su artículo 10°, considera que "la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social".

El artículo 5° de la Constitución colombiana de 1991 establece que "el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona" y, en su artículo 16°, prescribe que "todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico".

⁹⁰ Fernández Sessarego, Carlos, *Abuso del derecho*, primera edición, Astrea, Buenos Aires, 1992, pág. 54 y sgts. y segunda edición, Grijley, Lima, pág. 60 y sgts.

Como se desprende de los casos emblemáticos antes citados, los ordenamientos jurídicos protegen genéricamente los derechos inviolables del hombre, inherentes a su propio ser o, expresamente, tutelan la libertad o su libre desarrollo o el libre desenvolvimiento de la personalidad. Es decir, bajo diversas fórmulas, se protege la libertad, en sí misma, y su actuación o expresión fenoménica, cuyo exponente es el **proyecto de vida**.

El Proyecto de Código Civil argentino de 1998, en revisión por el Congreso, prescribe específicamente en el inciso b) de su artículo 1600° la indemnización del “daño al proyecto de vida”. La incorporación del “daño al proyecto de vida” en el Proyecto en mención es un hecho significativo en la evolución de la legislación contemporánea sobre el derecho de daños._

8.- EL “DAÑO AL PROYECTO DE VIDA” EN EL DERECHO VIVO

8.1.- La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En los casi diez años de elaboración del nuevo concepto de “daño a la libertad” en su expresión fenoménica o “proyecto de vida” en proceso de realización, este daño ha sido incorporado al derecho vivo tanto a nivel de la jurisprudencia supranacional como de la jurisprudencia comparada.

Entre 1998 y el 2001 son tres, al menos, las sentencias de reparación de daños en las que la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica hace referencia, analiza y repara el “daño al proyecto de vida”. En ellas, la Corte considera la reparación del “daño al proyecto de vida” al lado del tradicional resarcimiento de los denominados “daños materiales” - como es el caso del lucro cesante y del daño emergente - y de la indemnización del llamado “daño moral”.

Las sentencias de reparación de daños, sustentadas en precedentes fallos dictados sobre el fondo de los respectivos asuntos y a las que se hace mención en el párrafo anterior, son las del 27 de noviembre de 1998, recaída en el caso “María Elena Loayza Tamayo” con el Estado Peruano, la de “Los Niños de la Calle” con el Estado de Guatemala, de fecha 26 de mayo del 2001 y la sentencia “Cantoral Benavides”, con el Estado peruano, fechada tres de diciembre del 2001.

8.2.- La sentencia en el caso “María Elena Loayza Tamayo”

La sentencia de reparación de daños dictada por la Corte Interamericana en el caso “María Elena Loayza Tamayo” con el “Estado del Perú” constituye un fallo histórico en materia de reparación de daños causados al ser humano. En este primer pronunciamiento la Corte analiza, profunda y extensamente y presta especial atención al radical daño al “proyecto de vida”. En él se expresa por el Tribunal que “conviene manifestar que este concepto ha sido materia de análisis de parte de la doctrina y de la jurisprudencia recientes”. Es decir, se reconoce por la Corte los primeros aportes que desarrollan la temática del daño a la libertad fenoménica, es decir, al proyecto de vida.

No obstante el detenido y serio examen efectuado por la Corte sobre el “daño al proyecto de vida” así como del hecho de declarar que María Elena Loayza había sido víctima del mismo, consideramos que, erróneamente, la sentencia se abstiene de fijar una reparación satisfactiva de dicho ostensible daño alegando, para ello, carecer de precedentes en la materia. Esta inexplicable omisión de la Corte Interamericana, en cuanto a fijar una suma de dinero a título de reparación del “daño al proyecto de vida” se salva, sin embargo y tal como se apreciará, en las dos siguientes sentencias a las que se ha hecho mención.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fecha 27 de setiembre de 1998, en cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia dictada sobre el fondo del asunto por la propia Corte, con fecha 27 de setiembre de 1997, tal como se ha señalado, dictó sentencia de reparación de daños en el caso “María Elena Loayza Tamayo”, quien había sido absuelta del delito de traición a la patria (terrorismo agravado) por la justicia militar peruana para luego, inexplicablemente, ser procesada por la justicia común sobre los mismos hechos bajo el cargo de terrorismo.

La Corte consideró que se habían violado las garantías judiciales recogidas en el artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Es decir, concretamente, en lo concerniente al principio *non bis in ídem*. En efecto, el parágrafo 8.4 de la citada Convención dispone textualmente que “el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”.

En la sentencia de reparaciones, la Corte ordenó que el Estado peruano “ponga en libertad a María Elena Loayza Tamayo dentro de un plazo razonable”. Así mismo, dispuso el pago de parte del Estado peruano de una “justa indemnización a la víctima y a sus familiares y a resarcirles los gastos en que hayan incurrido”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la mencionada sentencia de reparaciones, reconoce expresamente la existencia del “proyecto de vida”. Lo muestra, con acierto, como la dimensión fenoménica de la libertad ontológica en que consiste el ser humano. Como lo señalan los propios magistrados, con este fallo se contribuye, de manera notoria, a “reorientar y enriquecer la jurisprudencia internacional en materia de reparaciones con el enfoque y el aporte propios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”⁹¹. Esta sentencia significa, en efecto, un gigantesco paso adelante en lo atinente a la protección integral del ser humano en cuanto estructura unitaria psicosomática sustentada en su libertad.

La referida sentencia contribuye a la más amplia difusión - a nivel de la doctrina y de la jurisprudencia comparada - del especial significado que posee el “proyecto de vida” en tanto constituir la más importante expresión de la libertad en su tramo objetivo.

En la mencionada sentencia, luego del análisis en términos generales de los alcances conceptuales de la noción referente al “proyecto de vida”, la Corte sostiene que las consecuencias de dicho daño pueden ser, en alguna medida, su frustración, su retardo o su menoscabo. Es así que, con referencia al caso concreto sometido a su jurisdicción, la Corte reconoce, precisamente, “la existencia de *un grave daño al “proyecto de vida”*”⁹² de María Elena Loayza Tamayo derivado de la violación de sus derechos humanos”.

Para la Corte, el “daño al proyecto de vida” de María Elena Loayza Tamayo atentó contra su desarrollo personal por factores que, siéndole ajenos, le son a ella “impuestos en forma injusta y arbitraria, con violación de las normas vigentes y de la confianza que pudo depositar en órganos del poder público obligados a protegerla y a brindarle seguridad para el ejercicio de sus derechos y la satisfacción de sus legítimos intereses”⁹³.

⁹¹ Así se refiere en el párrafo 12 del voto razonado de los jueces de la Corte A.A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli .

⁹² El subrayado es nuestro.

⁹³ Párrafo 150 de la sentencia.

La Corte comprobó que en el caso de la víctima es “evidente que los hechos violatorios en su contra impidieron la realización de sus expectativas de desarrollo personal y profesional, factibles en condiciones normales, y causaron daños irreparables a su vida, obligándola a interrumpir sus estudios y trasladarse al extranjero, lejos del medio en que se había desenvuelto, en condiciones de soledad, penuria económica y severo quebranto físico y psicológico”.

El Tribunal concluye pronunciándose en el sentido que el “conjunto de circunstancias directamente atribuibles a los hechos violatorios que ha examinado esta Corte, han alterado en forma grave y probablemente irreparable la vida de la señora Loayza Tamayo, e impedido que ésta alcance las metas de carácter personal, familiar y profesional que razonablemente pudo fijarse”⁹⁴. Es decir, se reconoce un serio menoscabo del proyecto de vida de María Elena Loayza.

De lo manifestado por la Corte se aprecia que, si bien el daño sufrido por la actora no frustró de manera radical su proyecto de vida, si alteró “en forma grave y tal vez irreparable” dicho proyecto, habiéndole impedido alcanzar las metas u objetivos que se había propuesto. Es decir, en otras palabras, el daño le causó a la víctima un grave menoscabo en la concreción existencial de su “proyecto de vida”.

8.3.- Consideraciones sobre el “daño al proyecto de vida” en el caso “María Elena Loayza”

En el pronunciamiento de la Corte antes referido, el proyecto de vida “se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone”. Se trata de un abanico de opciones que el ser humano encuentra en lo que Ortega y Gasset refirió como la “circunstancia”, en la que se halla situado el ser humano. La persona, en cuanto ser libre decide y elige, entre una multitud de posibilidades existenciales, aquella opción que, según propia valoración axiológica, le ha de permitir, como señala el fallo bajo comentario, “conducir su vida y alcanzar el destino que se propone”⁹⁵.

La Corte, al expresar en su sentencia lo anteriormente glosado, quiere significar que dicha valoración axiológica, que le permite a la persona elaborar su “proyecto de vida”, le otorga un sentido a su decurso existencial, una razón de ser. Es decir, la Corte estima que en el “proyecto de vida” está en juego nada menos que el futuro del ser humano, lo que libremente ha decidido “ser y hacer de su vida”.

⁹⁴ Parágrafo 152 de la sentencia.

⁹⁵ Parágrafo 148 de la sentencia

En relación a las opciones o posibilidades existenciales que el ser humano tiene ante sí, la Corte estima que ellas son “la garantía de la libertad”. La libertad supone decidir, elegir, previa una valoración, dentro de un conjunto de opciones existenciales, aquella que determinará su futuro, que signará su vida. Por ello, no puede concebirse que una persona sea verdaderamente libre, es decir, capaz de decidir y preferir, “si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación”⁹⁶. La opción que el hombre elige trasunta lo que “decide ser” en el futuro. Dichas opciones constituyen, por ende, el ingrediente de su “proyecto de vida”.

La Corte, en la sentencia que comentamos, atribuye “un alto valor existencial” a las opciones que le permitirán al ser humano elegir su proyecto de vida. Precisamente, el ser humano, en cuanto libre y temporal, decide realizar su vida según determinada opción, lo que significa que “esa” opción, es decir, la elegida, tiene para él un prioritario valor existencial. En su discurrir existencial la persona tratará de realizarse según la opción que libremente escogió entre una multiplicidad de opciones. De ahí que el derecho proteja la “realización” plena de la libre decisión del ser humano, la misma que se concreta en su “proyecto de vida”. El derecho, al proteger el “proyecto de vida”, tutela la más significativa manifestación objetiva o fenoménica de la libertad del ser humano.

Se protege jurídicamente la realización del “proyecto de vida” porque en él está en juego, como se ha dicho, el destino mismo de cada ser humano. El mayor daño que se puede causar a la persona, por consiguiente, es la frustración, menoscabo o retardo en la realización del personal “proyecto de vida”. Es por ello que la sentencia de la Corte, con acierto y sensibilidad, expresa que su “cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de la Corte”⁹⁷. En efecto, la frustración o menoscabo del “proyecto de vida” supone, como señala la Corte, una reducción de la libertad fenoménica, de aquella que se concreta o realiza en el “proyecto de vida”. Es, por ello, un atentado contra su plenitud y, por consiguiente, la pérdida del rumbo axiológico que otorgaba sentido a la vida de quien padeció las consecuencias del daño.

⁹⁶ Parágrafo 148 de la sentencia.

⁹⁷ Parágrafo 148 de la sentencia.

Como consecuencia de todo lo anteriormente expuesto, la sentencia considera que “es razonable afirmar que los hechos violatorios de los derechos humanos impiden u obstruyen en forma sustancial el desarrollo del individuo”. Es decir, el daño al proyecto de vida, “entendido como una expectativa razonable y accesible en el caso concreto, implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal en forma irreparable o muy difícilmente reparable”⁹⁸.

En el fallo que comentamos se reconoce que los hechos que originan un daño al proyecto de vida “cambian drásticamente el curso de la vida”⁹⁹, imponen circunstancias nuevas y adversas y modifican los planes y proyectos que una persona formula a la luz de las condiciones ordinarias en que se desenvuelve su existencia y de sus propias aptitudes para llevarlas a cabo con probabilidades de éxito”¹⁰⁰.

En la sentencia bajo comentario, como se ha puesto de manifiesto, se asimila también al concepto de daño al proyecto de vida “la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal en forma irreparable o muy difícilmente reparable”. Es decir, que un “daño al proyecto de vida” no sólo implica la frustración del mismo sino también cualquier menoscabo, restricción o limitación que pueda sufrir y que, de alguna manera, frustren parcialmente o retarden su realización temporal.

En la lúcida y precursora sentencia que comentamos se estima que, en lo que concierne al daño al proyecto de vida, “no se trata de un resultado seguro, que haya de presentarse necesariamente, sino de una situación probable - no meramente posible - dentro del natural y previsible desenvolvimiento del sujeto, que resulta interrumpido y contrariado por hechos violatorios de sus derechos humanos”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en tiempos recientes y al menos a través de tres sentencias dictadas entre los años 1998 y 2001, se ha referido al tema del “daño moral” en contraposición con el “daño al proyecto de vida”. En la sentencia de reparaciones del caso “María Elena Loayza Tamayo” que data de 1998¹⁰¹, la Corte en referencia no llega aún a precisar el hecho de que el daño moral,

⁹⁸ Parágrafo 150 del pronunciamiento de la Corte.

⁹⁹ Parágrafo 149.

¹⁰⁰ Parágrafo 149 de la sentencia.

¹⁰¹ En los puntos 6.2 y 6.3 hacemos una breve referencia a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de “María Elena Loayza Tamayo”.

en cuanto perturbación psicológica no patológica, está incorporada al “daño a la persona” de carácter psicosomático. Es decir, que no constituye una categoría autónoma del mencionado “daño a la persona”.

Al respecto, en relación con la citada sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, encontramos un voto parcialmente disidente del magistrado Roux Rengifo quien hace dos pertinentes observaciones en relación con los alcances del “daño al proyecto de vida”. En este sentido y en primer término, anota que no toda modificación de las condiciones de existencia merece ser indemnizada. Manifiesta que para que ello ocurra “debe tratarse de un cambio de mucha entidad, que trastoque a fondo, por ejemplo, el marco afectivo y espiritual en que se desenvuelve la vida de la familia, o trunquen una evolución profesional que ha consumido grandes esfuerzos y empeños”. De otro lado, apunta que al considerarse el “daño al proyecto de vida” deben evitarse “ciertos extremos, como creer que la víctima permanecerá atrapada para siempre en la inmovilidad y la desesperanza, o darle aval a una suerte de tragedia eterna”. De ahí que, a su parecer, los jueces deben tener en cuenta esta cuestión en el momento de fijar, “en equidad, el monto de la respectiva indemnización”.

Resultan pertinentes, en nuestro concepto, las observaciones formuladas en precedencia, a las cuales nos hemos referido en trabajos anteriores sobre la materia. El “daño al proyecto de vida”, como muchas veces lo hemos puesto en evidencia, es un daño radical y profundo que se causa a la persona y que genera como grave consecuencia el que se frustre aquello que constituye el eje central y decisivo sobre el que gira la entera existencia de la persona. Se trunca, nada menos y como lo hemos expresado, el destino de la persona, con lo que se le hace perder el sentido de su existencia.

Para precisar las consecuencias del “daño al proyecto de vida” hay que distinguir entre el daño radical, que lo frustra por completo o casi totalmente, de aquellos otros daños que, sin llegar a truncar o cancelar dicho proyecto, generan su significativa limitación, menoscabo, restricción o retardo en cuanto a su normal desarrollo. La pérdida de opciones u oportunidades existenciales traen como consecuencia un menoscabo en la realización integral del mismo.

Como ejemplo de la primera hipótesis podemos referirnos al caso ya sea de un afamado pianista o de un destacado cirujano, ambos dedicados, plena y vocacionalmente, a lo que consideran una valiosa realización personal que otorga

pleno sentido a su vida. Si cualquiera de ellos perdiese la mano en un accidente es indudable que, en esta situación, se ha producido una total frustración de su “proyecto de vida”, de su más íntima vocación o llamado existencial ya que no podrán ser más “un pianista” o “un cirujano”. Se ha creado en ellos un vacío existencial.

En cuanto a la segunda hipótesis, podemos citar el caso de María Elena Loayza Tamayo en el cual la víctima no ha sufrido la frustración completa de su “proyecto de vida”, no obstante lo cual son evidentes los graves menoscabos que han limitado y retardado significativamente su realización integral. En esta situación es muy probable que, sobre la base de las consecuencias del daño padecido, no podrá nunca más realizar plenamente su proyecto de vida tal como libremente lo decidió en su momento.

De otro lado, no está dicho que siempre y necesariamente la persona que ha sufrido un daño en lo que atañe a su “proyecto de vida” no pueda otorgarle a ésta un nuevo sentido. Ello, si bien es posible, resulta, sin embargo, altamente improbable si nos atenemos a la hondura y radicalidad de las consecuencias de un daño de esta magnitud. Toca al juez, atendiendo a las circunstancias del caso y a las calidades personales y edad de la víctima, determinar la magnitud y las consecuencias que, en cada caso, pueda ocasionar el “daño al proyecto de vida” así como fijar la equitativa reparación que corresponda.

8.4.- Reflexiones sobre el caso “Cantoral Benavides”

Luis Alberto Cantoral Benavides, como lo comprobó la Corte, fue sometido a “condiciones de reclusión hostiles y restrictivas; fue torturado y sometido a diversos tratos crueles, inhumanos y degradantes y esto le produjo intensos dolores corporales y sufrimientos emocionales”. Además, la Corte determinó que las actuaciones que se siguieron en su contra no cumplieron con los requisitos del debido proceso. En efecto, su detención fue arbitraria, fue presentado a la prensa en traje infamante, se advirtió falta de garantías y protección judiciales ¹⁰².

Por los hechos antes señalados y otros que sería extenso relatar, la Corte consideró que ellos “ocasionaron una grave alteración del curso que normalmente habría seguido la vida de Luis Alberto Cantoral Benavides”. Es así que, “los trastornos que esos hechos le impusieron, impidieron la realización de la vocación, las aspiraciones y potencialidades de la víctima, en particular, por lo que respecta a su

¹⁰² Punto 59 de la sentencia.

formación y a su trabajo como profesional”. Todo esto, concluye la Corte, “ha representado un serio menoscabo para su proyecto de vida”¹⁰³.

En el caso bajo comentario, la Corte, a diferencia de lo acontecido en el caso “María Elena Loayza Tamayo”, establece un conjunto de compensaciones por lo que considera como “un menoscabo” al “proyecto de vida” de Luis Alberto Cantoral¹⁰⁴.

Entre tales compensaciones por las consecuencias del “daño al proyecto de vida” la Corte establece que una medida de reparación satisfactiva es la sentencia *per se*, cuya parte resolutive ha de publicarse en el Diario Oficial y en otro diario de circulación nacional, por una única vez¹⁰⁵.

La Corte considera, sin embargo, que la vía más idónea para restablecer el proyecto de vida de Cantoral Benavides consiste en que el Estado le proporcione una beca de estudios superiores o universitarios, con el fin de cubrir los costos de la carrera profesional que la víctima elija. Así mismo, el Estado debe cubrir los gastos de manutención durante el tiempo en que duren tales estudios en un centro “de reconocida calidad académica escogido de común acuerdo entre la víctima y el Estado”¹⁰⁶.

Finalmente, la Corte ordena que el Estado peruano realice un desagravio público en reconocimiento de su responsabilidad en este caso y a fin de evitar que hechos como los del caso se vuelvan a repetir¹⁰⁷.

9.- “DAÑO A LA PERSONA” Y “DAÑO MORAL”

En el presente párrafo trataremos de deslindar los alcances conceptuales del genérico y comprensivo “daño a la persona” en relación con el mal llamado “daño moral” que, en realidad, es exquisitamente “jurídico”. No entendemos el por qué un daño moral se constituya en contenido del derecho positivo. Todo agravio moral significa una perturbación preponderantemente psíquica con naturales reflejos somáticos.

Se nos ocurre que designar como “moral” un daño que afecta preponderantemente la esfera psíquica no patológica de la persona es un rezago de la

¹⁰³ Punto 60 de la sentencia.

¹⁰⁴ Punto 63 de la sentencia.

¹⁰⁵ Punto 79 de la sentencia.

¹⁰⁶ Punto 80 de la sentencia.

¹⁰⁷ Punto 81 de la sentencia.

tradicción impuesta por la doctrina francesa decimonónica que aplicaba, sin mayor sentido crítico, el calificativo de “moral” a instituciones eminentemente “jurídicas”. Es, entre otros probables casos, la designación que se hacía antaño de la “persona jurídica”, la misma que, dentro de dicha tradición, se le conocía como “persona moral”. Felizmente esta designación ha sido superada. Tenemos la esperanza que, en el futuro, suceda lo mismo tratándose del famoso daño “moral” .

9.1.- Deslinde conceptual entre el “daño a la persona” y el “daño moral”

Es importante remarcar, tal como lo hemos venido sosteniendo por cerca de tres décadas y como también ocurre en la obra de algunos connotados autores, el distingo existente entre la tradicional expresión de "daño moral" y la contemporánea de "daño a la persona". De su simple enunciado, aplicando una lógica más que elemental, se deduce que el “daño moral” (*pretium doloris*) no es otra cosa que una modalidad del genérico “daño a la persona” y, por consiguiente, es una especie de un concepto comprensivo, es decir, de una más amplia noción que lo engloba y subsume. Y esta genérica y comprensiva noción, obviamente, es la de “daño a la persona”. Como bien lo denota el concepto, todo daño a la persona es simplemente eso: un “daño a la persona”. Y el denominado “daño moral” es un daño a la persona y no a ninguna otra cosa u objeto del mundo. ¿ Es o no es un “daño a la persona”? Si lo es, ubiquémoslo dentro de la unidad psicosomática a fin de determinar a que aspecto de la misma afecta lo que se entiende por daño “moral”, es decir, dolor, sufrimiento, perturbación psicológica necesariamente no patológica.

Lo "moral", quien lo duda, es el conjunto de principios que posee toda persona. No constituyen un específico aspecto de su estructura psicosomática. Lo que ocurre es que cuando se agravan estos principios se lesiona la estructura psíquica de la persona. Se siente una determinada perturbación psicológica, malestar, rabia, indignación, incomodidad. Es decir, se trata de expresiones de carácter psicológico. Lo que se ha dañado es, pues, la estructura psíquica del ser humano a raíz de un agravio a sus principios morales. En otros términos, se han lesionado los **sentimientos** de la persona. ¿Y que son los sentimientos ¿. Pues, hasta donde alcanzan nuestros conocimientos, ellos constituyen aspecto del psiquismo humano junto a lo intelectual y lo volitivo. A este aspecto de la unidad psicosomática no se le conoce como “moral”. La Moral tiene que ver con el mundo de la subjetividad, mientras que el Derecho sólo surge a partir de una interferencia de conductas humanas. Se trata del mundo de la intersubjetividad.

En 1985 sosteníamos que “la restringida acepción de daño moral no coincide, por cierto, con el concepto de daño a la persona que hemos esbozado. El daño a la persona tiene alcances muchos más amplios y profundos que un

sentimiento, un dolor o sufrimiento” Agregábamos que el daño a la persona “significa el agravio o lesión a un derecho, a un bien o un interés de la persona en cuanto tal,“ comprendiéndose dentro de él “hasta la frustración del proyecto existencial de la persona humana”. Todo ello, decíamos, “es más complejo que el sufrimiento o el dolor”¹⁰⁸.

Hoy, más que nunca, al encontrarse en juego dos conceptos, que para algunos autores podrían tener la misma significación -situación que contradecimos pero que se presenta en la literatura jurídica-, tenemos el convencimiento de la necesidad de que cada autor, que trate o roce este tema, debería esclarecer su posición y sus fundamentos en torno a los alcances y relación que dentro de su personal concepción otorga a los conceptos de "daño a la persona" y de "daño moral". Es un deber de claridad y de respeto que se tiene con el lector,

La tradicional concepción del daño “moral” se centra en el daño ocasionado al ámbito afectivo o sentimental de la persona, lo que trae como consecuencia, sufrimiento, dolor, perturbación psíquica, desequilibrio emocional. Desde nuestra perspectiva -que se sustenta en una concepción del ser humano en cuanto unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad – el daño “moral” es un daño a determinado "aspecto" de la persona, al igual que una multiplicidad de otros daños lesionan otros tantos aspectos del complejo y, a la vez, unitario ser humano. Se trata, en este específico caso, de la lesión a una modalidad del género "daño a la persona". Por esta razón somos de la opinión que debe incluirse la restringida noción de “daño moral” dentro de aquella otra, genérica y comprensiva, de “daño a la persona” en cuanto lesiona un aspecto preponderantemente psíquico de ésta. Y es que el daño moral” no es otra cosa, como está dicho, que un daño específico que compromete básicamente la esfera afectiva o sentimental de la persona, ocasionándole una perturbación, un dolor, un sufrimiento que carece de un sustento patológico. No tiene sentido, por lo tanto y en nuestro concepto, seguir otorgando autonomía jurídica a una voz que se encuentra conceptualmente subsumida dentro de otra que es genérica y comprensiva.

Los argumentos que pretenden justificar la autonomía del “daño moral” se basan, fundamentalmente, en la fuerza de la tradición. Por lo general, quienes emplean este argumento no encuentran la necesidad de adoptar otro concepto diferente y apropiado frente a nuevos daños al ser humano y, más bien, consideran que lo adecuado es ampliar las fronteras de un concepto en uso para incluir dentro de él otros daños al ser humano que se despliegan en el mundo de lo “jurídico” y no en

¹⁰⁸ Fernández Sessarego, Carlos, *El daño a la persona en el Código civil peruano de 1984*, en Libro Homenaje a José León Barandiarán, pág. 214 y en el libro del autor *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, Universidad de Lima, Lima, 1990, pág. 261 y sgts.

el de lo “moral”. Frente a este razonar estimamos que no siempre la tradición debe mantenerse a cualquier costo. No es un mito. La tradición por la tradición misma no debe obstaculizar o entrapar el avance de la ciencia. No podemos vivir encadenados al pasado cuando existen sólidos argumentos para, con la humildad que caracteriza a los científicos, cambiar ahí donde se justifica y es necesario.

Otro argumento al cual se recurre con el mismo propósito es el que la jurisprudencia ha asumido los nuevos daños a la persona dentro del concepto que tradicionalmente manejan y que no es otro que el de “daño moral”. No nos parece un argumento razonable, pues en estos casos se debe tratar de inducir a los jueces a estudiar en profundidad el tema para que luego puedan adoptar una fundada decisión. Ocurre que en muchos países, entre los que se encuentra el Perú, la doctrina hasta hoy elaborada y la jurisprudencia existente no ha llegado a ser conocida por la inmensa mayoría de los magistrados por lo que éstos no tienen a la mano otro concepto que el de “daño moral” para, sin más análisis, incluir dentro del mismo todos los nuevos daños a la persona que van apareciendo en el escenario jurídico y que, por cierto, no tienen nada que ver con lo “moral”.

La ciencia progresa, nos proporciona nuevas informaciones, inéditas revelaciones. Los juristas debemos estar atentos a estos mensajes de los tiempos, que provienen de la incontrolable realidad de la vida. No podemos seguir aferrados a viejos esquemas, que la vida se encarga de superar o de transformar. El "descubrimiento" del concepto de “daño a la persona” no obedece a un capricho, a un afán de novedad, a una vana pretensión académica. Responde, simplemente, a la realidad y se genera, como se ha puesto de manifiesto, cuando los juristas contamos con una mayor información sobre la estructura y comportamiento del ser humano a partir de los hallazgos y de los aportes de la filosofía de la existencia. Es decir, se trata de un histórico salto de calidad en materia de protección del ser humano que algunos o muchos no quieren o no llegan a comprender.

El concentrar todos los daños a la persona en la genérica voz de “daño a la persona” permite su adecuada sistematización. Ello favorece su comprensión y permite una mejor percepción de la naturaleza de cada uno de los daños que se pueden causar a la persona, lo que redundará en un afinamiento de los criterios y las técnicas para su adecuada reparación.

Cuando se llega a conocer que el ser humano no es sólo y únicamente, como pretendía Boecio en el siglo VI de nuestra era, un ser "racional", sino también, y fundamentalmente, un ser libre, temporal y coexistencial, no es posible seguir utilizando viejos criterios, conceptos y técnicas para referirnos a la reparación integral del “daño a la persona” . Es a raíz de esta nueva visión del ser humano que los

juristas nos vemos obligados, con honesta humildad científica, a revisar y actualizar nuestras convicciones, alejados de toda soberbia o vanidad, a la luz de las nuevas percepciones sobre el creador, protagonista y destinatario del derecho que no es otro que el ser humano.

Milmaiene sostiene una singular posición en lo atinente al distingo que cabe formular, por ejemplo, entre daño moral y daño psíquico. Sostiene que el daño moral supone "un sufrimiento subjetivo que no necesariamente se expresa a través de síntomas o de cualquier otra alteración psicopatológica". Es decir, que el daño moral no acarrea consecuencias psicopatológicas sino sentimentales o emocionales. De ahí que, en opinión del autor, "el daño moral configura una categoría ajena a los métodos y posibilidades de la psicología, debiéndosele inscribir en el amplio campo de una teoría de los valores"¹⁰⁹.

Debemos recordar que antes que los juristas advirtieran con claridad los genéricos alcances del daño a la persona -es decir, al considerar al ser humano en su inescindible unidad- algunos jueces, en las últimas décadas, se mostraban proclives a reparar dispersas y específicas lesiones al ser humano, otorgándole autonomía a una inconexa diversidad de daños referidos a determinados y concretos aspectos de la persona. Nos referimos a la multiplicidad de denominaciones o de etiquetas, que inicialmente a nivel jurisprudencial y luego doctrinario, reclamaban autonomía conceptual para cada una de ellas, sin percibir la unidad en que consiste el ser humano. Así, se aludía, entre otras, a las voces de daño a la vida de relación, de daño estético, de daño psíquico, de daño sexual, de daño por muerte del concubino. No se tomaba conciencia de la esencial conexión existente entre ellas ni el consiguiente fundamento común, que no es otro que el ser humano en sí mismo, como inescindible unidad.

Es del caso advertir que el continuar otorgando autonomía conceptual al daño "moral" supondría y, a la vez, justificaría, el brindarle igual rango a cada uno de los múltiples daños que, en número cada vez mayor, lesionan específicos aspectos o fragmentos del ser humano. Por el contrario, dada la unidad del ser humano, todos los daños que se le ocasionen deberían sistemáticamente incorporarse, para el efecto de su reparación, dentro de la genérica noción de "daño a la persona". Así lo exige la naturaleza misma del ser humano y el único y común fundamento que los conecta esencialmente, como es el ser humano en sí mismo.

9.2.- La opinión de Mosset Iturraspe

¹⁰⁹ Milmaiene, José, *El daño psíquico*, en "Los nuevos daños", Hammurabi, Buenos Aires, 1995, pág. 75.

Un sector de la doctrina, al comprender los fundamentos expuestos en precedencia, ha incorporado sistemáticamente todas aquellas voces y cualquier otra que signifique lesión a un determinado aspecto de la unidad psicosomática en que consiste la persona, dentro de la genérica y expresiva voz de "daño a la persona". Si esto es así, nos preguntamos ¿qué razón habría para que un daño a la esfera afectiva o sentimental del ser humano, que genera dolor o sufrimiento, no se incorpore para un tratamiento sistemático, como cualquiera de aquellas otras voces, a la genérica noción de daño a la persona?. ¿Por qué insistir en una inexistente autonomía desmentida por la realidad misma del ser humano ?. Tal vez parte de la respuesta a estas interrogantes la tenga Jorge Mosset Iturraspe, a cuyo lúcido pensamiento dedicamos los siguientes párrafos.

Debemos señalar, con satisfacción, que la posición que sustentamos la compartimos, hasta el momento, con ilustres juristas de otras latitudes como es el caso, entre otros, del citado profesor Jorge Mosset Iturraspe. El maestro argentino, en un reciente Congreso Internacional sobre "Los diez años del Código civil peruano: balance y perspectiva", organizado por la Universidad de Lima en setiembre de 1994, sostuvo, en una brillante ponencia, que desde hace algunos años se bregaba en la Argentina por incluir el restringido concepto de "daño moral" dentro del de "daño a la persona" ¹¹⁰.

Mosset Iturraspe expresa, al referirse al aporte del Código civil peruano de 1984 que significa el haber incorporado en su artículo 1985°, sin limitaciones, el genérico concepto de "daño a la persona", Mosset Iturraspe, que "la sanción del Código civil del Perú de 1984, en su artículo 1985, al separar el daño a la persona del daño moral, logró un resultado sorprendente; permitió que el velo que oscurecía nuestra visión cayera; que los prejuicios o preconceptos que nos ataban a una calificación decimonónica fueran dejados de lado; posibilitó el paso del conceptualismo al realismo, en una materia tan humana y sensibilizada" ¹¹¹.

Consideramos de gran importancia e interés el deslinde que formula Mosset Iturraspe entre conceptualismo y realidad. Y es que muchos de los juristas, bajo la secular influencia de una visión formalista del derecho, nos hemos habituado a "construir" instituciones, olvidándonos, cada cierto tiempo, de confrontarlas con la realidad de la vida a la cual se refieren en tanto simples estructuras conceptuales. A los juristas nos cuesta trabajo dejar de lado, cuando ello es indispensable, las formas para acercarnos a la vida, a la fuente misma del derecho. Al referirnos a esta cuestión

¹¹⁰ Mosset Iturraspe, Jorge, *El daño a la persona en el Código civil peruano* en "Los diez años del Código civil", Universidad de Lima, Lima, Tomo primero, págs. 211 y sgts.

¹¹¹ Mosset Iturraspe, Jorge, *El daño a la persona en el Código civil peruano*, en "Los diez años del Código civil", T. primero, pág. 213.

cruza por nuestra mente, en este instante, una frase de Husserl que nos marcó desde jóvenes y que es algo así como un "grito de guerra" contra todo exacerbado conceptualismo alejado de la realidad. Husserl, el padre de la fenomenología, al tratar de descubrir, de develar el *ser* mismo (*noumeno*), nos proponía poner entre paréntesis todo aquello que perturbaba nuestra visión, que nos desviaba de la recta y directa vía epistemológica para acceder al *ser* mismo. De ahí su drástico consejo, que suena a mandato, fue: "a las cosas mismas". Es decir, proclamó la necesidad de librarnos de la maraña conceptual, que a menudo nos ata, constriñe y confunde, para enfrentar la realidad tal como se nos ofrece. Por ello, a la manera de Husserl, podríamos postular, tratándose del derecho, este úkase: "a la experiencia misma". Este mandato, en el caso que nos ocupa, equivaldría a despojarnos, como quiere Mosset Iturraspe, de preconceptos, de prejuicios, y más bien observar la realidad, tal como se nos presenta, para confirmar si nuestra antigua "construcción" conceptual sigue adecuándose al mundo que vivimos o, por el contrario, debemos hacer reajustes o remodelaciones o, simplemente, reconstrucciones conceptuales a la luz de la experiencia.

En su citada ponencia Mosset Iturraspe, al considerar que la noción de "daño moral" integra la más amplia de "daño a la persona", establecía con precisión los alcances conceptuales del denominado daño "moral". En este sentido sostuvo que "la reparación del dolor es ahora un capítulo, pero no toda la materia. Con dolor o sin él, se debe respetar la intimidad, la vida de relación, los proyectos, la salud, entendida de una manera plena e integral". Y añadía, sintetizando su pensamiento, que "el centro de la cuestión no es más el dolor, es el hombre, la persona humana, su dignidad, sus virtualidades, sus apetencias"¹¹².

Mosset Iturraspe sostenía, en el mencionado Congreso Internacional de setiembre de 1985, que algunos autores se resisten a eliminar de los códigos civiles la específica categoría de daño "moral" por razones vinculadas "con su prestigio, con su abolengo, con su tradición jurídica". Distanciándose de esta posición, el maestro argentino sostuvo en aquella ocasión que "hay que dejar de lado la categoría del daño moral, hay que omitirla de los códigos para sustituirla por la de daño a la persona". Y ello, expresaba, porque "el daño moral, en primer lugar, es absolutamente impreciso desde sus orígenes, desde su denominación, desde su comprensión". Al preguntarse por lo que significaba el "daño moral" apuntaba, con realismo, que este no era otra cosa que un simple daño "jurídico", un daño a la vida de relación que otro me causa. Sostenía, con total lucidez, que el denominado daño moral "no es un problema de mi

¹¹² Mosset Iturraspe, Jorge, *El daño a la persona en el Código civil peruano*, en "Los diez años del Código civil", Tomo primero, pág. 213.

eticidad resentida, de mi moral que me reprochan. No es moral, es jurídico. ¡Y se llama moral!" ¹¹³.

¿No son acaso ciertas las atinadas observaciones de Mosset Iturraspe sobre el daño "moral"? Estimamos que ellas son esclarecedoras y si admitiéramos, como sería el caso, sus fundadas convicciones empezariamos a dejar de lado, al referirnos al tratamiento jurídico del daño a la persona, la voz "moral" que confunde y enturbia el pulcro enfoque jurídico de la cuestión. Nos preguntamos, ¿qué razón existe para no realizar una operación inversa a la que efectúa un sector de la doctrina que es la de pretender subsumir lo genérico en lo específico, que otra cosa no significa la de reducir todos los múltiples daños a la persona a la específica voz de daño "moral"?. ¿Lo lógico y sistemático no sería acaso, por el contrario, incorporar todos los daños al ser humano, incluyendo el mal llamado "moral", a la genérica voz de "daño a la persona" o daño subjetivo?.

En conclusión, compartimos el pensamiento de Mossset Iturraspe cuando sostiene que la expresión daño moral "es una antigualla, el daño moral es un resabio de otros tiempos que ha permanecido por nuestras debilidades, por nuestras torpezas, por nuestro aferrarnos a las tradiciones jurídicas" ¹¹⁴. Obviamente, en este caso, el maestro argentino se refiere a aquellas tradiciones -como la que comentamos- que han perdido vigencia pues han surgido nuevas formas o modalidades de conductas humanas intersubjetivas diversas, sustitutorias o de signo contrario.

9.3.- El "daño moral" en la reciente doctrina jurídica europea

En relación de lo hasta aquí manifestado en cuanto al contenido conceptual y ubicación sistemática del "daño moral", es importante señalar que recientemente, entre el 8 y el 9 de junio del 2000, se celebró en Treviri un Congreso Internacional, con la participación de destacados representantes de un conjunto de interesados en el análisis del tema relativo al "daño a la persona", como los representantes de las víctimas de daños a la persona, de los consumidores, de los médicos legales, de los abogados, de los profesores de derecho, de los magistrados. En esta calificada reunión internacional se aprobaron diversas e importantes "Recomendaciones" dirigidas a la Comisión, al Parlamento y al Consejo europeos en torno al tema que nos ocupa. El profesor Busnelli, en la relación introductiva, da cuenta de los resultados a que llegó sobre la temática del "daño a la persona" un grupo de investigación compuesto por juristas europeos provenientes de diversas

¹¹³ Mosset Iturraspe, Jorge, *Más allá del daño moral: el daño a la persona*, en "Los diez años del Código civil peruano", Tomo II, pág. 406 y 407.

¹¹⁴ Mosset Iturraspe, Jorge, *Más allá del daño moral: el daño a la persona*, en "Los diez años del Código civil", Tomo II, pág. 408.

universidades como las de París Pantehon II (Prof. Viney), Estocolmo, Pisa, Bruselas, Montesquieu Burdeos, Coimbra, Norwich.

En la mencionada relación, el profesor Busnelli precisa que la ciencia médico-legal -cuyo sustento es indispensable para configurar el “daño a la persona” y mostrar el significado y alcances del “daño moral”- se halla en grado de trazar una línea divisoria entre una “patología psíquica comprobada (por médicos legales) de una simple perturbación psíquica”. De este modo, los especialistas europeos al nivel del año 2000. distinguen, con claridad que no admite duda, el tradicional y mal llamado “daño moral”, que es una simple perturbación psicológica de una patología o enfermedad psicológica, todo lo que debe ser comprobado por peritos médicos¹¹⁵.

Todo lo anteriormente expuesto nos lleva a la conclusión que el mal llamado daño “moral” es sólo un daño emocional, una **perturbación psíquica no patológica**, que normalmente se traduce en dolor o sufrimiento. No llega a ser, por consiguiente, una patología o enfermedad psíquica, dentro de los diversos grados que de este mal se conocen en la actualidad. Una perturbación psicológica, por lo general, es transitoria. No son muchos los casos en que dicha perturbación se convierte en patológica.

9.4.- “Daño a la persona” y “daño moral” en el Código civil peruano de 1984

Mosset Iturraspe reprocha, con acierto y en su momento, que se hubiera incluido en el art. 1985° del Código civil peruano de 1984 la expresión de “daño moral” simultáneamente y al lado de aquella genérica de “daño a la persona”. expresa, además, expresó, que observaba con preocupación que en la reforma en marcha de dicho Código, al cumplirse su primer decenio de vigencia, no se advirtiera interés para que se enmendara ese error.

La respuesta a la justificada observación de Jorge Mosset Iturraspe la debemos encontrar en lo que se llama "la historia interna" del Código civil de 1984, es decir, aquella que no aparece recogida por ningún historiador, que no está escrita ni ha sido revelada. En efecto, como lo narráramos en una nota a pié de pagina de nuestra ponencia "El daño a la persona en el Código civil peruano", presentada en el Congreso Internacional reunido en Lima en agosto de 1985, el lograr que los codificadores del 84 aceptaran introducir en aquellos ya lejanos años la novísima voz de "daño a la persona" fue el resultado de permanentes discusiones y replanteos, ya que en el Proyecto prácticamente concluido por la Comisión Revisora no aparece la incorporación al Código civil del “daño a la persona”. El “daño a la persona” había

¹¹⁵ La relación introductiva del Prof. Busnelli se encuentra como apéndice b) N° 2 del libro “La valoración del daño a la salud”, cuarta edición, Cedam, Padova, 2001, pág. 775.

quedado aparentemente excluido del articulado del Código del 84 ¹¹⁶. Sin embargo, la historia cambió pocos días antes de la promulgación de este cuerpo legal.

En efecto, ocurrió un hecho imprevisto hasta aquel momento. Este consistió en que se presentó una ocasión inesperada y propicia para insistir una vez más, discretamente, en la inclusión del tema del “daño a la persona” dentro del texto del Proyecto. Ello aconteció pocos días antes de la promulgación del Código, fijada para el 24 de julio de 1984 con oportunidad de la reunión conclusiva de coordinación de la Comisión Revisora que se celebró, con fecha 3 del mismo mes, en el Despacho del Ministro de Justicia de aquel entonces, profesor Max Arias Schreiber. En esta reunión de coordinación del Ministro con los integrantes de la Comisión Revisora, tuvo por finalidad la de dar los últimos retoques al ya aprobado Proyecto de Código y en revisar algunos temas que habían suscitado arduos debates. A esta reunión fuimos invitados por el Ministro junto con algunos otros pocos miembros de la Comisión Reformadora.

Fue en aquella reunión del 3 de julio de 1984 -es decir, 21 días antes de la promulgación del Código- que se logró introducir en el artículo 1985° del Proyecto el “daño a la persona” al lado del daño emergente, del lucro cesante y del daño moral que ya aparecían en este numeral. No se pudo lograr lo más que era el conseguir eliminar del texto de este artículo, por repetitiva, la voz “daño moral”. Era inconveniente insistir en este sentido, ya que se corría el riesgo de reabrir un debate que podría haber concluido con la confirmación del acuerdo adoptado en precedencia por la Comisión Revisora. Es decir, la no inclusión del “daño a la persona” dentro del texto del artículo 1985°. Preferimos, ante esta eventualidad y con sentido común, obtener lo bueno en lugar de lo óptimo. El tema queda así abierto al futuro. El caso no está cerrado como se ha podido comprobar por todo lo consignado en precedencia.

En nota que figura en la ponencia antes referida, redactada en 1985, explicábamos la razón por la que se mantuvo la voz “daño moral” en el citado artículo 1985°, situación que aparecía como una contradicción con nuestros antiguos postulados sobre el tema. En dicha nota decíamos textualmente que “si bien el 3 de julio de 1984 se obtuvo que la Comisión Revisora incorporara el daño a la persona en el artículo 1985° del Código Civil peruano, ubicado dentro de la responsabilidad civil extracontractual, no se pudo conseguir la eliminación del concepto de daño moral -dentro de su restringida acepción de afrenta al sentimiento- en tanto constituye un aspecto específico del daño a la persona que, indudablemente trasciende lo que es puramente su vertiente sentimental.”. Es decir, dejábamos claramente sentada nuestra posición al respecto.

¹¹⁶ Fernández Sessarego, Carlos, *El daño a la persona en el Código civil peruano de 1984 y el Código civil italiano de 1942* en “El código civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano”, pág. 254.

La incorporación del “daño a la persona” cuando el Código se hallaba en vísperas de ser promulgado no permitió, como hubiera sido deseable, que se pudiera otorgar un tratamiento sistemático al “daño a la persona” dentro del articulado del Código civil. Esta fue la razón por la cual los textos de los artículos 1984° y 1322° no pudieran ser oportunamente enmendados y concordados con el artículo 1985° en referencia. Es por ello que en el artículo 1984° se alude y se desarrolle exclusivamente la materia concerniente al “daño moral” en vez de centrarse, como debería ser, sobre el genérico “daño a la persona”. En este mismo sentido, el artículo 1322°, ubicado dentro de la responsabilidad civil contractual, se refiere también y solamente al “daño moral”, prescindiéndose de la voz “daño a la persona”. No obstante, el autor y ponente de dicho numeral del Libro de las Obligaciones, tal como se desprende de la correspondiente Exposición de Motivos, le otorga a la voz “daño moral” los mismos genéricos alcances que el “daño a la persona”¹¹⁷.

En resumen, constituyó un inesperado pero feliz logro incluir la voz “daño a la persona” en el artículo 1985° del Código civil de 1984 pocos días antes de su promulgación y cuando el trabajo de la Comisión Revisora había prácticamente concluido. Esta incorporación, como lo hemos expresado en precedencia, hubiera corrido serio peligro de no concretarse, dados los antecedentes expuestos, si se hubiera reabierto un nuevo debate en el cual, en mérito a la novedad de la figura, no se habría acordado, muy probablemente, tal inclusión. El costo de dicha incorporación fue el de no insistir en replantear la discusión con la finalidad de obtener, como lo pretendíamos, la eliminación de la voz “daño moral” tanto del artículo 1985° como de los artículos 1984° y 1322° del mencionado Código civil.

La incorporación en el artículo 1985° del Código civil peruano de la obligación de reparar el daño a la persona, sin limitación de ninguna especie, a diferencia de los pocos otros códigos que la incluyen con graves restricciones, constituye una novedad en la codificación civil comparada, tal como se ha puesto de manifiesto por los comentaristas de dicho cuerpo legal¹¹⁸.

¹¹⁷ En la “Exposición de Motivos y Comentarios” al Código civil peruano de 1984 (Lima, 1988, T.V) al comentarse el art. 1322° en lo que concierne al daño moral se expresa textualmente en la página 449 lo siguiente: “Daño moral es el daño no patrimonial, es inferido a los derechos de la personalidad o a valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica”. Como se advierte de la lectura de este comentario, el ponente del Libro de las Obligaciones del Código de 1984 se inclinó por una interpretación amplia del concepto de daño moral a fin de incluir dentro de sus alcances no sólo al daño a la esfera afectiva del sujeto sino, en general, a los daños inferidos a la persona en cualquiera de sus múltiples aspectos.

¹¹⁸ Entre ellos ver Mosset Iturraspe, Jorge, *El valor de la vida humana*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1991, 3a. edición, pág. 327 y sgts. y “El daño fundado en la dimensión del hombre”, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, No. 1, 1992, pág. 22 y sgts.

Como se ha expresado, hubiera sido deseable excluir la voz “daño moral” no sólo del texto del artículo 1985° del Código sino que también habría sido oportuno sustituir coherente y sistemáticamente dicha expresión por la de “daño a la persona” en el artículo 1322°, así como reformular el artículo 1984° dedicado a la regulación del “daño moral” a fin de sustituirlo por el “daño a la persona”. Ello, como decimos, no fue posible en aquella oportunidad. Esperamos que en un futuro, después de una necesaria sedimentación de las ideas y como una demostración de apertura mental frente a las nuevas realidades, se acceda a corregir los yerros que observa Mosset Iturraspe -que compartimos- y que se escuche su razonada y autorizada recomendación en el sentido de no mantener tales errores en la próxima reforma del Código civil peruano.

9.5.- Sentido restringido y amplio del "daño moral"

Existe una importante y extendida tendencia doctrinaria que ha encontrado una peculiar solución para superar el problema que venimos tratando. Ella consiste en distinguir, para tal efecto, dos conceptos diferentes de “daño moral” como son el que denominan restringido o restrictivo y el que llaman genérico. Dentro de este planteamiento, el significado otorgado al “daño moral” en sentido restringido equivaldría a su tradicional contenido que no es otro que la formulación, esquemática y simplista, de dolor, sufrimiento, perturbación psíquica no patológica. Es del caso advertir, por lo demás, que en esta hipótesis, como es sabido, la designación de “daño moral” no toma en cuenta el aspecto del ser humano que se lesiona -que es su esfera afectiva o sentimental- sino que se hace referencia a la consecuencia del daño que es, precisamente, dolor o sufrimiento.

No podemos perder de vista que el ser humano puede padecer dolor, sufrimiento o determinada perturbación psíquica no patológica como resultado de otro tipo de lesiones a otros aspectos de la multifacética personalidad humana que no es, precisamente, aquella esfera afectiva o sentimental.. Así, se puede padecer una perturbación psíquica no patológica o sufrir sentir, indignación, desequilibrio emocional, dolor, por una agresión física o verbal, por un atentado contra la verdad personal o contra el honor y en tantos otros casos que sería largo enumerar. Por ello, como señalaremos más adelante, deberíamos tener presente, a propósito del daño, una doble clasificación que contribuye a aclarar la temática que venimos abordando, por la cual se distinguen los daños en función del ente afectado de las consecuencias que ellos generan.

Recordamos que existe, de conformidad con la realidad del mundo, una primaria clasificación del daño según sea el tipo de ente afectado. En este sentido podemos referirnos a un daño subjetivo, que lesiona al ser humano en sí mismo, y un daño

objetivo, que se centra en las cosas del mundo, en el patrimonio del ser humano. Pero, al lado de esta primaria distinción, cabe situar aquella otra que se refiere al daño ya no en función del ente dañado sino en razón de las consecuencias que de él se derivan, ya sea tratándose tanto de la lesión al ser humano mismo como a las cosas que posee.

Como está dicho, la primera de tales distinciones tiene en consideración la naturaleza misma del ente dañado y, la segunda, toma en cuenta las consecuencias que produce el daño en cada uno de los entes que pueden ser afectados, es decir, tanto el ser humano como su patrimonio. Consecuencias que son peculiares, que se diferencian, precisamente, sobre la base de la diversidad ontológica que existe entre los bienes lesionados por el daño.

Aunque daño y consecuencia conforman un proceso inescindible, cabe distinguir uno de la otra para el efecto de aplicar, en cada caso, criterios adecuados y una correcta técnica jurídica tanto para la protección del objeto como para la reparación del daño. Lo dicho sustenta nuestra afirmación precedente en el sentido que dolor y sufrimiento son "consecuencias" de la lesión a un determinado aspecto de la persona. A los juristas decimonónicos se les ocurrió llamar "moral" al dolor o sufrimiento derivado de la lesión a una particular esfera del ser humano como es la afectiva o sentimental. Ellos también determinaron, sin mayor fundamento, que la persona colectiva o jurídica se designase como persona "moral". En este último caso y tal como se ha apuntado, se ha logrado superar la tradición ya que son escasos los autores que siguen designando a la persona "jurídica" como persona "moral". ¿Acaso se descubrió tardíamente que, no obstante la vinculación existente, que lo moral y lo jurídico pertenecían a dos distintas esferas del ser humano, subjetiva la una e intersubjetiva la otra ?.

Es importante tener en consideración la naturaleza del ente dañado ya que, como se ha expresado, de ello depende el criterio, la técnica, el tipo o modalidad de protección jurídica que debe otorgársele a un determinado ente así como la manera adecuada de indemnizar el daño sufrido. Alguna vez, en el aula, ante los alumnos, solemos decir que las técnicas de protección de una piedra son distintas de aquellas que se debe brindar a una copa de cristal, a un perro o al ser humano. Así como cada ente exige una determinada vía de conocimiento para acceder a él, así también cada ente exige un criterio y una técnica de protección adecuada a su calidad ontológica y, llegado el caso, una peculiar modalidad de reparación del daño que se le hubiere ocasionado.

Por lo anteriormente expuesto, somos del parecer que ha contribuido a una falta de precisión en cuanto a distinguir con pulcritud conceptual el "daño moral" del

“daño a la persona”, el no haber considerado que no cabe confundir el "ente dañado" de las “consecuencias” derivadas de su correspondiente lesión. Es diverso el hecho que el daño incida sobre el ente denominado "persona" del tipo o modalidad de las consecuencias que puedan generar los múltiples y específicos daños a dicho ente. Una de dichas consecuencias es el dolor o sufrimiento que originan ciertos tipos de daño. Entre estos cabe señalar el dolor o sufrimiento que se deriva de una lesión a la esfera afectiva o sentimental del ser humano, el que tradicionalmente se ha identificado con la expresión "moral". Desde nuestro punto de vista, contrariamente a lo que generalmente acontece cuando se trata de indemnizar un daño, no partimos de las "consecuencias" del daño sino de la naturaleza del ente dañado. Y, si se trata del ser humano, interesa precisar, primariamente, que aspecto o aspectos son los que han sido lesionados. Luego de ello se determinan las específicas consecuencias de la lesión. No podemos, por consiguiente, partir genéricamente de un “dolor” o “sufrimiento” para caracterizar el daño sufrido, ya que el dolor tiene diversos orígenes y grados de intensidad, los que no se limitan tan sólo a los que se generan por una lesión a la esfera afectiva o sentimental del sujeto.

Un sector de la doctrina al tomar conciencia que al lado de la lesión a la esfera afectiva o sentimental de la persona se presentaban muchas otras lesiones al ser humano, no encontró mejor fórmula que, en vez de adoptar una nueva genérica denominación que las comprendiera -como sería el caso de la expresión “daño a la persona”- prefiriera, sustentándose en nuestro concepto en una mal entendida tradición, incluirlas, sin más, dentro del hasta ese momento restringido y específico concepto de “daño moral”. De este modo, sin haberse aún visualizado el “daño a la persona”, sin mayor esfuerzo, se decidió por dicho sector de la doctrina que esta restrictiva expresión -con la que hasta ese momento se distinguía un caso concreto de daño- cubriera una multiplicidad de hipótesis de daños que no se identificaban, precisamente, con el contenido conceptual de su precisa y tradicional noción. Es decir, se produjo lo que podríamos llamar, apelando a una metáfora económica, una "hiperinflación" conceptual de la tradicional noción de “daño moral”. Se convirtió, así, en lo que en el lenguaje corriente solemos designar como "un cajón de sastre", es decir, aquel espacio donde se yuxtaponen una infinidad de objetos heterogéneos.

Es así que bajo el concepto de “daño moral” se crearon dos diversas situaciones jurídicas -una restringida y otra amplia- dando lugar a frecuentes e innecesarias confusiones. Al respecto nos preguntamos, ¿así como los economistas aplican "reajustes" para combatir la hiperinflación, no podríamos los juristas adoptar las medidas oportunas para rectificar un error terminológico y conceptual en la medida que no encuentra su correlato en la realidad?. Es decir, un innecesario error que origina confusiones y dificultades que los juristas podrían superar fácilmente si no persistieran en utilizar la expresión "moral", a la manera de los juristas franceses del

siglo XIX, para designar una institución exquisitamente "jurídica" y de una mucha más amplia comprensión conceptual.

Así, entre otros autores, Jorge Gamarra, en una obra que data de 1994, reconoce este hecho al expresar que la definición tradicional y restringida de "daño moral" resultaba "incompleta". Para subsanar esta deficiencia, el prestigioso profesor uruguayo postula, como solución, que el concepto de "daño moral" abarca, en realidad, un sector mayor de daños, por lo que esta noción coincide enteramente con la esfera del daño no patrimonial. Por lo tanto, es más adecuado hablar de daño no patrimonial ¹¹⁹. Reconoce explícitamente, de este modo, que existe una opción sobre dos nociones distintas de daño moral (restringida la una y amplia la otra).

El mencionado autor, siguiendo a Vaz Ferreira, es de la opinión que el dolor no es esencial al "daño moral" por lo que "desaparece la única nota que justificaría distinguir al daño moral dentro del daño no patrimonial, y la base para crear dos especies diversas dentro del daño no patrimonial" ¹²⁰. Según el profesor Gamarra son figuras que responden a una misma definición, es decir, que carecen de efectos patrimoniales y tienen la misma regulación. Prefiere, por consiguiente, la denominación de daño no patrimonial para englobar en ella las dos figuras del daño moral, la restringida y la amplia.

Frente a las afirmaciones de Jorge Gamarra es dable formular algunas observaciones. En primer lugar, habría que inquirir sobre cuál sería la razón por la que se debe seguir utilizando la tradicional expresión de "daño moral" para referirse al daño a la persona, que Gamarra y otros autores equiparan al daño no patrimonial, situación que, de hecho, causa confusión sobre todo entre los iniciados en la disciplina jurídica.

La segunda observación se refiere a que, en el supuesto negado de admitir tal equiparación entre "daño moral" y "daño no patrimonial", cabe preguntarse por cuál sería la razón para designar como "no patrimonial" -privilegiando así al patrimonio sobre el ser humano- a lo que es, simple y llanamente, un daño a la persona en toda la extensión del concepto. Nos parece que ambas son dos seculares tradiciones que ha llegado la hora de cuestionar a la luz de los hallazgos de la Antropología Filosófica.

No advertimos el motivo, aparte del probable culto a una tradición mal entendida o a la ley del mínimo esfuerzo, para seguir denominando como "moral" un daño de indudable naturaleza y consecuencias jurídicas. Al compartir las precisiones

¹¹⁹ Gamarra, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, Fundación de Cultura Universitaria,, Montevideo, 1994, pág.15.

¹²⁰ Gamarra, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, pág. 15.

de Jorge Mosset Iturraspe no comprendemos por qué debemos seguir rindiendo tributo a una tradición que el tiempo ha desdibujado, que ha sido desmentida por la realidad. No entendemos, por consiguiente, por qué se continúa denominando "moral" a lo "jurídico". Si la gran mayoría de los autores y de los cuerpos legales han sido capaces de abandonar, por no ser descriptiva de su objeto, la tradicional expresión de persona "moral" y sustituirla por la de persona "jurídica" -que en verdad es colectiva-, no vemos la razón para que en un caso similar, como es el del daño "moral", no se produzca idéntico cambio. ¿Por qué, asimilar a la expresión "moral", que tradicionalmente se ha empleado para significar dolor o sufrimiento derivado de una lesión a la esfera afectiva, los múltiples y diversos daños que se producen en agravio de la persona, lesionando su cuerpo, su psique o su proyecto de vida?. Nos preguntamos, así mismo, qué tiene que ver todo esto, que es estrictamente "jurídico", con lo "moral"?. Parecería que, como en otros tiempos que son ya historia, seguimos confundiendo empecinadamente lo "moral", que se enraíza en la pura subjetividad, con lo jurídico que aparece a partir de la intersubjetividad.

Cuando escribimos estas líneas emergen en nuestra memoria dos nombres ilustres que son orgullo del pensamiento jurídico latinoamericano. Nos referimos a Teixeira de Freitas y Vélez Sarsfield. Admiramos, a más de un siglo y medio de distancia en el tiempo, su lucidez, su coraje intelectual para enfrentar, en la segunda mitad del siglo XIX, el tradicional pensamiento dominante sobre el tratamiento jurídico del concebido, al que se le consideraba, por todos los códigos civiles del mundo, en aquel entonces y hasta ahora, como una simple ficción. Es decir, un ente que carecía de significación actual para el derecho y que, cuando se suponía que debería ser lo que es, dejaba de serlo por cuanto ya era un nacido, una persona natural. Por ello, resumiendo esta peculiar situación en que el derecho había sumido al concebido, decíamos que éste, según la teoría de la ficción o del engaño, "es lo que no es y que, cuando es, ya no es". Es decir, que mientras era concebido había que esperar que naciera para considerarlo como un concebido sujeto de derecho, pero que en el instante del nacimiento ya no era concebido sino una persona natural, por lo que siempre era una nada para el derecho.

Según la hasta ahora dominante teoría de la ficción, se ignoraba que el concebido era realmente un ser humano, que debería ser una realidad para el derecho, un sujeto. Como es sabido, se le consideraba como una ficción, "algo" que debería esperar nacer para recién adquirir la categoría jurídica de sujeto de derecho. Pero, como es evidente, cuando el concebido nacía ya no era tal, pues nos hallamos en este instante existencial ante una persona natural.

Tanto Teixeira de Freitas, a mitad del siglo XIX, como Vélez Sarsfield en 1869, intuyeron la realidad del concebido como ser humano y, con valentía que nos

enorgullece como latinoamericanos tributarios de su pensamiento, lo consideraron y lo denominaron como "persona por nacer", desafiando, de este modo, una consagrada, férrea y unánime tradición. Su convicción, que superaba las "construcciones" conceptuales y que más bien se inspiraban en la observación de la realidad y las voces de la ciencia, fue ignorada o silenciada por cerca de siglo y medio hasta que llegó el Código civil peruano de 1984.

10.- “DAÑO AL PROYECTO DE VIDA” Y “DAÑO MORAL”

Por todo lo expuesto, estimamos que no es posible confundir el llamado “daño moral” que, como lo hemos expresado incide sobre la esfera afectiva del sujeto en tanto perturbación psíquica no patológica (*pretium doloris*), del trascendente “daño al proyecto de vida” que afecta el sentido mismo de la existencia, tal como lo hemos intentado describir en precedencia. La distinción es doble. De un lado, se debe considerar algo que es fundamental como es el aspecto del ente *ser humano* que se afecta. Es decir, si el evento dañino compromete la unidad psicosomática en cualquiera de sus múltiples aspectos o, en cambio, afecta la libertad en cuanto “proyecto de vida” en marcha¹²¹.

En el caso del “daño moral” el evento dañino incide sobre la unidad psicosomática, más precisamente sobre la esfera afectiva de la persona, mientras que en el “daño al proyecto de vida” se atenta contra la libertad convertida en acto o conducta, es decir, se lesiona la libertad fenoménica.

De otro lado, también cabe señalar que ambas modalidades de “daño a la persona” se distinguen a partir de sus consecuencias. Las consecuencias del “daño moral”, que hieren los sentimientos y los afectos de la persona, por hondos que puedan ser, no suelen acompañar al sujeto, al menos con la intensidad inicial, durante su transcurrir vital. La tendencia general es que dichas consecuencias, los dolores o sufrimientos, las perturbaciones psíquicas no patológicas, cualquiera sea su origen, suelen disiparse, disminuir, transformarse o atenuarse con el pasar del tiempo. Así, un profundo y explicable dolor experimentado por la muerte de un ser querido es muy intenso en un primer momento pero, poco a poco, va diluyéndose, transformándose en otros sentimientos y afectos. Muchas veces el dolor inicial se convierte, con el transcurso del tiempo, en un sentimiento duradero de orgullo por la calidad humana del que ya no nos acompaña en la ruta de la vida, o en uno de gratitud para con el ser querido que dejó de existir por lo mucho que de él recibimos mientras estuvo con

¹²¹ Cfr. Fernández Sessarego, Carlos, *Daño moral y daño al proyecto de vida*, en “Revista de Derecho de Daños”, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999 y en la revista “Cathedra”, Editorial Palestra, Lima, 2001.

nosotros. Más que con dolor, muchas veces evocamos con ternura, nostalgia y afecto la memoria de quien nos abandonó. Con frecuencia, el sufrimiento que experimentamos en el pasado se transforma en una remembranza de sus cualidades personales y, al considerarlo como un paradigma, tratamos de seguir su ejemplo.

En cambio, en el supuesto del “daño al proyecto de vida” la situación es diferente. Se trata de un daño cuyas consecuencias, que comprometen la existencia misma del sujeto, suelen perdurar. Ellas difícilmente logran ser superadas con el transcurso del tiempo. El daño causado es de tal magnitud que frecuentemente acompañan a la persona por toda la vida, por lo que compromete su futuro. La víctima ha perdido, en gran medida, su propia identidad. Dejó de ser lo que libremente se propuso ser. Dejó de realizarse a plenitud. Es, pues, imposible confundir las consecuencias, a menudo devastadoras, del “daño al proyecto de vida”, con aquellas otras, de naturaleza afectiva, que son constitutivas del “daño moral”.

11.- SIGNIFICADO DE LAS CONQUISTAS DEL DERECHO EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE LA PERSONA

Al concluir esta propuesta, este manojito de reflexiones y sugerencias que fluyen de la observación de la vida misma y de nuestra experiencia existencial, desearíamos reafirmar, una vez más, que todo ello ha sido posible a partir de los hallazgos y aportes del personalismo jurídico que, en tiempos recientes, ha reivindicado para el derecho el valor de la vida humana. De igual manera, quisiéramos recordar, con Busnelli, que la laboriosa y controvertida elaboración de una noción comprensiva del daño a la persona, que incluye los matices que hemos señalado y que resultan de la compleja y rica estructura psicosomática del ser humano, tiene un profundo significado en la medida que representa una triple conquista del derecho contemporáneo¹²².

La primera de ellas, de enorme trascendencia, es el que tanto la doctrina como la jurisprudencia comparadas han abandonado en tiempos recientes el criterio que tenía exclusivamente en consideración el aspecto económico de la vida humana para los efectos de la reparación del “daño a la persona”. Esta miope actitud había arrastrado al derecho a un tratamiento decididamente materialista de la vida humana. Haber superado esta posición resulta ser una evidente conquista lograda en las últimas décadas del siglo XX. Se ha dejado atrás la concepción *del homo faber*, del hombre productor de renta, en el sentido que era el único que merecía ser indemnizado por el

¹²² Busnelli, Francesco D., *Considerazioni conclusive sulla Prima Giornata* en “Giornate di studio sul danno alla salute”, Cedam, Padova, 1990, pág. 325 y sgts.

derecho para sustituirla por otra en la que el ser humano, cualquier ser humano, al tener pareja dignidad, merece, por consiguiente, la plena protección del derecho. Así, los concebidos, los infantes, los ancianos, los jubilados, los ancianos, los permanentemente incapacitados, los religiosos, los desocupados, las amas de casa, han logrado ser considerados “sujetos de derecho” para los efectos de ser acreedores de indemnización en el caso de haber sufrido un daño a pesar de no producir riqueza.

No podrá seguir considerándose en el futuro que existen seres humanos de primera categoría, privilegiados sólo por producir riqueza, con menoscabo de aquellos otros, tenidos como de segunda categoría, por el simple hecho que, por circunstancias generalmente ajenas a su voluntad, no cumplieran este específico rol social. No es posible que, bajo un estrecho criterio economicista, se marginase y se les desamparase. Según esta óptica materialista no cabía reparar los daños que se causasen a estos sujetos de derecho, tenidos como verdaderos parias del derecho.

Una segunda conquista, al decir del propio Busnelli, es aquella de haber logrado diseñar una noción de “daño a la persona”, lo suficientemente amplia, que pueda cubrir una infinidad de posibles daños y obtener su casi general reconocimiento jurisprudencial y doctrinario, lo que no ha sido nada fácil si se tiene en cuenta la evolución conceptual del “daño a la persona” y la ausencia de claridad para comprender que el “daño moral” no es una categoría autónoma y paralela a la del “daño a la persona” sino un aspecto de esta última genérica noción.

Esta última conquista ha llegado a plasmarse en un concepto autónomo, amplio, genérico y comprensivo de “daño a la persona” que aparece en el artículo 1985° del Código civil peruano de 1984, donde se acoge el deber de reparar el “daño a la persona” sin limitación alguna.

Una tercera conquista es la de haber comprometido en el estudio y diseño del “daño a la persona” y de su consiguiente reparación no sólo a juristas sino a médicos legistas, economistas, psicólogos, aseguradores, expertos en cálculos actuariales, entre otros. Es decir, el análisis del “daño la persona” ha convocado a equipos interdisciplinarios, lo que permite un mejor, más amplio y fino tratamiento del tema que nos preocupa.

Según nuestro personal criterio existen, aparte de las tres conquistas del derecho contemporáneo en cuanto al “daño a la persona” subrayadas por Busnelli, otras dos conquistas que cabe mencionar por su importancia. Nos referimos al inicio de un proceso tendiente a incorporar el “daño moral”, en cuanto lesión psíquica no patológica, dentro del amplio y comprensivo concepto de “daño a la persona”. Estimamos que sobran argumentos para ello y que, para el efecto, bastaría conocer la

estructura ontológica del *ser humano* y observar que aspectos de él han sido lesionados para comprender lo antes afirmado. Estamos convencidos que con el transcurso del tiempo y la necesaria sedimentación de las ideas, se logrará, no sin esfuerzos, desterrar del léxico jurídico el supuestamente autónomo concepto de daño “moral” para su incorporación dentro de la genérica noción de “daño a la persona”.

Una última conquista, que se sustenta en un aporte del derecho latinoamericano, consiste en haberse puesto de manifiesto, en la mitad de la década de los años ochenta del siglo pasado, la posibilidad de causársele a la persona un daño que puede ser devastador en cuanto a hacerle perder el sentido de su propia vida, a incidir en su destino personal, en su plena realización. Ello sólo fue dable a raíz del aporte de la filosofía de la existencia que evidenció que el ser humano era un **ser libertad**. Este “redescubrimiento” permitió, precisamente y como se ha referido en precedencia, que se reflexionase sobre la posibilidad, cierta y futura, de dañar la realización del “proyecto de vida” de la persona en cuanto libertad fenoménica. La gravedad de este daño, que puede menoscabar, retardar o frustrar la realización del “proyecto de vida” puede llegar a la situación límite de crear en la persona un vacío existencial.

No está dicha, aún, la última palabra en lo que concierne al “daño a la persona” y, en especial, en lo que atañe al novísimo “daño al proyecto de vida”. De otro lado, no se ha esclarecido aún para un sector de la doctrina, de modo definitivo, los linderos conceptuales entre el genérico “daño a la persona” y el específico “daño moral”. Para ello, como es comprensible y lo avala la historia y la experiencia personal, se requiere todavía de un periodo de sedimentación de las ideas expuestas, de su debida evaluación, de su plena comprensión y general aceptación. Ello ha de ocurrir dentro del proceso de evolución de la disciplina jurídica.

Todo lo expuesto nos permite comprobar que todavía nos hallamos inmersos en un proceso de afinamiento y profundización constantes de dichas nociones, sobre todo en lo que se refiere a la debida valorización y liquidación del “daño a la persona” en cualquiera de sus aspectos. Demostrativo de este proceso es, sin duda, el importante desarrollo que se observa, en cuanto al “daño a la persona”, en los más recientes pronunciamientos judiciales así como los numerosos Congresos Internacionales que se ocupan del tema y la cada vez más abundante literatura jurídica que enriquece nuestro conocimiento de la materia.

Se ha logrado, así, un relativo avance como es el de sensibilizar a los hombres de derecho en torno a la gravitación jurídica del “daño a la persona” y, en especial, del “daño al proyecto de vida”, así como sobre la exigencia en cuanto a su justa reparación. Resta, sin embargo y tal como se ha señalado, que un todavía

significativo sector de la doctrina logre compenetrarse con estos nuevos planteamientos de inspiración humanista. Estamos convencidos que ello sucederá en los próximos años como natural producto de la sedimentación de las ideas propuestas por el personalismo jurídico. En esta dirección, no obstante los múltiples tropiezos que se advierten, se mueve la historia: hacia la humanización del derecho positivo.