

Este libro es fruto de las reflexiones de un joven y brillante estudioso peruano, el cual, siguiendo las valiosas enseñanzas de un Maestro innovador, el profesor peruano CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO, y prestando atención a los mensajes culturales provenientes de válidas escuelas jurídicas italianas (en primer lugar la de Bolonia, fundada por el querido y aun llorado amigo FRANCESCO GALGANO), ha arribado a una completa construcción, al interior de la categoría del daño a la persona, de una figura específica consistente en el “daño al proyecto de vida”.

Esta figura se viene consolidando y se ha convertido en una verdadera conquista de la civilística latinoamericana y en un conspicuo enriquecimiento también para la europea. En esto, CARLOS ANTONIO AGURTO GONZÁLES sigue el camino, no solo de los resultados científicos del maestro FERNÁNDEZ SESSAREGO, sino de los notables aportes conseguidos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir de 1998. Una conquista representada por una visión unitaria e integral de la persona humana identificada en un conjunto de dimensiones, donde, al lado de la socio-económica, se encuentran también profundos valores que se originan en raíces religiosas, espirituales y culturales.

PAOLO GROSSI

El desarrollo del “daño biológico” es emblemático de la suerte de aquellos conceptos que surgen para conseguir determinadas finalidades y, en el camino, pierden sus connotaciones originarias y son llamadas a realizar finalidades diversas de las que inicialmente se les asignó. Sufren, en sustancia, una suerte de mutación genética: sin que el observador que conoce sus orígenes pueda reconocerlo bajo otras vestimentas. La cita clásica (“*quantum mutatus ab illo*”) parece adaptarse a esta situación.

GUIDO ALPA

EDITORIAL
TEMIS
OBRAS JURÍDICAS



TEMIS

EL NUEVO DERECHO DE DAÑOS

Agurto Gonzáles

EL NUEVO DERECHO DE DAÑOS

DAÑO A LA PERSONA Y DAÑO AL PROYECTO DE VIDA

CARLOS ANTONIO AGURTO GONZÁLES

EDITORIAL
TEMIS
OBRAS JURÍDICAS

EL NUEVO DERECHO DE DAÑOS
DAÑO A LA PERSONA Y DAÑO
AL PROYECTO DE VIDA

CARLOS ANTONIO AGURTO GONZÁLES

Profesor de Derecho Comparado y Sistemas Jurídicos del Mundo de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Miembro del Centro de Estudios sobre América Latina de la Alma Mater Studiorum – Universidad de Bolonia (Italia). Miembro del Comité Científico del Centro de Investigación en Derecho Privado Europeo de la Universidad Suor Orsola de Benincasa de Nápoles (Italia). Profesor Visitante de la Universidad Autónoma del Perú.

**EL NUEVO DERECHO DE DAÑOS
DAÑO A LA PERSONA Y DAÑO
AL PROYECTO DE VIDA**



EDITORIAL TEMIS S. A.

Bogotá - Colombia

2019



ANTES QUE EL LIBRO CIENTÍFICO MUERA

El libro científico es un organismo que se basa en un delicado equilibrio. Los elevados costos iniciales (las horas de trabajo que requieren el autor, los redactores, los correctores, los ilustradores) solo se recuperan si las ventas alcanzan determinado número de ejemplares. La fotocopia, en un primer momento, reduce las ventas y por este motivo contribuye al aumento del precio. En un segundo momento, elimina de raíz la posibilidad económica de producir nuevos libros, sobre todo científicos.

De conformidad con la ley colombiana, la fotocopia de un libro (o de parte de este) protegido por derecho de autor (copyright) es ilícita. Por consiguiente, toda fotocopia que burle la compra de un libro, es delito.

La fotocopia no solo es ilícita, sino que amenaza la supervivencia de un modo de transmitir la ciencia.

Quien fotocopia un libro, quien pone a disposición los medios para fotocopiar, quien de cualquier modo fomenta esta práctica, no solo se alza contra la ley, sino que particularmente se encuentra en la situación de quien recoge una flor de una especie protegida, y tal vez se dispone a coger la última flor de esa especie.

- © Carlos Antonio Agurto Gonzáles, 2019.
- © Editorial Temis S. A., 2019.
Calle 17, núm. 68D-46, Bogotá.
www.editorialtemis.com
correo elec. gerencia@editorialtemis.com

Hecho el depósito que exige la ley.
Impreso en Editorial Nomos S. A.
Diagonal 18 Bis núm. 41-17, Bogotá.

ISBN 978-958-35-1219-3
3006 2019021910

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, sin la autorización escrita de los titulares del copyright, por medio de cualquier proceso, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis S. A.

*Al Maestro y amigo Carlos Fernández Sessarego,
por todas las enseñanzas académicas
y de vida recibidas.*

*A Sonia Lidia, por todo lo compartido,
lo vivido y lo que vendrá.*

*A mamá Josefina, de todo
corazón, por todo lo que le debo y
todo lo que soy.*

*A Juan, Jenny y Daniel,
mis hermanos.*

*A Christian Enrique Tamayo
Melgar, mi hermano de vida.*

*A Benigno Choque Cuenca,
discípulo y amigo.*

PRESENTACIÓN

Este volumen de CARLOS ANTONIO AGURTO GONZÁLES es digno de la máxima consideración. En primer lugar, por las elecciones metodológicas, que lo sostienen y, eficazmente, le brindan fundamento. El tema/problema de la responsabilidad civil que, hasta mitad del siglo XX, parecía fijado en su dogmática inmóvil, se ha desarrollado en una dirección que valoriza el carácter inabdicable de un derecho civil comprendido como preciosa salvaguardia de la persona humana: un derecho civil que es carnalidad, por estar escrito en la piel de los seres humanos de carne y hueso, no en modelos abstractos de hombre sino su persona concreta en su existencia cotidiana.

Este libro es fruto de las reflexiones de un joven y brillante estudioso peruano, el cual, siguiendo las valiosas enseñanzas de un Maestro innovador, el profesor peruano CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO, y prestando atención a los mensajes culturales provenientes de válidas escuelas jurídicas italianas (en primer lugar la de Bolonia, fundada por el querido y aun llorado amigo FRANCESCO GALGANO), ha arribado a una completa construcción, al interior de la categoría del daño a la persona, de una figura específica consistente en el “daño al proyecto de vida”.

Esta figura se viene consolidando y se ha convertido en una verdadera conquista de la civilística latinoamericana y en un conspicuo enriquecimiento también para la europea. En esto, CARLOS ANTONIO AGURTO GONZÁLES sigue el camino, no solo de los resultados científicos del maestro FERNÁNDEZ SESSAREGO, sino de los notables aportes conseguidos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir de 1998. Una conquista representada por una visión unitaria e integral de la persona humana identificada en un conjunto de dimensiones, donde, al lado de la socio-económica, se encuentran también profundos valores que se originan en raíces religiosas, espirituales y culturales.

Gracias a la protección adecuada de los referidos valores resulta muy fértil la creación y construcción técnico-jurídica del “daño al proyecto de vida”. Lo que se encuentra en discusión es la libertad del ser humano concebida no como un simple atributo sino como sustancia del mismo ser del hombre.

La ciencia civilística demuestra, así, de colocarse en su lugar, que es —finalmente— muy distante de las abstracciones pandectistas y post-pandectistas. Es el espacio de la persona como criatura histórica en el centro de las relacio-

nes sociales, económicas, culturales y espirituales. En este modo, el derecho civil reasume su verdadera finalidad: ser la más formidable defensa contra las arbitrariedades del poder y las posibles violencias por parte de formas sociales opresivas.

En conclusión, el mérito del volumen de CARLOS ANTONIO AGURTO GONZÁLES es notable y debemos estar agradecidos por haber logrado este esfuerzo de construcción jurídica. Su libro, excelente producto del área latinoamericana, es la expresión del nivel alto y noble que la civilización jurídica contemporánea puede alcanzar.

PAOLO GROSSI
Profesor Emérito de la Universidad de Florencia
Presidente Emérito de la Corte Constitucional de Italia

PROEMIO

1. En este precioso libro, en el que CARLOS ANTONIO AGURTO GONZÁLES reconstruye un nuevo y original tipo de daño, el daño por la falta de realización del proyecto de vida, se tratan temas, planteamientos y cuestiones que han ocupado la doctrina y la jurisprudencia de los años setenta del siglo XX y se han proyectado hasta nuestros días.

Son, sobre todo, los valores que unen a los juristas italianos y a los peruanos en la formación del concepto jurídico de persona, en torno al cual gira todo el ordenamiento jurídico.

Me agrada mucho recordar los desarrollos de la cultura jurídica italiana, que la doctrina peruana y, en particular, el gran Maestro CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO, ha tenido y tiene en constante consideración, en un diálogo culturalmente fértil y vivaz.

2. El desarrollo del “daño biológico” es emblemático de la suerte de aquellos conceptos que surgen para conseguir determinadas finalidades y, en el camino, pierden sus connotaciones originarias y son llamadas a realizar finalidades diversas de las que inicialmente se les asignó. Sufren, en sustancia, una suerte de mutación genética: sin que el observador que conoce sus orígenes pueda reconocerlo bajo otras vestimentas. La cita clásica (“*quantum mutatus ab illo*”) parece adaptarse a esta situación.

Los objetivos originales estaban dirigidos a recuperar el valor constitucional de la salud en el ámbito de las técnicas de resarcimiento del daño a la persona; siendo el derecho a salud una posición subjetiva garantizada a todos, sin diferencia de estratos sociales y de capacidad de producir renta, los criterios de liquidación eran idénticos para todos.

No solo ello: al “daño biológico” se le asignaba también una tarea simplificadora, consistente en absolver todas las subvoces de daño que la fantasía o las circunstancias del caso habían inducido a los jueces a crear, como el daño estético, el daño a la vida de relación, el daño derivado de la afectación de la capacidad laboral *genérica*, etc. A la mitad de los años setenta el panorama del resarcimiento del daño a la persona presentaba, por un lado, una suerte de jungla confusa en la cual la falta de uniformidad era la regla, y, por otro, dejaba entrever el nuevo Edén en que el orden y la igualdad podrían ser establecidos: el daño moral en sentido estricto (encerrado en la fórmula

traslaticia de los sufrimientos y las afectaciones psíquicas) y el daño reductual derivado del detrimento de la capacidad laboral *específica* se acercaba, por mérito de la inventiva de los jueces del Tribunal de Génova, de la nueva voz onnicomprensiva, traducible en tablas más modernas respecto a las utilizadas por la praxis asegurativa y, en ese momento, más generosa para las víctimas y más penalizados para los victimarios (y, por ende, las aseguradoras). En efecto, para significar que esta nueva voz concernía, indistintamente, a todos los sujetos y a su salud, se adoptó la fórmula del daño biológico, proveniente de la ciencia médico-legal.

3. Más problemático ha sido el resarcimiento del daño psíquico producido a los familiares de la víctima de accidentes de tránsito. En su momento el Tribunal de Milán había reconocido la resarcibilidad de este tipo de daño a los padres que, como consecuencia del fallecimiento de la hija, sufrían problemas en su salud o alteraciones en el equilibrio mental. Sobre este aspecto la doctrina está dividida: se ha demostrado que el daño psíquico tiene el mismo nivel que el daño producido a la integridad física. Existen posiciones que proponen considerar este tipo de daño como un “daño por rebote”, según la feliz fórmula creada por la jurisprudencia francesa. También hay posiciones que han rechazado la adscripción del daño psíquico a la esfera del daño moral o su inclusión al área del artículo 2059 del Código Civil italiano. Posteriormente, se ha justificado el resarcimiento del daño moral a favor de los familiares en el supuesto de lesiones graves pero no letales a la víctima.

Es oportuno no ampliar el significado de la expresión “daño no patrimonial” hasta comprender el daño psíquico: esta acepción de daño tiene su propia autónoma dignidad y puede, si se ha demostrado la subsistencia de los requisitos del acto ilícito, considerarse merecedor de liquidación a favor de los familiares, obviamente *iure proprio*. No obstante, parece apreciable la consideración de la Corte de Casación italiana, que excluye la posibilidad de recurrir a este caso en una responsabilidad puramente casual y, se podría agregar, a una responsabilidad objetiva, debiéndose este tipo de responsabilidad admitir solo donde se haya ejercido una actividad económica riesgosa o en las hipótesis expresamente reguladas por la ley.

Gracias a una imponente labor jurídica y a la acción renombrada de reconocidos juristas en la doctrina, se ha afirmado en los jueces de primera instancia, en primer lugar, y posteriormente, en algunas sentencias de la Corte de Casación, otra acepción de daño a la persona: el *daño existencial* derivado de las consecuencias del acto ilícito que afecta las costumbres de vida, las actividades sociales y lúdicas. Después de muchas hesitaciones, la Corte de Casación acogió esta noción en modo más restrictivo de lo que lo comprendía la doctrina favorable a esta institución, admitiéndola solo en el caso de lesión de los derechos fundamentales.

También se presentan otras temáticas concernientes al daño derivado del nacimiento que anuncia una vida dolorosa, en los casos en que el feto sufre una enfermedad no descubierta por los médicos, daño que origina su muerte inmediata, comprendido como privación de la vida y, por ende, como daño a la vida.

Son problemáticas en donde son más evidentes la yuxtaposición entre problemas jurídicos y problemas éticos.

La perspectiva privilegiada por CARLOS ANTONIO AGURTO GONZÁLES es la más correcta: trazar un límite entre los dos aspectos, el jurídico y el ético, buscando el primero, sin olvidar el segundo, ya que la persona, a la cual se agregan los valores del ordenamiento jurídico, no es más su imagen abstracta, sino expresión de la vida en su dimensión real, en su aspecto físico, espiritual, alegría y sufrimiento.

GUIDO ALPA

Profesor Ordinario de la Universidad de Roma “La Sapienza”
Profesor Honorario de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

PALABRAS LIMINARES

Para mí es un gran honor presentar el trabajo de CARLOS ANTONIO AGURTO GONZÁLES dedicada al daño a la persona y al daño al proyecto de vida.

CARLOS ANTONIO AGURTO GONZALES es un autor que no necesita de presentación. Se trata de un estudioso muy conocido en América Latina, así como en Europa, y en particular en Italia, donde ha desarrollado exitosamente una parte de sus estudios, especializándose en Derecho Comparado, con particular referencia al derecho de las personas y a la responsabilidad civil.

El trabajo es fruto de una profundización de los estudios comparados dedicados al derecho italiano en materia de daño a la persona. Se trata de una problemática particularmente complicada desde hace algunas décadas, a la cual está empeñada la doctrina no solo italiana, sino también latinoamericana.

Basta pensar en los numerosos problemas interpretativos presentes en la materia del daño a la persona: inicialmente, en el aspecto de la cuantificación, se hacía referencia a la pérdida de la ganancia como consecuencia de la lesión, y ello podía comportar la exclusión del resarcimiento en caso de lesión de un sujeto privado de renta, como por ejemplo un niño, un ama de casa o un pensionado, o aun inducir a los jueces a cuantificar la entidad del daño sufrido por un niño haciendo referencia a la profesión del padre, presumiendo que el hijo habría desarrollado su mismo trabajo, con resultados obviamente insatisfactorios. Para evitar esta y otras injusticias, la doctrina italiana ha elaborado la noción de daño biológico, con la consecuente posibilidad de obtener un resarcimiento desvinculado de la ganancia percibida. Esta solución fue acogida también por parte de la jurisprudencia, con la equiparación del *quantum* obtenible a título de resarcimiento del daño biológico, en sí mismo considerado, prescindiendo de la capacidad de ganancia del sujeto lesionado. Se trata de un planteamiento propuesto por la doctrina italiana que ha sido acogido en todo el mundo, y en particular en América Latina, como lo atestigua el presente trabajo de CARLOS ANTONIO AGURTO GONZÁLES.

El libro de AGURTO GONZÁLES también trata de otros importantes aspectos de la responsabilidad civil, y en particular del daño existencial. Como se conoce, se trata de una categoría de daño elaborada por la Escuela de Trieste, la cual ha suscitado un amplio debate en Italia. Después de diversos pronunciamientos, la Corte de Casación italiana ha llegado a excluir una autónoma relevancia al

daño existencial, ha sido reconducido en la categoría del daño no patrimonial, en sus tres articulaciones principales: daño biológico, daño existencial y daño no patrimonial en sentido estricto. No obstante, esto no significa que el daño existencial no sea resarcido, por el contrario, constituye una acepción de daño resarcible, a título de daño no patrimonial según lo dispuesto por el artículo 2059 del Código Civil italiano.

Notables han sido, por otro lado, las evoluciones de la noción de daño no patrimonial. Ha sido dejado de lado que el daño no patrimonial sea resarcible solo en caso de delito, sino cada vez que hayan sido lesionados los derechos y los intereses constitucionalmente relevantes, de acuerdo al artículo 2 de la Constitución italiana.

CARLOS ANTONIO AGURTO GONZÁLES trata también, en modo profundo, otras voces de daño, especialmente el *mobbing*. Esta figura que se ha desarrollado especialmente en los últimos años en materia del derecho del trabajo y se produce, entre otros supuestos, cuando el empleador veja a su dependiente, por ejemplo no desarrollando ninguna labor, induciendolo a la renuncia del trabajo. Esta conducta es ilícita y puede comportar la obligación del resarcimiento del daño sufrido por el trabajador.

Se trata de conquistas importantes de la ciencia jurídica contemporánea que el trabajo de CARLOS ANTONIO AGURTO GONZÁLES no deja de evidenciar y de difundir en medida creciente también en América Latina

PAOLO GALLO
Profesor Ordinario
Universidad de Turín

PRÓLOGO

1. EL AUTOR Y SU OBRA

CARLOS ANTONIO AGURTO GONZÁLES se recibió de abogado por la Universidad Nacional de San Marcos y obtuvo una Maestría por la antigua y afamada Universidad de Bolonia de Italia. Ello, tras obtener una beca de estudios de la Unión Europea. Su grado académico de Magíster se reconoció por la Asamblea Nacional de Rectores de Universidades del Perú en noviembre de 2014. Ha seguido una Maestría en Derecho Civil y Comercial en el Postgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y es, actualmente, profesor de Derecho Comparado y Sistemas Jurídicos del mundo en esta casa estudios.

Ha participado como expositor en congresos y seminarios académicos celebrados en Italia y en Perú, así como ha publicado diversos ensayos y artículos de revistas tanto nacionales como extranjeras.

AGURTO GONZÁLES nos ofrece, como producto de su talento y de su probada vocación de estudioso del Derecho, un excelente libro titulado *El nuevo derecho de daños: daño a la persona y daño al proyecto de vida* y que nos es grato prologar.

Conocemos a CARLOS ANTONIO AGURTO GONZÁLES desde que era estudiante de Derecho, hace ya varios años. En este transcurrir del tiempo ha colaborado, con reconocida eficiencia, en algunas de nuestras actividades académicas, muchas de ellas relacionadas con el tema de la presente obra. Somos, por ello, testigos de su entusiasta vocación jurídica, de su curiosidad y apetencia de conocimientos, de su capacidad y sencillez, así como de su tenacidad como estudioso de las instituciones que concentran su preferente atención. Por ello, pese a su juventud, ha sido capaz para escribir este valioso libro que ha de ser, sin duda, su primer trabajo de largo aliento. Nos atrevemos a pronosticar que, si persevera por la senda que se ha trazado, vendrán otros más en un futuro que le auguro ha de ser intelectualmente exitoso.

Por lo expuesto, no nos sorprende la calidad de esta obra, que resume el interés que despertó en él, dotado de especial sensibilidad, todo lo referido a la protección preventiva, unitaria e integral del ser humano. De ahí su laboriosa dedicación al estudio de las nuevas instituciones que, a partir de la década de los años ochenta del siglo pasado, han reivindicado la privilegiada protección

de la persona, desplazando a la propiedad del lugar cimero que ocupaba antaño en la disciplina jurídica. De ahí su decidido interés por viajar a Italia para conocer de cerca todo lo atinente a la creación jurisprudencial y al desarrollo de la institución del “daño a la persona”. Ello explica el que esta obra se centre en la presentación del “daño al proyecto de vida” o a la “libertad fenoménica” que constituye, después del daño a la vida, la modalidad más importante de la amplia y genérica categoría del “daño a la persona”. Es decir, que la relación entre ambas figuras jurídicas es de género a especie.

La investigación emprendida por AGURTO GONZÁLES, que se concreta en la presente obra, surge, como lo expresa en sus propias palabras, “en el afán de resaltar la necesidad de que los juristas y los operadores del Derecho tengan la sensibilidad para comprender y reconocer” la importancia que significan para el Derecho el “daño a la persona” y, especialmente su modalidad radical, es decir, el “daño al proyecto de vida”. Su interés consiste, también en sus propias expresiones, en “la necesaria búsqueda por conocer lo más profundamente posible en qué consiste el genérico daño a la persona, cuáles son sus alcances y finalidades, cuál es su sistematización, cuáles son sus modalidades hasta hoy conocidas”. Y, ciertamente, su más importante modalidad como es el “daño al proyecto de vida”.

Al concluir su investigación AGURTO GONZÁLES comprueba que a raíz de la nueva concepción del ser humano, como un ser libertad, y de la aparición del “daño a la persona” y de su más importante modalidad, el “daño al proyecto de vida”, se ha producido una necesaria reestructuración de la tradicional responsabilidad civil para ingresar a una nueva era que podemos denominar como el “derecho de daños”, donde el mayor interés recae en la protección del ser humano que en la necesaria búsqueda del civilmente responsable. El prioritario centro de atención es la víctima del daño.

Luego de terminar la lectura del libro puedo afirmar que AGURTO GONZÁLES ha logrado, con creces, cumplir con su cometido. Su trabajo denota el amplio conocimiento y dominio de la materia alcanzado por el autor y nos incita a penetrar en tan novísimo acontecimiento jurídico que está dando la vuelta al mundo y que ha sido acogido por los más alertas juristas de todas las latitudes y por la jurisprudencia más sensible y próxima a la protección de la vida, como es el caso de aquella valiosa emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ingresó tempranamente, por su reciente creación en los años ochenta del siglo pasado, a la legislación de algunos países.

2. EL CONOCIMIENTO DE LA EXISTENCIA COMO LIBERTAD: PREMISA PARA COMPRENDER EL “DAÑO AL PROYECTO DE VIDA”

El autor expresa, con acierto, que es indispensable como premisa para conocer y comprender cómo surge y lo que significa para la protección del ser

humano tanto el “daño a la persona” y, consiguientemente, del “daño al proyecto de vida” indagar, hasta donde ello es posible, en qué consiste la estructura existencial del ser humano en cuanto “sujeto de derecho”. AGURTO GONZÁLES se hace la misma pregunta que nosotros nos hemos hecho con frecuencia y es la referente a saber qué ocurriría si se ignorase totalmente como se compone la estructura existencial del ser humano. En efecto, si ello sucediese, nos preguntamos conjuntamente con el autor: ¿cómo sabríamos donde y de qué manera se le puede dañar y cómo reparar acertadamente sus consecuencias?

AGURTO GONZÁLES, consciente de dicha primera exigencia, inicia su obra indagando sobre la estructura existencial de la persona humana. No puede obviar el hecho de que es ineludible conocer la calidad ontológica del ente que es dañado para determinar los criterios y las técnicas que se deben emplear para reparar adecuadamente las consecuencias de un daño al ser humano.

El autor, por lo expuesto, empieza su trabajo refiriéndose al extraordinario hallazgo y ulterior desarrollo de la nueva concepción del ser humano como siendo un *ser libertad* el cual, a la vez, es estructuralmente coexistencial y temporal. Es ilustrativo, por lo poco conocido o divulgado, el necesario tratamiento que otorga a una aproximación a la *libertad* constitutiva del ser humano, así como también a la indispensable mostración de sus dos instancias como son la libertad ontológica y la libertad fenoménica.

La libertad ontológica, nos dice, es aquella en que consiste el *ser* humano. Es decir, la que lo hace ser tal y lo diferencia de los demás entes del mundo. La libertad que se designa como fenoménica es la expresión y el despliegue de la libertad ontológica en la realidad del diario vivir, como acto, conducta, comportamiento. En síntesis, se puede resumir lo expresado por el autor en el sentido que el ser humano es libertad que se proyecta. La libertad es, de suyo, proyectiva. El ser humano es libertad que se proyecta.

3. IMPORTANCIA DE LA APARICIÓN EN EL ESCENARIO JURÍDICO DEL “DAÑO AL PROYECTO DE VIDA” COMO INSTRUMENTO PARA LA PROTECCIÓN DE LA EXISTENCIA HUMANA

En consonancia con lo expresado en precedencia, el autor sostiene que el “proyecto de vida” reconoce como sus presupuestos a la libertad, en tanto es el ser del hombre, la coexistencialidad o sociabilidad del ser humano y al sustento de la concepción tridimensional del Derecho. De ahí, como señalábamos, se hace necesario para su cabal comprensión poseer, por lo menos, algunos indispensables conocimientos sobre dichas dimensiones conceptuales. Su exposición la hallamos, debidamente expuesta y analizada, en la presente obra.

Para comprender la importancia y trascendencia jurídica del tema que, con solvencia intelectual aborda CARLOS ANTONIO AGURTO GONZÁLES en el presente

libro, nos recuerda que hasta los años ochenta del siglo xx no se había advertido en el mundo del derecho que, en el diario convivir, la libertad fenoménica o proyecto de vida podía ser dañado. Se pensaba que solamente se lesionaban los bienes materiales, a través del “daño emergente” y del “lucro cesante” y, en algunos casos, un llamado daño “moral”, como dolor o aflicción psíquico-emocional. No se había reparado en la existencia del daño al proyecto de vida del ser humano, a su realización, al mismo sentido y razón de su vida.

La novedad de la temática expuesta por AGURTO GONZÁLES en su obra se evidencia si se tiene en consideración que la divulgación, en el conocimiento jurídico latinoamericano, del “daño a la persona” y el creativo hallazgo del “daño al proyecto de vida” se realiza públicamente, por primera vez por el prologoísta de este trabajo, en un Congreso Internacional sobre “El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano” celebrado en Lima en 1985. El certamen, nos informa, fue organizado por el Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima cuya dirección la ejercía en aquella época quien esto escribe. Los resultados de esta reunión constan en un libro que lleva el mismo nombre del mencionado Congreso Internacional. La nueva temática es tratada, también por primera vez en Latinoamérica, en el ensayo titulado de *El daño a la persona en el Código Civil de 1984*, el que se encuentra publicado en el libro “Homenaje a José León Barandiarán”, editado en Lima en ese mismo año y elaborado por nosotros, como lo menciona AGURTO GONZÁLES en su lugar.

Como nos lo recuerda AGURTO GONZÁLES, hasta los años ochenta del siglo xx no se había imaginado ni reflexionado, tanto por filósofos como por juristas, sobre la posibilidad de la presencia en el escenario jurídico del “daño a la libertad fenoménica” o “daño al proyecto de vida”, del que se derivan muy graves consecuencias para la existencia del ser humano. Esta contribución del derecho peruano, y por tanto latinoamericano, al derecho universal se hace posible desde que, a partir de la primera mitad del siglo xx, momento en el que florece la escuela de la filosofía de la existencia, se produce el hallazgo de que la libertad es el ser del hombre y no un atributo más de su existencia como se le consideraba en el pasado.

Los aportes de la escuela de la filosofía de la existencia, como lo pone de manifiesto AGURTO GONZÁLES, constituyen el fundamento del descubrimiento de que permite comprender que no solo se podía dañar la libertad, en cuanto ser del hombre, sino que también era posible dañar la libertad volcada o proyectada hacia el exterior a través de actos, conductas, comportamientos. Como anota el autor, el advenimiento del “daño al proyecto de vida” es un aporte del derecho latinoamericano a la ciencia jurídica.

Los impensados resultados de la investigación jurídica contemporánea han sido posibles gracias a los hallazgos que, valiéndose del aporte de algunos filósofos del siglo xix, como es el caso de SÖREN KIERKEGAARD, son generados por un brillante grupo de pensadores que ofrecen al mundo una nueva concepción del ser humano. Nos referimos a la citada escuela de la filosofía de

la existencia, donde destacan, con luz propia, filósofos de la talla de JASPERS, SARTRE, MARCEL, HEIDEGGER, ZUBIRI, entre otros. A ellos les debemos el saber que el *ser* del hombre es la *libertad*, es decir, lo que nos hace ser seres *humanos* y no simples animales mamíferos. Se nos presenta al ser humano como un ser libertad que, simultáneamente, es también coexistencial y temporal. Queda en el pasado la visión del hombre como un ser “racional”.

Los hallazgos de la filosofía de la existencia repercuten en las ciencias humanas y sociales y, especialmente, en el Derecho. En este sentido, como lo anota el autor, el personalismo o humanismo jurídico afirma, contrariamente a lo que sucedía en el pasado, que es la persona humana el centro y eje del Derecho. El ser humano es el creador, el protagonista y el destinatario de la disciplina jurídica.

La temática de la obra, como se desprende de lo anteriormente expuesto, se desarrolla sobre la base y la evidencia de que el *ser libertad* es lo que constituye al ser humano como tal, habiéndose dejado atrás la tesis de que era la “razón” la que determinaba la diferencia entre el hombre y los demás entes del mundo. En los tiempos que corren es la *libertad* la que hace tal diferencia. No podemos perder de vista que, en cuanto somos animales mamíferos, compartimos con el chimpancé más del 95 por ciento de genes. Siendo ambos animales mamíferos, entes de la naturaleza, la mencionada diferencia, cabe reiterarlo, reside en que la persona, además, es un ente libre dotado de espiritualidad, la que le permite ingresar al mundo de los valores.

4. EL “DAÑO AL PROYECTO DE VIDA” COMO UNA MODALIDAD O ESPECIE DEL MÁS AMPLIO Y GENÉRICO “DAÑO A LA PERSONA”

El “daño al proyecto de vida” es uno de los múltiples daños que se causan a la persona, ya sea en su libertad, tanto ontológica como fenoménica, como en su estructura psicosomática. El autor señala que el “daño al proyecto de vida” es un daño radical que se inflige a la persona en tanto compromete su libertad. Es, por lo tanto, una modalidad o especie del amplio y genérico “daño a la persona”. De ahí que AGURTO GONZÁLES considere conveniente proporcionar al lector una visión de lo que significa y cuáles son los diversos alcances del “daño a la persona”.

En este sentido, dedica sendas páginas de la obra a mostrar el histórico surgimiento del “daño a la persona” en el escenario jurídico contemporáneo como una contribución de la jurisprudencia y la doctrina italiana sistematizado luego en Perú. Dentro de este propósito se ocupa de los planteamientos sobre el tema ofrecido por diversos autores en precedencia a la eclosión jurisprudencial y doctrinaria de dicho daño. Se exponen, luego, los aportes a la cuestión del “daño a la persona” de la escuela jurídica genovesa, con la creación del

“daño biológico”, y el de la escuela pisana con el “daño a la salud”, así como se refiere a los posteriores planteamientos sobre el tema debidos a las escuelas turinesa y boloñesa. Cierra este apartado refiriéndose a la valoración del “daño a la persona”.

AGURTO GONZÁLES recuerda que en Italia, en el afán por encontrar un asidero legal que permitiera a los jueces fundamentar sus sentencias sobre el “daño a la persona”, se recurrió al empleo de diversas etiquetas aunque siempre, detrás de ellas, se aludía a dicho daño. Fue así, por ejemplo, como el profesor de Pisa, FRANCESCO D. BUSNELLI, utilizara la expresión de “daño a la salud”, ello con el propósito de encontrar en el artículo 32 de la vigente Constitución italiana —que se refiere a la protección de la salud— el mencionado dispositivo legal que facilitara a los magistrados italianos la reparación del “daño a la persona”. De esta situación, que induce a la confusión de quienes no están enterados de la particularidad experimentada en Italia, surgió la necesidad de sistematizar adecuadamente el “daño a la persona” al margen de la problemática localista antes enunciada.

5. NECESIDAD DE LA SISTEMATIZACIÓN DEL “DAÑO A LA PERSONA”

El tema de la sistematización del “daño a la persona”, como apunta el autor, fue un trabajo que se adelantó en Perú por primera vez, por quien esto escribe, en la doctrina jurídica, constituyendo un valioso aporte que facilita su comprensión y precisa sus alcances. Dicha sistematización, que por primera vez se da a conocer en una publicación de 1993, se elabora sobre la base de un previo conocimiento de la estructura existencial del ser humano. Ello, con la finalidad de saber cuáles son los diversos daños que se le pueden causar a la persona y determinar cuáles serían las adecuadas reparaciones provenientes de sus específicas consecuencias. Y es que el ser humano es un ente complejo desde que está constituido por una unidad inescindible de cuerpo o soma y psique, la misma que se sustenta en su ser *libertad*, hecho que lo convierte en impredecible. Partiendo de la evidencia sobre en qué consiste el ser humano y conociendo su estructura existencial se debe precisar cuál es el aspecto de la persona que ha sido materia del daño para luego establecer la correspondiente reparación de sus consecuencias.

6. CLASIFICACIÓN DEL DAÑO EN GENERAL

El autor expone y analiza, con minuciosidad, la nueva clasificación del “daño”, en general, así como luego la referida a los “daños a la persona”, ya sea aquellos que lesionan su estructura psicosomática como los que afectan su libertad fenoménica o “daño al proyecto de vida”.

El autor, siguiendo la clasificación propuesta en un trabajo que publicáramos en 1993, se refiere a una nueva clasificación del daño en general. Ella se basa, como es lógico, en lo anteriormente expresado sobre la estructura existencial del ser humano. En este sentido, se explica que el daño se clasifique, en primer término, teniendo en consideración la naturaleza del ente dañado. En atención a lo expuesto el daño se distingue en daño subjetivo o daño a la persona y en daño objetivo o daño a los entes del mundo exterior al ser humano. Se aclara que se utiliza la expresión de daño “subjetivo” para comprender en él tanto a aquellos daños inferidos al concebido como a los dirigidos contra la persona natural o física. También se deja constancia que, según la costumbre, en la práctica se emplea la expresión de “daño a la persona” en vez de daño subjetivo, no obstante expresar conceptualmente lo mismo.

El autor justifica la utilidad práctica que tiene la clasificación del daño en atención a la naturaleza del ente dañado. Explica que, sin mayor análisis y a primera impresión, dicha clasificación parece ser obvia e innecesaria para los efectos prácticos. Por el contrario, el autor aclara lúcidamente que ella cumple una importante función desde que se debe tener presente que la naturaleza o calidad ontológica del ente lesionado exige un determinado específico tratamiento, una técnica y un criterio de reparación especial en consonancia con dicha calidad.

Es así, como es dable aplicar, tratándose de un daño a la persona, aquellos criterios y técnicas que se utilizan en el caso de un daño a los objetos o cosas del mundo exterior al ser humano, como, por ejemplo, a la propiedad. La mencionada clasificación es útil sobre todo en los primeros tiempos de aplicación del “daño a la persona”. Ello a la espera que un sector de los jueces y operadores del Derecho se familiaricen con la nueva institución.

La segunda clasificación del daño en general se relaciona con las consecuencias que él acarrea. En este sentido, advertimos que los daños pueden ser patrimoniales y extrapatrimoniales. Las consecuencias patrimoniales, como bien se sabe, se resarcan ya sea con dinero o con especies en la medida y calidad de aquellas lesionadas. Las consecuencias extrapatrimoniales son las que no pueden repararse en forma directa en dinero. Estas últimas son las consecuencias derivadas de daños que lesionan a la persona considerada en sí misma.

Es de advertir que la persona, en mérito a las consecuencias de los daños causados, puede ser pasible tanto de consecuencias patrimoniales como extrapatrimoniales. Inclusive estas últimas pueden repararse mediante una suma de dinero si no existiere otro medio adecuado de indemnización. Lo importante es que la lesión no quede sin ser reparada.

Así, por ejemplo, puede existir un caso en el cual una persona, de una parte, sufre un daño cuyas lesiones son de tal gravedad que frustren su proyecto

de vida. La reparación de este daño es de carácter extrapatrimonial. Pero, simultáneamente, dicha persona tiene necesariamente que atenderse en un hospital o clínica y, consecuentemente, ello genera gastos. En esta situación la reparación será de carácter patrimonial.

7. EL “DAÑO A LA PERSONA” Y SUS MODALIDADES

Agurto Gonzáles, en cuanto a lo que se refiere a la sistematización del “daño a la persona”, destaca que, teniendo siempre presente la estructura existencial del ser humano, este daño puede incidir ya sea en su unidad psicosomática o en su libertad fenoménica o “proyecto de vida”. El primero de ellos, el daño designado como psicosomático, es el que afecta el conjunto del cuerpo, sus órganos, sus funciones fisiológicas y el psiquismo del ser humano. El segundo es el que daña su libertad, su centro existencial, o su proyección en el mundo exterior. El “daño psicosomático”, involucra al denominado “daño biológico” o la lesión considerada en sí misma. Este daño puede comprometer cualquiera de las partes que componen preponderantemente la unidad psicosomática, o cuerpo en sentido estricto o soma, o puede incidir en el psiquismo como sería el caso de un traumatismo cerebral o cualquier otra patología.

Según AGURTO GONZÁLES, el “daño biológico”, es decir, cualquier lesión a la unidad psicosomática, produce, en mayor o menor grado, según el caso, repercusiones inevitables en el bienestar de la persona o a la salud, entendida esta última como “salud integral”. Este daño se suele reconocer, por consiguiente, como “daño al bienestar” o a la “salud integral”. Sus consecuencias son de tal amplitud que comprenden las diversas actividades normales y ordinarias de la persona las cuales, por su magnitud y gravedad, afectan su calidad de vida. El “daño al bienestar”, como apunta el autor, “modifica algunas de sus costumbres y hábitos, conlleva inhibiciones, carencias, molestias, limitaciones de todo tipo”. En algunos casos, por su gravedad, pueden llegar a menoscabar el “proyecto de vida” de la víctima.

El autor se detiene en el análisis del “daño al bienestar” o “la salud integral”. Es un daño que, nos dice, “alude a las inevitables y automáticas repercusiones que produce cualquier lesión psicosomática en el bienestar de la persona, en sus intereses existenciales, con prescindencia de su magnitud e intensidad”.

Al tratar lo referente al “daño al bienestar”, hace también referencia al mal llamado daño “existencial”. Este específico daño surge en Italia diez años después de haberse puesto en evidencia en Perú, en 1985, el daño a la libertad fenoménica o “daño al proyecto de vida”. El “daño existencial”, según AGURTO GONZÁLES, “afecta “la realización de la persona en su vida diaria, normal, cuyas consecuencias son de carácter no patrimonial”. El daño existencial, en palabras

del autor, “coincide con la categoría de daño denominada «daño al bienestar» o «daño a la salud integral» del ser humano” pero en menor grado que este según sus consecuencias. El “daño existencial”, según el autor, no genera consecuencias extrapatrimoniales.

En efecto, en coincidencia con lo expresado por AGURTO GONZÁLES sobre el impropriamente llamado daño “existencial” consideramos que se trata de un daño menor causado al normal y diario vivir de la persona, que la perturba y crea en ella una sensación de malestar. Este daño, a diferencia del que se designa como “daño al bienestar”, no afecta la calidad de vida de la persona. Es, por lo general, transitorio y no genera un “daño al proyecto de vida”.

Habría, por lo tanto y como lo han hecho notar diversos autores, una diferencia de grado en lo concerniente al “daño al bienestar”. Los más graves son aquellos cuyas consecuencias afectan la calidad de vida de la persona y pueden llegar a menoscabar el personal proyecto de vida. Los otros daños, cuyas consecuencias no son graves y, por lo tanto, no afectan la calidad de vida de la persona, son los que los juristas de la Escuela de Trieste han denominado daños “existenciales”. Estos daños son aquellos cuyas consecuencias no menoscaban el proyecto de vida y solo frustran proyectos menores que se producen ininterrumpidamente en la cotidiana vida del ser humano.

El mencionado daño “existencial” ha sido impropriamente denominado por sus creadores. En este sentido debemos reflexionar en torno al concepto de “existencia” a fin de precisar a cuál objeto corresponde tal designación y determinar sus alcances. Esta aclaración es necesaria desde que dicho concepto tiene una doble significación. Por un lado, dentro del lenguaje filosófico, la “existencia” se entiende como la vida humana considerada en sí misma, propiamente el acto de existir del ser humano. Esta significación tiene su cantera, como está dicho, en la filosofía, más propiamente en la “filosofía de la existencia” o existencialismo.

La otra significación del término “existencia”, dentro del lenguaje común u ordinario, alude a la realidad del diario vivir, a todo lo que le ocurre o le sucede al ser humano en el tiempo, en el transcurrir de los días. Es así, por ejemplo, el caso en el que una persona puede exclamar, por ejemplo, que en su existencia ha sufrido solo una vez una demora significativa en la partida del avión que la conduciría al destino escogido. Esta demora, o cancelación de un vuelo, puede causarle un malestar o una perturbación emocional como podría ser el caso de perder el primer día de un congreso científico de una mayor duración, o de tener que cancelar una cita de negocios o no disfrutar del primer día de un período vacacional. Se trata de daños cuyas consecuencias no afectan la calidad de vida y solo frustran proyectos ordinarios, menores, propios del diario existir, pero que no dañan el único y personal “proyecto de vida”, es decir, el sentido que la persona otorgó a su vida.

Lo anteriormente expresado explica la razón del por qué estimamos que la denominación de “existencial” confunde al lector. Este, probablemente, no entiende si este daño afecta la calidad de vida llegando a lesionar su proyecto de vida o si, por el contrario y dentro de la otra significación, se trata de un daño menor que incide sobre un acto de la vida normal u ordinaria de la persona, que no afecta su bienestar en el sentido de comprometer su calidad de vida. Por nuestra parte asumimos el término existencial en su primera acepción, es decir, que la existencia es el simple acto de “vivir”, la vida considerada en sí misma.

Es conveniente resaltar que, como conclusión de todo lo anteriormente expuesto, se debe aclarar que el mencionado daño “existencial”, creado en Italia por la Escuela de Trieste, no se confunde con el que designamos por nuestra parte como “daño al bienestar”. Como está dicho, este daño, que llamamos “daño al bienestar”, se refiere a las consecuencias que afectan la calidad de vida y que pueden llegar a lesionar el radical “daño al proyecto de vida”, es decir, de aquel daño que frustra el destino de la persona con la gravísima consecuencia de una pérdida del sentido que ella había otorgado a su existencia.

En síntesis, desde nuestro punto de vista, el “daño al bienestar” tiene dos expresiones. La primera se refiere a aquellos daños cuyas consecuencias son graves a tal punto que afectan la calidad de vida y pueden llegar a menoscabar el “proyecto de vida”. El designado como daño “existencial” es también un “daño al bienestar” cuyas consecuencias solo causan diversas reacciones psíquicas emocionales sin llegar a lesionar la calidad de vida ni menoscabar el “proyecto de vida”. Son frustraciones de ciertos proyectos de la vida diaria, que ininterrumpidamente acompañan el existir de la persona.

8. EL DAÑO “MORAL”, EL DAÑO PSÍQUICO, EL “MOBBING”

El llamado “daño moral” es otro de los daños problemáticos y discutibles que se analiza en el presente libro. El autor considera, con razón, que dicha denominación como “moral” no es descriptiva de su objeto desde que lo que se daña no son principios morales ni derechos sino lo que se lesiona es el ser humano, en sí mismo. Lo que afecta el mal llamado daño “moral” no son principios, en abstracto, ya sean morales o legales, sino que su agravio genera daños en la esfera psíquica de la persona. Este daño psíquico es emocional, sentimental, no patológico. En este sentido, y como AGURTO GONZÁLES lo remarca, el daño psíquico-emocional no es nada más que un aspecto del genérico “daño a la persona”. Esta posición ha sido consagrada en Perú por el Tercer Pleno Casatorio Civil de 2011.

El tratamiento del “daño psíquico” no podía estar ausente en la presente obra. Este específico daño psicossomático, según el autor, “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”. Supone, por consiguiente, una alteración de la personalidad que se expresa a través de “síntomas, inhibiciones, depresiones, etc.”.

Asunto que es tratado extensa y documentadamente en la presente obra es el referente al “mobbing”. Se trata de un daño cometido contra la persona. De acuerdo con el autor, este nuevo daño supone una serie de comportamientos vejatorios, molestias o situaciones negativas que, teniendo como escenario un centro laboral, supone que por acción de uno o más sujetos —que pueden ser empleadores, superiores o compañeros de trabajo— se causa un daño a otro sujeto quien, por efecto de dichas conductas, sufre “una mayor y creciente repulsión hacia el ambiente de trabajo”.

9. EL “DAÑO AL PROYECTO DE VIDA” O “DAÑO A LA LIBERTAD FENOMÉNICA”

El punto central de la presente obra tiene que ver con el “daño al proyecto de vida” o “daño a la libertad fenoménica”. Su tratamiento es demostrativo de un dominio de la materia en estudio de parte del autor del presente trabajo. Se expone con amplitud y detenimiento todo lo atinente a esta novedosa institución jurídica, cuya aparición en el escenario jurídico conduce, inexorablemente, a una revisión a fondo del clásico capítulo de la responsabilidad civil.

El autor, con destreza y conocimientos del asunto en cuestión desarrolla, de modo amplio y documentado, la importante y novedosa figura jurídica del “daño al proyecto de vida” el cual, concebido en Perú en la década de los años ochenta del siglo xx, ha revolucionado la temática de la responsabilidad civil. Nos muestra, con sentido crítico y didáctico, con útil prolijidad, las cuestiones más destacadas y problemáticas en lo atinente a dicha trascendente institución jurídica. De la lectura del libro aprehendemos, a través de una sobria claridad de lenguaje, el panorama de los diversos aspectos y de la evolución y difusión mundial, desde su creación y hasta nuestros días, del “daño al proyecto de vida”.

Para una mejor comprensión de los alcances de la libertad el autor nos ilustra al respecto cuando sostiene que la libertad, siendo una, se nos muestra a través de dos aspectos, los que aparecen como las dos caras de una misma moneda. De un lado, nos referimos a la libertad como el ser mismo del hombre, la que se designa como libertad *ontológica* y, del otro, mencionamos la libertad que aparece volcada en el mundo exterior a través del proyecto de vida. A esta libertad se le conoce como libertad *fenoménica*.

El autor, como cuestión previa al análisis de la mencionada figura jurídica, nos recuerda que el “proyecto de vida” es la libertad fenoménica, es decir, la libertad ontológica que se manifiesta permanentemente en el exterior por medio

de actos, conductas, comportamientos. Es esta libertad fenoménica, expresada mediante el proyecto de vida la que es pasible de un daño, cuyas consecuencias, generalmente, inciden en el destino mismo de la persona.

En el proyecto de vida se conjugan las vocaciones, las aspiraciones, las metas, las ilusiones, las expectativas que cada sujeto ha escogido para realizarse humanamente durante su existencia. Es decir, lo que ha decidido “ser” y “hacer” con y en su vida. En ello reside la importancia del proyecto de vida para el ser humano, la gravedad que reporta su daño por lo que es imperiosa necesidad de su más amplia y oportuna protección jurídica. Protegiendo el proyecto de vida se está tutelando nada menos que la razón de ser y de vivir de la persona.

El “daño al proyecto de vida” afecta la libertad propia del ser humano que debe realizarse como persona de acuerdo con su propia libre decisión. Se trata, nos dice el autor, de un daño de tal magnitud que afecta la manera en la cual la persona ha decidido ser y vivir. Es un daño que, en ciertos casos, trunca el destino de la persona, que le hace perder el sentido o razón de ser de su existencia. Este daño es un daño futuro y cierto el cual, en muchos casos, le acompaña durante el curso de su vida.

El “daño al proyecto de vida”, se sostiene con razón, es un daño objetivo el cual, a diferencia del llamado “daño moral”, puede ser apreciado por cualquiera que “se adentre en la vida de una cierta persona y observe las consecuencias de tal daño”. En cambio, el llamado “daño moral” es subjetivo, por lo cual escapa al conocimiento de sus características y de la magnitud de sus consecuencias.

AGURTO GONZÁLES, aproximándose a las raíces filosóficas del “daño al proyecto de vida”, destaca un hecho que no suele ser normal y debidamente apreciado por los que vivimos el Derecho, como es la pasión que sentimos si somos conscientes que su finalidad es la defensa de la libertad en cuanto constituye el *ser* mismo del hombre. Es decir, de aquello que lo hace ser lo que es: ser humano.

El autor tiene toda la razón sobre el fundamento filosófico del “daño al proyecto de vida” cuando sostiene, con convicción, que este resulta ser una de las múltiples consecuencias que son el resultado visible del descubrimiento de la naturaleza del ser humano en cuanto *ser libertad*. Este revolucionario hallazgo que, como se ha señalado se redescubre y desarrolla entre las dos guerras mundiales, del siglo XX, permite superar la antigua concepción del hombre como un ser “racional”.

10. LA FRUSTRACIÓN, MENOSCABO O RETARDO DEL PROYECTO DE VIDA

AGURTO GONZÁLES afirma que la frustración del “daño al proyecto de vida” puede generar consecuencias devastadoras en cuanto incide en el sentido mismo

de la vida del ser humano, “en aquello que lo hace vivir plenamente, que colma sus sueños y aspiraciones, que es correlato de ese llamado interior en que consiste la vocación personal”.

El análisis efectuado permite al lector adquirir una clara comprensión de la importancia y de los alcances del “proyecto de vida”, así como de las graves consecuencias que para la existencia del ser humano genera su frustración, que lo sume en un vacío existencial difícil o imposible de suplir o, en menor grado, de su menoscabo o retardo que dañan su calidad de vida. Es uno de los más graves, o el más grave junto con el daño a la vida, que se puede cometer contra la persona. En esto reside la importancia de su estudio, de su cabal comprensión, sobre todo de parte de los jueces los cuales, en su gran mayoría, están aún carentes de una adecuada preparación para su comprensión así como para su justa y oportuna reparación.

Como AGURTO GONZÁLES lo explica con mucha claridad en las páginas del presente libro, la libertad fenoménica, que es la libertad que se vuelca hacia el mundo exterior a través del proyecto de vida, puede ser dañada de diversas maneras. Para conocerlas se debe atender a la magnitud de las consecuencias del daño para la existencia del ser humano. Es así que la libertad fenoménica o proyecto de vida se puede frustrar con la consiguiente pérdida del sentido o razón de ser que el ser humano había libremente otorgado a su existencia. Esta situación crea en la persona un grave vacío existencial difícil o imposible de suplir, según sea el caso. Puede también dañarse el proyecto de vida, a través de su menoscabo, cuando sus consecuencias, si bien no impiden continuar realizando el proyecto de vida, lo afectan disminuyendo o limitando su accionar. Cabe, del mismo modo, que las consecuencias del daño al proyecto de vida retrasen su cumplimiento. Existen situaciones en las que simultáneamente se produce un menoscabo y un retardo en el cumplimiento del proyecto de vida.

11. EL INTERÉS POR PROFUNDIZAR EN EL CONOCIMIENTO DE LOS ALCANCES DEL “DAÑO AL PROYECTO DE VIDA”

Lo expresado en los párrafos precedentes, donde se señala la importancia y trascendencia de la figura jurídica del “daño al proyecto de vida” o daño a la libertad fenoménica, explica y es demostrativo del interés que despierta en la actualidad el novedoso tema que aborda AGURTO GONZÁLES en las páginas de la obra que tenemos la satisfacción de prologar. Se trata de una institución jurídica que, al surgir en el escenario jurídico de nuestro tiempo como una modalidad o especie del daño a la persona, modifica radicalmente la sistematización de la responsabilidad civil. La rápida evolución de sus contenidos en las últimas décadas permite, con razón, sustituir su nominación para presentarla

como lo que es: el nuevo Derecho de Daños. En él se ha situado el “daño a la persona”, olvidado y preterido por siglos desde que el Derecho privilegiaba la protección de la propiedad “absoluta, inviolable y sagrada”. El “daño al proyecto de vida” es, en nuestro concepto, la modalidad o especie más importante del “daño a la persona” al lado del daño a la vida y a la libertad ontológica.

Recién, en las décadas que corren, se viene comprendiendo, lamentablemente no con la rapidez indispensable, que es más importante la reparación de los daños al ser humano, cualquiera que ellos fueran, que el resarcimiento de los daños que lesionan los bienes materiales. No podemos olvidar que la persona es un fin en sí misma, mientras que los objetos del mundo exterior son meramente instrumentales para la existencia del ser humano. Este hecho es correctamente relevado en la obra que tenemos entre manos. Esta es una verdad que se está imponiendo en la mente de los juristas que, hasta no hace mucho tiempo, solo estudiaban y aplicaban el daño emergente y el lucro cesante ignorando que lo más importante es la protección del ser humano.

12. EL “DAÑO AL PROYECTO DE VIDA” EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, según apunta el autor, captó con lúcida rapidez y aplicó en varias de sus sentencias de reparaciones el novísimo concepto de “daño al proyecto de vida”. Ello ocurrió a partir de 1998 en el fallo en el caso “María Elena Loayza Tamayo”. Por ello, considera que es necesario resaltar el importante aporte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el desarrollo del mencionado daño a la libertad fenoménica. Es valioso su aporte desde que ha contribuido a perfilar y enriquecer la nueva institución destinada a la protección unitaria e integral de la persona.

El autor nos informa documentadamente sobre las circunstancias que originaron el que la Corte Interamericana tuviera noticia de la creación, la existencia y el contenido del “daño al proyecto de vida”. Atribuye este hecho a que el Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en aquel entonces, el doctor Oscar L. Fappiano, conocía los alcances de la institución gracias a la intervención de la representante de la víctima en el primer caso en el cual la Corte reconoció y acogió el “daño al proyecto de vida”, ya que ella le había proporcionado algunos trabajos sobre el tema escritos, desde 1985, por quien esto escribe. El Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos expresó que la lectura de dichos trabajos lo convencieron de la necesidad de que la Corte acogiera y aplicara el “daño al proyecto de vida” en el caso bajo su revisión. Por lo expuesto, el autor de este libro reconoce que fue decisoria la activa intervención del Presidente de la Comisión Inter-

americana de Derechos Humanos para que la Corte tomara conocimiento de la importancia del descubrimiento del “daño al proyecto de vida” y lo asumiera en su jurisprudencia.

AGURTO GONZÁLES nos revela la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el “daño al proyecto de vida”. Analiza algunas de las sentencias en las cuales, de manera precisa y certera, se desarrollan los “términos muy convincentes de esta nueva figura jurídica”.

13. EL “DAÑO AL PROYECTO DE VIDA” EN LA DOCTRINA, LA LEGISLACIÓN Y LA JURISPRUDENCIA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

El autor, en un capítulo de sumo interés para juristas y operadores del Derecho, nos ofrece valiosa información orientadora sobre la doctrina, la legislación y la jurisprudencia nacional en torno al “daño al proyecto de vida”. Entre las opiniones o pronunciamientos que se han producido en los últimos años señala, entre otros, al de la Defensoría del Pueblo de 2002. En este caso, al referirse al problema de la no ratificación de jueces por el Consejo Nacional de la Magistratura, considera que ello, después de una debida argumentación, significa una afectación al principio de la dignidad de la persona y de su “proyecto de vida”. Ello, claro está, en la situación en la cual la decisión adoptada sea injusta y perjudique, el proyecto de vida del juez indebidamente destituido.

Se analiza, en su parte pertinente, el texto ofrecido al país por la Comisión de la Verdad y Reconciliación la cual, al tratar el Plan Integral de Reparaciones (PIR) en relación con los múltiples daños causados a las víctimas, hace expresa mención de la afectación de sus “proyectos de vida”.

Entre otros trabajos de la doctrina cita y comenta los de LIZARDO TABOADA CÓRDOVA, ENRIQUE VARSÍ ROSPIGLIOSI, JOEL DÍAZ CÁCEDA, OLENKA WOOLCOTT OYAGUE. Aunque estos escritos no agotan los comentarios que se han escrito en el país sobre el “daño al proyecto de vida”, ellos nos ofrecen un ilustrado panorama acerca de la acogida que ha brindado la doctrina nacional a la novísima institución bajo comentario.

En lo que corresponde a la legislación vigente anota que en el artículo 1985 del Código Civil peruano de 1984 se incorporó el deber de reparar las consecuencias producidas en el amplio campo del “daño a la persona”, el que constituye una categoría general. Ello, desde que comprende, sin excepción, todos los daños que se cometan contra la persona. Esta indemnización, como apunta el autor, no contiene ninguna limitación por lo que no se supedita a la mayor o menor gravedad de la lesión ni a ninguna otra condición.

De lo expuesto se desprende, en consecuencia, que la fórmula genérica adoptada por el artículo 1985 del Código Civil permite reparar todo tipo, es-

pecie o modalidad del “daño a la persona” cualquiera sea su magnitud u origen. No interesa, por lo tanto, si el daño proviene de un contrato o de cualquier otra acción. Dentro de las modalidades y tipos de dicho genérico daño se incluye el que lesiona el “proyecto de vida, que es, nada menos, que el sentido o razón de ser que la persona otorga a su única, temporal e irrepetible existencia terrenal”.

Varias son las sentencias de la jurisprudencia peruana que se nos muestran y analizan en el libro que prologamos, ya sean ellas del Tribunal Constitucional como de la justicia ordinaria. Este panorama ilustra al lector sobre cómo el “daño al proyecto de vida” ha sido acogido y aplicado por los tribunales nacionales.

Cabe señalar que en el extranjero son numerosos los ensayos y artículos que se han producido sobre el “daño al proyecto de vida”. Son conocidos, por lo demás, los valiosos libros del profesor peruano Carlos Calderón Puertas, titulado *Daño a la persona. Origen, desarrollo y vicisitudes en el derecho civil peruano*, y el del jurfilósofo argentino Osvaldo R. Burgos sobre *Daños al proyecto de vida*.

El “daño al proyecto de vida” se ha incorporado en el artículo 1738 del novísimo Código Civil y Comercial de la República Argentina de 2014. Aparece también en el artículo 114-1-1 del Capítulo Tercero de la Ley francesa N° 2005-102 de 11 de febrero de 2005, sobre compensación por los daños ocasionados a las personas discapacitadas.

El “daño al proyecto de vida”, aparte de ser acogido por la jurisprudencia supranacional es también aplicada por la justicia de diversos países.

14. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Los lectores, ya sean jueces, abogados o estudiantes, encontrarán en este libro el instrumento preciso y adecuado que les permitirá aprehender, con la hondura requerida, los diversos alcances conceptuales de los nuevos daños que, a diferencia de lo que ocurre en otros países son, aún, insuficientemente divulgados en el nuestro. Nos referimos al genérico y amplio “daño a la persona” y a su modalidad consistente en el “daño al proyecto de vida”. Es decir, los daños que han cambiado la historia y contenidos de la responsabilidad civil tal como la conocíamos hasta antes que aquellos daños aparecieran en el escenario jurídico.

Estamos seguros, por todo lo expuesto en las páginas precedentes, que la presente obra, por su novedad, calidad y claridad expositiva, constituirá un importante hito para el más amplio conocimiento de lo que significa el “daño al proyecto de vida” dentro de la doctrina jurídica de nuestros días. El libro es de suma utilidad para comprender los alcances de una institución que, por su importancia y trascendencia, ha cambiado la concepción de la tradicional

responsabilidad civil para hacernos ingresar en un nuevo “Derecho de Daños” que, en concordancia con los avances de la ciencia jurídica de nuestro tiempo, sustituye sus antiguos planteamientos limitados tan solo a reparar los daños a los bienes materiales, como es el caso de la instrumental institución de la propiedad la cual, por siglos, constituyó un derecho considerado “absoluto, inviolable y sagrado” con ignorancia de la debida reparación del “daño a la persona” y, en especial, del “daño al proyecto de vida”, el mismo que otorga sentido y razón de ser a la existencia humana.

CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO

Profesor emérito de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos
y de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor Honoris causa
de la Universidad Nacional de Buenos Aires

NOTA DEL AUTOR

El daño a la persona es uno de los grandes temas del Derecho moderno. Este libro surge por el afán de evidenciar la necesidad de comprender, reconocer y reparar los daños a las personas, especialmente su modalidad más radical, el “daño al proyecto de vida”, tanto en la experiencia peruana, así como en la encomiable labor jurisprudencial efectuada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de José de Costa Rica. Es la búsqueda de conocer lo más profundamente posible en qué consiste el genérico “daño a la persona”, cuáles son sus consecuencias, sus diversas modalidades, hasta hoy conocidas, gracias a la labor de los formantes doctrinales y jurisprudenciales.

El Maestro Carlos Fernández Sessarego, egregio catedrático de la más de cuatricentaria Universidad Nacional Mayor de San Marcos, mentor de muchas generaciones, a quien se le reconoce como el padre de la categoría del daño a la persona en Latinoamérica y el creador de la teoría del “daño al proyecto de vida”, voz radical de los daños a la persona, me ha brindado el gran honor de asesorar la tesis para graduarme de abogado en este claustro de estudios, que es el germen de este libro. El Maestro, a lo largo de dieciséis años me ha permitido aprender de su magisterio y de su rica personalidad, es ejemplo de verdadero académico y hombre de Derecho, en el sentido más amplio del término, así como mi padre intelectual y de vida.

Este libro ha sido producto también de nuestros estudios de maestría en la Alma Mater Studiorum – Università degli Studi di Bologna, que cursamos, gracias a una beca de estudios otorgada por la Unión Europea.

En los claustros de la universidad más antigua del mundo, pudimos aprender las lecciones sobre responsabilidad civil y daños a la persona de maestros como Francesco Galgano y Massimo Franzoni. Precisamente gracias a la grata invitación de este jurista, uno de los expertos más reconocidos sobre responsabilidad civil en Italia y ex Director de la Escuela de Especialización para las profesiones legales “Enrico Redenti” de la Universidad de Bolonia, pude impartir lecciones a los estudiantes de la Facultad de Derecho de mi *Alma Mater* italiana.

Asimismo, quisiera agradecer a los grandes maestros italianos, que tanto han aportado al estudio del daño a la persona y al Derecho civil y comparado en el mundo, compartiendo conmigo sus conocimientos y considerarme entre

sus discípulos y amigos. Un agradecimiento particular a los profesores Guido Alpa, Pietro Rescigno, Cesare Massimo Bianca, Salvatore Patti de la Università degli Studi di Roma “La Sapienza”; a Antonino Procida Mirabelli di Lauro en la Università degli Studi di Napoli “Federico II”; a Pier Giuseppe Monateri, Paolo Gallo, Gianmaria Ajani, Michele Graziadei, Barbara Pasa, en la Università degli Studi di Torino. En la Università degli Studi di Trieste, a los maestros Paolo Cendon, Patrizia Ziviz, Mauro Bussani, Marta Infantino y Francesca Fiorentini; en la Università degli Studi di Salerno al gran jurista y maestro, Prof. Pasquale Stanzone. En Catania, al maestro Massimo Paradiso; en la Universidad de Pisa, a los amigos profesores Aldo Petrucci y Federico Procchi; en la Universidad Sacro Cuore di Milán a los profesores Giulio Ponzanelli y Carlo Castronovo y en la Università degli di Studi di Roma Tre al Prof. Vincenzo Zeno-Zencovich y Giorgio Resta.

A mi maestro italiano, Prof. Luigi Moccia, reconocido e ilustre jurista, discípulo mayor del gran Gino Gorla, le dirijo un gran agradecimiento particular por considerarme entre los suyos y por su valiosa acogida académica en el *Centro Altieri Spinelli per l'Europa dei popoli e la pace nel mondo* de la Università degli Studi di Roma Tre, donde me permitió realizar actividades de investigación jurídica.

A mis apreciados amigos y connotados juristas, los profesores Francesco Bilotta, catedrático en la Università degli Studi di Udine; Claudia Amodio de la Università degli Studi di Ferrara; Mauro Grondona, profesor en la Università degli Studi di Génova; Cristina Costantini y Giovanni Marini de la Università degli Studi di Perugia; Raffaele Torino en la Università degli Studi di Roma Tre; Mauro Paladini de la Università degli Studi di Brescia; en la Università degli Studi di Firenze a Giuseppe Vettori; Amalia Diurni en la Università degli Studi “Tor Vergata” de Roma; en la Università Bocconi a Pietro Sirena y Alessio Zaccaria de la Università degli Studi di Verona, les agradezco de todo corazón.

Debo agradecer, asimismo, a otros grandes amigos y maestros europeos, que han seguido mi carrera académica, como Martin Ebers en la Humboldt Universität zu Berlín de Alemania; Ángel Serrano de Nicolás en la Universidad Autónoma de Barcelona; Antoni Vaquer en la Universidad de Lleida y Esther Arroyo i Amayuelas en la Universidad de Barcelona; y al maestro y amigo, Prof. Gábor Hamza en la Facultad de Derecho de la Universidad “Eötvös Loránd” (Budapest, Hungría).

Igualmente, agradezco el apoyo académico del prof. Reinhard Zimmermann, el denominado *Savigny moderno*, actual Director del Instituto Max Planck de Derecho Comparado e Internacional privado de Hamburgo, en Alemania. Así como la amistad y afecto de uno de los más grandes historiadores del Derecho en el mundo, como lo es maestro, Prof. Paolo Grossi, Presidente Emérito de la Corte Constitucional de Italia.

Entre los grandes juristas latinoamericanos, debo agradecer a los profesores y amigos, Flaviana Rampazzo Soares, Marcos Catalan, Thiago Rodvalho, Fabiano Koff en Brasil; Osvaldo R. Burgos, José Daniel Mendelewicz y Ricardo Rabinovich-Berkman en Argentina y Mauricio Tapia Rodríguez en Chile.

Entre los maestros peruanos, un agradecimiento particular a los apreciados profesores Mario Castillo Freyre, Carlos Ramos Núñez, Yuri Vega Mere.

A nuestros maestros de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos por las enseñanzas recibidas.

A la nueva generación de jóvenes civilistas, que han construido la moderna Escuela del Derecho Civil Peruano: Jairo Cieza Mora, Luis Alejandro Luján Sandoval, Ady Rosin Chinchay Tuesta, Roger Vidal Ramos, Emilio Balarezo Reyes, Guillermo Chang Hernández, José Antonio Beraún Barrantes, Julio Santiago Solis Gózar, Fort Ninamancco Córdova, Lucero Celeste Ramírez Izaguirre, Sandra Verónica Manrique Urteaga, y Benigno Choque Cuenca.

A mi querido amigo, Erwin Guerrero Pinzón y a la Editorial Temis, por permitirme materializar esta publicación y difundirla en la comunidad jurídica latinoamericana.

No podemos concluir estas líneas sin agradecer a los autores de la presentación, proemio, palabras liminares y prólogo, mis apreciados maestros y amigos Paolo Grossi, Guido Alpa, Paolo Gallo y Carlos Fernández Sessarego, que han contribuido, decididamente al desarrollo del Derecho y de su humanización.

CARLOS ANTONIO AGURTO GONZÁLES

ÍNDICE GENERAL

	PÁG.
Presentación	IX
Proemio	XI
Palabras liminares	XV
Prólogo	XVII
Nota del autor	XXXV

CAPÍTULO I

LA NUEVA VISIÓN DEL SER HUMANO Y LA CONCEPCIÓN TRIDIMENSIONAL DEL DERECHO, PRESUPUESTOS DEL “DAÑO AL PROYECTO DE VIDA”

1. El descubrimiento del ser humano como ser “libertad”	1
2. La libertad y sus instancias	2
A) Libertad ontológica.....	2
B) Libertad fenoménica.....	3
3. La libertad como proyecto	3
4. El “proyecto de vida” y sus presupuestos: libertad, coexistencialidad y tridimensionalidad del Derecho	4
5. La protección jurídica de la libertad fenoménica o “proyecto de vida”	6
6. El personalismo jurídico y el fundamental aporte de Fernández Sessa-rego en la formulación del “daño al proyecto de vida”	6

CAPÍTULO II

DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CONTEMPORÁNEO Y DEL “DAÑO AL PROYECTO DE VIDA” COMO SU EXPRESIÓN MÁS RADICAL

1. La reformulación de la responsabilidad civil en “derecho de daños”	11
2. El daño y su moderna concepción.....	13

	PÁG.
3. El daño a la persona como aporte de la doctrina jurídica italiana.....	15
A) Los orígenes del “daño a la persona” en Italia	15
a) Introducción.....	15
b) El aporte de Melchiorre Gioia	17
c) El planteamiento de Cesare Gerin	22
d) La contribución de Guido Gentile	23
e) Balance de las contribuciones de Gioia, Gerin y Gentile	25
B) La formulación del “daño biológico” por la Escuela Genovesa	26
C) El “daño a la salud” como contribución de la Escuela pisana	30
D) Los aportes de la Escuela turinesa.....	34
E) La contribución de la Escuela de Bolonia	37
F) La aparición del “daño existencial” como contribución de la Escuela triestina	40
G) Valoración del modelo italiano del “daño a la persona”	55
4. La sistematización del “daño a la persona”	58
A) La clasificación del “daño” en función de la naturaleza de la entidad dañada	58
B) El “daño psicosomático” como tipo de daño a la persona y sus especies: “daño biológico”, “daño a la salud o “daño al bienestar”, “daño existencial”, “daño moral” y el “daño psíquico”	60
a) El daño psicosomático.....	60
C) El “daño a la libertad” o “daño al proyecto de vida” como voz radical del daño a la persona.....	85
D) El “daño al proyecto de vida” como un daño objetivo, cierto y futuro.....	86
E) Consecuencias del “daño al proyecto de vida”	87
a) La frustración al “proyecto de vida”	87
b) El menoscabo en el “proyecto de vida”	88
c) El retardo en el “proyecto de vida”	89
5. La clasificación del daño a la persona en función de sus consecuencias	89
6. El daño a la persona y su incorporación al Código Civil peruano de 1984.....	90

CAPÍTULO III

EL “DAÑO AL PROYECTO DE VIDA” Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

1. El “daño al proyecto de vida” como contribución al sistema jurídico latinoamericano.....	93
2. El “daño al proyecto de vida” en la jurisprudencia de la Corte Interamericana	94

	PÁG.
3. Jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre el “daño al proyecto de vida”	95
4. La concepción del “daño al proyecto de vida” en los pronunciamientos de la Corte Interamericana	97
A) La sentencia en el caso “María Elena Loayza Tamayo”	97
B) La sentencia en el caso “Cantoral Benavides”	101
C) El caso “Niños de la calle”	103
D) Sentencia en el caso “Gutiérrez Soler”	105
E) El caso “Gómez Paquiyauri” y otros resueltos por la Corte.....	108

CAPÍTULO IV

EL “DAÑO AL PROYECTO DE VIDA” EN LA DOCTRINA, LA LEGISLACIÓN Y LA JURISPRUDENCIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

1. El “daño al proyecto de vida” en la doctrina peruana.....	111
2. El “daño al proyecto de vida” en la legislación	114
3. En la jurisprudencia peruana.....	114
A) En el Tribunal Constitucional.....	115
a) El caso “Juan Carlos Callegari Herazo”	115
b) El caso “Félix César Calderón Urtecho”	115
B) En la judicatura ordinaria	116
a) El caso Encarnación Toscano con el Hospital Privado “Rosalía Lavalley de Morales Macedo”	116
b) El caso “N.N. con Unión de Cervecerías Backus y Jhonston”	120
c) El caso “Alcázar Rojas”	120
d) El caso “Frida Fabiola Salinas Janssen”	121
e) El caso “Sandro Mariátegui Chiappe”	122
f) El importante precedente establecido por el Tercer Pleno Casatorio Civil de 18 de marzo de 2011	123
C) El laudo arbitral “Baruch Ivcher con el Estado peruano”	124
Conclusiones	127
Recomendaciones	129
Bibliografía	131
Índice de autores	143

CAPÍTULO I

LA NUEVA VISIÓN DEL SER HUMANO Y LA CONCEPCIÓN TRIDIMENSIONAL DEL DERECHO, PRESUPUESTOS DEL “DAÑO AL PROYECTO DE VIDA”

1. EL DESCUBRIMIENTO DEL SER HUMANO COMO SER “LIBERTAD”

Es necesario iniciar nuestra investigación, tratando algunos temas fundamentales, sin los cuales no es posible evidenciar sus bases en que se sostiene, como son la nueva concepción del ser humano y, como corolario de esto, del Derecho.

La nueva y revolucionaria concepción del ser humano, que lo concibe como un ser libertad, a la vez que coexistencial y temporal¹, se concreta en la primera mitad del siglo XX, permite superar el hecho de que este no se reduce, en tanto ser existente, a constituirse tan solo como un animal “racional”. La “razón” no da cuenta, ella sola, del ser del hombre. Afirmar que su estructura no se agota únicamente en ser “una unidad psicosomática” significa que se trata de un ser libertad, simultáneamente coexistencial y temporal, por ende “vivir un proyecto de existencia, fabricar su propio ser, ser haciéndose”².

De este modo, lo que protege el “Derecho” 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, insertado y participando del bien común³.

¹ Es el maestro peruano CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO, en quién la presente investigación se inspira, que ha desarrollado en el continente americano el personalismo jurídico. Entre sus recientes trabajos podemos citar: *Los 25 años del Código Civil peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuesta de enmiendas*, Lima, Motivensa Editora Jurídica, 2009, pág. 507.

² Entonces, “la vida resulta así una sucesión de haceres de acuerdo con un proyecto”. CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO, *El Derecho como libertad*, 3ª ed., Lima, Ara Editores, 2006, pág. 112.

³ FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Il “danno alla libertà fenomenica”, o “danno al progetto di vita”, nello scenario giuridico contemporaneo*, en *La responsabilità civile*, año V, n. 06, Torino, Utet Giuridica, 2008, pág. 02.

Por ello, el Derecho es primariamente libertario. Ha sido creado para proteger al ser humano a fin de que pueda realizarse como persona.

En efecto, el “redescubrimiento” de la calidad ontológica del ser libertad, que constituye y sustenta al hombre, ha generado una nueva concepción del Derecho que, a su vez, obliga a una indispensable revisión de sus supuestos así como de toda la institucionalidad jurídica⁴.

2. LA LIBERTAD Y SUS INSTANCIAS

En efecto, la libertad es el *plus*, ese “algo más” que hace que el ser humano sea único, irrepetible, singular, idéntico a sí mismo. En una palabra, que posea dignidad⁵.

Por ende, la libertad hace de la persona humana un ser proyectivo, creativo, responsable, dinámico, en continuo movimiento, haciendo y moldeando su personalidad a través del tiempo. El hombre va haciendo su vida, proyectándose al futuro, adquiriendo identidad propia. La libertad hace que el hombre sea responsable de sus actos, de sus conductas, de sus pensamientos. Libertad es, por ello, responsabilidad.

Entonces, la libertad es una, pero teóricamente la percibimos en dos instancias o momentos. El primero, el de la libertad *ontológica*, constituye nuestro ser espiritual y, el segundo, el de su aparición en el mundo, en la realidad de la vida a través de actos o conductas, la designamos libertad *fenoménica*.

A) Libertad ontológica

La libertad ontológica nos “hace ser lo que somos”: seres humanos. La libertad, como ha señalado acertadamente el Prof. CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO⁶, es el *ser* del ente hombre. La que lo constituye y sustenta como tal, como un ser espiritual.

⁴ Permítase remitir a CARLOS AGURTO GONZÁLES, “A modo de colofón... un feliz hallazgo: la teoría tridimensional del Derecho”, en *Persona, Derecho y Libertad, nuevas perspectivas. Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego*, Lima, Motivensa Editora Jurídica, 2009, págs. 1059 y ss.

⁵ FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Los 25 años del Código Civil peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuesta de enmiendas*, cit., págs. 508-509.

⁶ FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Il risarcimento del “danno al progetto di vita”*, en *La responsabilità civile*, año VI, n. 11, Torino, Utet Giuridica, noviembre 2009, pág. 871.

Asimismo, la libertad ontológica es absoluta. Solo se pierde con la muerte. Ello, la diferencia de la libertad fenoménica, que está condicionada, limitada, por factores del mundo interior y exterior del ser humano.

B) *Libertad fenoménica*

La segunda de las dos instancias de la libertad, antes referidas, es la que corresponde a la libertad conocida como “libertad fenoménica”. Corresponde al tramo en el cual la libertad aparece como “fenómeno”. Esta expresión significa, a partir de su raíz griega, “lo que se muestra”, lo que “se hace patente”, lo que brilla, luce o aparece en el mundo⁷.

Aparte de la instancia ontológica, que nos constituye y sustenta como seres espirituales, la libertad se hace presente en el mundo, se fenomenaliza por medio de los actos, las conductas, los comportamientos, del ser humano. La íntima proyectiva decisión personal tiene vocación de cumplimiento, de realización, de convertirse en trayectoria existencial, es decir, de exteriorizarse o volcarse en la realidad del existir en el llamado “proyecto de vida”.

En síntesis, la frustración del “proyecto de vida” es el daño más radical que se puede perpetrar contra la persona pues, en casos extremos, acarrea la pérdida del sentido de la vida. Está demás reiterar que la lucha por el cumplimiento del personal “proyecto de vida” se presenta, inexorablemente, dentro del bien común.

3. LA LIBERTAD COMO PROYECTO

Libertad es sinónimo de proyecto⁸. El ser humano es libre para proyectar, se proyecta para vivir. La libertad ontológica es necesariamente proyectiva. La libertad ontológica tiene vocación de cumplimiento en la realidad, en el mundo exterior, en el diario vivir. Libertad para vivir de tal o cual modo, por medio de actos, conductas, comportamientos, que configuran la cotidianidad del existir y que trasuntan un “proyecto de vida” libremente elegido.

En efecto, todos los seres humanos tienen un proyecto para su vida⁹. Se elige y decide emplear la vida, que es temporal, para la realización

⁷ FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Il risarcimento del “danno al progetto di vita”*, cit., pág. 872.

⁸ FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Il risarcimento del “danno al progetto di vita”*, cit., pág. 872.

⁹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, “Deslinde conceptual entre «daño a la persona», «daño al proyecto de vida» y «daño moral»”, en *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, tomo IV, Milano, Giuffrè Editore, 2006, pág. 756.

de un proyecto de existencia. En sustancia, existen proyectos posibles, realizables, sensatos, acordes con las potencialidades de quien lo adopta y las opciones que se le presentan. En cambio, existen proyectos demasiado ambiciosos, que desbordan las potencialidades y energías de la persona, por lo que no son realizables en todo o en parte. Hay proyectos fantasiosos, del todo inejecutables. No es infrecuente que la persona, que posee un determinado proyecto de vida, por razones ajenas a su voluntad, por carencia de potencialidades o de opciones, no pueda cumplir con *su* proyecto y se vea obligada a realizar un proyecto alternativo. Lo único cierto es que todos los seres humanos, consciente o inconscientemente, poseen un proyecto de vida.

Por ende, el proyecto de vida responde a la exigencia existencial por la cual cada ser humano debe otorgarle un sentido a su vida, una ineludible razón de ser. El ser humano cumple una misión durante su existencia, se fija metas, se traza un destino. Se vive para ser “algo”, para cumplir un proyecto de vida. No es posible un vacío existencial. Ello equivaldría a un “no ser”.

4. EL “PROYECTO DE VIDA” Y SUS PRESUPUESTOS: LIBERTAD, COEXISTENCIALIDAD Y TRIDIMENSIONALIDAD DEL DERECHO

En efecto, la libertad es el supuesto primordial para el desarrollo del proyecto de vida y su respectivo daño. Es el punto de partida para comprender lo que implica este daño desde un punto de vista teórico.

En el mismo sentido, como ha sostenido, desde hace más de seis décadas, el Prof. FERNÁNDEZ SESSAREGO, la libertad “no resulta ser una «facultad», una propiedad, de la cual el hombre puede disponer o no. El hombre no tiene o deja de tener libertad, sino que el «hombre es» libertad. Es albedrío. Y esta es una situación ontológica en el Universo. Esta libertad no es una propiedad del hombre sino «el ser mismo de su existencia»”¹⁰.

En efecto, el “proyecto de vida” es un ingrediente de la propia constitución ontológica del ser humano. Se origina como exigencia, en tanto el ser humano es libre, coexistencial y temporal. El “proyecto de vida” encuentra necesariamente su origen en una decisión libre, la misma que tiende a su realización en el futuro, ya sea este mediato o inmediato. Por ende, solo el ente ser humano es capaz de formular proyectos¹¹. Por

¹⁰ FERNÁNDEZ SESSAREGO, *El Derecho como libertad*, cit., pág. 114.

¹¹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, *El Derecho como libertad*, cit., pág. 112.

tal motivo, no podría existir sin proyectar. La libertad es, en efecto, un proyecto. Ser es proyectar¹². El “proyecto de vida” representa lo que el ser humano ha decidido *ser* y *hacer* en su vida o lo que hace para ser. El proyecto es la expresión de la suprema decisión del ser libre.

Existir es existir *con* cosas, con los *otros*, con nosotros mismos. Este *con* pertenece al ser mismo del hombre, no es un añadido suyo¹³.

En efecto, la coexistencialidad es uno de los supuestos del “proyecto de vida”. Si bien es cierto que el proyecto es una decisión libre, solo 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 los “otros” no se podría proyectar.

Como resalta el Prof. FERNÁNDEZ SESSAREGO¹⁴, la existencia simultáneamente es coexistencia, el “proyecto de vida”, por ende, ha de cumplirse necesariamente “con” los demás seres humanos, valiéndose de las cosas.

Otro elemento importante para el advenimiento de una perspectiva realista y social del Derecho y la persona es el advenimiento de la teoría tridimensional del Derecho.

En la segunda mitad de la década de los cuarenta del siglo XX un joven estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO, concibió la Teoría Tridimensional del Derecho (adelantándose tres años a su formulación “oficial” por el filósofo brasileño MIGUEL REALE) que, admitida internacionalmente e incorporada a la literatura jurídica, significa una nueva concepción del objeto de estudio del Derecho¹⁵. Este se logra por la interacción dinámica de tres dimensiones: la existencial-sociológica, la axiológica y la normativa. Ninguna, por sí misma, es el objeto “Derecho”. Sin embargo, no puede faltar ninguna de ellas cuando se alude al objeto de la disciplina jurídica. La aplicación de esta teoría permite la cabal comprensión de toda la institucionalidad jurídica. La teoría se formaliza en 1950 en la

¹² FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”*, cit., pág. 757.

¹³ FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”*, cit., pág. 759.

¹⁴ FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Il risarcimento del “danno al progetto di vita”*, cit., pág. 873.

¹⁵ AGURTO GONZÁLES, “A modo de colofón... un feliz hallazgo: la teoría tridimensional del Derecho”, en *Persona, Derecho y Libertad, nuevas perspectivas. Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego*, cit., pág. 1061.

tesis universitaria que, para obtener el grado de Bachiller en Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, FERNÁNDEZ SESSAREGO presentó bajo el título de *Bosquejo para una determinación ontológica del Derecho*. Después de permanecer inédita por más de tres décadas, esta valiosa tesis, que es el aporte jusfilosófico peruano más importante del siglo XX, se publicó bajo el título de *El derecho como libertad*, en cuya edición de 2006 vio la luz el texto completo de la valiosa tesis de 1950.

Por consiguiente, la nueva concepción del ser humano y del Derecho supera las visiones fragmentarias, unidimensionales sobre aquél, las que han imperado en su historia para intentar explicar su naturaleza¹⁶. Ellas no daban razón de lo complejo que es el Derecho. En cambio, la concepción tridimensional permite comprenderlo globalmente, dando cuenta de la integridad de los elementos que lo constituyen y de la forma en que ellos se integran, interactuando, en la unidad del Derecho.

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

Entonces, luego de todo lo expuesto no se puede no estar convencidos y conscientes de la existencia del “proyecto de vida”, por lo que es necesaria su protección jurídica, pues responde a la tutela del *ser* mismo del hombre. Si esta realidad se ignora, se desecha o se desprotege, estaríamos dejando a las personas libradas a su suerte en lo que se refiere al cumplimiento o no de su propio destino, al ejercicio de su libertad en el mundo en que nos ha tocado vivir, al sentido que le han dado a su vida. Se perdería la razón de ser de cada cual.

Ello debido a que la finalidad suprema del Derecho es proteger al ser humano de manera integral, es decir, tanto en lo psicosomático como en su libertad fenoménica, en el despliegue temporal de su personalidad, en su realización personal, dentro del bien común.

6. EL PERSONALISMO JURÍDICO Y EL FUNDAMENTAL APORTE DE FERNÁNDEZ SESSAREGO EN LA FORMULACIÓN DEL “DAÑO AL PROYECTO DE VIDA”

Como se aprecia en las páginas precedentes, el sentido del Derecho es la protección de la libertad, a fin de que la persona humana pueda

¹⁶ FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Il “danno alla libertà fenomenica”, o “danno al progetto di vita”*, nello scenario giuridico contemporaneo, cit., pág. 32.

ejercerla en la realidad y cumplir con su “proyecto de vida”, con su destino, otorgándole una razón de ser a su existencia. Para lograr el libre ejercicio de la libertad personal se requiere de la vivencia comunitaria de los valores jurídicos, presididos por la justicia. Esta, y los demás valores, son instrumentos indispensables para que todos los seres humanos integrantes de una determinada sociedad puedan realmente vivir como seres libres. De ahí que la protección de la libertad sea el fin último del Derecho, mientras que la justicia y los demás valores jurídicos son los instrumentos necesarios para lograr, en una comunidad valiosamente organizada, el cumplimiento del “proyecto de vida” dentro del bien común.

Si se vivencia comunitariamente la justicia, la igualdad, la solidaridad y la seguridad, todos los seres humanos integrantes de la sociedad contarían con las opciones u oportunidades que necesariamente se requieren para ejercer su libertad. En consecuencia, de nada valdría ser ontológicamente libres si ella no se pudiera realizar en la existencia, a través de actos o conductas, para el cumplimiento, en la realidad del diario vivir, del proyecto de vida.

En efecto, la nueva concepción del ser humano genera una crisis en el Derecho que cristaliza en una significativa ruptura con ciertos dogmas del pasado, propios de una concepción del hombre sustentada en un cerrado racionalismo individualista y patrimonialista. Se hace evidente el cambio que se produce en los supuestos de la disciplina jurídica al ocupar la persona humana, en cuanto un ser libertad, el centro de su atención, sustituyendo a la propiedad. Ello supone que la tradicional visión patrimonialista del Derecho, que se preocupaba preferentemente de la protección del patrimonio, sufre un notorio vuelco que obliga a un repensamiento y replanteo no solo de dichos supuestos sino de la institucionalidad jurídica. En el pensamiento jurídico contemporáneo los derechos se fundan en la dignidad del hombre. De un hombre libre, coexistencial y temporal¹⁷.

El personalismo o humanismo jurídico encarna esta nueva concepción del hombre y, por lo tanto, del Derecho¹⁸. El personalismo es una

¹⁷ FERNÁNDEZ SESSAREGO, “Sobre el fallo «Aróstegui» de la CSJN”, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Buenos Aires, La Ley, año X, n. 10, octubre de 2008, pág. 35.

¹⁸ Esto ha llevado a un gran maestro del Derecho en Italia a declarar que “*la persona como valor constituye la parte caracterizante del ordenamiento jurídico*”. PIETRO PERLINGIERI, *La personalità umana nell’ordinamento giuridico*, segunda reimpression inalterada, Scuola di perfezionamento in diritto civile dell’Università degli Studi di Camerino, Nápoles, ESI, 1982, pág. 12.

filosofía, no solamente una actitud. Es una filosofía, no un sistema. El personalismo jurídico hace de la persona el centro del Derecho, el sujeto que debe proteger en tanto fin en sí misma.

En el continente americano, quien ha representado e impulsado el personalismo jurídico es el Prof. FERNÁNDEZ SESSAREGO¹⁹. El maestro peruano es un jurista creativo, innovador. Se le reconoce como el autor latinoamericano que ha aportado numerosas novedades tanto en el campo del derecho de las personas y del derecho de daños, en particular, así como en otras áreas de la disciplina jurídica. Entre dichos aportes son dos los planteamientos jurídicos centrales que se han incorporado a la literatura jurídica y han dado y están dando vuelta al mundo. Nos referimos a la “teoría tridimensional del Derecho”, que data de 1950, y el “daño al proyecto de vida” expuesto a partir de 1985 y consagrado en el artículo 1985 del Código Civil peruano, que prescribe la reparación de todo daño que se cause a la persona, el que comprende, entre otros daños, el que incide en el “proyecto de vida”.

Sus desarrollos sobre el daño a la persona²⁰ y el daño al proyecto de vida se sustentan en la filosofía de la existencia que florece en la primera mitad del siglo XX y, como se sabe, cuenta entre sus más destacados representantes a JEAN PAUL SARTRE, GABRIEL MARCEL, KARL JASPERS, MARTIN HEIDEGGER, XAVIER ZUBIRI, entre otros. Como lo ha escrito y declarado el Maestro en diversas oportunidades, los desarrollos sobre la estructura del ser humano aportados por esta escuela, sobre la base de la propuesta cristiana y los aportes de diversos filósofos como KANT, FICHTE y KIERKEGAARD, entre otros, le han permitido profundizar en la figura del “daño a la persona” hasta llegar a descubrir que la libertad fáctica o fenoménica del ser humano podía también ser dañada, frustrándose, menoscabándose o retardándose el proyecto de vida de la persona.

¹⁹ Sobre el aporte al personalismo jurídico latinoamericano de FERNÁNDEZ SESSAREGO, véase el ensayo del jurista costarricense VÍCTOR PÉREZ VARGAS, “La filosofía personalista en la obra de Carlos Fernández Sessarego”, en *La responsabilidad civil y la persona en el siglo XXI*. Libro Homenaje a Carlos Fernández Sessarego, tomo I, Lima, Idemsa, 2010.

²⁰ Sobre los aportes del Prof. FERNÁNDEZ SESSAREGO al desarrollo del “daño a la persona” y su modalidad radical de “daño al proyecto de vida” en el continente americano, véase el interesante estudio de la civilista y comparatista venezolana SHERALDINE PINTO OLIVEROS, “*L’esperienza latino-americana del danno alla persona*”, en *La valutazione delle macropermanenti*, al cuidado de Giovanni Comandè y Ranieri Domenici, Pisa, Edizioni ETS, 2005, págs 127 y ss.

Asimismo, el “daño al proyecto de vida” es el que frustra, menoscaba o retrasa la realización personal en lo que ella tiene de más significativo. El daño al proyecto de vida es una lesión a la libertad fenoménica, es decir, a la realización en la vida comunitaria de una decisión personal sobre el destino mismo de la existencia. Toda persona posee un proyecto, el que traduce en lo medular lo que la persona decide ser y hacer con y en su vida. Los valores que él encarna le otorgan sentido y razón de ser a la vida humana.

Su teoría sobre el “daño al proyecto de vida” que aparece públicamente en 1985, ha sido asumida por un sector de la jurisprudencia comparada, especialmente por aquella supranacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como es cada vez más numeroso el grupo de autores que adhieren a sus postulados al comprender el significado y el sentido del “proyecto de vida” personal y de la consiguiente gravedad de su frustración, menoscabo o retardo.

Ajeno a las corrientes patrimonialistas del Derecho, FERNÁNDEZ SESSAREGO, propuso una reclasificación de los daños en personales y no personales, a fin de sustituir la sólita división en daños patrimoniales y extrapatrimoniales, que para él partían de una exacerbada consideración de la gravitación del patrimonio instrumental, que pone a la persona en un segundo plano.

Dando un paso adelante, propuso la división entre daños subjetivos (al ser humano, incluido el concebido) y daños objetivos (a las cosas), cuyas consecuencias, en ambos casos, podían ser patrimoniales y extrapatrimoniales.

Su conocida preocupación por el tema lo condujo a estimar que el “daño al proyecto de vida” es un atentado contra la libertad, pues violenta el plan existencial elegido por cada cual, así como una violación del derecho a la identidad, ya que destruye lo que el ser “es”, su verdad personal.

A propósito de todo lo anteriormente expresado en estas páginas, se observa que generalmente no se repara ni valora el enorme esfuerzo intelectual desplegado por FERNÁNDEZ SESSAREGO²¹ durante su vida al trabajar en soledad, sin contar con un respaldo económico, con un apoyo de alguna entidad académica o del Estado, ni tener un equipo de trabajo que pudiera colaborar con él en sus tareas de investigación. Ha sido un trabajo

²¹ Lo ha hecho notar recientemente el historiador del Derecho peruano FRANCISCO JOSÉ DEL SOLAR ROJAS, “Teoría tridimensional del Derecho”, en *Jurídica*, suplemento de análisis legal del diario *El Peruano*, año 8, n. 396, Lima, martes 28 de febrero de 2012, pág. 08.

sacrificado, silencioso, de perfil bajo, pero gozoso por el entusiasmo con el que fue ejecutado y por los resultados obtenidos que han permitido, aunque pocos aún lo adviertan, que un país en trance de desarrollo como Perú haya podido aportar teorías e instituciones novedosas al mundo jurídico actual como es el caso, entre otras, de la teoría tridimensional del Derecho y del “daño al proyecto de vida”²².

²² YURI VEGA MERE, “La labor de Carlos Fernández Sessarego en el reconocimiento del daño a la persona. Influencias filosóficas y jusfilosóficas”, en *Análisis del Código Civil a 25 años de su vigencia*, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, Motivensa Editora Jurídica, 2010, pág. 103.

CAPÍTULO II

DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CONTEMPORÁNEO Y DEL “DAÑO AL PROYECTO DE VIDA” COMO SU EXPRESIÓN MÁS RADICAL

1. LA REFORMULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN “DERECHO DE DAÑOS”

Como ha resaltado desde antiguo el maestro CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO¹, en los últimos tiempos se encuentra en curso un proceso tendiente a la revisión y reformulación del instituto de la responsabilidad civil. El reconocimiento de la centralidad de la persona humana como sujeto del derecho, ha permitido percibir que lo que interesa, principalmente, no es tanto la determinación de la culpa del agente del daño sino la protección de la víctima a fin de que no se le prive de una adecuada indemnización frente a las consecuencias de un daño injusto². Ello significa que hay que atender, en primer lugar, a la magnitud del daño causado a la persona así como a sus consecuencias a fin de que los magistrados puedan proceder a fijar una adecuada reparación. En consecuencia, se advierte en la actualidad una creciente tendencia a reparar el “daño a la persona”, que comprende el que compromete el “proyecto de vida”.

En efecto, hasta no hace mucho tiempo el centro de la responsabilidad civil era el castigo al agente o culpable de las consecuencias del daño, mientras que la víctima ocupaba un lugar secundario dentro de la institución. Actualmente, es la reparación de las consecuencias del daño a la víctima, sean ellas patrimoniales o extrapatrimoniales, o ambas, las que

¹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Il risarcimento del “danno al progetto di vita”*, en *La responsabilità civile*, año VI, n. 11, cit., pág. 875.

² ATILIO ANIBAL ALTERINI, “Rumbos actuales del derecho de daños”, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Buenos Aires, La Ley, año X, n. X, octubre de 2008, págs. 9 y ss.

ocupan lugar de privilegio en el sistema. De ahí que se aluda a un “derecho de daños” o, mejor aún, a un derecho de reparación de las consecuencias de los daños. Es necesario referir que un jurista de la talla intelectual del maestro hispano LUIS DíEZ-PICAZO tituló uno de sus valiosos libros como *Derecho de daños*³.

Es interesante resaltar la posición de DíEZ-PICAZO en lo que atañe a la evolución de la responsabilidad civil. El citado autor opina que “el derecho de la responsabilidad civil o Derecho de daños se encuentra, en los momentos actuales, en un punto muy sensible de indefinición, pues convergen en él las tendencias doctrinales y jurisprudenciales que han empujado en las últimas décadas su evolución hacia una muy significativa ampliación y, al mismo tiempo, factores que aconsejan someterlo a una cierta dosis de restricción”. Es decir, interpretando su opinión, se debe encontrar el necesario equilibrio entre audaces propuestas y la necesaria cautela que es de rigor en materia tan sensible y delicada como la responsabilidad civil o derecho de daños.

DíEZ-PICAZO sostiene que la “indefinición” a la que alude se demuestra, en España, “en las vacilaciones de la jurisprudencia y de los tribunales y en las dificultades que hoy existen para encontrar una correcta delimitación del fenómeno y para solucionar sus problemas centrales”. Y, agrega al respecto que, “por eso, parece necesario o, al menos, conveniente, replantear desde sus raíces las cuestiones que en esta rama del Derecho privado se encuentran implícitas y hacerlo desde una perspectiva metodológica que ponga en juego todos los criterios de que hoy es posible disponer”⁴.

La situación de crisis por la que atraviesa la institución de la responsabilidad civil o Derecho de daños se evidencia en lo expresado por el maestro español en el sentido de que se debe “replantear desde sus raíces” las cuestiones que se hallan implícitas en esta rama del Derecho.

DíEZ-PICAZO expresa que el Derecho se encuentra en un histórico momento de transición —que el autor denomina de “indefinición”— entre dos épocas. En efecto, es posible que cuando el maestro hispano alude a la “indefinición” de la institución lo que pretendería poner de manifiesto es un fundado temor de que la “muy significativa ampliación” de la responsabilidad civil podría ocasionar un torrente de cuantiosas demandas por daños, no todas debidamente fundamentadas, que en el pasado no

³ LUIS DíEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999, pág. 19

⁴ DíEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, cit. pág. 19

se asumían como dignas de reparación. Ciertamente, hoy asistimos una ostensible evolución de la responsabilidad civil, no obstante los riesgos de un desborde en cuanto a la magnitud o al monto de las indemnizaciones que puedan fijar en el futuro los magistrados por los “nuevos” daños a la persona.

Asimismo, un tema complejo de reparar es el de las graves consecuencias que podría generar el “daño al proyecto de vida”. No obstante, a pesar que este daño es una realidad, no existen aún, por la novedad de la institución, criterios uniformes en cuanto a su determinación y reparación, lo que implica el grave riesgo de que las reparaciones pudieran llegar a ser arbitrarias o injustas. Por lo demás, cualquier exceso no es improbable en un momento de transición del Derecho, en el que es natural la existencia de ciertas “indefiniciones” e “incertidumbres”, algunas de las cuales se han ya despejado y otras se irán aclarando en el futuro⁵.

En efecto, el proceso de cambio en el cual está sumido el Derecho en materia de responsabilidad civil no es asunto que se precisa y decanta con rapidez, sino que requiere de tiempo para el análisis y el debate de las nuevas propuestas y, sobre todo, en lo concerniente a los criterios y técnicas adecuadas que se deben utilizar para la justa reparación de los nuevos daños a la persona. Es este, precisamente, el sentido de un momento de transición como en el que se halla inmerso el Derecho⁶.

2. EL DAÑO Y SU MODERNA CONCEPCIÓN

Es necesario antes de afrontar la compleja temática del “daño a la persona”, hacer un breve apunte sobre las categorías del daño en general. Se debe precisar que el daño, sin dejar de ser una unidad conceptual, puede ser considerado desde dos distintos planos, no obstante que entre ellos exista, obviamente, una relación esencial. En un primer plano, en un sentido amplio, el daño puede distinguirse o clasificarse exclusivamente en función de la naturaleza del ente dañado. Es decir, en atención a la calidad ontológica del ente que sufre las consecuencias del evento dañino. En este orden de ideas se puede diferenciar claramente dos tipos de daños: uno, que se puede designar como subjetivo y, otro, que puede denominarse objetivo.

⁵ FERNÁNDEZ SESSAREGO, “Sobre el fallo «Aróstegui» de la CSJN”, cit., pág. 42.

⁶ PAOLO GROSSI, “*Il ruolo del giurista, oggi*”, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, Roma, Pontificia Universitas Lateranensis, Año LXXV, 2010, pág. XIV.

En efecto, el daño subjetivo es el que incide sobre el “sujeto de derecho”, que no es otro que el ser humano. Se trata de un daño que es el más grave e importante que se pueda causar a ente alguno. Ello, tanto por la calidad ontológica del sujeto dañado, que es la persona humana, como por la máxima y pronta atención que debe merecer la reparación de las consecuencias que de él se deriven, ya sean de carácter no patrimonial como de índole patrimonial. Es decir, la reparación debe ser integral, contemplando ambos tipos de consecuencias.

Asimismo, al daño subjetivo se le suele conocer comúnmente como “daño a la persona”. Dada la complejidad estructural del ser humano, se le puede dañar en cualquier aspecto de su unidad psicosomática así como también en su libertad. Por consiguiente, existen una pléyade de daños a la persona, por lo que las consecuencias de cada uno de ellos deben ser rápida y adecuadamente reparadas, sin importar si su origen es contractual o extracontractual.

Por el contrario, el daño objetivo es el que incide sobre las cosas, sobre los entes inanimados, sobre los objetos del mundo exterior al ser humano. Se trata de los daños, cuyas consecuencias se producen sobre bienes que no son el ser humano sino sobre aquellos que él conoce y utiliza.

En un segundo plano, cabe distinguir también otras dos categorías de daño, ya no en función de la naturaleza misma del ente dañado, sino en cuanto a las *consecuencias* o perjuicios derivados del evento dañino. Estas consecuencias pueden ser resarcidas en dinero cuando es dable que estas se cuantifiquen monetariamente o, en su defecto, cuando el objeto dañado puede ser sustituido por otro similar. Ello explica que se designe a este daño como daño “patrimonial” o daño “extrapersonal”.

En cambio, atendiendo a la calidad ontológica del ente dañado —en este caso la persona humana— existen consecuencias que no es posible reparar directamente en dinero. La naturaleza libre y espiritual del ente dañado no lo permite. En esta peculiar situación la indemnización que el juzgador fije en dinero, relacionada con tales consecuencias, no tendrá el carácter de compensatoria de las consecuencias del daño sufrido. La entrega de una suma dineraria tiene como fundamento que, con su gasto o inversión, la persona pueda conseguir alguna satisfacción que, en cierto modo, pueda aliviar o mitigar, de alguna manera y medida, las consecuencias del daño que la ha afectado.

En efecto, en otros términos, en ciertos tipos de daño al ser humano —concebido o persona natural— es del todo impracticable otorgar a título

compensatorio una indemnización monetaria, ya que estamos frente a aspectos del ser humano que no tienen una traducción directa e inmediata en dinero pues no se encuentran en el comercio de los hombres. En este último caso, nos hallamos ante un daño que, en cuanto a sus consecuencias, solemos denominar, indistintamente, como daño “no patrimonial”, “extrapatrimonial” o, y como debería ser, daño “personal”.

Las dos posibles distinciones del daño, vale decir, ya sea que ella se halle en función de la *naturaleza* del ente dañado o atendiendo a las *consecuencias* o perjuicios derivados del daño, tienen importante incidencia en lo que concierne a la valorización y liquidación del daño causado, así como a la consiguiente fijación de la correspondiente indemnización. En efecto, la naturaleza del ente dañado —el ser humano o las cosas— determina el empleo de criterios y técnicas indemnizatorias totalmente diferentes. No es lo mismo causar un daño a un ser humano, en su vida, en su honor o en su intimidad, en su identidad, en su integridad psicosomática o en su libertad, que originar, por ejemplo, un daño a un automóvil o a una cosa cualquiera del mundo exterior. Los criterios y las técnicas indemnizatorias no son las mismas en ambos casos. Ellas deben necesariamente adaptarse a la naturaleza del ente dañado. Por ende, cada tipo de ente exige un tratamiento indemnizatorio diverso.

3. EL DAÑO A LA PERSONA COMO APORTE DE LA DOCTRINA JURÍDICA ITALIANA

A) *Los orígenes del “daño a la persona” en Italia*

a) *Introducción.* Actualmente, vivimos en el proceso de consolidación de una nueva visión del Derecho, de una nueva forma de hacer Derecho⁷, donde el centro de la preocupación del jurista es, y debe ser, la protección unitaria, preventiva e integral de la persona, en sus diversas y múltiples manifestaciones del devenir social.

Esta nueva visión del Derecho, que es en su esencia tridimensional⁸, ha contado previamente con el sustento de una moderna concepción del

⁷ Es la expresión utilizada por el prof. FERNÁNDEZ SESSAREGO para referirse a este cambio de perspectiva en torno a lo jurídico. Cfr. FERNÁNDEZ SESSAREGO, “*Un nuovo modo di fare diritto*”, en *Il diritto dei nuovi mondi*, actas del Congreso organizado por los institutos de derecho privado de las Facultades de Derecho, desarrollado en la ciudad de Génova, del 5 al 7 de noviembre de 1992 y publicado por Cedam en 1994, pág. 229 y ss.

⁸ Sobre la tridimensionalidad del Derecho, puede verse a FERNÁNDEZ SESSAREGO, *El derecho como libertad*, 3ª ed., Lima, Ara Editores, 2006, págs. 101 y ss.

ser humano, que de ser visto como un ser racional, ha pasado a ser un ser libertad, con una propia e inherente dignidad, lo cual implica, obviamente, una nueva etapa de la juridicidad⁹.

Si es cierto que, como expresa el maestro italiano PAOLO GROSSI¹⁰, “el referente necesario del Derecho es solamente la sociedad, la sociedad como realidad compleja”, pues “la dimensión esencial del Derecho que es la *carnalidad*, o lo que es lo mismo, a causa de esa típica característica suya que consiste en estar escrito en la piel de los seres humanos”¹¹, es decir que el Derecho se encuentra innato en la profunda esencia del hombre¹² y es parte de la estructuración de la sociedad¹³, ya que, indica magistralmente el gran jurista PIER GIUSEPPE MONATERI, “custodiar el Derecho significa apartarse del Derecho como simple hecho técnico para evocar su vínculo con la tierra y con el ser”¹⁴, no obstante, este tiene que lidiar con el actual contexto socio-económico, con la denominada globalización o mundialización¹⁵, que si bien ha abierto nuevos puentes de comunicación en diversos aspectos y ha reducido las distancias entre pueblos y naciones, como contrapartida ha transformado al individuo es un ser más vulnerable respecto a la aldea global¹⁶, respecto a las fuerzas y al poder de la economía en un Estado nacional moderno¹⁷, que ha re-

⁹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, “Aspectos jurídicos del «consentimiento informado» del paciente en la responsabilidad médica. Con especial referencia a la jurisprudencia comparada”, en *Negocio jurídico y responsabilidad civil*. Estudios en memoria del profesor Lizardo Taboada Córdova, Lima, Grijley, 2004, pág. 709.

¹⁰ PAOLO GROSSI, *Prima lezione del diritto*, 15ª ed., Roma-Bari, Editori Laterza, 2010, pág. 15.

¹¹ Siempre del maestro GROSSI, *El novecientos jurídico: un siglo posmoderno*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pág. 65.

¹² GROSSI, *Europa y el Derecho*, trad. castellana de Luigi Giuliani, Barcelona, Crítica, 2008, pág. 17.

¹³ GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, 3ª ed., Roma-Bari, Editori Laterza, 2007, pág. 19.

¹⁴ PIER GIUSEPPE MONATERI, *Los límites de la interpretación jurídica y el derecho comparado*, Lima, Ara Editores, 2009, pág. 11.

¹⁵ MONATERI, “Globalizzazione e diritto europeo dei contratti”, en *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, al cuidado de Alessandro Somma, Torino, G.Giappichelli Editore, 2007, págs. 175 y ss.

¹⁶ MAURO BUSSANI, *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Torino, Einaudi, 2010, págs. 52 y ss.

¹⁷ UGO MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, 5ª ed., Roma-Bari, Editori Laterza, 2011, págs. 12 y ss.

nunciado a gran parte de su soberanía y a gran parte de las funciones de protección y tutela de la persona que en la historia se le habían atribuido¹⁸.

La responsabilidad civil, o mejor en su concepción moderna de "derecho de daños", como instrumento del derecho privado contemporáneo que busca la tutela de los derechos de las personas, vulnerados por las diversas y múltiples situaciones perjudiciales que se presentan, mediante el advenimiento del reconocimiento del daño a la persona, en tanto "es un capítulo de la más vasta historia de los derechos del hombre"¹⁹, que ha revolucionado la visión de la función protectora de la persona humana en el Derecho, presentándose como el lugar de tutela de la nueva responsabilidad civil²⁰.

Una de las experiencias que ha sido más sensible a estas transformaciones y que ha desarrollado los diversos aspectos de esta institución, cuya evolución continúa en nuestros días, es el modelo italiano. En efecto, en la península itálica, como nos lo recuerda el Prof. SALVATORE PATTI²¹, se ha dedicado mayor atención a los diversos supuestos del daño que conciernen a la persona humana y su bienestar. Sus diversas Escuelas, la turinesa, la de Bolonia, pero especialmente las de Génova, Pisa y Trieste, han realizado un trabajo extraordinario de ahondamiento teórico de la materia, acompañado por una no frecuente capacidad de influenciar en los pronunciamientos jurisprudenciales italianos.

En las páginas que siguen, dedicaremos nuestra atención a los "an-tepasados" del aporte italiano en materia de daño a la persona. Así los nombres de MELCHIORRE GIOIA, CESARE GERIN y GUIDO GENTILE se presentan como notables precursores de los desarrollos de las diversas escuelas peninsulares en materia de daños al ser humano. A quienes, en recuerdo de su valioso trabajo, no siempre apreciado en nuestro tiempo, estas páginas pretenden homenajear.

b) *El aporte de Melchiorre Gioia*. Si bien la cuestión del daño a la persona, como institución con carta de ciudadanía propia dentro de los

¹⁸ SALVATORE PATTI, *Diritto privato e codificazioni europee*, 2ª ed., Milano, Giuffrè Editore, 2007, pág. 361.

¹⁹ FRANCESCO GALGANO, "*Danno non patrimoniale e diritti dell'uomo*", en *Contratto e impresa*, n. 04-05, año XXV, Padova, Cedam, 2009, pág. 883.

²⁰ CARLO CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, 3ª ed., Milano, Giuffrè Editore, 2006, pág. 53

²¹ PATTI, "*Le sezioni unite e la parabola del danno esistenziale*", en *Il Corriere Giuridico*, n. 03, Milano, Ipsoa, 2009, pág. 447.

ordenamientos jurídicos contemporáneos es reciente, su estudio tiene algunos antecedentes remotos. En efecto, debemos mencionar la obra de MELCHIORRE GIOIA (Piacenza, 20 de septiembre de 1767 – Milano, 2 de enero de 1829), quien en su célebre *Dell'ingiuria dei danni del soddisfacimento, e relative basi di stima avanti i Tribunali civili* de 1821 manifestó, respecto al daño a la persona, que “si bien es antiguo como la especie humana, presenta aún hoy notables y complejas dificultades, en cuanto a los daños se renuevan todos los días e inciertas son las bases para calcularlos”²².

GIOIA, economista, político, intelectual italiano de pensamiento enciclopédico y padre de la estadística, además de patriota²³, en su valiosa obra citada, criticaba la noción del resarcimiento en boga en sus tiempos, que consideraba estrecha e inadecuada. Ello, por cuanto la visión de GIOIA partía desde una perspectiva antropológica, donde el hombre “no esta, en efecto, limitado a la existencia física y actual, en el gozar y el sufrir; sino, es susceptible de una amplia previsión, él vive en los tiempos que no alcanza aún, piensa en pérdidas aún lejanas, medita en eventos futuros, es sensible a situaciones que suceden a mil millas de él; entonces, las esperanzas y los temores se avencinan en su ánimo, y la alegría o la tristeza lo colman, según que el sentimiento de la seguridad a todos los puntos de su ideal existencial se extiendan, o a algunos solamente”.

En la obra de GIOIA, se pasa del patrimonio al cuerpo, del sufrimiento moral a la consideración atenta de todo lo que empobrece, altera y compromete la existencia humana.

Sintetizó el panorama de la reparación de los daños de su tiempo, en los siguientes aspectos:

- a) Faltaban las bases precisas para calcular la satisfacción en toda generación de “injurias”;
- b) Se hacía uso de algunas bases erróneas de injusticia;
- c) Se dejaba sin satisfacción gran parte de los daños;
- d) Hasta entonces —1821— era confusa y oscura la idea del daño en la mente de los comentaristas. Estos restringían el daño al objeto material, disminuido o destruido.

²² MELCHIORRE GIOIA, *Dell'ingiuria dei danni del soddisfacimento, e relative basi di stima avanti i Tribunali civili* (1821), precedido por un elogio histórico del autor de G.D. Romagnosi, Lugano, Ruggia y C., 1833, pág. XXIII.

²³ FRANCESCO DONATO BUSNELLI, “*Interessi della persona e risarcimento del danno*”, en *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, Giuffrè Editore, fascículo I, año L, 1996, pág. 1.

Como es evidente, muchas de estas apreciaciones de GIOIA son actuales en nuestros ordenamientos que tienen que reparar los diversos perjuicios y situaciones peyorativas que se infringen al destinatario del Derecho, vale decir la persona humana.

Como nos indica GUIDO ALPA²⁴, la investigación de GIOIA tiene naturaleza esencialmente práctica, estimativa: un presupuesto de esta es la definición de “injuria”, en cuanto daño, en sus diversos aspectos, materiales y morales, pero la finalidad del análisis consistía en la identificación de los criterios de reparación del daño emergente, del lucro cesante y de los aspectos de la persona que podían definirse como morales o ideales.

La “injuria” es comprendida, en la visión gioiana, en sentido de englobar cualquier daño ocasionado a la persona. El intelectual piacentino se preocupó en identificar las causas que limitan o corrompen la estima que goza la persona en el ambiente en que vive y se desarrolla, y trata los modos y formas utilizados para generar el daño (palabras, escritos, lenguaje simbólico, violencia contra las personas y las cosas).

En cuanto a los presupuestos de la reparación, GIOIA analiza la noción de daño comprendido en sus dos componentes, ya sea como daño emergente (disminución ocasionada en nuestro bienestar) y de lucro cesante (todo aumento impedido de nuestro bienestar). Ambos no se hubieran presentado, siguiendo el curso ordinario de las cosas, si no se habría producido el daño.

Para algunos, el gran mérito por el cual GIOIA ha pasado a la posteridad es su enunciación cristalina de las reglas resarcitorias en materia de daño patrimonial: daño emergente, lucro cesante, reducción de la capacidad laboral. Estableció, así, la “regla del zapatero”: “Un zapatero, por ejemplo, elabora dos zapatos y un cuarto al día: ustedes han dañado su mano en modo que no logrará más hacer un zapato: ustedes le deben el valor de la fabricación de un zapato, y un cuarto multiplicado por el número de días que le restan de vida, menos los días festivos. El número de días que quedan a cada individuo, en cuanto es notoria la edad, como resultado de los indicadores de mortalidad que actualmente todos conocen”²⁵. Como

²⁴ GUIDO ALPA (al cuidado de), *La responsabilità civile. Parte generale*, Nuova giurisprudenza di Diritto Civile e Commerciale, Colección fundada por Walter Bigiavi y dirigida por G. Alpa, U. Breccia, G. Bonilini, F. Carinci, M. Confortini, A. Iannarelli, M. Sesta, G. Cottino, O. Cagnasso, Torino, Utet Giuridica, 2010, pág. 60.

²⁵ GIOIA, *Dell’ingiuria dei danni del soddisfacimento, e relative basi di stima avanti i Tribunali civili*, cit. pág. 167.

es notorio, la atención moderna se concentra en los denominados “daños no patrimoniales”, y no sin grandes motivos. Este cambio, coherente con las transformaciones de la sensibilidad social y colectiva, no debe, sin embargo, hacer olvidar la austera concreción del daño patrimonial.

Sobre esta regla simple, se ha dirigido el sistema de reparación del daño a la persona en Italia hasta los años setenta del siglo XX, concluyendo con la liquidación, según el modelo del daño a la salud²⁶.

GIOIA realizó un minucioso análisis de los tipos de daño y de los criterios por los cuales calcularlos. No todos los daños (vale decir, los tipos de lesión) son considerados en el mismo plano: para el estudioso italiano el daño moral es más importante que el daño patrimonial, el daño derivado de una ofensa al honor es más importante que el daño a la cosas.

Por ello, en su sistema es central la *satisfacción*²⁷, es decir la reparación del daño: “La satisfacción es completa cuando se extiende a los lucros cesantes como a los daños emergentes; cuando se proporciona a su número, a su especie, a su intensidad; cuando repara sus consecuencias físicas y morales; cuando suministra, compensa las sensaciones dolorosas, acompañadas por aparentes sensibilidades, que por las sensaciones dolorosas se producen. En suma, ya que la palabra «daño» no encierra solamente las alteraciones en el sistema invisible de los sentimientos, si la satisfacción debe ser completa, a las unas debe extenderse, así como a las otras”.

GIOIA estableció que la satisfacción debe ser *igual* al daño: esto expresa una concepción original para la época, porque, como es conocido, la reparación ha sido considerada por siglos un simple paliativo de la integral satisfacción y como, en la selección de los daños relevantes, en la mayor parte de los casos la reparación resulta solo parcialmente satisfactoria para la víctima.

Nuestro autor logró elaborar una minuciosa clasificación práctica de los daños y de los métodos para cuantificarlos. La atención de GIOIA se alejó de las reglas de los códigos del siglo XIX, donde estas existían, que crítica con fundamento, ya sea en los casos en que se confiaba a la equidad la valoración del daño, como en los que se fijaban los criterios más precisos, para GIOIA estos eran mecánicos y arbitrarios.

²⁶ MASSIMO FRANZONI, “*Il danno risarcibile*”, en *Trattato della responsabilità civile*, dirigido por M. Franzoni, 2^a ed., Milano, Giuffrè Editore, 2010, pág. 349.

²⁷ Así lo anota GUIDO ALPA en *La responsabilità civile. Parte generale*, pág. 61.

En el caso del daño a la persona, es decir en la lesión a la integridad física, GIOIA afirmó que los sufrimientos merecen ser “compensados”, que deben ser “iguales al producto resultante de la multiplicación de la intensidad de la duración”.

GIOIA para calcular el daño físico sufrido por la víctima, utilizaba un doble criterio, el tiempo que estadísticamente la víctima podrá aún vivir y el rédito percibido. La suma resarcitoria variaba en razón de la edad y de la profesión u ocupación de la víctima. Como indica ALPA²⁸, si se contemplan las tablas utilizadas por muchos tribunales modernos, los criterios se corresponden perfectamente.

Muchos de los temas que son materia de debate jurídico en el área del daño a la persona encuentran en GIOIA un agudo precursor²⁹, aunque no podemos olvidar, como nos recuerda un notable historiador del Derecho, como es el Prof. GIOVANNI CAZZETTA³⁰, que la obra del intelectual italiano estaba, en primer lugar, íntimamente ligada con el fundamento y las funciones atribuidas a la responsabilidad civil en su tiempo, respecto a la configuración de la sociedad civil como una especie de sociedad asegurativa, que respondía a las exigencias de justicia distributiva, tutelando al individuo injustamente víctima de daños. Un segundo aspecto en su obra, comprensible en el espíritu burgués del modelo de responsabilidad dominante, tendía a “monetizar” toda “perturbación del espíritu”, “reduciendo a cálculos los sentimientos morales” en la valoración de todo bien no patrimonial, en una visión del resarcimiento milimétrica del daño en su integridad³¹.

Tampoco debemos dejar de mencionar, en la valoración del aporte de GIOIA, lo manifestado por GUIDO ALPA. Para el Profesor de la Universidad de Roma “La Sapienza”, conviene recordar en GIOIA no tanto sus ideas como jurista, sino sus aspectos de estudioso de la estadística. Precisamente, el estudioso italiano es el prototipo del científico que logró

²⁸ ALPA, *La responsabilità civile. Parte generale*, cit., pág. 62.

²⁹ BUSNELLI, *Il danno biologico. Dal “diritto vivente” al “diritto vigente”*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2001, pág. 59.

³⁰ GIOVANNI CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Florencia, Dipartimento di Teoria e Storia del Diritto dell’Università degli Studi di Firenze, 1990, pág. 59.

³¹ CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Per la Storia del pensiero giuridico moderno, vol. 40, Facultad de Derecho de la Universidad de Florencia – Centro di Studio per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, Milano, Giuffrè Editore, 1991, pág. 65.

tratar problemas que hasta entonces eran monopolios de los juristas (del derecho romano a los codificadores del siglo XIX) con una visión y con soluciones no jurídicas, vale decir no formales. En efecto, son los resultados estadísticos que explican qué daños deben ser reparados, cómo deben ser cuantificados y qué función cumple en la reparación la aseguración de la responsabilidad civil y la aseguración contra los daños. Por ende, es una moderna perspectiva, que será retomada solo después de un siglo, cuando se comenzó a pensar en los problemas jurídicos desde una óptica económica³².

c) *El planteamiento de Cesare Gerin*. El notable médico-legal CESARE GERIN, introdujo el concepto de “validez” del hombre, comprendido como valor económico en sí considerado, y por ende bien resarcible, al comprobarse el perjuicio a la función de un determinado órgano, independientemente de los efectos en el ámbito laboral³³. Así, en 1952, en el desarrollo de unas famosas jornadas médico-legales en Trieste, GERIN expuso su célebre teoría sobre los daños a la integridad física del ser humano. Para el estudioso italiano, la integridad física representaría un valor patrimonial económicamente valorable, en cuanto el hombre de por sí constituiría un valor capital. De tal modo, el hombre es el artífice de la riqueza nacional y, al mismo tiempo, es su depositario. Por ende, la reparación del daño no debe tener, según GERIN, en cuenta solamente la lesión, sino todas las consecuencias perjudiciales³⁴.

Como recuerda BUSNELLI, la teoría de GERIN fue liquidada por la doctrina más importante de esa época en materia de responsabilidad civil, representada por ADRIANO DE CUPIS³⁵, quien consideró el planteamiento geriniano, como un intento ingenuo y errado de encontrar un fundamento jurídico a una aspiración que, para el derecho positivo, no puede ser satisfecha.

³² ALPA (al cuidado de), *La responsabilità civile. Parte Generale*, cit., pág. 59.

³³ LUIGI PAPI, “*Lo stato anteriore e le macromenomazioni*”, en *La valutazione delle macropermanenti. Profili pratici e di comparazione*, al cuidado de Giovanni Comandé y Ranieri Domenici, Pisa, Edizioni ETS, 2005, pág. 37.

³⁴ CESARE GERIN, “*La valutazione medico-legale del danno alla persona in responsabilità civile*”, en *Riv.inf.e mal.prof.*, 1953, pág. 394 y ss., citado por BUSNELLI en *Il danno biologico. Dal “diritto vivente” al “diritto vigente”*, cit., pág. 60.

³⁵ ADRIANO DE CUPIS, “*Il valore economico della persona umana*”, en *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 1956, pág. 1264 y ss, citado por BUSNELLI en *Il danno biologico. Dal “diritto vivente” al “diritto vigente”*, cit., pág. 60.

No obstante, este juicio crítico del maestro italiano, no fue compartido totalmente por la doctrina. Como nos señala nuevamente BUSNELLI, juristas como EDOARDO BONASI BENUCCI³⁶, admitieron con mucha claridad los aspectos positivos del aporte de GERIN sobre la “valoración”, concluyendo que su propuesta de fijar un valor a la integridad física igual para todos no podía ser negada *a priori*, pues portaba una apreciable contribución a la solución del problema de los daños a la persona.

d) *La contribución de Guido Gentile*. “La valoración del daño a la persona presenta el más arduo de los problemas en el vasto campo de la responsabilidad civil”, así iniciaba su famoso trabajo sobre la materia de los daños a la persona, el notable abogado milanés y fundador de la famosa revista italiana *Responsabilità civile e previdenza*, GUIDO GENTILE³⁷. En efecto, por primera vez en una enciclopedia jurídica y en un ensayo de más de cuarenta páginas, GENTILE trata de un área, como la reparación del daño a la persona, que si bien estuvo presente en la práctica jurídica, no era considerado digno de preocupación por la doctrina italiana. Por cuanto, la concepción de los daños a la persona, como universo en expansión³⁸, revolucionó el planteamiento conceptual y la misma sistemática del sistema de la responsabilidad civil³⁹, exigiendo soluciones unívocas y metodológicamente correctas, cuya reparación, dentro de la moderna protección constitucional de los derechos fundamentales de la persona, no puede ser puesta en duda, con lo que la liquidación y valoración de los daños a la persona se convierte en una cuestión esencial de los ordenamientos jurídicos modernos⁴⁰.

La transición de una sociedad de pequeños propietarios, típica de la ideología y tiempo del *Code Napoléon*, a una basada prevalentemente en las ganancias del trabajo, el descubrimiento de una concepción humana de la responsabilidad civil que establezca una correcta relación entre el daño

³⁶ EDOARDO BONASI BENUCCI, *La responsabilità civile*, Milano, 1955, pág. 69, citado por BUSNELLI en *Il danno biologico. Dal “diritto vivente” al “diritto vigente”*, cit., pág. 61.

³⁷ GUIDO GENTILE, voz “*Danno alla persona*”, en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XI, Milano, Giuffrè Editore, 1962, pág. 634.

³⁸ FRANCESCO GALGANO, “*Le mobili frontiere del danno ingiusto*”, en *Contratto e impresa*, n. 01, año I, Padova, Cedam, 1985, pág. 01.

³⁹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, “*Il risarcimento del “danno al progetto di vita”*”, en *La responsabilità civile*, cit., pág. 897.

⁴⁰ ANTONINO PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, I “*nuovi danni*” e le funzioni della *responsabilità civile*, en ANTONINO PROCIDA MIRABELLI DI LAURO y MARIA FEOLA, *La responsabilità civile*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2008, pág. 60.

y la persona, la intensificación de las situaciones de daño a la persona en una economía postindustrial, caracterizada por el creciente dinamismo de las relaciones y los negocios⁴¹, impulsaron a estudiosos como GENTILE a evidenciar el cambio de una concepción estática, concentrada en el daño al patrimonio, a una perspectiva dinámica, caracterizada por las múltiples ocasiones de daños a la persona en una sociedad postindustrial y por la producción frecuente y gravedad de esta última figura de daño, la hace asumir un papel central y preeminente dentro de los ordenamientos jurídicos vigentes.

En primer lugar, para nuestro autor, la reparación del daño a la persona considera no la medida positiva del valor hombre, sino la entidad negativa de su afectación. Con ello, se buscaba abandonar la perspectiva mercantilista de la persona ante todo esfuerzo de valoración exhaustiva de los perjuicios y daños derivados de la perturbación de la integridad psicofísica de la víctima.

En segundo lugar, propugnó GENTILE que en los casos de muerte de la víctima, el daño es considerado no en lo que el hombre vale, sino en cuanto a la pérdida sufrida por las personas que tenían con este una relación de interdependencia. BUSNELLI⁴² considera que este planteamiento es un antecedente de los daños a la salud por muerte.

Una nueva visión de la valoración económica del daño a la persona es el tercer aspecto tratado por GENTILE: *“así comprendido, en la limitada consideración del interés a la vida y a la integridad física del hombre, el problema se convierte en más accesible a una concreta valoración económica del daño a la persona, que postula la búsqueda de una relación entre daño y dinero”*⁴³. Por ello, uno de los sectores más autorizados de la doctrina italiana, ha afirmado la necesidad de un equilibrado tratamiento de intereses entre las exigencias de asegurar una reparación integral al daño a la persona y la contención de otros aspectos con relevancia económica, como los costos de aseguración⁴⁴.

⁴¹ PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La riparazione dei danni alla persona*, pubblicazioni della Scuola di Specializzazione in Diritto Civile dell'Università di Camerino, al cuidado de Pietro Perlingieri, n. 69, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, pág. 12.

⁴² BUSNELLI, *Il danno biologico. Dal “diritto vivente” al “diritto vigente”*, cit., pág. 288.

⁴³ GENTILE, voz *Danno alla persona*, cit., pág. 635.

⁴⁴ GIULIO PONZANELLI, *“Il commento a la ordenanza del Juez de Paz de Turín de 30 de noviembre de 2009”*, en *Danno e responsabilità*, n. 04, Milano, Ipsa, 2012, pág. 447.

La afirmación de GENTILE, que consideraba que la “ganancia es el parámetro del daño a la persona”, como cuarto aspecto del planteamiento de nuestro autor, es en consideración de FRANCESCO DONATO BUSNELLI, una premisa que no reina más en la valoración del daño: “El daño es considerado en relación a la pérdida económica que deriva en el lesionado por una determinada modificación peyorativa de su capacidad laboral, la ganancia, que de esta representa la numérica expresión patrimonial, constituye la medida, como el balance que nos ofrece la medida del peso”⁴⁵.

Actualmente, la aplicación de las diversas modalidades del daño a la persona sirve para desplazar el centro de la problemática de un daño parametrado en la ganancia a un daño “valor hombre” en su concreta dimensión, que no es reconducible al solo aspecto de producción de riqueza sino que está relacionado al conjunto de las funciones existenciales de la persona⁴⁶. Asimismo, como ha sido resaltado por otra voz importante de la doctrina peninsular, los jueces deben tener una gran sensibilidad para apreciar el perjuicio existencial de las víctimas, que debe influenciar los ordenamientos jurídicos de los diversos países⁴⁷.

No obstante, el aporte de GENTILE es muy notable y actual, pues, como anota nuevamente BUSNELLI⁴⁸, incidió, dentro de la reparación de los daños a la persona, en la presencia de una valoración equitativa de la misma, por cuanto “esta debe ser seguida con moderación, respondiendo a la incerteza de la cuantificación del daño, vale decir, dentro de los límites más restringidos de lo que resultaría de su abstracta contemplación normativa, con un descarte mayor cuanto más incierta y menos concreta es su demostración”⁴⁹.

e) *Balance de las contribuciones de Gioia, Gerin y Gentile.* Las contribuciones de MELCHIORRE GIOIA, CESARE GERIN y GUIDO GENTILE, aunque con muchos vacíos y omisiones, explicable como productos de su

⁴⁵ GENTILE, VOZ *Danno alla persona*, cit., pág. 637.

⁴⁶ BUSNELLI, “*Il danno risarcibile: problemi e prospettive*”, en *Nuovi orientamenti e nuovi criteri per la determinazione del danno (danno biologico, danno morale, danno alla vita di relazione)*, Trevi, 30 giugno-1 luglio 1989, Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura, n. 41, 1990, pág. 15.

⁴⁷ GIOVANNA VISINTINI, “*La circolazione delle giurisprudenze*”, en *Contratto e impresa*, n. 01, año XXVII, Padova, Cedam, 2011, pág. 81.

⁴⁸ BUSNELLI, *Il danno biologico. Dal “diritto vivente” al “diritto vigente”*, cit., pág. 304.

⁴⁹ GENTILE, VOZ *Danno alla persona*, cit., pág. 678.

época, se constituyen como pioneras reflexiones sobre la reparación de los daños a la persona. Se halla en ellos y en sus aportes los cimientos de los desarrollos posteriores de las diversas Escuelas jurídicas italianas en materia de derecho de daños.

Sus obras, en mayor o menor medida, reflejaron la exigencia de substraerse, en la valoración de los daños a la persona, de la productividad económica del hombre, concentrándose en el valor “humanidad” del sujeto de derecho, que descubre el nuevo rumbo de la historia y del Derecho: la humanización del derecho positivo y de los ordenamientos jurídicos de las diversos países⁵⁰, así como la necesidad que la persona retorne a ser el centro de toda imposición de juridicidad⁵¹.

B) *La formulación del “daño biológico” por la Escuela Genovesa*

El punto de partida de las reflexiones de la Escuela jurídica del daño a la persona desarrollada en Génova se puede ubicar en la sentencia de 25 de mayo de 1974 del Tribunal de dicha ciudad, en el caso *Rocca c. Ferrarese*, sostenida y apoyada por juristas y estudiosos de la Universidad de Génova, entre los que se encontraban MARIO BESSONE, GUIDO ALPA⁵² y VINCENZO ROPPO⁵³. En este pronunciamiento, los jueces genoveses, sosteniendo una “explícita toma de consciencia”, interpretaron el artículo 2059 del Código Civil italiano⁵⁴, con referencia solo a las aflicciones del estado de ánimo y además basándose en el artículo 32 de la Constitución que tutela la salud, hicieron reingresar el denominado “daño biológico” en la categoría del daño injusto, según el artículo 2043 del Código Civil

⁵⁰ FERNÁNDEZ SESSAREGO, “Deslinde conceptual entre «daño a la persona», «daño al proyecto de vida» y «daño moral»”, en *Studi di onore di Cesare Massimo Bianca*, tomo IV, Milano, Giuffrè Editore, 2006, pág. 824.

⁵¹ OSVALDO R. BURGOS, *Será ficción. De Hamlet, Nietzsche y la (in) justicia del ser representado. El Derecho en la sociedad desestructurada*, Rosario, Estudios de Pensamiento Jurídico Occidental, 2008, pág. 156.

⁵² Para una síntesis de los aportes de la Escuela Genovesa, véase a GUIDO ALPA y MARIO BESSONE, “*I fatti illeciti e la responsabilità civile*”, en *Tratato di diritto privato*, dirigido por Pietro Rescigno, vol. XIV, Torino, Utet, 1982, págs. 403 y ss.

⁵³ Sentencia del Tribunal de Génova, 25 mayo 1974, en *Giurisprudenza Italiana*, I, n.2, pág. 54, con comentario adhesivo de Mario Bessone y Vincenzo Roppo, *Lesione dell'integrità fisica e “diritto alla salute”. Una giurisprudenza innovativa in tema di valutazione del danno alla persona*.

⁵⁴ El cual estipula que “El daño no patrimonial debe resarcirse solo en los casos determinados por la ley”.

itálico⁵⁵. En particular, se afirmó la distinción entre las consecuencias patrimoniales del evento lesivo y la lesión de la integridad psicofísica en sí y por sí considerada, por “liquidarse en términos exactamente iguales para todas las personas, salvo teniendo en cuenta las respectivas edades”. En efecto, evidente se presentaba la preocupación de poner a la luz la autonomía del denominado “daño biológico”, respecto a las consecuencias patrimoniales de la lesión⁵⁶.

A esta se sumaron importantes pronunciamientos genoveses entre 1974 y 1976, en que se afinó y perfiló el modelo genovés de daño a la persona.

Las primeras sentencias genovesas evidenciaron, en modo diáfano, el conflicto de dos modelos interpretativos del mismo fenómeno, que asumieron, por definición estipulativa, la denominación de “daño biológico”. Ambas perspectivas, más restrictivo uno, más “liberal” el otro, si se contempla desde el punto de vista de una progresiva ampliación del área del daño resarcible, reflejaron temas y problemas que hoy se encuentran bastante vivaces en el debate sobre el papel y la función de la responsabilidad civil⁵⁷. En efecto, se hace manifiesto en el problema que las sentencias resuelven en modo opuesto no solamente la posibilidad de multiplicar las hipótesis de aplicación del artículo 2043 del Código Civil italiano⁵⁸ y de asignar a la fórmula del “daño injusto” contenidos nuevos y más amplios de los que tradicionalmente se reservan (especialmente, comprensivos de la lesión de la “salud” individual), ni si agota en la admisibilidad de una revisión de los esquemas y de los criterios acostumbrados de valoración del daño a la persona, sino invirtiendo problemas de más extenso alcance, referidos a la aplicabilidad directa de las normas constitucionales (y, en particular, del art. 32 de la Constitución italiana) a la regulación de las relaciones inter-privados, concernientes a la misma definición de “daño” o de la “lesión de un interés protegido” o “merecedores de tutela” o, aún, a la identificación de los criterios sobre

⁵⁵ PIER GIUSEPPE MONATERI, MARCO BONA y UMBERTO OLIVA, “*Danno biologico: cenni introduttivi*”, en *Il nuovo danno alla persona. Strumenti attuali per un giusto risarcimento. Dalla riforma proposta dall’ISVAP all’adeguamento all’Europa*, Milano, Giuffrè Editore, 1999, pág. 2.

⁵⁶ MONATERI, *Manuale della responsabilità civile*, Torino, Utet, 2001, pág. 192.

⁵⁷ ALPA, *Il danno biologico*, 2ª ed., Padova, Cedam, 1993, pág. 10.

⁵⁸ El cual estipula que “Cualquiera que ocasiona un acto doloso o culposo, que produzca a otro un daño injusto, obliga a aquel que ha cometido el hecho a resarcir el daño”.

la base de los cuales actúa la selección de los intereses apreciables en el juicio de responsabilidad⁵⁹.

En efecto, el desarrollo del “daño biológico” es emblemático de la suerte de aquellos conceptos que surgen para obtener determinadas finalidades y, realizando ello, pierden sus contornos originarios, son convocados a realizar finalidades diversas de las inicialmente propuestas, sufren una especie de mutación genética.

Las finalidades originarias, a decir de la doctrina genovesa más eminente⁶⁰, fueron dirigidas a recuperar el valor constitucional de la salud en el ámbito de las técnicas de reparación del daño a la persona. En efecto, siendo el derecho a la salud una posición subjetiva garantizada a todos, sin diferencia de las clases sociales y de la capacidad de producir riqueza, los criterios de liquidación eran idénticos para todos. Preliminarmente, al daño que después se conocería como “biológico”, se le asignaba también una tarea simplificada, por la cual absorbía todas las subvoces de daño que la fantasía o las circunstancias del caso habían inducido a los jueces a crear, como el daño estético o el daño a la vida de relación, el daño derivado del comprometimiento de la capacidad laboral genérica, etc. En la mitad de los años setenta del siglo xx el panorama de la reparación de los daños a la persona presentaba, por un lado, una especie de jungla, con muchos espacios de confusión, en la cual la desigualdad era la regla y, por otro lado, se dejaba contemplar una nueva perspectiva, donde el orden y la igualdad podían tener espacio⁶¹. En este panorama, al daño moral en sentido estricto (entendido como afección del ánimo y sufrimiento) y al daño contra la esfera de producir riqueza de la capacidad laboral específica se presentaba, entonces, por mérito de la labor creativa de los jueces del Tribunal de Génova, una nueva voz omnicomprensiva, traducible en tablas de infortunio más modernas respecto a las utilizadas por la praxis asegurativa y, en ese momento, más beneficiosa para las víctimas y más gravosas para los causantes de los hechos dañosos (y, por ende, para sus aseguradoras). En efecto, significando que esta nueva voz de daño concernía indistintamente todos los sujetos y protegía su salud, de tal forma, toma sustancia la concepción del “daño biológico” como producto de la ciencia médico-legal⁶².

⁵⁹ ALPA, *Il danno biologico*, cit., pág. 11.

⁶⁰ ALPA, *Manuale di diritto privato*, 6ª ed., Padova, Cedam, 2009, pág. 832.

⁶¹ PAOLO GALLO, “*Il danno alla persona*”, en *Introduzione al diritto comparato*, vol. secondo, Torino, Istituti Giuridici G. Giappichelli Editore, 1998, págs. 388 y ss.

⁶² MASSIMO PARADISO, *Il danno alla persona*, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Catania, Milano, Giuffrè Editore, 1981, págs. 146 y ss.

No cabe duda de que el itinerario del daño biológico constituye una de las páginas más complejas de la historia de la responsabilidad civil o del derecho de daños⁶³, con marchas y retrocesos, progresos y dificultades, intervenciones de la Corte de Casación, de la Corte Constitucional y por obra de diversos tribunales e instancias judiciales de la península itálica, que actualmente se puede reconstruir esquemáticamente teniendo en consideración las tablas de liquidación del daño utilizadas por la judicatura italiana, que cada magistrado adopta para satisfacer las exigencias de reparación de las personas afectadas por las diversas situaciones peyorativas, por cuanto, como ha resaltado la más importante doctrina civilista francesa, la integridad psicofísica es el capital máspreciado del hombre⁶⁴.

El reconocimiento del daño biológico no fue compartido por la jurisprudencia inmediatamente sucesiva y solo en 1979 se presentaron nuevos importantes impulsos, por parte de las cortes, que propugnaron la afirmación definitiva del daño biológico, por cuanto este perjuicio es relevante en sí, y diverso ya sea del daño moral propiamente dicho como de las consecuencias negativas de carácter patrimonial que, si subsisten, son autónomamente resarcidas⁶⁵.

Después de más de cuarenta años de su formulación, el panorama presenta aún diversas aristas por clarificar. Se han superado algunas problemáticas, como la cuestión de su concepción, siendo el daño biológico comprendido como la lesión psicofísica de la salud⁶⁶, valorada independientemente de la capacidad de producir riqueza del sujeto; la naturaleza de esta voz de perjuicio, que concierne a la esfera patrimonial del sujeto en sentido estricto⁶⁷; su reparación, que es reconocida para cada sujeto,

⁶³ Así lo ha resaltado el maestro GUIDO ALPA en su *premessa* a su clásica obra *Il danno biologico*, cit., pág. X.

⁶⁴ JEAN CARBONNIER, "La philosophie du dommage corporel", en *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Paris, Flammarion, 2010, pág. 159.

⁶⁵ CESARE MASSIMO BIANCA, *Diritto civile*, tomo V: *La responsabilità*, reimpresión, Milano, Giuffrè Editore, 2005, pág. 179.

⁶⁶ ALPA, "Nuovi aspetti della responsabilità civile", en *Seminari di aggiornamento professionale* (2005). I. Lex mercatoria: un dialogo con Francesco Galgano (12 ottobre 2005). II. I nuovi confini del diritto privato europeo (15 ottobre 2005). III. Il diritto italiano e il diritto latino-americano. Materiali degli incontri di Buenos Aires e Rosario (9 marzo 2006), al cuidado de Guido Alpa, Consiglio Nazionale Forense, Milano, Giuffrè Editore, 2006, págs. 117 y ss.

⁶⁷ ALPA, *Che cos'è il diritto privato?*, 2ª ed., Roma-Bari, Editori Laterza, 2009, pág. 109.

cualquiera sea su edad o su papel en la sociedad; su transmisión *iure hereditatis* en caso de muerte no instantánea de la víctima.

No obstante, han pervivido otros problemas y supuestos, como, por ejemplo, si al lado del daño biológico se pueden crear nuevos tipos de daño a la persona⁶⁸, derivados de un accidente automovilístico en la que esta es víctima; si están legitimados a obtener la reparación en caso de fallecimiento también los convivientes de hecho; cuales deben ser los criterios por los que se deben reparar los daños; si es posible reconocer la reparación del daño biológico también en caso de accidentes en el trabajo y si puede ser objeto de compensación.

En efecto, la jurisprudencia italiana, resultó atiborrada por una heterogeneidad de casos, que no se concentraban en el sector de la circulación automovilística o de los infortunios en el trabajo, sino también en el ámbito de las relaciones contractuales, en el de relaciones entre cónyuges y familiares, en el área genética y de responsabilidad médica⁶⁹, con lo que ha terminado por difuminarse en una serie de reglas dictadas por las diversas circunstancias de los perjuicios. Particularmente, en vez de simplificarse, se han multiplicado las voces de daños reparables: además del daño estético y el daño a la vida de relación, aún considerados frecuentemente como diversos al daño a la salud, se ha creado el daño por luto, el daño a la serenidad de la vida familiar, el daño por *mobbing*, el daño por pérdida de la relación parental y del goce de la vivencia con el cónyuge, denominado también daño hedonístico, y así podría seguirse enunciando voces de perjuicios. No obstante, no podemos perder de vista lo anotado por una voz autorizada de la Escuela jurídica de Bolonia, en cuanto el daño biológico ha permitido que a la persona víctima de este perjuicio sea concretizada la solidaridad social, mediante su reparación por las decisiones judiciales⁷⁰.

C) El “daño a la salud” como contribución de la Escuela pisana

El Instituto de derecho privado de la Universidad de Pisa inicia, en 1975, una investigación sobre la tutela de la salud en el derecho privado

⁶⁸ Preocupación manifestada ya por Giulio Ponzanelli en *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bolonia, Il Mulino, 1992, pág. 98.

⁶⁹ Clásico, en la materia, es ya el libro del Prof. CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO, *La responsabilidad civil del médico y el consentimiento informado*, Lima, Motivensa Editora Jurídica, 2011.

⁷⁰ MASSIMO FRANZONI, “*Il nuovo corso del danno non patrimoniale*”, en *Contratto e impresa*, n. 03, año XVIII, Padova, Cedam, 2003, pág. 1203.

y en 1978 se publica el volumen que recogió el resultado de la referida investigación⁷¹. El 10 de marzo de 1979 se formuló una sentencia por el Tribunal de Pisa, que hace referencia al volumen citado y en el cual encuentra inspiración. En esta se estableció una necesaria valoración equitativa del perjuicio que el tribunal denomina "daño a la salud". No obstante, al mismo tiempo se realizó una diáfana afirmación de la imposibilidad de prescindir de "una valoración diferenciada del daño, porque la única idónea, incluso en presencia de identidad de perjuicios psicofísicos, permitiendo un adecuado, caso por caso, de la entidad del resarcimiento a la concreta situación de daño". La solución planteada por la sentencia, si bien no desconoce la exigencia de buscar "un índice de valores medios por el cual hacer primaria referencia para la valoración de consecuencias de perjuicios suficientemente tipificadas", acogió el principio según el cual "la entidad del resarcimiento del daño a la salud... debe ser, en línea de tendencia, proporcional a la gravedad de los impedimentos económicos y sociales causados por el hecho lesivo"⁷².

En la sentencia bajo examen, la liquidación efectuada por los jueces pisanos englobó las voces del daño derivado de la invalidez temporal y de breve permanencia, comprobada en la víctima por un examen médico, en un monto indemnizatorio en conjunto, en gran medida inferior a lo que era normalmente liquidado según las reglas, de ese entonces, del sistema por tablas de infortunio.

Con esta sentencia, nació una estrecha colaboración entre jueces y profesores universitarios pisanos, que se amplió a los médicos-legistas.

La década del setenta se concluye con las sentencias de la Corte Constitucional italiana números 87 y 88 de 1979, y con un muy importante pronunciamiento de las Secciones Unidas de la Corte de Casación peninsular.

En las sentencias de la Corte Constitucional, en particular en la número 88 que, en el rechazo de la demanda de ilegitimidad del artículo 2043 del Código Civil, afirmó que el derecho a la salud "ciertamente es comprendido entre las posiciones subjetivas que deben ser tuteladas por la Constitución, ya que el artículo 32 sirve para configurar el derecho a la salud como un derecho primario, absoluto, plenamente operante, incluso en las relaciones entre privados".

⁷¹ "Tutela della salute e diritto privato", al cuidado de FRANCESCO DONATO BUSNELLI y UMBERTO BRECCIA, en *Diritto e problemi contemporanei. Ricerche, rassegne, saggi*, recopilados por Pietro Rescigno, vol. II, Milano, Giuffrè Editore, 1978.

⁷² Sentencia citada por FRANCESCO DONATO BUSNELLI en "*I primi fermenti giurisprudenziali*", en *Il danno biologico. Dal "diritto vivente" al "diritto vigente"*, pág. 55.

En efecto, de esta referida calificación puede concluirse que la indemnización no puede ser limitada a las consecuencias de las violaciones incidentes en el aspecto de producir riqueza por la víctima del daño, debiendo esta comprender, incluso antes, los efectos de la lesión al derecho a la salud, considerada como posición subjetiva autónoma, independientemente de toda otra circunstancia y situación.

En el pronunciamiento de las Secciones Unidas de la Corte de Casación, se proclama enfáticamente que “la salud, también y más allá de ser objeto de cuidado y de intervención por parte de la colectividad en general, está protegida en vía primaria, no condicionada y absoluta como modo de ser de la persona humana”, agregando que “la transparente referencia al artículo 2 de la Constitución explicita aún mejor el contenido que el tipo de la protección”, que es la típica del derecho subjetivo o, mejor, del derecho absoluto. Por tanto, la salud antes de ser un interés de la colectividad, es un derecho fundamental del individuo, como afirma la Corte de Casación: “la protección se extiende a la vida asociada del hombre en los aspectos de las diversas agregaciones en las cuales esta se articula y en razón de su efectividad, a la preservación, en estos lugares, de las condiciones indispensables o también solamente propicias a su salud: esta asume, en este modo, un contenido de socialización y de seguridad, por el cual el Derecho y la salud, más bien (o además) que cómo derecho a la vida y a la incolumidad física, se configura como derecho al ambiente salubre”.

Estos esfuerzos de la doctrina y la jurisprudencia pisanas, encontraron, al finalizar la década de los años setenta del siglo XX⁷³, su consagración legislativa en la ley 833 de 23 de diciembre de 1978, institutiva del servicio sanitario nacional italiano. Esta tuvo como objetivo primario predisponer los servicios necesarios para permitir la realización del derecho subjetivo de cada individuo a la tutela de su propia salud. En efecto, buscando tutelar “mediante el servicio sanitario” un “fundamental derecho del individuo e interés de la colectividad”, se aclara que la intención es dar concreta actualización a los principios del artículo 32 de la Constitución que tutela la salud y de atribuir a esta norma no más el significado reductivo y estrechamente publicístico de una simple “dirección de carácter general dirigido a tutelar la salud pública mediante adecuadas formas de asistencia

⁷³ Para un tratamiento analítico de la responsabilidad civil en Italia en los años setenta del siglo XX, véase GIOVANNI MARINI, “*Gli anni settanta della responsabilità civile. Uno studio sulla relazione pubblico/privato (parte I-II)*”, en *Rivista critica di diritto privato*, vo. 26, fasc. 1 y 2, Nápoles, Jovene Editore, 2008, págs. 23-65, 229-261.

sanitaria pública”, sino la función de proclamar solemnemente que la salud, como modo de ser de la persona humana, tiene el contenido y goza de la protección del derecho subjetivo, como un derecho absoluto.

Respecto a la distinción, formulada por la doctrina italiana, entre el daño biológico y el daño a la salud, para el más renombrado pensamiento jurídico pisano⁷⁴, el jurista no puede eximirse de una primera constatación: el daño biológico no es un concepto jurídico, sino un concepto que el jurista recibió de la medicina legal. En cambio, el daño a la salud es un concepto elaborado en el ámbito jurídico y también en el plano normativo.

Para BUSNELLI⁷⁵, el jurista ni está en capacidad de aportar una contribución propia a la profundización del concepto de daño biológico. En efecto, resalta el maestro pisano, que los estudiosos prefieren utilizar las expresiones daño “biológico” (entre comillas) o el denominado daño biológico. El jurista utiliza dicciones según las cuales, en cuanto “biológico”, el daño debería concernir principalmente a los aspectos anatómicos y fisiológicos de cualquier ser viviente, utilizando la definición médico-legal de daño biológico como “perjuicio somato-psíquico” del individuo.

En tanto, el daño a la salud, como perjuicio derivado de la lesión del derecho a la salud, tiene directa referencia en la norma constitucional que “tutela la salud como derecho fundamental del individuo” (según lo establece el art. 32 de la Constitución italiana) y su natural vinculación con la legislación civil dirigida a facilitar la actuación de esta norma, comenzando con la citada ley institutiva del servicio sanitario nacional. Por ende, el referido concepto no puede dejar de reflejar las profundizaciones dedicadas por la ciencia jurídica al principio establecido por el artículo 32 de la Constitución.

El estudioso de esta materia debe, a juicio de BUSNELLI⁷⁶, distinguir conceptualmente entre las dos figuras de daño a la persona, a menudo inoportunamente confundidas entre ellos: el *daño biológico*, que se identifica con el perjuicio somato-psíquico, y que se presta a una valoración, por decirlo de alguna manera, estandarizada y conducida en los contornos parametrales en que la equidad tiende a coincidir con el automatismo. En tanto, el *daño a la salud*, que tiene por objeto la lesión de salud (com-

⁷⁴ BUSNELLI, “*Danno biologico e danno alla salute: “modelli giurisprudenziali” a confronto*”, en *Il danno biologico. Dal “diritto vivente” al “diritto vigente”*, pág. 104.

⁷⁵ BUSNELLI, “*Danno biologico e danno alla salute: “modelli giurisprudenziali” a confronto*”, en *Il danno biologico. Dal “diritto vivente” al “diritto vigente”*, pág. 105.

⁷⁶ BUSNELLI, “*Danno biologico e danno alla salute: “modelli giurisprudenziali” a confronto*”, en *Il danno biologico. Dal “diritto vivente” al “diritto vigente”*, pág. 108.

prendido en su más amplio significado constitucional) y que debe ser valorado caso por caso mediante criterios en que la equidad demanda un atento examen entre exigencias de uniformidad en la valoración del evento lesivo y exigencias de concreción en la valoración de sus consecuencias perjudiciales en el equilibrio psicofísico de la víctima.

Una singular paradoja, más aparente que real⁷⁷, se presentó en la sentencia de la Corte Constitucional número 184 de 1986⁷⁸. En esta decisión se apreciaba claramente la distinción entre el daño biológico (comprendido como “evento-perjuicio de la integridad físico-psíquico) y el daño a la salud (entendido como “daño jurídicamente valorado”), insistiendo en la “dimensión naturalista” del primero, cuya reparación, por sí, “constituye un primer, esencial, prioritario resarcimiento”, pero, posteriormente, perfilándose “el temor de una excesiva uniformidad de determinación y liquidación del daño biológico”, recordando que “la reciente jurisprudencia de mérito que asume el citado criterio liquidatorio debe responder, de un lado, a una uniformidad pecuniaria de base (el mismo tipo de lesión no puede ser valorado de manera diversa de sujeto a sujeto; y, en efecto, la lesión en sí y por sí considerada, que es resaltada...) y, por otro lado, por la elasticidad y la flexibilidad, para adecuar la liquidación del caso en particular a la efectiva incidencia de la comprobación del perjuicio sobre las actividades de la vida cotidiana”.

La jurisprudencia citada por la sentencia de la Corte Constitucional es la del “modelo pisano”, lo que confirma una elección paradójicamente más nítida, cuanto más evanescente y opinable se evidencia el ambicioso esfuerzo dogmático de basarse en “una relectura constitucional de todo el sistema codicístico del ilícito civil”, que encuentra origen en la “combinación dispuesta de los artículos 32 de la Constitución y 2043 del Código Civil”.

D) *Los aportes de la Escuela turinesa*

La Escuela jurídica turinesa es conocida internacionalmente por sus aportes al desarrollo del derecho comparado⁷⁹. La obra jurídica del profe-

⁷⁷ BUSNELLI, “*Danno biologico e danno alla salute: “modelli giurisprudenziali” a confronto*”, en *Il danno biologico. Dal “diritto vivente” al “diritto vigente”*, pág. 110.

⁷⁸ ANTONINO PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, “*Le trasfigurazioni del sistema di responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*”, en *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, al cuidado de Mauro Bussani, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, págs. 86 y ss.

⁷⁹ RODOLFO SACCO, el adalid de la Escuela turinesa, ha recordado recientemente que en el 2003 el Comité internacional de derecho comparado (órgano directivo de la

sor RODOLFO SACCO y sus discípulos PIER GIUSEPPE MONATERI, GIANMARIA AJANI, MICHELE GRAZIADEI, PAOLO GALLO, RAFFAELE CATERINA, y otros grandes juristas que si bien actualmente no enseñan en la universidad turinesa o que lamentablemente ya no están físicamente con nosotros, han sido formados por el mismo maestro SACCO, como ANTONIO GAMBARO, ATTILIO GUARNERI, PAOLO CENDON, MARCO GUADAGNI y FRANCESCO CASTRO, han renovado los estudios comparatistas⁸⁰, enriqueciendo la moderna ciencia jurídica, especialmente todo el conjunto del derecho privado⁸¹.

En el campo de la responsabilidad civil, especialmente en materia del daño a la persona, dentro de la Escuela turinesa, destacan magistralmente los aportes del Prof. PIER GIUSEPPE MONATERI. En efecto, desde 1984 con su notable libro *Il quantum nel danno alla persona*⁸², el célebre comparatista y civilista piemontés ha estudiado y realizado diversos aportes en materia de derecho de daños. Esta obra se constituyó en una de las primeras búsquedas en la doctrina de criterios para la reparación de los daños a la persona.

Para el Prof. MONATERI, el estudio del daño a la persona exige hacer referencia a cuatro tipologías del daño, no importando si estos son asumidos como reparables: a) el daño a la salud psicofísica con reflejos pecuniarios: en tanto lesiones a la persona, que se traducen en una serie de desembolsos pecuniarios, o que tienen, de alguna forma, repercusiones en el rédito futuro de la víctima del daño; b) los daños a la salud psicofísica, independientes de reflejos pecuniarios: constituidos por lesiones a la persona que se traducen en una serie de lesiones psicofísicas individuales y, por ende, en una serie de minusvalías objetivas para el sujeto lesionado,

Asociación internacional de las ciencias jurídicas) ha declarado que "Torino es la capital mundial del derecho comparado". RODOLFO SACCO, "Comparatisti italiani, al lavoro!", en *Rivista giuridica dell'Istituto Subalpino per l'analisi e l'insegnamento del diritto delle attività transnazionali* (ISAIDAT), n. 01, año I, Torino, 2010, pág. 1.

⁸⁰ Para una síntesis integral del aporte comparatista italiano, preciosas son las páginas escritas por PIER GIUSEPPE MONATERI en "Critique et différence: le droit comparé en Italie", en *Revue internationale de droit comparé*, vol. 51, núm. 4, Paris, *Société de Législation Comparée*, octubre-diciembre de 1999, págs. 989 y ss.

⁸¹ Lo ha resaltado la gran comparatista francesa y estudiosa del derecho internacional privado, HORATIA MUIR-WATT en su "La fonction subversive du droit comparé", en *Revue internationale de droit comparé*, vol. 52, núm. 3, Paris, *Société de Législation Comparée*, julio-septiembre del 2000, págs. 505 y ss.

⁸² PIER GIUSEPPE MONATERI y AUGUSTO BELLERO, *Il quantum nel danno alla persona*, Milano, Giuffrè Editore, 1984. La segunda edición es de 1989.

en sí mismas consideradas, sin hacer referencia a sus reflejos negativos en el patrimonio o en el rédito de dicho sujeto; c) daños por sufrimientos (considerados independientemente de las lesiones en sí mismas a la salud psicofísica) con reflejos pecuniarios: aflicciones, dolores, perturbaciones que se traducen en ganancias frustradas y que, de alguna forma, tienen influencia negativa en el rédito monetario del damnificado; d) daños por sufrimientos independientes de reflejos pecuniarios: aflicciones, padecimientos de ánimo, dolores considerados en cuanto tales, que no se traducen en consecuencias monetarias negativas⁸³.

Es importante también la contribución de la Escuela turinesa, en particular los trabajos del Prof. MONATERI, en el sostenimiento del daño existencial. En efecto, los trabajos de MONATERI y su Escuela se caracterizan por una aproximación al daño existencial que no postula el carácter de macro-categoría de esta voz de daño necesariamente comprensiva también del daño biológico, al cual consideran que se pone al lado del perjuicio existencial, englobando cualquier daño de género no-económico, comprendidas eventuales repercusiones en orden psíquico, confinadas más allá de consecuencias por enfermedad. De este modo, los piemonteses diseñaron un cuadro normativo funcional a la reacción de toda agresión injusta y anunciaron un cambio en negativo de los valores del individuo, productor de determinado daño. El daño existencial o “daño no patrimonial civilístico”⁸⁴ se desvincula, para los turineses, de las limitaciones tradicionales del artículo 2059 del Código Civil italiano, y se distingue también del “daño moral por delito” (producto de la conjugación del art. 2059 del Código Civil y del 185 del Código Penal italiano). A diferencia de la Escuela triestina, que veremos en breve, los juristas turineses conciben el daño existencial como un perjuicio en la esfera del “hacer” y del “sentir” del individuo, en tanto “suma de repercusiones relacionales de signo negativo”, vinculada a la lesión injusta de un interés de la víctima, mientras que el daño moral por delito en tanto “suma de repercusiones relacionales de signo negativo”⁸⁵, vinculada a la lesión injusta de un in-

⁸³ MONATERI, “*La responsabilità civile*”, en *Trattato di diritto civile*, dirigido por Rodolfo Sacco, Torino, Utet, 1998, págs. 475 y ss.

⁸⁴ También se debe a la Escuela turinesa la concepción del daño existencial comprendido como efectivo empeoramiento comprobable de las propias condiciones de existencia. Véase, al respecto, MONATERI, “*«Alla soglie»: la prima vittoria in cassazione del danno esistenziale*”, en *Danno e responsabilità*, núms. 8-9, Milano, Ipsoa, 000, pág. 837.

⁸⁵ MONATERI, “*Verso una teoria del danno esistenziale*”, en *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, al cuidado de Paolo Cendon y Patrizia Ziviz, Milano, Giuffrè Editore, 2000, pág. 720.

terés de la víctima, se relaciona, más bien, al tipo de conducta desarrolla por el productor del daño (pasible de reconducirse a la concepción de sanción penal/pena privada). Los turineses no resaltan la relevancia de la cuestión terminológica, porque, más allá del *nomen* atribuido a la categoría descriptiva de la obligación resarcitoria no patrimonial, estos consideran esencial solamente la activación de un sistema funcional a reactivar el hecho ilícito, reconociendo una reparación *tout court* de los daños sufridos por el sujeto lesionado (incluso no negando que, por motivos solo de "orden lexical", pudiese resultar oportuno colocar los diversos perjuicios de daño en una categoría unitaria, la del daño existencial). En efecto, para la Escuela turinesa, el daño existencial se introduce en un particular recorrido evolutivo *in fieri*, cuyo tratamiento se encuentra en el sistema reparatorio de un esquema normativo bipolar (arts. 2043-2059 del Código Civil) hacia un modelo mono-normativo al estilo francés, en que todos los perjuicios no patrimoniales podrían resultar reparables dentro del formante de la injusticia. Consecuentemente, el daño existencial es concebido bajo dos diversas perspectivas: de un lado, la de la inmediata aplicación práctica, en la cual se atiende a los límites del sistema reparatorio en que se presentan. Este no desarrollaba solo una función puramente descriptiva, sino absolvía una necesidad del ilícito civil, poniéndose al lado, en una lógica diáfana, de la categoría del daño biológico y del daño moral e interactuando con los mismos, sobre todo en las hipótesis de cuantificación del daño, en un sistema de vasos comunicantes; por otro lado, la perspectiva futura, en que no se excluía que este supuesto de hecho de daño (sino también el daño biológico y el mismo daño moral) pudiese transformarse en una figura de daño necesaria en el sistema del ilícito civil, como categoría descriptiva de algunas particulares tipologías de perjuicio no económico, en cuanto tal útil y oportuna en una lógica clara y funcional, óptima de valorizar todos los perjuicios sufridos por la víctima (en el ámbito de una liquidación analítica de estos).

E) *La contribución de la Escuela de Bolonia*

Los aportes de la Escuela jurídica de la Universidad más antigua del mundo, el *Alma Mater Studiorum-Università di Bologna*, al desarrollo del daño a la persona son muy notables y se concentran, especialmente, en los trabajos del recordado maestro FRANCESCO GALGANO y de su discípulo, el prof. MASSIMO FRANZONI.

FRANCESCO GALGANO, considerado internacionalmente uno de los más importantes juristas italianos de todos los tiempos⁸⁶, que con sus contribuciones en el derecho comercial y civil, han renovado ambas disciplinas jurídicas y no solo en Italia, con su ensayo *Le mobili frontiere del danno ingiusto*⁸⁷ destaca que el daño biológico es reparable, en tanto daño injusto, independientemente de su calificación como daño patrimonial o como daño no patrimonial. Para el maestro de Bolonia, el daño biológico es considerado la lesión de la integridad psicofísica de la persona, como bien protegido en sí y por sí (según dispone el art. 32 de la Constitución) e independientemente de la capacidad de la persona de producir riqueza. Por ello, a quien haya sufrido una invalidez, temporal o permanente, le es reconocido la reparación del daño biológico, liquidado con criterio equitativo y, según la práctica de los tribunales, en medida al triple de la pensión social⁸⁸.

Su discípulo, el Prof. MASSIMO FRANZONI, a partir de sus estudios jurídicos, publicados muchos de ellos en la prestigiosa revista *Contratto e impresa*⁸⁹, dirigida precisamente por GALGANO, que se remontan a la década de los ochenta del siglo pasado, ha considerado que el advenimiento del daño a la persona, en sus modalidades de daño biológico y daño a la salud, contrariamente a mercantilizar a la persona, se demuestran como el modo más adecuado a la necesidad de la valoración de la persona humana. En cuanto al daño a la salud, en opinión del Maestro FRANZONI, este representa la forma más evolucionada de comprensión de las lesiones que atentan contra la persona en todas sus manifestaciones no vinculadas a la capacidad de producir rédito⁹⁰.

⁸⁶ “A FRANCESCO GALGANO se deben las páginas más hermosas que registre la literatura jurídica de los últimos tiempos”, como indica el jurista argentino HORACIO ROITMAN en *Francesco Galgano. Su obra jurídica*, La Ley, año LXIX, núm. 185, Buenos Aires, 22 de setiembre de 2005, pág. 01.

⁸⁷ FRANCESCO GALGANO, “*Le mobili frontiere del danno ingiusto*”, en *Contratto e impresa*, núm. 01, año I, Padova, Cedam, 1985, pág. 01.

⁸⁸ GALGANO, *Istituzioni di diritto privato*, 2ª ed., Padova, Cedam, 2002, pág. 337.

⁸⁹ MASSIMO FRANZONI, “*Danno morale*”, en *Contratto e impresa*, núm. 01, año VI, Padova, Cedam, 1990, págs. 307 y ss; del mismo maestro boloñés, “*Il nuovo corso del danno non patrimoniale*”, en *Contratto e impresa*, núm. 03, año XVIII, Padova, Cedam, 2003, págs. 1193 y ss.

⁹⁰ FRANZONI, “*Danno biologico e danno alla salute negli studi recenti*”, en *Contratto e impresa*, núm. 03, año III, Padova, Cedam, 1988, pág. 882.

Para la Escuela boloñesa, el daño a la persona es quizá uno de los que más ha llamado mayor atención entre los juristas italianos⁹¹. La función de la doctrina, indica FRANZONI⁹², es precisamente la de observar, organizar y seleccionar el material de datos y de ideas que surge de la casuística judicial, pues, como es conocido, el nacimiento del daño biológico o daño a la salud ha nacido por obra de la jurisprudencia.

Asimismo, los desarrollos del daño a la persona pueden considerarse, señala nuevamente la Escuela de Bolonia, como una victoria de la doctrina, la cual desde hace mucho había señalado lo inadecuado del tradicional método por medio de tablas y había sugerido fundar los criterios para la liquidación del daño a la persona en el concepto de “validez”, en vez de la capacidad laboral y de producción de rédito. Después de las sentencias genovesas, que presentaron el problema de la reparación del daño biológico, se ha establecido un diálogo constructivo entre doctrina y jurisprudencia, que ha conducido a la definitiva afirmación de esta categoría de daño.

En esta compleja perspectiva, de la cual ha nacido esta especie de daño, la Corte Constitucional italiana desarrolló una importante, e insólita, función que ha consistido en la atribución confirmada, siguiendo el camino trazado por algunas sentencias de las cortes de mérito peninsulares. Ciertamente, en la fase inicial de la creación del daño biológico, existía una gran incertidumbre sobre el contenido, sobre los límites y sobre todo en la admisibilidad de esta especie de daño. Antes de proceder en la elaboración de la noción de daño a salud, faltando el mínimo soporte normativo, las cortes de mérito han considerado la necesidad de tener un respaldo en su actuación.

Como lo reitera FRANZONI⁹³, el haber otorgado ingreso a la tutela de la figura del derecho a la integridad psicofísica, demuestra a las claras que el artículo 2043 del Código Civil italiano se prestaba a una utilización amplia o dúctil respecto a las cambiantes exigencias de la sociedad post-industrial⁹⁴. En otros términos, los que aún resisten negar la injusticia prescrita por el artículo 2043 del Código Civil, como cláusula general,

⁹¹ FRANZONI, “Los derechos de la personalidad, el daño existencial y la función de la responsabilidad civil”, en *La persona*, Biblioteca “Observatorio de derecho civil”, vol. IV, Lima, Motivensa Editora Jurídica, 2010, págs. 122 y ss.

⁹² FRANZONI, *Danno biologico e danno alla salute negli studi recenti*, cit., pág. 883.

⁹³ FRANZONI, *Danno biologico e danno alla salute negli studi recenti*, cit., pág. 884.

⁹⁴ *Idem, ibidem.*

encuentran una posterior contrariedad por obra de los hechos. Ciertamente, según notables desarrollos de la jurisprudencia, el objeto de la tutela, que se expresa brindando ingreso al daño biológico, es el derecho a la salud directamente protegido por la Constitución italiana.

FRANZONI⁹⁵, que comparte la posición defendida por FRANCESCO DONATO BUSNELLI, citado líneas arriba, considera al derecho a la salud como la fuente de legitimación del daño biológico y, por ende, el terreno en el cual debe concentrar su atención el jurista no es la noción de daño biológico, producto de la medicina legal, sino la del daño a la salud, que encuentra en la Constitución su fuente de tutela. Resalta, por ende, el maestro italiano la necesidad de acoger la definición del término “salud” proporcionada por la Organización Mundial de la Salud, en una perspectiva más amplia de bienestar integral del individuo, en sus ámbitos psíquico, físico y moral. De este modo, el daño a la salud ha servido para ampliar el área del daño a la persona, reorganizar su método de liquidación y con la precisa tarea de reducir la duplicación de las voces de daños reparables. Afirma la Escuela de Bolonia que el daño a la salud representa una ampliación del área del daño reparable y la ampliación del catálogo de los intereses objeto de la tutela, debido a que valoriza la utilidad no vinculada a la producción de riqueza por la víctima del daño y coadyuva a rediseñar el mapa para calcular y liquidar el perjuicio, ya que tiende a eliminar, por absorción, algunos tipos no bien definidos y definibles de daño como el daño a la vida de relación, el daño estético, el daño a la capacidad laboral genérica, el daño a la esfera sexual, etc⁹⁶. Subraya FRANZONI⁹⁷, que en sus orígenes el daño biológico nació para corregir y eliminar las disparidades de tratamiento creadas por el sistema tradicional de la liquidación del daño a la persona dirigida por los automatismos de las tablas vinculadas a la producción del rédito, a la edad, al sexo, a la capacidad laboral, etc. Precisamente, por obra de la jurisprudencia de legitimidad, se afirmó que el daño biológico, en cuanto lesivo del derecho a la salud, debe ser reparado incluso cuando no incida en la capacidad de producir riqueza.

F) *La aparición del “daño existencial” como contribución de la Escuela triestina*

Después de la creación del daño biológico y los desarrollos del daño a la salud, el sistema de reparación de los daños a la persona sufrió una

⁹⁵ FRANZONI, *Il danno alla persona*, Milano, Giuffrè Editore, 1995, pág. 226.

⁹⁶ FRANZONI, *Il danno alla persona*, cit., pág. 227.

⁹⁷ FRANZONI, *Danno biologico e danno alla salute negli studi recenti*, cit., pág. 885.

profunda evolución; mediante el acogimiento de estas categorías de daño, la perspectiva patrimonialista que se encontraba en la base del modelo tradicional de responsabilidad civil, se fue dejando de lado.

Esta transformación representa solo el primer paso hacia un más amplio proceso de evolución de la institución, según lo dispuesto por el artículo 2043 del Código Civil italiano y el actual panorama que muestra la jurisprudencia, en un constante instrumento de supuestos de hecho, de inéditas situaciones de daño, respecto a lesiones susceptibles de perjudicar la esfera ordinaria de la víctima⁹⁸. Por ello, se propugnó la idea que la responsabilidad civil debía superar los modelos del pasado, en cuya nueva visión encuentran lugar las dimensiones perjudiciales ya casi olvidadas, es decir (y no solamente en el aspecto biológico, sino también respecto a las prerrogativas diversas de la salud o de la integridad psicofísica) la esfera “existencial” del hombre. “El hacer no productor de riqueza” no es lo mismo que antes, aunque pueden utilizarse otras locuciones recurrentes: las actividades realizadoras de la persona humana, la perturbación de la agenda cotidiana, una diversa relación con el tiempo y el espacio, la renuncia forzada a situaciones felices. En síntesis, el empeoramiento de la calidad de la vida de la persona⁹⁹. Es este el panorama en donde se formula el denominado “daño existencial”.

En efecto, el daño existencial, como nueva subespecie de daño a la persona, es un perjuicio que afecta la plena esfera del “valor hombre” comprendido en su complejidad, que nace y se desarrolla a partir de los años noventa del siglo XX, producto de la Escuela jurídica que tiene su centro en Trieste, cuyo adalid es el Prof. PAOLO CENDON.

No obstante, un sector de la doctrina italiana sostiene¹⁰⁰ que la categoría del daño existencial no es nueva como adjetivo, que ha sido frecuente en el léxico de la doctrina y de la jurisprudencia de épocas anteriores; la novedad se encuentra, antes bien, en el hecho de presentarse como categoría autónoma, ya sea respecto al daño biológico, como respecto del daño moral.

⁹⁸ PATRIZIA ZIVIZ, “L’evoluzione del sistema di risarcimento del danno”, en *Rivista critica del diritto privato*, año XVII, núms. 01-02, Nápoles, Jovene Editore, junio de 1999, pág. 88.

⁹⁹ PAOLO CENDON, “L’itinerario del danno esistenziale”, en *Giurisprudenza Italiana*, núm. 4, Torino, Utet, abril de 2009, págs. 1047 y ss.

¹⁰⁰ DANIELA VITTORIA, “Un «regolamento di confini» per il danno esistenziale”, en *Contratto e impresa*, núm. 03, año XVIII, Padova, Cedam, 2003, pág. 1217.

PAOLO CENDON nos recuerda que la idea del daño existencial se propugnó en algunas reseñas de jurisprudencia, publicadas en la *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, en los primeros años de la década del noventa por el mismo CENDON, y por LUIGI GAUDINO y PATRIZIA ZIVIZ. En efecto, la categoría en referencia afloró progresivamente en diversas reseñas. Estas evidenciaban, cada vez más a menudo, nuevas tipologías de perjuicios: a) que no tenían relación con el hacer o con un atentado a la salud; b) que se presentaban, en cuanto a sus repercusiones, como situaciones que no eran encasillables en el área patrimonial como en el daño moral¹⁰¹.

No obstante, la historia oficial del daño existencial se remota a 1994, cuando PATRIZIA ZIVIZ publicó un notable trabajo, reconocido como el punto de partida del debate sobre la categoría¹⁰².

En su ensayo, la profesora ZIVIZ nos relata un interesante caso. En 1974 una mujer se dirigió a un hospital para someterse una cistoscopia. El examen médico fue practicado de manera negligente y devino en una serie de consecuencias negativas para la víctima. A tal punto, que fue necesario la extirpación del útero de la paciente.

Consecuentemente, la perjudicada exigió judicialmente al facultativo la reparación que, evidentemente, le correspondía, al resultar menoscabada su integridad física. No obstante, no solo presentó la demanda la víctima, sino también el esposo de esta, alegando que el hecho dañoso también le había ocasionado daños, que se manifestaban en la imposibilidad de mantener relaciones sexuales normales con su esposa, a partir de la lamentable situación.

Al concluir el proceso, el derecho del esposo a la reparación fue reconocido por la Corte de Casación italiana¹⁰³. En el fallo se declara que “el comportamiento doloso o culposo del tercero que ocasiona a una persona casada una imposibilidad para tener relaciones sexuales es inmediata y

¹⁰¹ CENDON, “*Non di sola salute vive l'uomo*”, en *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, al cuidado de Paolo Cendon y Patrizia Ziviz, Milano, Giuffrè Editore, 2000, pág. 08.

¹⁰² ZIVIZ, “*Alla scoperta del danno esistenziale*”, en *Contratto e Impresa*, año X, núm. 2, , Padova, Cedam1994, págs. 845 y ss; también en los *Scritti in onore di Rodolfo Sacco: La comparazione giuridica alle soglie del 3° millenio*, al cuidado de Paolo Cendon, vol. II, Milano, Giuffrè Editore, 1994, pág. 1300.

¹⁰³ Corte de Casación italiana, sent. de 11 noviembre 1986, en *Il Foro Italiano*, vol. CX, I, Roma, 1987, págs. 833 y ss, con nota de ANNA MARIA PRINCIGALLI.

directamente lesivo (pues suprime) el derecho del otro cónyuge a estas relaciones; un derecho-deber recíproco, inherente a la persona, que forma parte de la relación conyugal, junto con otros de su misma especie. La supresión de dicho derecho, al menoscabar la persona del cónyuge en su desenvolvimiento en la familia es de por sí resarcible, como un modo de reparación de la lesión de dicho derecho de la persona”.

No obstante, los magistrados no estuvieron seguros de la definición de qué daño se trataba. Afirmaron que no tenía carácter patrimonial pero tampoco no patrimonial, pero que era reparable, de todas formas, según lo prescrito por el artículo 2043 del Código Civil peninsular, que establece que todo hecho doloso o culposo que ocasiona a otro un daño injusto obliga a quien lo ha cometido a resarcir el daño.

Para ZIVIZ, en la situación referida, se manifestaba en los “reflejos peyorativos” que el esposo padeció en un aspecto significativo de su esfera “existencial”¹⁰⁴, importante para conservar su equilibrio personal. Eran reflejos que tenían, asimismo, directa vinculación con el actuar médico, por lo que no era admisible replicar que el esposo podía relacionarse sexualmente con cualquier mujer, pues en fuerza del deber de fidelidad conyugal, establecido normativamente, un hombre casado puede considerarse obligado a desenvolver su vida amorosa exclusivamente con su esposa. Desde el momento en que esta sufrió el impedimento fisiológico para la actividad referida, la posibilidad de ejercicio lícito de la esfera sexual por parte del cónyuge estaba condenada a deteriorarse.

La profesora ZIVIZ refiere en su ensayo otros casos de indemnizaciones reconocidas por las cortes italianas en situaciones como las del daño derivado de la contaminación ambiental, del accidente de tránsito sufrido por un familiar, los daños ocasionados a una trabajadora que debió abandonar su puesto laboral como consecuencia de demandar a su empleador por acoso sexual, casos que llevaron a ZIVIZ a manifestar una tendencia de los jueces italianos en considerar reparables conductas perjudiciales comprometedoras de un conjunto de manifestaciones vinculadas con el actuar “no productor de riqueza” de las víctimas, es decir, con el desenvolvimiento “existencial” de las víctimas¹⁰⁵.

Asimismo, sostuvo la jurista triestina que mediante la reparación de todo menoscabo concerniente a las “actividades realizadoras de la persona”,

¹⁰⁴ ZIVIZ, *Alla scoperta del danno esistenziale*, cit., pág. 846.

¹⁰⁵ ZIVIZ, *Alla scoperta del danno esistenziale*, cit., pág. 862.

se ha podido tutelar las modificaciones peyorativas de la dimensión existencial ocasionadas por una lesión a la salud, arribándose a estructurar de forma definitiva los aspectos no patrimoniales de un perjuicio, que son diversos del dolor¹⁰⁶.

Los trabajos del Prof. PAOLO CENDON sobre la nueva voz de daño a la persona ha fortalecido la posición de ZIVIZ, quien ha desarrollado una diferenciación entre el daño existencial y las figuras tradicionales de perjuicio.

En efecto, para CENDON el daño existencial tendría las siguientes características¹⁰⁷: a) una identidad que no es posible confundir con el modelo tradicional del daño patrimonial: el daño existencial no comporta la destrucción de bienes económicos, ni genera gastos y tampoco existen cuentas bancarias que disminuyan, ni ganancias futuras que se vean afectadas; se presenta, más bien, como una “coloquialidad” diversa de la víctima con sus semejantes y con las cosas, un “contacto menos provechoso”; b) una fisonomía diversa de los paradigmas clásicos del daño moral: en el daño existencial no concurren ni la melancolía, ni las lamentaciones nocturnas, ni las “almohadas bañadas en lágrimas”, sino la alteración de una secuencia de dinamisismos: un nuevo hacer o deber hacer, o un dejar de hacer; una forma distinta de relacionarse con el mundo externo: en la ciudad, en el barrio, el edificio, los medios de transporte, los servicios, los espacios para pasar el tiempo libre, etc.; c) una capacidad de proyección de 360 grados, en el ámbito morfológico de las fuentes de daño, que lo coloca en condición de abarcar la totalidad del campo de las lesiones a la salud, las diversas hipótesis extra somáticas, y todas las demás que la experiencia jurisprudencial italiana documenta, así como los casos ulteriores que el derecho comparado nos enseña. Por ende, el universo completo de la antijuridicidad (de las posiciones protegidas por el derecho privado) tiende, de este modo, a constituir el área de referencia del daño existencial; d) en el ámbito de la relación entre daño y consecuencia, el nuevo tipo de perjuicio se distingue por nombrar un atentado contra toda modalidad “realizadora” de la persona, con excepción de los entretenimientos de carácter ilícito o inmoral, pero sin ninguna exclusión de principio. De estos modos estarían comprendidas: las ocupaciones

¹⁰⁶ ZIVIZ, “*Il danno non patrimoniale*”, en *Il diritto civile nella giurisprudenza*, al cuidado de PAOLO CENDON, *La responsabilità civile*, vol. VII, Torino, Utet, 1998, pág. 376.

¹⁰⁷ CENDON, “*Non di sola salute vive l'uomo*”, en *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, cit., págs. 10 y 11.

(las generadoras de rédito inclusivo), consideradas según la medida en la que un comprometimiento de las mismas fuera tal de implicar, adicionalmente, alteraciones existenciales negativas para el damnificado; las actividades extraeconómicas en sentido estricto (sin importar cuán nobles, frívolas o inocentes): peregrinajes, *jogging*, visitas a museos, periodismo no profesional, sesiones de gimnasia, voluntariado, torneros de *bridge*, participación en la banda de música de la municipalidad, *nouvelle cuisine*, viajes en avión, jardinería, reuniones patrióticas, recolección de hongos en el bosque, juegos de bochas, ventas de segunda mano, internet, ejercicios espirituales, discotecas, coleccionismo, pequeñas invenciones, herboristería, *shopping*, asistencia a universidades para la tercera edad, concursos de belleza, espeleología, visitas a los parientes, *bricolage*, coros religiosos, vídeo-aficiones, *body-building*, compañías de teatro para aficionados, preparación casera de mermeladas, competencias de baile, actividad política vecinal, TV interactiva, observación de aves (*bird-watching*), etc.; e) en el ordenamiento jurídico italiano, el régimen legal del daño existencial no tendría que ser confiado a la norma general sobre los daños no patrimoniales (el art. 2059 del Código Civil establece que el daño no patrimonial debe ser resarcido solo en los casos establecidos por la ley, según la cláusula general de responsabilidad civil del art. 2043 del Código Civil y las normas vinculadas en la materia); f) finalmente, como corolario de lo expuesto, el daño existencial plantearía una acumulabilidad en el plano contable-procesal, dada su distancia del daño patrimonial y del daño moral puro. De tal modo, que las víctimas de estas situaciones perjudiciales podrían, en el momento de presentar su demanda, hacer una "cuenta final a tres voces"¹⁰⁸.

Para la profesora ZIVIZ, a diferencia del daño patrimonial, el daño existencial comporta repercusiones que no originan reflejos negativos en el patrimonio (comprendido en el sentido clásico del término), por otro lado, y a diferencia del daño moral, estas repercusiones se manifiestan en el plano concreto, y son susceptibles, por ende, de precisas comprobaciones (lo que no ocurre con los sufrimientos o dolores de carácter espiritual). Lo importante de esta nueva categoría sería la modificación negativa de las modalidades, mediante la cual el individuo desenvuelve su propia personalidad¹⁰⁹.

¹⁰⁸ CENDON, "Non di sola salute vive l'uomo", en *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, cit., págs. 10 y 11.

¹⁰⁹ ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale*, cit., pág. 377.

La jurista triestina propone un renovado esquema; a las figuras tradicionales del daño patrimonial y moral se suma el daño existencial. Por ende, ya que esta última voz de daño se proyecta hacia el área no patrimonial, termina por representar el punto de sutura entre las dos visiones que dominaban, en el pasado, la materia del daño no patrimonial: tanto aquella que tiende a contemplar esta última categoría como un conjunto residual, cuanto aquella inclinada, en cambio, a identificarla con el malestar anímico¹¹⁰.

Desde esta perspectiva, el daño existencial es equiparado al daño patrimonial y al daño moral, con el propósito de complementarlos y clarificarlos.

Entonces, el daño existencial vendría a ser considerado un daño “no patrimonial” (aunque dejamos sentado que no estamos de acuerdo con esta denominación, por cuanto concentra la figura del daño en las cosas —el patrimonio— en vez de la persona humana, como destinatario del Derecho), que se sustrae, sin embargo, al sistema restrictivo de la reparación prevista por el artículo 2059 del Código Civil italiano.

Este perjuicio impide a la víctima el pleno desarrollo de su personalidad, objetivo prioritario en la tutela constitucional del individuo¹¹¹, por lo que sujetar esta voz de perjuicio a las restricciones previstas por el artículo 2059 del Código Civil pondría en evidencia el contraste de la norma con la Constitución, y no solo en el perfil del artículo 2 de la Carta magna italiana, sino también en el perfil del artículo 3, *ibidem*.

La norma de referencia para la tutela del daño existencial es, por ende, la previsión general del artículo 2043 del Código Civil. En efecto, para que una posición subjetiva sea asistida por una garantía constitucional, debe tener “el mismo razonamiento que vale para el daño a la salud según lo establecido por el artículo 32 de la Constitución, es decir en estos casos el daño no patrimonial debe ser reparado según el artículo 2043 del Código Civil, como especie del daño injusto¹¹².”

¹¹⁰ ZIVIZ, “Verso un altro paradigma risarcitorio”, en *Il danno esistenziale: Una nuova categoria della responsabilità civile*, al cuidado de PAOLO CENDON y PATRIZIA ZIVIZ, Milano, Giuffrè Editore, 2000, pág. 47.

¹¹¹ FRANCESCO BILOTTA, “Il danno esistenziale: l’isola che non c’era”, en *Danno e responsabilità*, núm. 4, Milano, Ipsosa, 2001, págs. 399 y ss.

¹¹² MONATERI, “Alla soglie”: *la prima vittoria in cassazione del danno esistenziale*, cit., pág. 838.

Respecto al daño biológico, el daño existencial constituye un *genus* que comprende dos bajos-sectores fundamentales: el del daño existencial-biológico (lugar en el cual comprende las hipótesis efectivas de agresión a la salud) y la del daño existencial no biológico (espacio para situaciones perjudiciales inherentes a bienes diversos de la integridad psicofísica)¹¹³.

Si bien presentando algunos elementos de contacto, el daño biológico y el daño existencial se presentan como figuras diversas¹¹⁴, y esta misma distinción se esgrime con relación al daño psíquico, ya que este es siempre una lesión de la salud, cuando también la integridad mental de la víctima está comprometida, como consecuencia del dolor sufrido como consecuencia de un determinado ilícito.

Si las afinidades subsisten entre el daño biológico y el daño existencial, con mayor razón estas se presentan entre el daño moral y el daño existencial. Sin embargo, en la persistente búsqueda de los más netos límites de la figura, se resalta que el daño moral es esencialmente un sentir, donde el daño existencial impone un no hacer, el uno concierne por su naturaleza al interior de la persona, en la esfera de la emotividad, el otro concierne fuera del interior de la persona, al tiempo y al espacio de la víctima.

De ello se deriva que el daño existencial es, por su misma configuración, un daño-consecuencia y no un daño evento.

En efecto, los rasgos diferenciales entre el daño biológico, daño moral y daño existencial implican, como corolario teórico y práctico, la acumulabilidad, en la esfera de una misma víctima, de las diversas voces de daño.

No subsisten, entonces, con el daño existencial el tradicional sistema bipolar (daño patrimonial-daño no patrimonial), y tampoco el tripolar (daño patrimonial, daño no patrimonial, daño biológico), sino un sistema cuatripolar: a las tres categorías mencionadas se agrega la del daño existencial.

¹¹³ ZIVIZ y BILOTTA, "*Danno esistenziale: forma e sostanza*", en *Responsabilità civile e previdenza*, año LXIX, fasc. 6, Milano, Giuffrè Editore, 2004, págs. 1309 y ss.

¹¹⁴ Una notable posición doctrinal ha sostenido, sobre el particular, que "el daño existencial no puede ser considerado voz agregada respecto a las otras voces de daño a la persona que en el tiempo la doctrina y la jurisprudencia han presentado. En efecto, el daño existencial es considerado como una categoría general capaz de comprenderlos todos, ya sea en el supuesto en que, a causa de la pérdida, se presente una lesión biológica, como en el caso en que exista una lesión no biológica": FRANCESCO BILOTTA, "*Il prisma del danno non patrimoniale*", en *Responsabilità civile e previdenza*, año LXX, fasc. 4 y 5, Milano, Giuffrè Editore, 2005, pág. 1113.

Respecto a las reglas operativas sobre el daño existencial, estas pueden presentarse de la siguiente manera general: respecto a la prueba del daño en cuestión, tratándose de un daño-consecuencia, debe considerarse prevalente el régimen de la presunción. En el hecho mismo de la lesión de un derecho de la persona, se encuentra en forma implícita normalmente el daño, es decir, en sustancia *res ipsa loquitur*¹¹⁵.

En efecto, esta última regla no podrá ser utilizada exclusivamente en relación a específicas o singulares consecuencias perjudiciales propugnadas por la víctima.

La cuantificación del daño existencial debe necesariamente confiarse al criterio equitativo, no siendo posible un cálculo matemático del valor destruido o deteriorado en la esfera de la víctima, como sucede en los daños de naturaleza patrimonial. Sin embargo, el juicio equitativo debe ser respetuoso de la función confiada a la reparación en cuestión, que no es satisfactiva, ni afflictiva, sino compensativa impropia. La suma liquidada por el juez puede, por ello, al mismo tiempo, ser presentada por la gravedad de la conducta lesiva (función afflictiva), y por el costo de las actividades que comprometen a la víctima.

Entonces, el juicio equitativo no puede excluir el necesario recurso a la casuística jurisprudencial de la misma materia o en otra afín.

Para algunos juristas que propugnan la reparación del daño existencial, este es “hijo” de la jurisprudencia constitucional, especialmente de la sentencia 184 de 1986. En efecto, si la tutela del daño biológico nació de la combinación del artículo 2043 del Código Civil con el artículo 32 de la Constitución, la tutela del daño existencial nace de la combinación del mismo artículo 2043 con otras previsiones constitucionales, que protegen derechos fundamentales de la persona.

En este punto, puede aducirse una diferencia entre el planteamiento del reconocimiento del daño existencial por la Escuela turinesa y la Escuela triestina.

Para los juristas de Turín, que con tanto ahínco se presentan como defensores de esta nueva modalidad de daño, la relevancia del daño existencial reside en el rango constitucional de las situaciones protegidas, especialmente seleccionadas y extrapoladas de la genérica previsión del artículo 2 de la Constitución, con especial referencia al derecho a la

¹¹⁵ ZIVIZ, “*La valutazione del danno esistenziale*”, en Trattato breve dei nuovi danni. Il risarcimento del danno esistenziale: aspetti civili, penali, medico legali, processuali, al cuidado de PAOLO CENDON, vol. III, Padova, Cedam, 2001, págs. 2785 y ss.

identidad personal, al derecho a la autodeterminación de la pareja, a la libertad religiosa y al derecho a las relaciones familiares. En orden a las situaciones subjetivas de segura protección constitucional sería irrazonable proporcionar a la víctima del daño una reparación limitada a los estrechos límites del artículo 2059 del Código Civil.

En cambio, la escuela triestina defiende una categoría más amplia del daño existencial, como comprometimiento de toda actividad no productora de riqueza de la persona, comprensiva también de simples malestares idóneos para impedir el pleno desarrollo de la persona humana. A esta figura se reconducen hipótesis tanto de responsabilidad extracontractual como contractual, como el daño por *mobbing* del trabajador (que veremos en páginas posteriores) o las vacaciones arruinadas.

En el derecho italiano, no han faltado voces que son contrarias a su reconocimiento. De acuerdo con este sector de la doctrina, las críticas al daño existencial se pueden dividir entre estructurales y funcionales. Las primeras conciernen a la admisibilidad teórica y al fundamento normativo de la categoría; las segundas, a su utilidad y posibilidades prácticas¹¹⁶.

Siguiendo este sector de la doctrina, las críticas que atacan la configuración del daño existencial, podrían resumirse en las siguientes: a) esta modalidad de daño adolecería de indeterminación excesiva¹¹⁷, puesto que con toda privación o renuncia a una actividad, se volvería reparable cualquier "capricho" de la víctima. La nueva noción expresaría no una exigencia objetiva del ordenamiento, sino una abstracta aspiración a la felicidad, cuya garantía no concerniría a la tradicional responsabilidad civil; b) en el sistema italiano, esta modalidad de daño, en cuanto se consideraría un perjuicio no patrimonial, no podría repararse sino en los casos a los que remite el artículo 2059 del Código Civil, es decir, cuando concurriera una hipótesis de delito penal. Si se puede afirmar la reparabilidad de este tipo de daño por fuera del esquema de esta norma ello significaría, por ende, soslayar su contenido. Se postula, asimismo, que el daño existencial consiste propiamente en una renuncia no deseada a llevar a cabo una actividad o acto que se realizaba con frecuencia. Este

¹¹⁶ MARCO ROSSETTI, "*L'inutilità del danno esistenziale*", en *Il risarcimento integrale senza il danno esistenziale*, al cuidado de GIULIO PONZANELLI, Padova, Cedam, 2007, págs. 77 y ss.

¹¹⁷ PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, "*Il danno ingiusto (dall'ermeneutica «bipolare» alla teoria generale e «monocentrica» della responsabilità civile). Parte I.- Ingiustizia, patrimonialità e risarcibilità del danno nel law in action*", en *Rivista Critica del Diritto Privato*, año XXI, n. 01, Nápoles, Jovene editore, marzo de 2003, pág. 35.

perjuicio existencial, por ende, no consiste en sufrir, ni en lagrimear, sino en un no hacer forzosamente inducido por el hecho ilícito de un tercero. Respecto a la postulación de un atentado contra el artículo 2059 del Código Civil, se replica que es necesario tomar conciencia sobre la crisis que atraviesa la dicotomía tradicional daño patrimonial-daño no patrimonial, tras la recepción del daño biológico. En efecto, también este constituye una hipótesis de daño no patrimonial, reparado más allá de los límites del artículo 2059. Por ende, no sería válida la posición que sobre dimensiona lo prescrito por el artículo 2059 para negar legitimidad a la noción de daño existencial. La validez del daño biológico demostraría que el supuesto obstáculo que representa esta norma no es insuperable, y c) finalmente, se presenta el problema de la previsibilidad del daño existencial¹¹⁸, a los fines de su imputación al autor del daño a título de culpa.

En Italia, una posición doctrinal considera esta modalidad de daño como la “fábula” de una felicidad pérdida¹¹⁹, que es admitida en el derecho constitucional de Estados Unidos, pero que no está reconocida por las normas italianas¹²⁰. Pero un ataque más sistemático lo ha presentado la Escuela pisana, que reconoce en FRANCESCO DONATO BUSNELLI a su máximo representante, junto a su discípulo, el profesor GIULIO PONZANELLI de la Universidad Católica del Sagrado Corazón de Milán y el discípulo

¹¹⁸ MARIA FEOLA y ANTONINO PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, “*Il danno ingiusto non patrimoniale*”, en *Rivista Critica del Diritto Privato*, año XXV, n. 03, Nápoles, Jovene Editore, septiembre de 2007, págs. 435 y ss.

¹¹⁹ FRANCESCO GAZZONI, “*Alla ricerca della felicità perduta (Psicofavola fantagiuridica sullo psicodanno esistenziale)*”, en *Rivista di diritto commerciale*, I, Padova, Piccin, 2000, págs. 675 y ss.

¹²⁰ Contra esta posición, se ha rebatido que: “entre las críticas al daño existencial, además, se ha presentado la que concierne a la indeterminación que presentaría esta figura; por ende, considerarlo el baluarte de la salvaguardia de una abstracta, en cuanto genérica, aspiración a la felicidad... En realidad, mediante la reparación del daño existencial no se trata de atribuir relieve resarcitorio a cualquier capricho de la víctima; la protección aquiliana es, en efecto, activada frente a las consecuencias dañosas de carácter existencial derivadas de comportamientos calificados como ilícitos. No toda repercusión negativa de orden existencial representa, en cuanto tal, un perjuicio por resarcir; a este fin, es indispensable que en el origen de la misma exista la lesión de un interés tutelado del ordenamiento, susceptible de prevalecer en el interés del autor del daño, en el balance mediante el cual se resuelve el juicio de injusticia. Solamente donde la víctima sea titular de una situación subjetiva merecedora de tutela, cuya violación parece susceptible de reflejarse negativamente en la esfera de realización personal, será posible dar curso al resarcimiento”: ZIVIZ, “*Equivoci da sfatare sul danno esistenziale*”, en *Responsabilità civile e previdenza*, año LXVI, fasc. 4-5, Milano, Giuffrè Editore, 2001, págs. 818-819.

de este, GIOVANNI COMANDÈ, profesor de la Escuela Superior de Estudios Universitarios y Perfeccionamiento de Pisa.

Para la Escuela pisana, las críticas contra el daño existencial en síntesis son las siguientes:

a) Con él se busca reparar todo perjuicio, prescindiendo de un derecho o de un interés reconocido en el ordenamiento jurídico.

b) La categoría criticada es solo una mera categoría no homogénea y genérica.

c) La resarcibilidad del daño existencial representaría un costo insostenible para la colectividad, que minaría las bases del mismo sistema resarcitorio, para transformarlo en un sistema de seguridad social.

d) La configuración del daño existencial es el resultado final de un "derecho ocioso"¹²¹, tanto por parte de los doctrinarios y de los jueces: unos y otros recurren a débiles argumentos retóricos, en vez de utilizar concretos materiales normativos en respeto de la coherencia sistemática.

e) El verdadero problema no es introducir otro polo reparatorio, sino racionalizar la regla de la bipolaridad del ordenamiento italiano, fundada en la distinción entre daño patrimonial (art. 2043 del Código Civil) y daños no patrimoniales (art. 2059, *ibidem*).

f) La abolición del sistema bipolar conduciría a una hipertrofia del daño a la persona, que actualmente es objeto de crítica en Francia, donde el ordenamiento reconoce la única regla omnicompreensiva del artículo 1382 del Código napoleónico.

Puede parecer una singular contradicción que las críticas más agresivas a la categoría del daño existencial provengan de la Escuela pisana, a la cual principalmente, como vimos líneas arriba, se debe la elaboración de la figura del daño a la salud, tan cercana a la que tratamos, es decir al daño existencial.

No obstante, esta postura es comprensible, especialmente en el perfil psicológico: los elementos de contigüidad entre el daño existencial y el daño a la salud hacen temer a la escuela pisana una insidia para los límites mismos del daño biológico, que defienden BUSNELLI y sus discípulos.

Para el Prof. PONZANELLI, reconocer la reparación del daño existencial es privilegiar, de forma excesiva, la función compensatoria de la responsabilidad civil. El riesgo de generar una *overcompensation*, con los

¹²¹ GIOVANNI COMANDÈ, "Il danno esistenziale e il «diritto pigro»", en *Critica del danno esistenziale*, al cuidado de GIULIO PONZANELLI, Padova, Cedam, 2003, pág. 63.

problemas sociales y las patologías que ello implica, es tan notorio que hace forzoso criticar dicho reconocimiento. Este jurista sostiene que las reglas de la responsabilidad civil tienden, sobre todo, a lograr un balance entre los intereses de dos polos en conflicto. Con la reparación de este perjuicio existencial se propiciaría un gran desequilibrio, debido al privilegio que se concedería a la función compensatoria en detrimento de la función de *deterrence*, vale decir contra la incidencia que las previsiones del ordenamiento jurídico tienen en el tipo de actividad (potencialmente generadoras de daños o no) que las personas deciden llevar a cabo¹²².

La jurisprudencia italiana, en sus diversas instancias, que reconoce o rechaza la admisión del daño existencial es bastante numerosa. No obstante, es necesario hacer una breve referencia a la modalidad del daño a la persona, después de haberse proferido las sentencias 26972, 26973, 26974 y 26975 de 11 de noviembre de 2008 de las Secciones Civiles Unidas de la Corte de Casación italiana. Como lo ha indicado el Prof. MONATERI¹²³, estas sentencias expresan diáfano el principio jurídico por el cual los perjuicios existenciales son reparables cuando se originen incluso fuera de los casos expresamente previstos por la ley, por la violación de un derecho constitucionalmente garantizado a la persona. Estos perjuicios no formarían parte de otra categoría jurídica, sino que constituirían una categoría descriptiva, y así son tratados y considerados expresamente por las Secciones Unidas, como una especie de voz de daño reparable, dentro de la categoría codicística de los daños no patrimoniales, incluso resarcibles más allá de los casos de delito. La orientación argumentativa de la sentencia es necesariamente *revalorativa* del estado del debate, sin excederse en un inútil historicismo, aunque intenta vincularse con el pasado, presenta un carácter reconstructivo, pero en la parte final manifiesta un carácter propiamente constructivo¹²⁴.

En el curso de las sentencias se reafirma que, en la prueba de estos perjuicios, encuentra amplio espacio el recurso a las presunciones, si se tiene en cuenta que el Código Civil italiano, a menudo, no establece jerarquía

¹²² PONZANELLI, “*Il danno esistenziale prima dell’intervento della Corte di Cassazione del 2003*”, e: *Il risarcimento integrale senza il danno esistenziale*, págs. 16 y ss.

¹²³ MONATERI, “El perjuicio existencial como voz del daño no patrimonial”, en *La responsabilidad civil*, Biblioteca “Observatorio de Derecho civil”, vol. III, Lima, Motivensa Editora Jurídica, 2010, pág. 177.

¹²⁴ FRANZONI, *Los derechos de la personalidad, el daño existencial y la función de la responsabilidad civil*, cit., pág. 115.

entre los medios de prueba y no discrimina la prueba presuntiva en detrimento de otras.

Sobre el daño existencial, las Secciones Unidas han proclamado que “en los últimos años se han formado en el tema de los daños no patrimoniales dos contrapuestas orientaciones en la jurisprudencia, una favorable a la configurabilidad, como categoría autónoma, del daño existencial, comprendida según una tesis doctrinal que ha tenido apoyo en la jurisprudencia, como perjuicio no patrimonial, diverso del daño biológico, en ausencia de la lesión de la integridad psico-física, y del denominado daño moral subjetivo, en cuanto no atañe a la esfera interior del sentir, sino a la económica del sujeto, por el contrario”.

Por ende, como sostiene el Prof. SALVATORE PATTI, se trata de un aspecto de relevancia principal para la valoración de las sentencias, por cuanto el contraste denunciado no concierne a la reparación del daño existencial sino simplemente a su “configurabilidad, como categoría autónoma” dentro de la categoría del denominado daño no patrimonial¹²⁵.

Con las sentencias de 2008, la Corte de Casación ha intentado repensar radicalmente la categoría normativa del denominado “daño no patrimonial”¹²⁶. Puede resaltarse un cierto paralelismo con lo que había sucedido con el daño a la salud, en la fase en la cual este había asumido la función de resumir en sí figuras que en el pasado habían gozado de autonomía: el daño por incapacidad genérica de trabajo, el daño estético, el daño a la vida de relación. Este paralelismo no ha sido explicitado por la Corte italiana, pero puede propugnarse la idea de lo que las Secciones Unidas de la Corte de Casación han querido indicar con la expresión “daño no patrimonial”¹²⁷. Entonces, una vez afirmado que el daño no patrimonial es único, se concluye que es unitario y que también debe serlo su función, por lo que no suele preguntarse por la capacidad compensativa, satisfactoria o punitiva de las figuras de daño biológico, moral y existencial.

¹²⁵ SALVATORE PATTI, “Las Secciones Unidas y la parábola del daño existencial”, en *La responsabilidad civil*, Biblioteca “Observatorio de derecho civil”, vol. III, Lima, Motivensa Editora Jurídica, 2010, pág. 186.

¹²⁶ PATRIZIA ZIVIZ y FRANCESCO BILOTTA, *Il nuovo danno esistenziale. Dalla Cassazione del 2003 alle Sezioni Unite del 2008*, Bologna, Zanichelli Editore, 2009, págs. 68 y ss.

¹²⁷ Procida MIRABELLI DI LAURO, “Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale: luci ed ombre”, en *Diritto e giurisprudenza. Rassegna di dottrina e di giurisprudenza civile*, año CXXIII, núm. 04, serie III, Nápoles, Jovene Editore, 2008, pág. 540.

La definición de perjuicio existencial que acogen las Secciones Unidas, como nos lo indica el Prof. MONATERI¹²⁸, se refiere al daño causado a la esfera no económica del sujeto, que altera sus costumbres de vida, las relaciones que le eran propias, induciéndolo a tomar decisiones de vida diferentes respecto a la realización de su personalidad en el mundo externo. Esta definición, que se alinea con la naturaleza objetiva del daño existencial, a diferencia de los perjuicios de naturaleza simplemente emotiva e interior, también tiene máxima relevancia, ya que acoge la definición que fue esbozada respecto a este problema en el célebre y muy conocido ensayo de PATRIZIA ZIVIZ¹²⁹, de que hemos dado cuenta en páginas precedentes.

En consecuencia, si bien las Secciones Unidas de la Corte afirman que esta definición no da lugar a una autónoma categoría de daño, también consideran que las nociones de daño biológico y de daño moral responden a simples exigencias descriptivas y no implican el reconocimiento de diversas categorías de daño, pero ello no significa que estas puedan ser amparadas, por lo que pueden ser reconocidos, a manera de síntesis, los daños que atañen a la dignidad de la persona y que son resarcibles en virtud de los artículos 1, 2, 4 y 35 de la Constitución italiana. De tal modo, los perjuicios existenciales vuelvan a ser considerados dentro de la categoría general de daños y perjuicios que normalmente resultan de la lesión y que, por ello, se pueden presumir, salvo prueba en contrario.

No obstante, la lectura que hace la Escuela pisana de estas cuatro sentencias presenta algunos puntos divergentes. Para los juristas pisanos, las Secciones Unidas han respondido negativamente a las exigencias de autonomía de la categoría del daño existencial¹³⁰. Han propugnado la bipolaridad del sistema de la responsabilidad civil y la tipicidad del artículo 2059 del Código Civil, en virtud del cual los perjuicios inherentes a la esfera existencial de la persona no son reconducibles a una autónoma categoría de daño. Sobre la base de esta perspectiva del citado artículo 2059, la fuente de la obligación, ya sea de naturaleza extracontractual o contractual, no tiene importancia para los fines de la reparación del daño no patrimonial, en cuanto este es liquidable siempre y solamente en las

¹²⁸ MONATERI, *El perjuicio existencial como voz del daño no patrimonial*, cit., pág. 179.

¹²⁹ ZIVIZ, “*Alla scoperta del danno esistenziale*”, en *Contratto e Impresa*, cit., págs. 845 y ss

¹³⁰ COMANDÈ, “*La verità, vi prego, sul danno esistenziale*”, en *Guida al Diritto*, núm. 47, 2008.

hipótesis previstas y en caso de lesión de derechos inviolables inherentes a la persona.

Para la Escuela pisana, las razones de las sentencias son esencialmente dos: a) defecto del requisito de injusticia del daño constitucionalmente calificada; b) falta de consistencia de la ofensividad del daño, por la cual pueda establecerse que la lesión del derecho haya ocasionado un perjuicio serio.

Como corolario de ello, indican los pisanos, en cuanto a la contención de los perjuicios reparables, resulta enriquecida pues elimina la duplicación resarcitoria que frecuentemente se configura en la liquidación del daño a la persona, que no se presentarán más.

G) *Valoración del modelo italiano del “daño a la persona”*

En efecto, el advenimiento del daño a la persona es producto de la nueva concepción del ser humano, que ha originado, de la misma forma, una nueva visión del Derecho¹³¹. Como ha resaltado el maestro pisano FRANCESCO DONATO BUSNELLI: “es realmente singular la coyuntura histórica del daño a la persona, tratándose de una figura de daño ignorada por los códigos tradicionales proclives a desvincularse de una definición del daño cuando formulan la regla general de la responsabilidad civil por acto ilícito [...]. Recientemente se ha impuesto a la atención de los jueces y al propósito de explorar los confines de la «nueva» responsabilidad civil, exponiéndola finalmente a la influencia de los principios constitucionales pero, al mismo tiempo, introduciendo preocupantes interrogantes relativos a la «cabida» del sistema diseñado, en estos términos, por los códigos”¹³².

Como se puede apreciar, el juicio de BUSNELLI relievra la centralidad de la persona en la denominada responsabilidad civil o derecho de daños, y, de manera general, en la moderna ciencia jurídica. Es una consecuencia de la “humanización del Derecho”¹³³.

¹³¹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”*, cit., pág. 708.

¹³² BUSNELLI, “El daño a la persona”, en *Persona, libertad y Derecho. Nuevas perspectivas. Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego*, coordinado por Carlos Alberto Calderón Puertas, María Elisa Zapata Jaén y Carlos Agurto Gonzales, Lima, Motivensa Editora Jurídica, 2009, pág. 343.

¹³³ FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Los 25 años del Código Civil peruano de 1984*, Lima, Motivensa Editora Jurídica, 2009, pág. 463.

En efecto, el daño a la persona es el centro de la nueva responsabilidad civil y lo son, por ende, todas sus modalidades como el daño psicosomático y el daño al proyecto de vida o daño a la libertad fenoménica.

Como se señaló en páginas anteriores, en la doctrina y la jurisprudencia italianas, el concepto de “daño a la persona” empieza a tener notables desarrollos a partir de la década de los años setenta del siglo xx¹³⁴. Bajo la genérica noción de “daño a la persona” se comprenden, en primer término y como primera categoría de daños, todos aquellos que inciden o lesionan la estructura psicosomática del ser humano. Estos daños se denominan, indistintamente, “daños a la salud” o “daños biológicos”, según las restricciones que emanan del ordenamiento jurídico italiano, que datan de los años cuarenta del siglo xx, así como del pronunciamiento de la Corte Constitucional italiana mediante sentencia 184 de 1986. La denominación de “daño biológico” aparece tanto en la doctrina y la jurisprudencia genovesa como en el texto de la mencionada sentencia de la Corte Constitucional (184 de 1986). El término de “daño a la salud” es acuñado por la escuela de Pisa.

Asimismo, al lado de los daños psicosomáticos —que inciden en el cuerpo en sentido estricto o en el aspecto psíquico— se considera, como una autónoma segunda categoría de perjuicios, el denominado “daño moral” en sentido estricto, es decir, en cuanto constituyen perturbaciones psíquicas emocionales no patológicas. En el 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.

Entre los años 1991 y 1994, surge una tercera categoría de daños bajo la denominación de “daño existencial”. Su objetivo es incorporar dentro de esta tercera categoría de daños todos los detrimentos y perjuicios a la persona que, no siendo estrictamente daños “biológicos” o “morales”, originan consecuencias no patrimoniales. Esta categoría, construida por la Escuela de Trieste, ha merecido el respaldo de un sector de la doctrina y ha sido incorporada a la jurisprudencia italiana.

Además, debemos observar que en contraste con el restrictivo artículo 2059 del Código Civil italiano, el artículo 2043 de este cuerpo normativo prescribe, que quien comete un daño injusto, por dolo o culpa, está

¹³⁴ COMANDÈ, “Economia, sviluppo culturale e danno alla persona”, en *Risarcimento del danno alla persona e alternative istituzionali. Studio di diritto comparato*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1999, págs. 3 y ss.

obligado a repararlo. Esto originó un largo período de incertidumbres tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. A pesar de la restricción contenida en el mencionado artículo 2059, un sector de la doctrina consideró como justo y apropiado no dejar de indemnizar los diversos 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 proceder a la indemnización del “daño a la persona”. Fue por ello por lo que la escuela pisana creó la figura del “daño a la salud”, que no es otra cosa que el daño a la persona, el cual incide en su estructura psicosomática. La denominación de “daño a la salud”, para nominar realmente el “daño a la persona”, respondía en su momento a la necesidad de hallar un fundamento legal en el derecho positivo italiano. Este sustento legal se encontró en el artículo 32 de la Constitución italiana de 1947, que tutela jurídicamente la salud.

No obstante, dos tribunales italianos acudieron a la Corte Constitucional para que se declarase la inconstitucionalidad del artículo 2059, debido a que consideraban que estaba en desacuerdo con el artículo 32 de la Constitución italiana que tutela la salud, en su amplia acepción de bienestar personal. Con sentencia 184 de 1986 la Corte Constitucional italiana, en vez de declarar la inconstitucionalidad del 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 dicho artículo constitucional. Asimismo, dispuso que cuando el artículo 2059 se refería al “daño no patrimonial” debía entenderse que solo aludía al tradicional daño “moral”, como dolor o sufrimiento con exclusión de cualquier otro daño a la persona de consecuencias no patrimoniales. Veintidós años después, con las sentencias 26972, 26973, 26974 y 26975 de 11 de noviembre de 2008, de las Secciones Civiles Unidas de la Casación italiana, se ha establecido el principio jurídico por el cual los perjuicios existenciales son reparables cuando se originen incluso por fuera de los casos expresamente previstos por la ley, en violación de un derecho constitucionalmente garantizado del sujeto de derecho.

Es necesario destacar que la doctrina y la jurisprudencia italiana han tenido que transitar un camino fatigoso para llegar al reconocimiento pleno del “daño a la persona”, el cual se ha consolidado y se reconoce su reparación. Si bien algunas especies de este daño son aún materia de

debate en el derecho italiano, la categoría general del daño a la persona no se discute y menos se rechaza. Esto es el producto de una evolución que ocurrió en el curso de más de cuatro décadas, que tiende a concretarse y extenderse mediante la elaboración de baremos o tablas de infortunios.

4. LA SISTEMATIZACIÓN DEL “DAÑO A LA PERSONA”

La cuestión de la sistematización del “daño a la persona” ha sido tratada fundamentalmente por el Prof. CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO en su clásico ensayo de 1993 *Hacia una sistematización del daño a la persona*¹³⁵. En su trabajo, el maestro peruano tiene en consideración y lo elabora sobre base del conocimiento de la estructura existencial del ser humano, a fin de determinar qué daños se le pueden causar y cuáles serían las reparaciones más adecuadas en cada caso. El ser humano es un ente complejo, ya que está constituido por una unidad inescindible de cuerpo o soma y psique, que se sustenta en su ser libertad. Por ende, a la persona se le puede dañar en cualquiera de dichas manifestaciones, por lo que su tratamiento debe tomar en consideración el específico aspecto de la persona que se ha dañado antes de establecer la modalidad de reparación más idónea en función de sus consecuencias.

Partiendo de la realidad estructural del ser humano, el “daño a la persona” puede lesionar su unidad psicosomática o su libertad, o ambas vertientes. Esta comprobación conduce a determinar que existen dos tipos de daños a la persona: el daño a la unidad psicosomática y el daño a su libertad.

A) *La clasificación del “daño” en función de la naturaleza de la entidad dañada*

En cuanto a la naturaleza del bien lesionado, el daño se clasifica en daño subjetivo o “daño a la persona”, y en daño objetivo o daño a las cosas del mundo. En cuanto a la denominación empleada hace referencia al daño “subjetivo” para comprender en él tanto al “sujeto de derecho” concebido, como a la persona natural. No obstante, la costumbre ha

¹³⁵ FERNÁNDEZ SESSAREGO, “Hacia una nueva sistematización del daño a la persona”, en *Cuadernos de Derecho*, núm. 3, órgano del Centro de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Lima, septiembre de 1993, págs. 28 y ss.

hecho que se emplee en su lugar la expresión de "daño a la persona", haciéndose necesario aclarar que comprende tanto a la persona por nacer como a la nacida.

En efecto, la clasificación del daño en cuanto a la naturaleza del ente dañado no es obvia, como pudiera creerse. Por el contrario, ella cumple una importante función, sobre todo en las primeras décadas del desarrollo conceptual del "daño a la persona". En consecuencia, su interés radica en que debe tenerse presente que la naturaleza o calidad ontológica del bien lesionado exige un determinado tratamiento en cuanto a su protección y a la reparación de las consecuencias del daño que pueda ocasionársele.

Asimismo, es necesario indicar en cuanto a la figura del "daño a la persona", que no se puede reparar las consecuencias de un daño al ser humano con los mismos criterios y técnicas que tradicionalmente se empleaban para resarcir el daño al patrimonio, por cuanto la calidad ontológica de la persona humana exige un tratamiento y una protección que se adecuen a su naturaleza, que difiere de la de los entes del mundo.

Ciertamente, hasta entrada la década de los años setenta del siglo xx se consideraba al ser humano un *homo faber*, ya que lo que interesaba para establecer el monto de la reparación en ciertos daños no mensurables en dinero, era solo el dato referente a si la víctima era o no productora de riqueza. La riqueza era, así, el factor determinante para establecer la reparación. El dinero era la medida de todas las cosas. No importaba el ser humano en sí mismo, por lo que, por ejemplo, quedaban excluidos del beneficio de obtener una indemnización las amas de casa, los niños, los ancianos, los discapacitados, los jubilados, los desocupados, los religiosos, entre otros seres humanos incapaces de producir riqueza material.

Lamentablemente, aún son escasos los juristas y magistrados que han comprendido cuáles son los criterios y técnicas adecuadas para reparar las consecuencias de los daños a la persona pues para ello se debe tener muy claro cuál es la estructura existencial del ser humano o "persona" para el Derecho. Si este conocimiento no se adquiere, no se podrá establecer la reparación adecuada ya que se desconocerá en cuál vertiente o aspecto del ser humano se ha producido la lesión. De esta comprobación depende la modalidad y cuantía de la reparación. Por ende, es importante determinar el *dónde* se ha producido el daño, para saber luego el *cómo* se ha de reparar sus consecuencias.

En efecto, no es lo mismo reparar la pérdida de una mano, una lesión al cerebro, que un daño psíquico o un daño al sentido mismo de la vida

del ser humano, es decir, a su “proyecto de vida”. Por consiguiente, la estructura existencial del ser humano exige un tratamiento y una reparación de las consecuencias dañinas radicalmente diferente de las empleadas para resarcir los daños a los entes, a los objetos que constituyen el patrimonio de las personas.

Tampoco se obtendrán resultados satisfactorios en cuanto a la protección de la persona humana si los especialistas en responsabilidad civil continúan encerrados en sus antiguos conocimientos y esquemas, sin abrir sus mentes, con sentido crítico y sin prejuicios, a los aportes que van enriqueciendo permanentemente la ciencia jurídica.

B) *El “daño psicossomático” como tipo de daño a la persona y sus especies: “daño biológico”, “daño a la salud o “daño al bienestar”, “daño existencial”, “daño moral” y el “daño psíquico”*

a) *El daño psicossomático.* En efecto, el daño a la persona puede distinguirse en daño psicossomático y en daño a la libertad. Ello, teniendo en cuenta la naturaleza unitaria y bidimensional del ser humano. De un lado, es un conjunto de órganos, funciones fisiológicas y un psiquismo y, del otro, es libertad, su centro espiritual. Ambos pueden ser dañados, separada o simultáneamente, aunque, uno cualquiera de los referidos perjuicios, en alguna medida e intensidad, repercute en la otra dimensión.

El primero de los referidos daños incide en algún aspecto de la unidad psicossomática del ser humano. Se puede lesionar cualquiera de los múltiples elementos que componen o integran esta inescindible unidad, ya sea que el daño afecte directa y primariamente al soma o cuerpo, en sentido estricto, o que lesione primaria y directamente a la psique. Asimismo, debemos destacar que siendo el ser humano una indesligable unidad psicossomática, todo aquello que agravia al soma o cuerpo repercute, en alguna manera, en la psique y, a su vez, todo lo que lesiona la psique se refleja, también de alguna manera, en el soma o cuerpo. Es evidente que se pueden lesionar simultáneamente diversos aspectos de la unidad psicossomática¹³⁶.

a’) *El “daño biológico” o la lesión en sí misma.* En el daño psicossomático se aprecian dos instantes inseparables pero que pueden repararse

¹³⁶ FERNÁNDEZ SESSAREGO, “Deslinde conceptual entre «daño a la persona», «daño al proyecto de vida» y «daño moral cit., pág. 742.

autónomamente. El primero es la lesión en sí misma, que se denomina "daño biológico"¹³⁷. Esta lesión puede comprometer cualquiera de las partes que integran la unidad psicosomática. Así, por ejemplo, puede consistir en la pérdida de un dedo, en la anulación de la articulación de un brazo, en un traumatismo cerebral, en una tortura psíquica, en una herida punzo-cortante en el abdomen.

En efecto, la lesión en referencia puede afectar preponderantemente al cuerpo, por lo que se puede aludir a un daño somático. Pero, es posible que tal afectación comprometa la psique, de donde es dable referirse a un daño psíquico. No obstante, tratándose de que el ser humano es una unidad, cualquiera de dichos daños repercute en el otro en cualquier medida.

Por ende, la lesión causada debe ser materia de un imprescindible y objetivo peritaje médico-legal a fin de determinar su magnitud y consecuencias¹³⁸. Los resultados del mismo permitirán determinar una adecuada reparación acudiendo a los baremos.

En algunos países europeos, como Italia¹³⁹, Francia o España existen baremos, tarifarios o tablas de infortunios, elaborados por grupos multidisciplinarios, integrados por médicos, psicólogos, abogados, economistas, aseguradores, jueces, entre otros. En estos baremos se precisa el valor en dinero que se atribuye como compensación por el daño a los diversos componentes de la unidad psicosomática. Estos baremos no tienen carácter oficial y son simplemente referenciales. Es decir, no son de aplicación obligatoria de parte de los jueces.

No obstante, los baremos son de gran utilidad para los magistrados pues, si bien no son de obligatoria aplicación, le ofrecen criterios de base uniformes para reparar cada uno de los daños psicosomáticos contenidos en ellos. El juez tiene cierta flexibilidad para apartarse razonablemente del valor señalado en el baremo cuando la situación así lo amerita. Por

¹³⁷ ALPA, *Il danno biológico*, cit., págs. 3 y ss.

¹³⁸ ALPA, "Il «danno biológico»: nozione normativa", en *Dialoghi sul danno alla persona*. Saggi raccolti nell'ambito della seconda edizione dei "Dialoghi di diritto civile" tenutisi presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Trento (a.a.2004-2005), Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Trento, núm. 55, Trento, 2006, pág. 129.

¹³⁹ BUSNELLI, "La speciale disciplina sul risarcimento del danno biologico di lieve entità derivante da R.C.A.", en *Il danno biológico. Dal "diritto vivente" al "diritto vigente"*, págs. 357 y ss

ejemplo, si el dedo meñique tiene un valor figurado de cien unidades, el mismo dedo de un pianista o de un cirujano tendrá mayor valor por su especial significación.

b') *El “daño a la salud” o “daño al bienestar”*. El “daño a la salud” o “daño al bienestar” alude a las inevitables y automáticas repercusiones que produce cualquier lesión psicosomática en el bienestar de la persona, en sus intereses existenciales, con prescindencia de su magnitud e intensidad¹⁴⁰. El “daño a la salud” es de tal amplitud que compromete el estado de bienestar integral de la persona¹⁴¹. En efecto, abarca las normales y ordinarias actividades del sujeto, ya sean ellas, entre otras, laborales, domésticas, sexuales, recreativas, sentimentales, de relación social, deportivas, etc.¹⁴². Una lesión producida en la esfera psicosomática repercute generalmente, en la vida normal y ordinaria de la persona, modifica algunas de sus costumbres y hábitos, conlleva inhibiciones, carencias, molestias, limitaciones de todo tipo.

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 casos¹⁴³. Siguiendo la orientación de la Organización Mundial de la Salud, se entiende que con el concepto “salud” se alude a la más amplia noción de “bienestar” integral del sujeto.

En el ordenamiento jurídico peruano, la Constitución Política de 1993, en el inciso 1º) de su artículo 2º 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.

¹⁴⁰ “El daño a la salud, como daño a la persona, tiene siempre su autonomía y encuentra fundamento en los principios constitucionales —particularmente en el art. 2— que contemplan en la persona el valor central de todo el ordenamiento a la luz de la cual es vista la normativa ordinaria, comprendida las disciplinas sobre la responsabilidad civil”: PIETRO PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, 2ª ed., revisada e integrada, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1991, pág 368.

¹⁴¹ BUSNELLI, “*Il problema della risarcibilità del danno salute*”, en *Il danno biologico. Dal “diritto vivente” al “diritto vigente”*, págs. 3 y ss.

¹⁴² BUSNELLI, “*Problemi di inquadramento sistematico del danno alla persona*”, en FRANCESCO D. BUSNELLI y PATTI SALVATORE, *Danno e responsabilità civile*, 2ª ed. actualizada, Torino, G. Giappichelli Editore, 2003, págs. 56 y ss.

¹⁴³ BUSNELLI, “*Danno alla salute*”, en *Bioetica e diritto privato. Frammenti di un dizionario*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2001, pág. 105.

Por lo tanto, el “daño al bienestar” compromete el completo “modo de ser” de la persona. Las consecuencias del mismo constituyen carencias, un déficit de diversa magnitud e intensidad en el bienestar integral del ser humano.

En consecuencia, el “daño biológico”, en tanto vertiente estática del daño psicosomático, como el “daño al bienestar” o “daño a la salud”, que representa la dimensión dinámica de dicho daño, constituye solo dos aspectos de una misma realidad, comoquiera que el ser humano es una inescindible unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad.

c’) *El “daño existencial”*. El “daño existencial”, como hemos señalado en páginas anteriores, pretende cubrir todas las lesiones al transcurrir vital cotidiano de la persona que acarrear consecuencias no patrimoniales. Dichas lesiones no se encuadran dentro del estricto, histórico y tradicional concepto de “daño moral” ni del daño somático o biológico con consecuencias patrimoniales. Se trata de aquellos daños cuyas consecuencias afectan la realización de la persona, que alteran y perjudican su modo de ser habitual. El “daño existencial” incide en la calidad de vida de la persona. Se debe a PAOLO CENDON y a su Escuela jurídica en Trieste —LUIGI GAUDINO y PATRIZIA ZIVIZ— haber creado esta categoría de daño. Posteriormente, se adhieren a esta nueva corriente de pensamiento jurídico destacados juristas —como PIER GIUSEPPE MONATERI, FRANCESCO BILOTTA, GIOVANNA VISINTINI, entre otros muchos— que convergieron en un Congreso celebrado en Trieste el 13 y 14 de noviembre de 1998¹⁴⁴.

Es menester destacar que el “daño existencial” se encuentra incluido dentro del vasto concepto de “daño psicosomático”. Este daño forma parte de una de las dos categorías que integran el “daño a la persona” (la otra es el daño a la libertad fenoménica o “daño al proyecto de vida”). Por ende, la creación de una categoría autónoma de daño bajo la denominación de “daño existencial” coincide con la categoría de daño denominada “daño al bienestar” o “daño a la salud integral” del ser humano. Este daño se ubica como una especie del genérico y amplio concepto de “daño a la persona” y, dentro de este, como un daño psicosomático pues afecta directamente

¹⁴⁴ Cuyas actas fueron recogidas en el volumen *Il danno esistenziale: Una nuova categoria della responsabilità civile*, al cuidado de PAOLO CENDON y PATRIZIA ZIVIZ, Milano, Giuffrè Editore, 2000.

esta estructura del ser humano que se haya constituido y sustentado en su libertad. Asimismo, el “daño existencial” solo se refiere a los daños que afectan la realización de la “manera de ser” de la persona dentro de su vida ordinaria, perjuicios que generan consecuencias no patrimoniales. Esta característica lo diferencia del daño psicosomático, específicamente biológico, del cual se derivan consecuencias patrimoniales, apreciables en dinero directa e inmediatamente.

En efecto, el “daño existencial” afecta la realización de la persona en su vida diaria, cuyas consecuencias son de carácter no patrimonial. Ambos daños, tanto el “daño al proyecto de vida” como el “daño existencial”, se refieren a la realización de la persona pero en dos grados o aspectos diferentes de su existir¹⁴⁵. Ambos, tienen como basamento una concepción humanista del Derecho y se integran y complementan dentro del amplio y genérico “daño a la persona” que comprende *todos* los daños que se pueden causar al ser humano, ya sea en su estructura psicosomática como en su libertad fenoménica, cuyas consecuencias sean patrimoniales, extrapatrimoniales o mixtas.

d’) *El “daño moral”*. Problema discutible es el de la delimitación de las fronteras conceptuales entre el tradicional “daño moral”, en cuanto *pretium doloris*, y el “daño a la persona”. La aparición del concepto “daño a la persona” ha puesto en discusión la noción misma de daño moral y las técnicas de su reparación, así como la necesaria sensibilidad que los hombres de derecho deben tener para afrontar la cuantificación en materia de lesiones a la integridad física, psíquica o a la salud de la persona, pues se trata de bienes jurídicos privados de valor en el mercado. Se ha dejado de lado solo la reparación de las consecuencias patrimoniales de la lesión contra la persona y de la prescindencia de originar riqueza por parte de la víctima. El catálogo de los daños a la persona es muy nutrido, por lo que no se agota en el dolor o el sufrimiento humanos.

En efecto, el antiguo y tradicional concepto de “daño moral”, que históricamente se reduce al mundo de la subjetividad de los dolores y

¹⁴⁵ Para un valioso análisis comparado entre el daño existencial y el daño al proyecto de vida, así como el daño al bienestar, véase a BILOTTA, “*Il danno alla persona nel diritto peruviano. Daño al bienestar, daño al proyecto de vida e danno esistenziale: una lettura comparatística*”, en *Responsabilità civile e previdenza*, año LXXII, núm. 4, Milano, Giuffrè Editore, 2007, págs. 987 y ss.

sufrimientos que experimenta el ser humano (*pretium doloris*)¹⁴⁶, no es descriptivo del objeto a que se refiere la nueva noción de “daño a la persona”. Este nuevo concepto se refiere a nuevas situaciones que no se reducen al dolor o sufrimiento, pues abarcan “todos” los daños que se pueden causar a la persona, ya sea que incidan en algún aspecto de su estructura psicosomática o agravien su “proyecto de vida”. La significación que denota el concepto “daño moral” no comprende cualquier daño psicosomático, el que se puede comprobar objetivamente mediante un peritaje médico-legal, así como tampoco resulta adecuado para describir un daño a la libertad fenoménica, al “proyecto de vida”.

Como ha sostenido desde antiguo el maestro peruano CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO, el mal llamado “daño moral” es tan solo un daño originariamente restringido a la esfera emocional o sentimental de la persona¹⁴⁷. Es decir, se trata de un daño psíquico y, como tal, es uno de los tantos y diversos daños que se pueden ocasionar a la persona en tanto “unidad psicosomática”. En otras palabras, el “daño moral”, en cuanto dolor o afección, no es nada más que un aspecto del genérico “daño a la persona”. Es del todo evidente que este histórico y tradicional “daño moral”, en cuanto se trata de un daño específico, no es equiparable al genérico “daño a la persona”. En consecuencia, su relación es de especie a género.

e’) *El “daño psíquico”*. Esta modalidad de daño a la persona 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. Supone una modificación o alteración de la personalidad que se expresa a través de síntomas, inhibiciones, depresiones, etc. El “daño a la persona” que compromete preferentemente la esfera psíquica del sujeto puede incidir en alguna de las manifestaciones en que teóricamente se suele descomponerla, como son el aspecto afectivo, el volitivo y el intelectual. 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

¹⁴⁶ GUIDO ALPA; MARIO BESSONE y VINCENZO CARBONE, *Atipicità dell’illecito. II. - Diritti della personalità e danno morale*, 3ª ed., Milano, Giuffrè Editore, 1993, pág. 334.

¹⁴⁷ FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Hacia una nueva sistematización del daño a la persona*, cit., pág. 35.

sino tan solo un daño emocional o perturbación psíquica. No es frecuente que una perturbación psíquica de esta naturaleza pueda convertirse en una patología.

Por lo tanto, el daño psicosomático puede incidir ya sea sobre el soma o cuerpo, en sentido estricto, o sobre la psique. En el primer caso también se le suele denominar “daño físico”, y en el segundo caso, concierne al “daño psíquico” o “daño psicológico”. En cualquiera de ellos, 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.

En efecto, 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 por 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 valorar y liquidar el daño causado.

f’) *El “mobbing” como daño a la persona.* Varios aspectos debemos considerar en este punto.

1. *Introducción necesaria: el trabajador como “persona” y el mundo jurídico contemporáneo.* Vivimos en un mundo en que el fin primordial del Derecho y del Estado debe girar en torno a la protección unitaria, integral y preventiva de la persona¹⁴⁸. Esta es el centro de toda imposición de juridicidad¹⁴⁹. El ser humano en los diversos aspectos en donde se desarrolle como tal, ya sea como profesional que brinda servicios a la comunidad, como consumidor, empresario, trabajador, etc., es un ser libre y por libre, digno. De tal forma, que la idea misma de persona se

¹⁴⁸ De allí que el Derecho debe asegurar que cada persona pueda contar con las condiciones sociales, económicas y asistenciales necesarias para cumplir con su “libertad”, es decir con su “proyecto de vida”. Cfr. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *De las personas*. Tesis para optar el grado de Doctor en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1961, pág. 200. Asimismo, del mismo autor, “*Il «danno alla libertà fenomenica», o «danno al progetto di vita» nello scenario giuridico contemporáneo*”, en *La responsabilità civile*, núm. 6, año V, Torino, Utet Giuridica, junio de 2008, págs. 487 y ss.

¹⁴⁹ OSVALDO R. BURGOS, *Será ficción. De Hamlet, Nietzsche y la (in) justicia del ser representado. El Derecho en la sociedad desestructurada*, Estudios de pensamiento jurídico occidental, Rosario, 2008, pág. 156.

transforma en el fundamento del Estado moderno¹⁵⁰, el Estado democrático pluralista, base de la diversidad individual, política y social¹⁵¹.

No obstante, si bien el Derecho se encuentra escrito en la piel de los seres humanos¹⁵² y es parte de la estructuración de la sociedad¹⁵³, este tiene que lidiar con el actual contexto socio-económico, con la denominada globalización o mundialización¹⁵⁴, que si bien ha abierto nuevos puentes de comunicación en diversos aspectos y ha reducido las distancias entre pueblos y naciones, como contrapartida ha transformado al individuo en un ser más vulnerable respecto a la aldea global, respecto a las fuerzas y al poder de la economía en un Estado nacional moderno, que ha renunciado a gran parte de su soberanía y a gran parte de las funciones de protección y tutela de la persona que en la historia se le habían atribuido¹⁵⁵.

En efecto, se podría sostener que la historia del Estado moderno es la historia de una institución política impulsada a desarrollar un determinado modelo de distribución de la riqueza, que incide en la forma de vida de las personas: el *libre mercado*¹⁵⁶. Evidencias de lo expresado son latentes en los recientes acontecimientos que estamos viviendo. El problema radica en que el libre mercado constituye el resultado de un proceso de desocialización de la economía, por cuanto ocasiona que las libertades económicas nacen como libertades funcionalizadas, debido —seguimos en

¹⁵⁰ PIETRO PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, 2ª ed. revisada, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1991, pág. 322. En igual sentido, GIORGIO RESTA, “*Diritti della personalità: problemi e prospettive*”, en *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, año XXIII, Milano, Giuffrè Editore, 2007, págs. 1043 y ss, así como del mismo Prof. RESTA, “*I diritti della personalità*”, en GUIDO ALPA y GIORGIO RESTA, *Le persone e la famiglia 1. Le persone fisiche e i diritti della personalità*, Torino, Utet Giuridica, 2006, págs. 361 y ss. VINCENZO ZENO-ZENCOVICH, “*Personalità (Diritti della)*”, en *Digesto*, 4ª ed., vol. XIII, sección Derecho Civil, Torino, Utet, 1996, págs. 431 y ss.

¹⁵¹ GIUSEPPE VETTORI, *Diritto dei contratti e “costituzione europea”*. *Regole e principi ordinanti*, Milano, Giuffrè Editore, 2005, pág. 55.

¹⁵² PAOLO GROSSI, *Europa y el Derecho*, trad. de Luigi Giuliani, Barcelona, Crítica, 2008, pág. 17.

¹⁵³ GROSSI, *L’ordine giuridico medievale*, 3ª ed., Roma-Bari, Editori Laterza, 2007, pág. 19.

¹⁵⁴ MONATERI, “*Cittadinanza e laicità fra emancipazione e messianesimo politico*”, en *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, revista telemática, febrero de 2009, en www.s tatoechiese.it, pág. 2 (del documento en Pdf).

¹⁵⁵ SALVATORE PATTI, *Diritto privato e codificazioni europee*, 2ª ed., Milano, Giuffrè Editore, 2007, pág. 361.

¹⁵⁶ ALESSANDRO SOMMA, *Introduzione critica al diritto europeo dei contratti*, Milano, Giuffrè Editore, 2007, pág. 9.

esto el pensamiento de un estudioso agudo y penetrante como es el Prof. ALESSANDRO SOMMA¹⁵⁷ — a que son comprendidas en términos relativos y no absolutos: en el contexto del libre mercado importan las tendencias del conjunto y no los comportamientos individuales. Estas libertades económicas solo son tales en la medida que puedan evitar las fallas del mercado, de tal forma que, a pesar de lo expresado, no pueda dejar de pensarse que el Derecho pueda convertirse en un instrumento de reproducción de las jerarquías sociales¹⁵⁸. De allí, que se sostenga con gran acierto que este panorama expresa el triunfo del *homo oeconomicus* frente al *homo sociologicus*¹⁵⁹.

En tal sentido, se puede comprender el uso de determinados conceptos utilizados para defender estas ideas. Ejemplo patente de lo expresado es la denominada “economía social de mercado”, la cual es asumida acríticamente en el contexto latinoamericano, al punto de ser consagrado como el modelo económico de Estados como el peruano¹⁶⁰, situación que se reproduce en otras experiencias, como la europea, la cual en su Tratado que adopta una Constitución para el “viejo continente”, en su artículo I-3 hace referencia a este modelo económico¹⁶¹.

Fue precisamente la escuela ordoliberal en Europa la que formuló este planteamiento a finales de la segunda guerra mundial¹⁶². Así, en síntesis,

¹⁵⁷ ALESSANDRO SOMMA, *Introducción crítica al Derecho Comparado*, trad. de Carlos Agurto Gonzales, Sintia Paniora Allca, Paul Abanto Merino, Humberto Campodónico y Franklin Sierra Vásquez, Lima, Ara Editores, 2006, pág. 243.

¹⁵⁸ SOMMA, *Temi e problemi di diritto comparato IV. Diritto comunitario vs. diritto comune europeo*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2003, pág. 12.

¹⁵⁹ Así, SOMMA, “*Il diritto dei contratti tra scienze economiche e scienze social*”, en *Temi e problemi di diritto comparato IV. Diritto comunitario vs. diritto comune europeo*, cit., pág. 51. En el mismo sentido, SOMMA, *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale. Aspetti storico-comparativi di una vicenda concettuale*, Milano, Giuffrè Editore, 2000, pág. 415.

¹⁶⁰ Nos remitimos al art. 58 de la Constitución peruana de 1993: “La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una *economía social de mercado*. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura”. (Las cursivas son nuestras).

¹⁶¹ Así, SOMMA, *Introduzione critica al diritto europeo dei contratti*, cit., pág. 73.

¹⁶² SOMMA, *I giuristi e l'Asse culturale Roma-Berlino. Economia e politica nel diritto fascista e nationalsocialista*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2005, pág. 222. Asimismo, del mismo autor, “*Parallele convergenti. La comune matrice del fascismo e del liberismo giuridico*”, en *Rivista Critica del Diritto Privato*, año XXII, núm. 1, Nápoles, Jovene Editore, marzo de 2004, págs. 61 y ss.

esta postula que los principios del libre mercado, especialmente la libertad de contratar y la propiedad privada, son consolidados por intervenciones estatales dirigidas a condicionar las libertades económicas¹⁶³, solo en la medida en que ello conduzca a evitar las fallas del mercado. De tal modo, tienden indirecta y débilmente a la redistribución social de la riqueza¹⁶⁴.

Es este contexto el que incide en el proceso de desarrollo de la vida de la persona como trabajador, el cual siendo el dinamo de la producción de la riqueza, se ha convertido en un *ser-instrumento* intercambiable y con precarios derechos. Olvidando que el trabajador es un *ser-humanidad*¹⁶⁵. Evidentemente, se sigue luchando por la consolidación y el reconocimiento de la dignidad del ser humano "trabajador", por el mejoramiento de las condiciones de su desarrollo y por un ambiente de trabajo adecuado. No obstante, el mundo de hoy ha originado un ambiente conflictivo para el trabajador, que puede considerarse "fisiológico"¹⁶⁶. Hasta tal punto que el mundo del trabajo puede convertirse en un elemento desencadenante de patologías psíquicas en el trabajador, lo cual podría hacer pensar que es la misma estructura de los centros de trabajo y, especialmente, de las empresas modernas, en la era de la globalización, la causa principal de fenómenos como el *mobbing*¹⁶⁷.

A esta nueva figura, de gran incidencia en los tiempos que corren¹⁶⁸, le dedicaremos, sucintamente por cuestiones de espacio, las siguientes páginas.

¹⁶³ SOMMA, "*Cittadinanza nella società del diritto privato*", en *Persona, Derecho y Libertad*. Nuevas perspectivas. *Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego*, Lima, Motivensa Editora Jurídica, 2009, pág. 815.

¹⁶⁴ SOMMA, *Introduzione critica al diritto europeo dei contratti*, cit., pág. 16.

¹⁶⁵ FRANCESCO DONATO BUSNELLI y SALVATORE PATTI, *Danno e responsabilità civile*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1997, pág. 58.

¹⁶⁶ MONATERI, "*Rapporto sul mobbing*". Presidenza del Consiglio dei Ministri. Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione, Roma, 2006, en www.sspa.it pág. 4 (del documento en PDF).

¹⁶⁷ STEFANO SPINELLI, "*Mobbing*", en *Persona e danno*, revista jurídica electrónica dirigida por el prof. Paolo Cendon, en: www.personaedanno.it, pág. 1 (del documento en PDF).

¹⁶⁸ Esto es particularmente cierto cuando, por ejemplo, en Europa son aproximadamente 12 millones de personas víctimas del *mobbing*, es decir el 8 % de los trabajadores de ese continente. Así, PIER GIUSEPPE MONATERI; MARCO BONA y UMBERTO OLIVA, "*Mobbing: dall'emersione del fenomeno alle prime reazioni*", en www.dannoallapersona.it, página web de la Associazione italiana sul danno alla persona, pág. 1 (del documento en PDF).

2. El “*mobbing*”: descripción de una nueva categoría. Actualmente, se comprende por *mobbing* una serie de comportamientos vejatorios, molestias o situaciones negativas que tienen su centro en el ámbito laboral, por acción de uno o más sujetos (ya sean estos empleadores, superiores o compañeros de trabajo) en relación con otro sujeto (la víctima del *mobbing*) que, como consecuencia de estas conductas, ocasiona en este una mayor y creciente repulsión hacia el ambiente de trabajo mismo¹⁶⁹. Esta forma de presentar el fenómeno no se reduce al formante doctrinal. Así, la *Resolución del Parlamento Europeo sobre el acoso moral en el lugar de trabajo* N°AS-0283/2001 de 20 de septiembre de 2001 lo concibe como un “grave problema” (punto 2 de la resolución) y que es fundamental “prestarle atención y reforzar las acciones destinadas a combatirlo e idear nuevas maneras de hacerle frente” (punto 2). De tal forma, que solicita a los países de la Unión Europea que “con vista a luchar contra el acoso moral y acoso sexual en el lugar de trabajo, revisen la legislación existente” y, si es necesario, “la complementen, así como examinen la definición de acoso moral y elaboren una definición uniforme” (punto 10 de la resolución).

Para el indiscutible pionero del estudio del fenómeno, el lamentablemente desaparecido profesor de psicología de la Universidad de Estocolmo, HEINZ LEYMAN, el *mobbing* es un proceso sistemático de estigmatización y privación de los derechos civiles de la víctima en el ámbito del trabajo, lo cual conlleva una comunicación hostil y desprovista de ética que es producida de forma sistemática por uno o por varios individuos, generalmente contra un único individuo, quien, como consecuencia de acciones de hostigamiento reiterativas y persistentes resulta arrojado a una situación de aislamiento e indefensión prolongada¹⁷⁰. En tanto que para HARALD EGE, el *mobbing* puede ser concebido como el “terror psicológico en el centro de trabajo”¹⁷¹, lo cual implica toda una gama de comportamientos agresivos y vejatorios repetitivos, por parte de colegas o superiores. De esta forma, la víctima es calumniada, marginada, criticada: se le asignan encargos deshonorosos, se le traslada de una oficina a otra imprevistamente y sin su consentimiento, o, simplemente, es puesto

¹⁶⁹ Así, MONATERI, BONA y OLIVA, “*Mobbing: dall’emersione del fenomeno alle prime reazioni*”, cit., pág. 1 (del documento en PDF).

¹⁷⁰ HEINZ LEYMAN, “*The content and development of mobbing at work*”, en *European Journal of Work and Organizational Psychology*, año V, núm. 2, 1996, pág. 170.

¹⁷¹ HARALD EGE, “*Mobbing: il terrore psicologico sul posto di lavoro e le sue conseguenze psicofisiche sull’individuo*”, en www.cesil.com, pág. 1 (del documento en PDF).

en ridículo sistemáticamente frente a clientes o superiores¹⁷². Y en los casos más graves se llega incluso a un sabotaje del trabajo y a acciones ilegales. EGE señala que los fines de tales comportamientos negativos pueden ser varios, pero tienen siempre un signo destructivo: eliminar una persona considerada “incomoda”, induciéndola a la dimisión voluntaria o provocar una prolongada licencia¹⁷³.

Así, también, el formante jurisprudencial ha concebido el *mobbing* como “una conducta prolongada en el tiempo y dirigida a lesionar al trabajador”. Caracterizan este comportamiento “su prolongación en el tiempo a través de una pluralidad de actos, la voluntad que lo sostiene (dirigida a la persecución o a la marginación del dependiente), y la consecuente lesión, que se ocasiona en el plano profesional o sexual o moral o psicológico o físico”¹⁷⁴. Y, en tal sentido, estos comportamientos “tienden, en todo caso, a minar la moral de la persona acosada, haciéndola perder su autoestima y sometiéndola a un proceso de aislamiento que degrada la consideración personal y social de la misma”¹⁷⁵. Estas consideraciones son similares a las expresadas por la *Asociación contra el estrés psico-social y el mobbing*, fundada en Alemania, que lo describe como “una situación conflictual en el centro de trabajo entre colegas o entre superiores y dependientes, en la cual la persona atacada es colocada en una posición de debilidad y agredida directa o indirectamente por una o más personas en modo sistemático, frecuentemente y por un largo periodo de tiempo, con la finalidad o la consecuencia de su exclusión del mundo del trabajo. Este proceso es percibido por la víctima como una discriminación”¹⁷⁶.

En síntesis, podemos expresar junto al maestro turinés, PIER GIUSEPPE MONATERI, que el *mobbing* es un fenómeno social cuyo centro se encuentra en el mundo del trabajo¹⁷⁷.

¹⁷² MARGARITA MARTÍN y SOFÍA PÉREZ DE GUZMÁN, “El acoso moral en el trabajo: la construcción social de un fenómeno”, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 20, núm. 2, 2002, pág. 276.

¹⁷³ HARALD EGE, “*Mobbing: il terrore psicologico sul posto di lavoro e le sue conseguenze psicofisiche sull’individuo*”, cit., pág. 1.

¹⁷⁴ Así, la sentencia de la Corte di Cassazione, sezione di lavoro, 22858, de 9 septiembre 2008.

¹⁷⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de España, 4081, de año 2007, en el recurso de suplicación interpuesto por D. Gabriel, contra la sentencia 127 de 2007, dictada por el Juzgado de lo Social, núm. 31, Madrid.

¹⁷⁶ Citado por HARALD EGE, *Mobbing – Che cos’è il terrore psicologico sul posto di lavoro*, Bologna, 1996, pág. 7.

¹⁷⁷ MONATERI, *Rapporto sul mobbing*, pág. 4 (del documento en PDF).

3. *Algunos apuntes históricos.* Según se ha destacado¹⁷⁸, el término *mobbing* procede del verbo inglés “*to mob*”, es decir, en un sentido amplio, agredir¹⁷⁹, acometer con violencia. El término fue tomado de la etología. KONRAD LORENZ — según nos informa el prof. LEYMAN¹⁸⁰ — fue el primero en utilizar este término para hacer referencia al ataque de un grupo de animales pequeños gregarios que acosan a un animal solitario mayor. Tiempo después el médico sueco HEINEMANN¹⁸¹, en una investigación que estaba desarrollando sobre el comportamiento infantil fuera del aula de clase, utilizó el término usado por LORENZ para identificar un comportamiento altamente destructivo de pequeñas pandillas de niños, dirigido contra un infante.

En los primeros años de la década de los años ochenta del siglo XX, el prof. LEYMAN utilizó el término *mobbing* para designar un tipo particular de conducta en el ámbito laboral. Según refiere el propio LEYMAN¹⁸², en sus investigaciones no usa el término inglés *bullying*, el cual es empleado por los estudiosos ingleses y australianos de la materia, ya que la mayoría de los casos el *mobbing* no tiene en forma explícita las características de violencia física del *bullying*, sino que es muy recurrente encontrarlo en forma muy cuidadosa, sofisticada, lo que no disminuye, y por el contrario, multiplica su efecto estigmatizador para la víctima.

En ese mismo orden de ideas, se puede encontrar que el *bullying* en el ámbito escolar se encuentra fuertemente caracterizado por actos físicamente agresivos. Al contrario, la violencia física en raros casos aparece en el problema laboral adulto, por cuanto este se caracteriza por conductas mucho más sofisticadas, incluso cínicas. Esto condujo al prof. LEYMAN a emplear el término *bullying* para las agresiones sociales entre niños y adolescentes en la escuela y el término *mobbing* para la conducta adulta.

No obstante, antes de que las investigaciones de LEYMAN fueran conocidas mundialmente, el libro *The harassed worker* del prof. C. M. BRODSKY había ya encontrado casos de *mobbing* en el ámbito laboral. Es por ello por lo que se considera que este libro fue el primero en estudiar el fenómeno

¹⁷⁸ MONATERI, *Rapporto sul mobbing*, cit., pág. 54.

¹⁷⁹ SIMONA CACACE, “*Il mobbing e il danno esistenziale. Quando il terrorismo è psicologico*”, en *Critica del danno esistenziale*, al cuidado de GIULIO PONZANELLI, Padova, Cedam, 2003, pág. 155.

¹⁸⁰ LEYMAN, *The content and development of mobbing at work*, pág. 169.

¹⁸¹ *Idem, ibidem.*

¹⁸² *Idem, ibidem.*

en cuestión. No obstante, su autor no estaba directamente interesado en analizar tales casos, que fueron expuestos conjuntamente con accidentes de trabajo, estrés psicológico y agotamiento físico, producidos por horarios excesivos, tareas monótonas. La obra indicada se concentró en la dureza de la vida del trabajador promedio y su situación, problemas y cuestiones que hoy se abordan desde la investigación sobre el estrés.

Sin embargo, los trabajos del Prof. HEINZ LEYMAN, desarrollados en Suecia, hacen mundialmente famoso el fenómeno *mobbing*. Como lo señala una importante doctrina¹⁸³, en el lapso de pocos años los trabajos de LEYMAN sobre el *mobbing* y la importancia de su estudio han expandido un creciente interés, tanto en Europa como fuera de este continente: en primer lugar, Suecia y Alemania, después Francia e Inglaterra, sumándose, asimismo, Italia, Suiza, España, Estados Unidos, Canadá, Australia, Nueva Zelanda, Sudáfrica y Japón.

4. *La configuración del mobbing*. El *mobbing* se caracteriza especialmente por los siguientes aspectos:

- a) Aislamiento de la víctima al interior del ambiente laboral.
- b) La repetición constante de las conductas negativas contra esta.
- c) La desvaloración de la personalidad y de la dignidad de la víctima.

Esta expresión, por su brevedad y fuerza semántica tiene el gran poder de reagrupar una universalidad de múltiples comportamientos¹⁸⁴, que coinciden en dos elementos: por un lado, la *modalidad*, agresiva y denigrante, prolongada en el tiempo, y la *finalidad*, cual es la eliminación de la(s) víctima(s). En consecuencia, se concluye que el fenómeno *mobbing* es un concepto que, por lo menos en los aspectos generales, no conoce fronteras y se presenta como una categoría muy idónea para acoger multiplicidad de supuestos¹⁸⁵.

Asimismo, se puede distinguir un *mobbing* denominado *horizontal* de uno *vertical*: el primero se configura cuando un grupo de colegas o compañeros del centro de trabajo realizan conductas peyorativas y reiteradas contra otro compañero, en tanto que el *mobbing vertical* se presenta entre el empleador o jefe y el trabajador o dependiente. Generalmente,

¹⁸³ MONATERI, *Rapporto sul mobbing*, cit., pág. 6.

¹⁸⁴ Así lo resalta, con gran acierto, el prof. MONATERI en su *Rapporto sul mobbing*, cit., pág. 5.

¹⁸⁵ MONATERI; BONA y OLIVA, *Mobbing: dall'emersione del fenomeno alle prime reazioni*, pág. cit., pág. 4.

el fin de este tipo de *mobbing* es excluir definitivamente a la víctima del centro de trabajo o inducirla a su auto-eliminación de ese entorno¹⁸⁶.

En ese orden de ideas, se han propuesto diversos planteamientos para describir las conductas típicas que caracterizan el fenómeno *mobbing*. Entre ellos destaca el elaborado por el prof. LEYMANN, conocido como “modelo de cuatro fases”¹⁸⁷, a saber:

Primera fase: *conflicto cotidiano*. En esta etapa se presentan situaciones normales de conflicto que, si bien es cierto no pueden definirse como *mobbing*, pueden constituir el inicio del proceso vejatorio contra la víctima.

Segunda fase: *inicio del mobbing y del terror psicológico*. Madura el conflicto cotidiano y adquiere el carácter de continuidad, transformándose, así, en *mobbing*.

Tercera fase: *errores y abusos no legales de la administración del personal*. En esta etapa el problema adquiere carácter oficial. Los responsables del personal empiezan a conocer la situación peyorativa en curso y, en la mayoría de los casos consideran a la víctima como responsable de las acciones realizadas. Lo que produce, en gran parte de los casos, serias violaciones de los derechos de la víctima, en cuanto la administración del personal se encuentra sujeta a la legislación laboral. La víctima responde a todo ello con un bajo rendimiento en el trabajo y a menudo se ausenta.

Cuarta fase: *exclusión del mundo de trabajo*. La víctima se encuentra aislada en el contexto laboral y, finalmente, se produce su exclusión (licencias prolongadas, dimisiones, se le encargan tareas de menor importancia, etc.).

En la misma línea, EGE, en Italia, ha planteado un modelo a seis fases, el “modelo de LEYMANN integrado” o, como lo define su autor, el llamado “modelo italiano de EGE a seis fases”¹⁸⁸:

Pre-fase *condición cero*. Es una situación inicial consistente en el conflicto fisiológico, normal y aceptado, que no se constituye en *mobbing*, pero que evidentemente es un terreno fértil para su desarrollo.

¹⁸⁶ ALBERTO PIZZOFRATO, “*Mobbing e danno esistenziale: verso una revisione della struttura dell’illecito civile*”, en *Contratto e Impresa*, año XVIII, Padova, Cedam, 2002, pág. 306.

¹⁸⁷ LEYMANN, *The content and development of mobbing at work*, cit., pág. 170.

¹⁸⁸ EGE, *Mobbing: il terrore psicologico sul posto di lavoro e le sue conseguenze psicofisiche sull’individuo*, cit., pág. 6.

Primera fase: *conflicto mirado*. El conflicto cero se dirige hacia una determinada víctima.

Segunda fase: *inicio del mobbing*. Los ataques de los agresores no producen todavía síntomas o enfermedades de tipo psico-somático en la víctima, pero le suscitan cierto fastidio, desazón. La víctima percibe el cambio producido en las relaciones con sus compañeros de trabajo y empieza a preguntarse por el motivo o causa de ello.

Tercera fase: *primeros síntomas psico-somáticos*. En esta etapa la víctima empieza a sufrir problemas de salud (insomnio, problemas digestivos).

Cuarta fase: *errores y abusos de la administración del personal*. Los responsables del personal, observando las siempre frecuentes ausencias de la víctima por enfermedad, cometen errores de valoración o abusos, disponiendo medidas disciplinarias contra esta.

Quinta fase: *serio agravamiento de la salud psico-física de la víctima*. La salud de la persona se agrava notablemente al empeorar el ambiente de trabajo, sufre sanciones como producto de sus reiteradas ausencias. La situación se torna verdaderamente desesperante.

Sexta fase: *exclusión del mundo de trabajo*. El proceso del *mobbing*, generalmente, determina la salida de la víctima del centro de trabajo (dimisiones "voluntarias", licencias, en los casos extremos, incluso, suicidios).

5. *El mobbing en el derecho comparado*. Para tener una visión más amplia de este fenómeno podemos recurrir al derecho comparado, pues uno de sus objetivos es que conozcamos mejor la experiencia jurídica¹⁸⁹,

¹⁸⁹ RODOLFO SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, reimp. de la 5ª ed., Torino, Utet, 2003, pág. 11. ASIMISMO, UGO MATTEI y PIER GIUSEPPE MONATERI, *Introduzione breve al diritto comparato*, Padova, Cedam, 1997, pág. 7. En igual sentido, MAURIZIO LUPOI, *Sistemi giuridici comparati. Traccia di un corso*, 2ª reimp., Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, pág. 130. También puede verse a MICHELE GRAZIADEI, "El derecho comparado, la historia del derecho y la holística en el estudio de las culturas jurídicas", en *Persona, Derecho y Libertad*. Nuevas perspectivas. *Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego*, Lima, Motivensa editora jurídica, 2009, págs. 881 y ss. GIANMARIA AJANI, "Diritto comparato e diritto internazionale", en *Rivista di diritto pubblico europeo e comparato*, 2001, págs. 1589 y ss., así como GIANMARIA AJANI; MIRIAM ANDERSON; ESTHER ARROYO I AMAYUELAS y BARBARA PASA, *Sistemas jurídicos comparados. Lecciones y materiales*, Barcelona, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2010, págs. 21 y ss. ANTONIO GAMBARO, "The structure of legal systems", en *Italian National Reports to the XVI International Congress of Comparative Law*, Milano, Giuffrè Editore, 2002, pág. 41. PIERRE LEGRAND, *Le Droit comparé*, 4^{ème} ed. mise à jour, Paris, Presses Universitaires de France, 2011, pág. 125. REINHARD ZIMMERMANN, "Roman

con lo cual se logra un pensamiento responsable¹⁹⁰ y, en consecuencia, crítico¹⁹¹ de la juridicidad. Sobre el particular, la experiencia francesa, así como la italiana y la española, tienen una gran riqueza de datos y aportes para comprender el desarrollo del *mobbing* en el mundo jurídico contemporáneo.

5.1. *La experiencia francesa.* En Francia, se han producido importantes contribuciones sobre el fenómeno *mobbing*. Particularmente interesantes son las investigaciones emprendidas por la psicóloga MARIE-FRANCE HIRIGOYEN, quien lo denomina *harcèlement moral*¹⁹².

Asimismo, el aspecto legislativo ha intervenido directamente frente al *mobbing* con la ley 2002-73 de “modernización social” de 17 de enero de 2002. Este instrumento normativo contiene un capítulo titulado “Lucha contra el *harcèlement moral*” (arts. 168-180)¹⁹³. Nueva normativa que ha sido sometida al examen de constitucionalidad, por el *Conseil Constitutionnel* en su Decisión 2001-455 de 12 de enero de 2002.

La ley 2002-73 de “modernización social” entró en vigencia el 20 de enero de 2002; estipula disposiciones sobre la definición, sobre la previsión y sobre las sanciones de las molestias morales (*harcèlement moral*),

law and European Culture”, en *New Zealand Law Review*, Auckland, Legal Research Foundation Incorporated, 2007, págs. 341 y ss. Del mismo autor, *Roman law, contemporary law, european law. The civilian tradition today*, Oxford, Oxford University Press, 2001, págs. 111 y ss, como también *Europa y el Derecho romano*, traducción y estudio introductorio de Ignacio Cremades Ugarte, Marcial Pons, Madrid, 2009, págs. 43 y ss. En el mismo sentido, LUCIO PEGORARO y ANGELO RINELLA, *Diritto pubblico comparato. Profili metodologici*, Padova, Cedam, 2007, págs. 18 y ss.

¹⁹⁰ Así, LUIGI MOCCIA, “*Comparazione e studio del diritto*”, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, año LVII, fasc. 3, Milano, Giuffrè Editore, 2003, pág. 988. En igual sentido, del mismo autor, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Milano, Giuffrè Editore, 2005, págs. 3 y ss. Y más recientemente LUIGI MOCCIA, “*Comparazione giuridica, diritto e giurista europeo: un punto di vista globale*”, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, año LXV, fasc. 3, Milano, Giuffrè Editore, 2011, págs. 767 y ss.

¹⁹¹ “Por cuanto el derecho comparado es la conciencia crítica del Derecho”: ALESSANDRO SOMMA, *Introducción crítica al Derecho Comparado*, pág. 105. En igual sentido, MONATERI, *Los límites de la interpretación jurídica y el derecho comparado*, Lima, Ara Editores, 2009, págs. 87 y ss.

¹⁹² MARIE-FRANCE HIRIGOYEN, *Le harcèlement moral. La violence perverse aun quotidien*, Paris, La Découverte et Syros, 1998, trad. it. de M. Guerra, *Molestie morali. La violenza perversa nella famiglia e nel lavoro*, Torino, Einaudi, 2000, pág. 53.

¹⁹³ MONATERI, *Rapporto sul mobbing*, cit., pág. 40.

y sus previsiones han sido introducidas en el *Code du Travail*, en el *Code pénal* y en el estatuto de la *Fonction publique*¹⁹⁴.

Sobre el particular, el artículo 122-49 del Código del Trabajo francés estipula que “ningún trabajador dependiente debe sufrir conductas reiteradas de molestias morales, que tengan por objeto, o por efecto, el deterioro de las condiciones de trabajo, susceptibles de lesionar sus derechos y su dignidad, de lesionar su salud psico-física, o de comprometer su desempeño profesional”. De tal modo, los comportamientos constitutivos de *mobbing* deben ser reiterativos. Estos deben, asimismo, originar un deterioro de las condiciones de trabajo: un perjuicio actual no es necesario, en cuanto es suficiente que este deterioro sea susceptible de producirlo. Por ende, no reviste importancia la subsistencia de un elemento intencional, por cuanto es suficiente que los comportamientos y actos tengan por objeto provocar un deterioro en la vida de la víctima.

En la citada decisión del *Conseil Constitutionnel*, queda claro que los derechos del trabajador que deben resultar violados por estas acciones peyorativas son los derechos de la persona en el ámbito laboral, reconocidos por el Código del Trabajo.

En el mismo sentido, las situaciones peyorativas contra la víctima, según la ley francesa, pueden ser provocadas por los empleadores, por los encargados del personal y por otros superiores, como por los colegas o compañeros de trabajo.

Respecto a la carga probatoria, según el Prof. MONATERI¹⁹⁵, esta se muestra particularmente interesante. En efecto, prevista por la nueva ley 122-52, en ella se estipula que “es suficiente que el trabajador dependiente interesado presente elementos de hecho que dejen suponer la existencia de una molestia. A partir de estos elementos, incumbe a la parte comprometida probar que su comportamiento no es constitutivo de molestias morales y que sus decisiones son justificadas por razones objetivas, extrañas a cualquier forma de vejación. El juez se forma su propio convencimiento después de haber dispuesto, si es necesario, todas las indagaciones instructorias que considere oportunas”. De tal forma, que esta ley reestructura la carga de la prueba según el modelo de la lucha contra las discriminaciones¹⁹⁶.

¹⁹⁴ MONATERI, BONA y OLIVA, *Mobbing: dall'emersione del fenomeno alle prime reazioni*, cit., pág. 26.

¹⁹⁵ MONATERI, *Rapporto sul mobbing*, cit., pág. 41.

¹⁹⁶ MONATERI, BONA y OLIVA, *Mobbing: dall'emersione del fenomeno alle prime reazioni*, cit., pág. 27.

Precisamente, no se trata de una inversión de la carga probatoria, sino de su reorganización a favor de la presunta víctima¹⁹⁷.

Asimismo, el *Conseil Constitutionnel* ha expresado que los indicios aportados por la víctima deben ser precisos, concordantes y concernientes a las conductas imputadas.

En este orden de ideas, el artículo 169-I de la ley 2002-73, establece que el licenciamiento o las dimisiones conexas a las molestias morales deben considerarse nulas y atribuye al trabajador afectado la elección entre la reincorporación al centro de trabajo o el resarcimiento pecuniario. El mismo artículo 169 obliga al empleador a disponer medidas idóneas a fin de prevenir las conductas peyorativas. Ello explica que el nuevo artículo L.230-2 del *Code du Travail* impone al empleador proteger no solo la salud física, sino también la salud mental del trabajador.

5.2. *El mobbing en Italia*. El *mobbing* en la experiencia italiana se presenta, como ha acreditado una importante doctrina¹⁹⁸, como un fenómeno racional vinculado a condiciones objetivas de competencia individual y de eficiencia de las organizaciones, en especial, de las organizaciones públicas. Es decir, el *mobbing* no afecta a algunos sujetos en virtud de su “debilidad” de grupo (mujeres, ancianos, jóvenes), sino que es practicado por sujetos en desarrollo de sus posiciones de fuerza laboral con el claro propósito de mejorarlas, lo cual alimenta la competencia individual al interior de las organizaciones.

Este razonamiento parte de considerar que la competencia interna es regulada por una estructura de incentivos, lo que induce a los sujetos a invertir energías, a fin de obtener mejoras individuales. En efecto, ya que los comportamientos generadores de *mobbing* exigen tiempo y recursos, resulta muy claro que un ineficiente monitoreo por parte de los niveles superiores de la organización del centro de trabajo se encuentra en la raíz de las posibilidades mismas de adopción, por los niveles inferiores, de aptitudes generadoras de *mobbing*¹⁹⁹. Por ende, el problema del *mobbing* es, entonces, al menos en la experiencia italiana, un problema vinculado a la organización. Es decir, por lo expuesto, afecta sobre todo a las organizaciones ineficientes, no a las eficientes, aumentando las divergencias con estas últimas²⁰⁰.

¹⁹⁷ MONATERI, *Rapporto sul mobbing*, cit., pág. 41.

¹⁹⁸ MONATERI, *Rapporto sul mobbing*, cit., pág. 20.

¹⁹⁹ MONATERI, *Rapporto sul mobbing*, cit., pág. 21.

²⁰⁰ MONATERI, BONA y OLIVA, *Mobbing: dall'emersione del fenomeno alle prime reazioni*, cit., pág. 14.

El formante jurisprudencial italiano no ha resultado inmune a esta problemática. La Sección laboral del Tribunal de Turín fue la primera corte que resolvió los dos primeros casos de *mobbing* en este país, en *Erriquez vs. Ergom*²⁰¹ y *Stomeo vs. Ziliani S.p.A*²⁰².

En ambas decisiones, el Tribunal de Turín utilizó como premisa los desarrollos sobre el tema provenientes de la psicología del trabajo y de la sociología, deduciendo que en el *mobbing*, en cualquier caso, “el dependiente es objeto de conductas repetitivas de abusos” y, en particular, “es sometido a prácticas dirigidas a aislarlo del ambiente del trabajo y, en los casos más graves, a alejarlo; prácticas cuyo efecto es atacar gravemente el equilibrio psíquico de la víctima, disminuyendo la capacidad laboral y la confianza en sí misma, provocando una catástrofe emotiva, depresión e incluso suicidio”²⁰³.

Importantes sentencias en la experiencia italiana sobre el fenómeno *mobbing* pueden citarse: la del Tribunal de Forlì, en el caso *Mulas vs. Banca Nazionale Agricoltura* de 15 de marzo de 2001, la cual recurre al modelo formulado por HARALD EGE; la del Tribunal de Milán en *Società Junghans Italia vs. Bighi* de 20 de mayo de 2000; del Tribunal de Como, en el caso *Bongiorno vs. Minozio* de 22 de mayo de 2001. No obstante, del estudio de estas piezas de jurisprudencia concluye que existen no pocas divergencias respecto al perfil definitorio de la figura del *mobbing*²⁰⁴.

En tal sentido, se ha observado²⁰⁵, no se presenta en la jurisprudencia uniformidad en la comprensión jurídica del *mobbing*. Así, mientras en algunas sentencias se recogen los aportes de la psicología del trabajo, en otras, la labor de la jurisprudencia se muestra muy rígida en sus concepciones²⁰⁶.

Cuestión particularmente interesante en la experiencia italiana es la posición doctrinaria que sostiene que el instrumento de la responsabilidad civil se demuestra como el más adecuado para afrontar los casos de *mobbing*²⁰⁷. Ciertamente, es necesario que el *mobbing*: 1) lesione una

²⁰¹ Tribunal de Torino, 30 diciembre 1999.

²⁰² *Idem*.

²⁰³ MONATERI, *Rapporto sul mobbing*, cit., pág. 21.

²⁰⁴ MONATERI, *Rapporto sul mobbing*, cit., pág. 24.

²⁰⁵ MONATERI, *Rapporto sul mobbing*, cit., pág. 25.

²⁰⁶ MONATERI, BONA y OLIVA, *Mobbing: dall'emersione del fenomeno alle prime reazioni*, cit., pág.18.

²⁰⁷ MONATERI, *Rapporto sul mobbing*, cit., pág. 35.

posición subjetiva protegida del trabajador, 2) se produzca por culpa o dolo y 3) provoque un daño al trabajador. En tal sentido, el artículo 2049 del Código Civil²⁰⁸ impone al empleador (ya sea privado o la administración pública) responder por las lesiones y consecuentes daños a la víctima, producto de los actos de sus dependientes, y ejercer contra ellos la acción de repetición por el resarcimiento reconocido. En tal sentido, si el *mobbing* se origina por problemas de organización interna y el instrumento de la responsabilidad civil involucra al empleador, crea los incentivos para prevenir situaciones productoras de *mobbing*, y, en consecuencia, mejora la organización y las prácticas internas de las conductas que pueden producir este fenómeno²⁰⁹.

La protección de la víctima del *mobbing* se logra, dentro de los esquemas de la responsabilidad civil, por la gama de los daños reparables, que pueden ser: daños patrimoniales, daños morales, daños biológicos y daños existenciales.

La relación entre los daños patrimoniales y el *mobbing* concierne a las pérdidas económicas efectivas de los sujetos involucrados, que a menudo se presentan como gastos incurridos, dejar de percibir réditos por la acción dañosa, pérdida de oportunidades y pueden revestir gran importancia en la vida de la víctima²¹⁰.

Los daños morales, dentro del fenómeno *mobbing*, pueden presentarse cuando la conducta del responsable puede configurarse como delito, según lo establecido por el artículo 2059 del Código Civil²¹¹ y deben ser analizados por el Tribunal, en el proceso, tomando en cuenta la gravedad del delito sufrido por la víctima²¹².

Respecto a los daños biológicos, estos se presentan como tipos de daño injusto, que Italia se encuentra regulado por el artículo 2043 del Código Civil²¹³, en el sentido que comprometen la salud psico-física en

²⁰⁸ El cual establece que: “Los patrones y comitentes son responsables por los daños causados por el hecho ilícito de sus domésticos y encargados en el ejercicio de las actividades que les ha sido delegadas”.

²⁰⁹ MONATERI, *Rapporto sul mobbing*, cit., pág. 36.

²¹⁰ ALPA, *Manuale di diritto privato*, 4ª ed., Padova, Cedam, 2005, pág. 873.

²¹¹ El cual prescribe que: “El daño no patrimonial debe resarcirse solo en los casos determinados por la ley”.

²¹² MONATERI, *Rapporto sul mobbing*, cit., pág. 36.

²¹³ Que estipula lo siguiente: “Todo hecho doloso o culposo que causa a otro un daño injusto obliga a aquel que ha cometido el hecho a resarcir el daño”.

sí o por sí considerada. En efecto, la víctima podría sufrir un síndrome por *mobbing*²¹⁴, posible de comprobación por un examen médico-legal.

Es particularmente interesante la relación entre el *mobbing* y el daño existencial. Como se sabe, el daño existencial es una especie del daño a la persona que involucra todas las repercusiones de signo negativo que afectan la vida ordinaria de la víctima²¹⁵. En efecto, este tipo de daño ocasiona el empeoramiento de la existencia de la persona, como consecuencia de la lesión de un interés jurídicamente tutelado, relevante para el ordenamiento jurídico²¹⁶. Esta relación entre *mobbing* y daño existencial se sustenta en que este tipo de daño a la persona tiene la virtud de agrupar y describir las consecuencias de la lesión de diversos aspectos de la esfera del individuo. En síntesis: el daño existencial lesiona la realización personal del ser humano²¹⁷.

En este orden de ideas, acreditada doctrina ha sostenido²¹⁸ que el *mobbing* se presenta como un nuevo sector de los daños existenciales. En Italia le permiten a la formante jurisprudencial crear desincentivos monetarios cuyo propósito sea impedir que surjan conductas productoras de *mobbing*.

La legislación no ha permanecido indiferente a este panorama. En efecto, en el Parlamento italiano se han propuesto diversos proyectos de ley para enfrentar el fenómeno. Puede citarse el proyecto de ley 1813 presentado el 9 julio de 1996, con el título de "normas para la represión del terrorismo psicológico en los centros de trabajo". Su finalidad era "prever el delito de *mobbing* y perseguir penalmente este comportamiento, equiparándolo a un delito contra la persona y contra la sociedad"²¹⁹.

También el proyecto de ley 6410 "Benvenuto", llamado así por su impulsor, que recoge muchos de los aspectos del proyecto de ley 1813.

El proyecto de ley 4313 presentado al Senado y que tenía por objetivo la información, la prevención y la posibilidad concreta de la *restitutio*

²¹⁴ MONATERI, *Rapporto sul mobbing*, cit., pág. 37.

²¹⁵ MONATERI, *Manuale della responsabilità civile*, Torino, Utet, 2001, pág. 201.

²¹⁶ FRANCESCO BILOTTA, "Il prisma del danno non patrimoniale", en *Responsabilità civile e previdenza*, fasc. 4-5, año LXX, Milano, Giuffrè Editore, 2005, pág. 1113.

²¹⁷ PATRIZIA ZIVIZ y FRANCESCO BILOTTA, "Danno esistenziale: forma e sostanza", en *Responsabilità civile e previdenza*, fasc. 6, año LXIX, Milano, Giuffrè Editore, 2004, pág. 1311.

²¹⁸ MONATERI, *Rapporto sul mobbing*, cit., pág. 36.

²¹⁹ MONATERI, *Rapporto sul mobbing*, cit., pág. 42.

in integrum de las capacidades de la víctima, para su plena recuperación psicológica, social y laboral.

Asimismo, en el proyecto de ley Ripamonti, 266 de 21 de junio de 2001, plantea una definición de *mobbing* como la acción dirigida explícitamente a dañar la posición del trabajador y que tiene un carácter sistemático, duradero e intenso. En este proyecto, la instigación es considerada equivalente a la comisión del hecho dañoso²²⁰.

Como conclusión, cabe afirmar que la finalidad de los diversos proyectos italianos sobre el fenómeno *mobbing* es sancionar el comportamiento lesivo, generador de estas situaciones peyorativas. En efecto, no parece difícil establecer una coordinación entre los ellos que conduzca a una solución represiva eficiente desde el punto de vista de la presencia mínima ex ante de los riesgos del *mobbing*²²¹.

5.3. *En España*. Continuando con el estudio comparativo de las experiencias jurídicas, España aporta diversos elementos que nos acercan a su visión más completa. En efecto, en este país los partidos políticos y sindicatos han comenzado a debatir y a tomar posiciones para hacer frente a esta problemática. En el Congreso español, el grupo parlamentario socialista (PSOE) ha solicitado al gobierno que adopte medidas preventivas para evitar el acoso moral en el trabajo. Asimismo, el PSOE ha planteado al gobierno que incluya al *mobbing* en el catálogo de enfermedades profesionales y lo equipare a las sanciones graves derivadas del incumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales²²². En igual sentido, el Sindicato Único de Trabajadores (UGT) ha propuesto medidas para que el acoso psicológico en el trabajo sea tipificado como delito. En efecto, este sindicato propone que el acoso moral sea identificado y reconocido en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sea reconocido como enfermedad profesional y accidente de trabajo en la Ley de Seguridad social. Asimismo, ha solicitado que el *mobbing* sea considerado vulneración de los derechos fundamentales en el Estatuto de los trabajadores e incluido en la Ley de Procedimiento Laboral, de forma tal que pueda originar un derecho a indemnización si produce consecuencias psicológicas y psicosomáticas, y la nulidad del despido si se produce.

²²⁰ MONATERI, *Rapporto sul mobbing*, cit., pág. 44.

²²¹ MONATERI, *Rapporto sul mobbing*, cit., pág. 47.

²²² MARGARITA MARTÍN y SOFÍA PÉREZ DE GUZMÁN, “El acoso moral en el trabajo: la construcción social de un fenómeno”, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 20, núm. 2, 2002, pág. 274.

En el ordenamiento jurídico español no existe todavía ningún tratamiento específico sobre el *mobbing*, pero si existen normas cuyo alcance genérico permite afrontar este tipo de situaciones. No obstante lo expresado, estas medidas legales se muestran insuficientes para proteger a los trabajadores con las garantías precisas, máxime cuando las estadísticas sobre el fenómeno son escalofriantes y las consecuencias negativas lo convierten en un problema de amplia repercusión social²²³.

Particularmente, la jurisprudencia española entiende el *mobbing* como una forma de acoso en el trabajo en el que una persona o un grupo de personas se comportan abusivamente con palabras, gestos o maneras que atenten contra los empleados, con la consiguiente degradación del clima laboral²²⁴. Respecto a las modalidades del *mobbing*, la jurisprudencia ha expresado que su desarrollo se lleva a cabo mediante las relaciones interpersonales que crea el contexto del trabajo y, por tanto, sus formas de expresión presenta múltiples conexiones con la relación jurídica entre empresario-trabajador que configura el contrato laboral²²⁵.

Respecto a las consecuencias del *mobbing*, la jurisprudencia ha sostenido, en un caso de suicidio del trabajador producto de esta situación, que “el fallecimiento del trabajador fue consecuencia directa de la gravísima depresión en que vivía sumido y esta tuvo su origen e inicio en la decisión, por parte del empleador, del cambio del puesto de trabajo, por lo que el nexo causal entre la enfermedad (y suicidio) y el trabajo ha quedado plenamente establecido, sin que la recurrente haya aportado prueba alguna que desvirtuara o rompiera tal relación”²²⁶.

6. *El mobbing y el sistema jurídico peruano.* En la experiencia peruana es prácticamente nulo el interés de los estudiosos sobre este problema. Es más, se podría decir que salvo los trabajos del Dr. CARLOS BLANCAS BUSTAMANTE²²⁷ y del prof. LEYSSER LEÓN HILARIO²²⁸, nada serio se ha escrito en el país.

²²³ MARTÍN Y PÉREZ DE GUZMÁN, “El acoso moral en el trabajo: la construcción social de un fenómeno”, cit., pág. 280.

²²⁴ Sent. 143 de 2001 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 30 abril 2001.

²²⁵ Sent. 238 de 2001 del Juzgado de lo Social de Madrid, núm. 33 de 18 junio 2001.

²²⁶ Sent. 4711 de 2001 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 30 mayo 2001.

²²⁷ CARLOS BLANCAS BUSTAMANTE, *El acoso moral en la relación de trabajo*, Lima, Palestra Editores, 2007.

²²⁸ LEYSSER LEÓN HILARIO, “Cómo leer una sentencia. A propósito de los retos de la responsabilidad civil frente a los daños por violencia psicológica en el centro de trabajo

Tampoco existe legislación especial sobre la materia. No obstante, por medio de diversas disposiciones normativas se puede hacer frente a este fenómeno. En efecto, tenemos el siguiente marco normativo:

En la Ley General de Salud, 26.842, se establece en su artículo 100 que se deben “adoptar las medidas necesarias para garantizar la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores y de terceras personas en sus instalaciones o ambientes de trabajo”. Asimismo, el Decreto Supremo 009-2005-TR, “Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo”, establece los principios de protección, prevención, responsabilidad, cooperación, información y atención integral hacia el trabajador, los cuales deben tenerse presente al afrontar los casos de *mobbing*.

Particularmente, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo 003-97-TR, establece en su artículo 30 los comportamientos tipificados como hostiles en el ambiente de trabajo:

- El traslado del trabajador a un lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio;
- La inobservancia de medidas de higiene y seguridad que pueda afectar o poner en riesgo la vida o la salud del trabajador;
- El acto de violencia o la falta grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia;
- Los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma;
- Los actos contra la moral y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador.

Esperamos que en un futuro cercano los formantes doctrinarios, legislativos y jurisprudenciales en Perú tomen conciencia de la importancia de estudiar, legislar, y resolver en forma seria y atenta los comportamientos y situaciones productoras de *mobbing*.

7. *Balance*. El fenómeno *mobbing* es una realidad que exige una respuesta contundente del ordenamiento jurídico donde se presente, pues el ente lesionado no es una cosa o un objeto, es una persona, es decir, un *ser libertad* que es el fin supremo de la sociedad y del Derecho.

Es necesario crear una política clara de prohibición del acoso en el trabajo, que el personal tenga conocimiento lo que es el acoso y como

(*mobbing*)”, en *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, 2ª ed., corregida y aumentada, Lima, Jurista Editores, 2007.

combatirlo, que se difundan los procedimientos de respuesta frente al acoso, que se prescriban y se hagan cumplir los procedimientos que usaría la empresa frente a los acosadores.

En síntesis, que se detenga el acoso laboral, en sus múltiples expresiones y se brinde respuesta inmediata y apoyo a la víctima del mismo. Y que el trabajador retorne a ser el centro de toda imposición de juridicidad²²⁹.

C) *El “daño a la libertad” o “daño al proyecto de vida” como voz radical del daño a la persona*

El “daño al proyecto de vida” o “daño a la libertad fenoménica” es uno de los diversos y múltiples daños que se pueden causar a la persona en cuanto ente “psicosomático constituido y sustentado en su libertad”. Resulta ser el daño más grave que, aparte de la muerte, se le puede infringir al ser humano²³⁰. Ello se explica y justifica porque afecta, en diverso grado e intensidad, su libertad constitutiva. Libertad que es su propio ser como su manera de proyectarse en el mundo en el cual vive la persona humana. Libertad que nos hace ser lo que somos: seres humanos.

En efecto, el “daño al proyecto de vida” es un daño actual que compromete el futuro. Es un daño cierto y continuado. Su más grave efecto es el de generar en el sujeto, en ciertos casos extremos, un vacío existencial por la pérdida de razón de ser que experimenta su vida.

Asimismo, son diversas las consecuencias que aparecen como derivación o consecuencia de tan singular modalidad de “daño a la persona”. El ser humano afectado en su libertad fenoménica o “proyecto de vida” se sume en un estado de explicable desorientación, de depresión, de pérdida de seguridad y confianza en sí mismo, de ausencia de metas. A raíz de dicho daño para el sujeto afectado desaparecen aspiraciones, metas, proyectos, su proceso de realización personal. El sujeto dejó de “ser” y “hacer” con su vida, en su vida, lo que se había propuesto, lo que le daba sentido o razón de ser a su existencia. La angustiada situación que lo invade puede conducirlo a la evasión mediante la adicción a las drogas o, en un caso límite, al suicidio.

²²⁹ OSVALDO R. BURGOS, *Será ficción. De Hamlet, Nietzsche y la (in) justicia del ser representado. El Derecho en la sociedad desestructurada*, Rosario, Estudios de Pensamiento Jurídico Occidental, 2008, pág. 156.

²³⁰ FERNÁNDEZ SESSAREGO, “Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”, en *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, tomo IV, págs. 770 y ss.

D) *El “daño al proyecto de vida” como un daño objetivo, cierto y futuro*

El daño al proyecto de vida incide sobre la libertad del sujeto a realizarse según su propia libre decisión. En efecto, es un daño de tal magnitud que afecta 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 existencia²³¹.

Por ello, es 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, transitoria ni permanente, 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 durante su transcurrir vital.

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 efecto, en ambas situaciones se trata de un daño futuro-cierto que debe ser reparado en tanto que su materialización sea verosímil. El “daño al proyecto de vida” es objetivo, susceptible de ser apreciado por cualquiera que se adentra en la vida de una persona y observa las consecuencias de tal daño.

El “daño al proyecto de vida” no implica certeza, en sentido estricto. No obstante, no cabe duda de que por su importancia existencial, es previsible que, una vez producido, 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 percibir la existencia y magnitud del daño al proyecto de vida.

²³¹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Il risarcimento del “danno al progetto di vita”*, cit., pág. 874.

En consecuencia, 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.

En efecto, es esta la trascendencia, aún indebidamente valorada, que acarrea el daño al proyecto de vida. Solo en tiempos recientes, por acción del personalismo, se ha logrado conocer mejor y revalorizar al ser humano.

E) *Consecuencias del “daño al proyecto de vida”*

Las consecuencias del “daño al proyecto de vida”²³² 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 del 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.

a) *La frustración al “proyecto de vida”*. En efecto, el daño ocasionado a la persona a raíz de la frustración o truncamiento del proyecto de vida es un perjuicio de consecuencias generalmente inciertas, a menudo impredecibles, que dependen, por lo general, de ciertas características de la personalidad y de la intensidad vocacional de la víctima. Existen personas dotadas de fuerte personalidad, de voluntad tenaz, de visión optimista de la vida, poseedora de ciertas creencias religiosas, así como también encontramos otras que no poseen estas características, que son frágiles, que les resulta difícil asumir y superar un daño de tan seria magnitud. Existen personas que poseen una profunda vocación, cumplida en la realidad de sus vidas, una entrega integral a su servicio, que un daño de esta naturaleza les provoca un vacío existencial imposible de llenar, es decir, se muestran del todo incapaces de sustituirlo por otro proyecto ajeno totalmente a su vocación, a su interés, a sus habilidades.

Asimismo, puede resultar evidente que tratándose, por ejemplo, de un pianista de vocación, un concertista profesional, lo que vivencia profunda-

²³² Para toda esta sección se sigue a FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Los 25 años del Código Civil peruano de 1984*, págs. 567 y ss.

mente son valores estéticos muy definidos. Su vivencia le otorga sentido o razón de ser a su existencia. Sus esfuerzos están encaminados a ello, con tesón y perseverancia. Son numerosos los sacrificios y las privaciones que, a menudo, debe padecer un pianista que vive intensamente su vocación personal.

En efecto, la imposibilidad de llevar adelante el proyecto de vida hace que el pianista del ejemplo sienta un explicable vacío existencial como resultado de la pérdida del sentido de su vida. Las consecuencias de este daño, que lo acompañarán durante toda su existencia, no pueden confundirse con las derivadas de un daño psicosomático o con las que afectan su bienestar o salud integral, o con uno de los componentes del daño psíquico, de carácter emocional, como es el daño denominado “moral” (*pretium doloris*).

No todas las personas que sufren un daño de esta magnitud suelen encontrar un proyecto sustituto que llene su vida, que le otorgue el sentido que se ha perdido. Ello depende, en ciertos casos, de la personalidad de cada cual, de su fortaleza de carácter y de ánimo, que le permita encontrar otro destino a su vida. En otras situaciones la reacción puede también responder a la intensidad con que se vivió el proyecto frustrado, de la profundidad de su personal vocación.

b) *El menoscabo en el “proyecto de vida”*. No obstante, múltiples son las consecuencias que se pueden producir a raíz del menoscabo del proyecto de vida. En este caso, si bien no se produce la frustración total del proyecto de vida, se presentan situaciones en las cuales, como resultado del daño, la persona afectada no se encontrará en condiciones de cumplirlo plenamente, sino que experimentará un déficit en cuanto a su realización.

En efecto, podemos encontrar una situación de menoscabo, que linda con la frustración total del proyecto de vida, en el caso “María Elena Loayza Tamayo”, visto y sentenciado el 27 de noviembre de 1998 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La víctima, luego de haber sido injustamente encarcelada por cinco años, torturada y vejada, cuando fue puesta en libertad no se encontraba en condiciones psíquicas para continuar simultáneamente con su trabajo de profesora y de estudiante universitaria. Dado que la vida en el país se le hacía imposible, tuvo que irse a vivir en el extranjero. Su vida cambió y, con ello, también su proyecto de vida que no lo pudo continuar como lo tenía previsto antes del daño sufrido.

La Corte determinó 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 el que se había desenvuelto, en condiciones de soledad, penuria económica y severo quebranto físico y psicológico. Obviamente, este 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 esta alcance las metas de carácter personal, familiar y profesional que razonablemente pudo fijarse”.

Como conclusión del análisis del caso, la Corte “reconoce la existencia de un grave daño al «proyecto de vida» de María Loayza Tamayo, derivado de la violación de sus derechos humanos”.

En las condiciones en que quedó la víctima, descritas en detalle por la Corte, ella no podía retomar su proyecto de vida. Aún más, es dudoso que pudiera continuar con él pues, como lo indica la Corte, los daños sufridos “han alterado en forma grave y probablemente irreparable la vida de la señora Loayza Tamayo, e impedido que esta alcance las metas de carácter personal, familiar y profesional que razonablemente pudo fijarse”. Por lo expuesto, se comprende que la situación de menoscabo de su proyecto de vida linda con su frustración.

c) *El retardo en el “proyecto de vida”*. El daño a la libertad fenoménica o daño al “proyecto de vida” no solo tiene como consecuencias su frustración o su menoscabo, sino también las que se generan por el retardo en su cumplimiento. Esta especial circunstancia puede tener varios orígenes. Por ejemplo, puede ocurrir, que se deba a una injusta detención o a un daño que causó que la persona se vea obligada a un prolongado período de recuperación de su salud. En esta, u otras parecidas circunstancias, la víctima puede, luego de este período de inmovilidad, recuperar el tiempo perdido, el retardo sufrido, y reemprender el cumplimiento de su proyecto de vida. En todo caso, el proyecto ha sufrido mayor o menor demora en su cumplimiento. Ello representa un daño que se debe ponderar y reparar.

5. LA CLASIFICACIÓN DEL DAÑO A LA PERSONA EN FUNCIÓN DE SUS CONSECUENCIAS

Esta clasificación del daño a la persona no atiende a la naturaleza del ente dañado, determinante de los criterios y técnicas que se deben emplear

para su reparación, sino al tipo de consecuencias que pueden derivarse del daño producido. Los daños, según sus consecuencias, se pueden dividir en daños patrimoniales o no personales y daños extrapatrimoniales o personales. Los primeros, son los que generan consecuencias apreciables en dinero o cuando el objeto dañado puede ser sustituido por otro de idéntica naturaleza. Los daños extrapatrimoniales o personales son aquellos que no son mensurables en dinero en forma inmediata y directa.

En efecto, el “daño a la persona” genera, indistintamente, daños patrimoniales o extrapatrimoniales, según el aspecto de su estructura existencial que ha sido dañada. Por ende, no se puede asimilar la noción de “daño a la persona”, que tiene que ver con la naturaleza del ente dañado, con la noción de daño extrapatrimonial, como equivocadamente sostiene un amplio sector de la doctrina.

Ciertamente, si una persona sufre un daño a raíz de un accidente de tránsito, el hecho generará consecuencias de carácter patrimonial, como el daño emergente representado por los diversos gastos en que ha incurrido la víctima en el proceso de su curación, así como el lucro cesante por lo dejado de percibir durante el tiempo en que estuvo inhabilitada para el trabajo, de presentarse el supuesto. Pero, simultáneamente, también deben tenerse en cuenta las lesiones inferidas como, por ejemplo, la pérdida de una mano. Esta consecuencia no es mensurable en dinero, comoquiera que las partes del cuerpo humano carecen de valor en el mercado, por lo que el monto de su reparación se debe fijar, según criterios y técnicas adecuadas, acudiendo a lo señalado indicativamente en los baremos o tablas de infortunios, ahí donde las hubiere.

En consecuencia, es de suma importancia para los efectos de reparar las lesiones a la persona, lograr la confección de dichos baremos, tarifarios o tablas de infortunios. Ello es indispensable para evitar el fenómeno anárquico, cuando los jueces, al no contar con un tarifario indicativo, fijan equitativamente reparaciones en dinero muy distantes una de otras en cuanto a su magnitud.

6. EL DAÑO A LA PERSONA Y SU INCORPORACIÓN AL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984

En la experiencia peruana, el “daño a la persona” comprende dos categorías que responden a la estructura ontológica del ser humano: a) el daño psicosomático (daño al *soma* y daño a la *psique*, con recíprocas reper-

usiones) y b) el daño a la libertad fenoménica o “proyecto de vida”. Por consiguiente, estas dos categorías incluyen 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 por el Prof. CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO y que se remontan al año de 1985²³³, fue propuesto en Perú y de allí se extendió al continente sudamericano²³⁴.

En efecto, el modelo peruano de “daño a la persona” se inspira en el modelo italiano²³⁵ pero al no tropezar con los problemas legislativos que encontró el modelo peninsular por obra del artículo 2059 de su Código Civil, ha tenido la 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 por lo que considera tan solo dos categorías de “daño a la persona”. La primera 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 el mundo exterior, en el que se encuentran instaladas las relaciones de conductas humanas intersubjetivas.

Por consiguiente, esta libertad fenoménica, que supone la concreción ontológica a través de actos o conductas intersubjetivas del ser humano, está dirigida 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 obstante lo expresado, el modelo peruano también tropezó con una legislación preexistente sobre el derecho de daños en la que solo se indemnizaban los daños materiales —daño emergente, lucro cesante— y el mal llamado “daño moral” que, histórica y tradicionalmente,

²³³ FERNÁNDEZ SESSAREGO, “El daño a la persona en el Código Civil de 1984”, en *Libro Homenaje a José León Barandiarán*, Lima, Editorial Cultural Cuzco, 1985. Reproducido en el libro del mismo jurista *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, Lima, Universidad de Lima, 1990.

²³⁴ SHERALDINE PINTO OLIVEROS, “El daño a la persona en América Latina: entre circulación de ideas y substratos locales”, en *La responsabilidad civil*, Biblioteca “Observatorio de Derecho Civil”, vol. III, Lima, Motivensa Editora Jurídica, 2010, pág. 143.

²³⁵ FERNÁNDEZ SESSAREGO, “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*, Lima, Editorial Cuzco, 1986, págs. 251 y ss.

se ha identificado con el dolor, con el sufrimiento. En efecto, 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 solo un aspecto del daño psíquico en cuanto perturbación psicológica de carácter emocional, no patológico, que se manifiesta en dolor, sufrimiento, indignación, rabia, temor, entre otras manifestaciones emocionales.

Como nos indica el Prof. FERNÁNDEZ SESSAREGO²³⁶, 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 peruano vigente, así como de todos los demás artículos donde se encuentra esta voz de daño.

En efecto, el no haber podido eliminar del Código Civil de 1984 el concepto de “daño moral” trae como consecuencia 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 psicológico específico, como es el llamado “daño moral”. No fue posible, cuando se elaboró el Código Civil, que se comprendiera el concepto científico de daño “moral”, es decir y como se ha resaltado, como daño emocional, de carácter psíquico no patológico. Dentro de esta concepción, el denominado “daño moral” se incorpora, dentro de una adecuada sistemática, dentro del genérico “daño a la persona” como un específico daño “psicosomático”.

²³⁶ FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Los 25 años del Código Civil peruano de 1984*, cit., págs. 497 y ss.

CAPÍTULO III

EL “DAÑO AL PROYECTO DE VIDA” Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

1. EL “DAÑO AL PROYECTO DE VIDA” COMO CONTRIBUCIÓN AL SISTEMA JURÍDICO LATINOAMERICANO

El único Código Civil latinoamericano que se refiere expresamente a la reparación del genérico “daño a la persona” y, por ende, del “daño al proyecto de vida” es el peruano de 1984. El artículo 1985 prescribe que la indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, “incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral”. Como se aprecia, la reparación del “daño a la persona” no está sujeta a limitación o restricción alguna, a diferencia de los otros casos en que la codificación comparada si los establece.

La amplitud con la cual en el mencionado artículo 1985 se trata la reparación del “daño a la persona”, permite al juez reparar tanto las consecuencias de los daños que afectan a la unidad psicosomática como aquellas que frustran, menoscaban o retardan el cumplimiento del “proyecto de vida”. El juez peruano, además, se halla en capacidad de reparar cualquier daño a la persona, esté o no expresamente considerado en el ordenamiento jurídico positivo. En efecto, el artículo 3º de la Constitución de 1993 otorga al juez la posibilidad de reparar las consecuencias de cualquier daño a la persona que encuentre su fundamento en su propia dignidad.

Es pertinente señalar que, en el literal b) del artículo 1600 del proyecto de Código Civil de la República Argentina de 1998, se consideraba, de manera expresa, el “daño al proyecto de vida”. En dicho literal se establece que el daño extrapatrimonial comprende, entre otros, “al que interfiere en el proyecto de vida”. La Comisión que elaboró dicho proyecto y que aprobó esa disposición la integraron los conocidos y reconocidos profesores HÉCTOR ALEGRÍA, ATILIO ANÍBAL ALTERINI, JORGE HORACIO ALTERINI, MARÍA JOSEFA MÉNDEZ COSTA, JULIO CÉSAR RIVERA y HORACIO ROITMAN.

Asimismo, el actual Código Civil y Comercial argentino en el artículo 1738 establece que: “La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de su interferencia en *su proyecto de vida*” (resaltado nuestro). Esto muestra que el daño a la persona y que su modalidad del daño al proyecto de vida, tienen carta de ciudadanía en los sistemas jurídicos latinoamericanos.

2. EL “DAÑO AL PROYECTO DE VIDA” EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA

Como ha destacado el Prof. FERNÁNDEZ SESSAREGO¹, la Corte Interamericana de Derechos Humanos captó con rapidez, y aplicó en varias de sus sentencias de reparaciones, el nuevo concepto de “daño al proyecto de vida”. El positivo interés de los magistrados de aproximarse a una reparación integral de las consecuencias de los daños injustos causados a las personas, no solo en el ámbito de su unidad psicosomática sino también en su libertad, así como la calidad jurídica y la sensibilidad de sus magistrados hizo posible que, en 1998, se incorporara a su jurisprudencia la institución del “daño al proyecto de vida”.

Por ende, es necesario resaltar el importante aporte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el desarrollo del “daño al proyecto de vida”, que ha contribuido a perfilar y enriquecer esta nueva institución destinada a la protección integral de la persona humana.

En efecto, para los jueces de la Corte Interamericana la protección del “proyecto de vida” es el resultado de un “repensamiento” de la integralidad de la persona y de su realización como ser humano. Repensar la integralidad de la persona humana significa descartar erróneas concepciones sobre la estructura existencial del ser humano, que lo asimilaba a un animal racional, y asumir otra acorde con su realidad en la cual se

¹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, “Trascendencia y reparación del “daño al proyecto de vida” en el umbral del siglo XXI”, en *La responsabilidad civil*, cit., pág. 211.

le muestra como un ente cuyo ser es *libertad*, lo que origina la presencia de un ser espiritual, en unidad con su estructura psicosomática.

3. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA SOBRE EL "DAÑO AL PROYECTO DE VIDA"

Sobre cómo y cuándo la Corte Interamericana de Derechos Humanos incorporó en su jurisprudencia el "daño al proyecto de vida", el Prof. FERNÁNDEZ SESSAREGO, creador de la categoría, nos advierte que es necesario recurrir al testimonio que nos ofrece ÓSCAR L. FAPPIANO, quien fuera, al expedirse la primera sentencia de reparaciones en el caso "María Elena Loayza Tamayo", Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que presentó, conjuntamente con la representante de la víctima, la correspondiente demanda contra el Estado peruano².

En efecto, FAPPIANO, en un artículo sobre la materia³, nos narra la activa y decisiva participación que asumió, como Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el mencionado asunto. Al respecto nos indica el autor: "como delegado de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso citado, tuve la responsabilidad de plantear, juntamente con la representante de la víctima, la cuestión atinente a la reparación del daño al proyecto de vida, siendo la primera vez que se efectuaba ante un tribunal supranacional". Según nos revela su testimonio, fue mediante la acción conjunta del Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la representante de la víctima, la profesora peruana Carolina Loayza Tamayo, como se planteó ante la Corte Interamericana la necesidad de reparar las consecuencias del "daño al proyecto de vida" causadas a María Elena Loayza Tamayo. FAPPIANO deja constancia de que aquella fue la primera vez que tal planteamiento se hizo ante un tribunal supranacional.

FAPPIANO también nos informa que, para fundamentar la demanda referente a la reparación de las consecuencias del daño al proyecto de vida, "tuvo a la mano alguno de los muchos trabajos que sobre el particular tiene editados el Prof. CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO", reconociendo al maestro peruano como el mentor intelectual del "daño al proyecto de vida". Con esta declaración, FAPPIANO, probablemente pretendió, ante el

² FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Los 25 años del Código Civil peruano de 1984*, cit., pág. 583.

³ ÓSCAR L. FAPPIANO, "El daño al proyecto de vida en proyecto de Código Civil de la República Argentina", en *Revista Abogados*, año IV, núm. 7, Lima, 2002, pág. 16.

silencio de la Corte Interamericana, reivindicar la autoría de dicha nueva institución jurídica. Recuerda, así mismo, que el “daño a la persona”, categoría a la que pertenece el “daño al proyecto de vida”, se encuentra consagrado en el Código Civil peruano, y que también aparece previsto en el Anteproyecto de reforma del Código Civil argentino de 2012.

El silencio de la Corte Interamericana en lo que se refiere a reconocer la autoría del concepto de “daño al proyecto de vida” que incorpora a su jurisprudencia, es también advertido por ANA SALADO OSUNA, profesora de la Universidad de Sevilla. En efecto, cabe recordar lo expresado en su libro *Los casos peruanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*; al mencionar dicho acontecimiento, reconoce que el daño al proyecto de vida, “en materia de reparaciones es de nuevo cuño en la jurisprudencia de la Corte [Interamericana de Derechos Humanos] y tiene su origen ante esta en la petición formulada por la señora Loayza Tamayo y la Comisión [Interamericana de Derechos Humanos]”. Pero, agrega que no obstante el que “sostengamos que es de «nuevo cuño en la jurisprudencia de la Corte», no significa que haya sido la creadora del concepto daño al proyecto de vida, pues lo cierto es que el mentor intelectual del mismo es el Prof. CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO”⁴.

Asimismo, HÉCTOR FAÚNDEZ LEDESMA confirma lo expresado por ÓSCAR L. FAPPIANO y por ANA SALADO OSUNA cuando sostiene que la Corte Interamericana, al reconocer la existencia y consecuencias de la nueva figura jurídica del “daño al proyecto de vida”, “se basó en la doctrina más reciente, que ha distinguido entre las distintas manifestaciones del daño a la persona, como un concepto más amplio que el daño moral, el cual solo sería una especie del primero”. Agrega que, la representante de la víctima se basó en los trabajos del maestro peruano FERNÁNDEZ SESSAREGO, a “quien se debe el desarrollo de este importante aporte doctrinario”⁵.

Lo expresado por FAPPIANO, SALADO y FAÚNDEZ, se debió, probablemente, a que varios autores, que desconocían los antecedentes por ellos revelados, atribuían a la Corte Interamericana de Derechos Humanos la autoría del “daño al proyecto de vida”, dejando en claro que su creación se produjo en Perú.

⁴ ANA SALADO OSUNA, *Los casos peruanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Trujillo, Editorial Normas Legales, pág. 431.

⁵ HÉCTOR FAÚNDEZ LEDESMA, *El sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999, pág. 520.

4. LA CONCEPCIÓN DEL "DAÑO AL PROYECTO DE VIDA" EN LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE INTERAMERICANA

En diversos casos la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce y repara las consecuencias del "daño al proyecto de vida". La Corte precisa y distingue este daño de otros como el "daño emergente" y el "lucro cesante". Asimismo, sostiene que dicho daño es una noción diferente del "daño emergente" y del "lucro cesante". Refiriéndose al "daño al proyecto de vida" afirma que este "no corresponde a la afectación patrimonial derivada inmediata y directamente de los hechos como sucede en el «daño emergente». Por lo que hace al «lucro cesante», corresponde señalar que mientras que este se refiere en forma exclusiva a la pérdida de ingresos económicos futuros, que es posible cuantificar a partir de ciertos indicadores mensurables y objetivos, el denominado «proyecto de vida» atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas"⁶.

Según la Corte, el "daño al proyecto de vida" se "asocia al concepto de realización personal"⁷. En efecto, el cumplimiento del proyecto de vida supone que el ser humano se ha realizado, que ha alcanzado y cumplido lo que determinó hacer con su vida.

La Corte reconoce que 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 difícilmente reparable"⁸.

Entre los casos referidos al "daño al proyecto de vida" podemos mencionar los de "María Elena Loayza Tamayo", "Cantoral Benavides", los "Niños de la Calle", "Gutiérrez Soler", "Gómez Paquiyauri", entre otros.

A) *La sentencia en el caso "María Elena Loayza Tamayo"*

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha acogido plenamente el "daño al proyecto de vida". En varias sentencias precisa y desarrolla en términos muy convincentes esta nueva figura jurídica.

⁶ Caso "Loayza Tamayo", sentencia de reparaciones, párr. 147.

⁷ Caso "Loayza Tamayo", sentencia de reparaciones, párr. 148.

⁸ Caso "Loayza Tamayo", sentencia de reparaciones, párr. 150.

ÓSCAR L. FAPPIANO, quien fuera Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, planteó por primera vez ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la necesidad de reparar el “daño al proyecto de vida” en el caso de “María Elena Loayza Tamayo”. Al respecto expresa que como delegado de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso citado, “tuve la responsabilidad de plantear, juntamente con la representante de la víctima, la cuestión atinente a la reparación del daño al proyecto de vida, siendo la primera vez que se efectuaba ante un tribunal supranacional”⁹. La representante a que hace alusión FAPPIANO es la jurista peruana CAROLINA LOAYZA TAMAYO, quien argumentó en el caso en cuestión que se había producido un “daño al proyecto de vida” de la víctima, el que requería ser reparado.

La Corte, en el lúcido y documentado fallo de reparaciones dictado en el caso “María Elena Loayza Tamayo”, de 27 de noviembre de 1998, al referirse en su punto 147 al “daño al proyecto de vida” sostiene que “se trata de una noción distinta del «daño emergente» y el «lucro cesante»”. Asimismo, al mencionar los alcances de estos daños y al compararlos con el “daño al proyecto de vida” expresa en dicho pronunciamiento que “el denominado «proyecto de vida» atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas”.

De este modo, se efectúa un claro deslinde entre los daños materiales y el radical daño al “proyecto de vida” que tiene el hondo significado de la frustración del destino de la persona. Es expresivo el juicio vertido por la Corte en el sentido que el proyecto de vida “atiende a la realización integral de la persona afectada”. Vale decir, que el proyecto de vida constituye la razón de ser de la existencia de la persona, que es su realización como ser humano.

En el punto 148 de la mencionada sentencia, la Corte Interamericana precisa que “el «proyecto de vida» se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone”. Y en el punto 149 agrega que los hechos que constituyen el daño al proyecto de vida “cambian drásticamente el curso de la vida, imponen circunstancias

⁹ FAPPIANO, *El daño al “proyecto de vida” en el Proyecto de Código Civil de la República Argentina frente al derecho internacional de los derechos humanos*, cit., pág. 16.

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 llevarlos a cabo con probabilidades de éxito". En estas apreciaciones la Corte pone de manifiesto que el "proyecto de vida" constituye la realización personal del sujeto que, de sufrir cualquier daño, cambia drásticamente el destino de la persona. Se señala, con acierto, la importancia que tienen las opciones con las que cuenta la persona humana para decidir sobre su proyecto de vida¹⁰.

Al respecto, la Corte sostiene que "es razonable afirmar que los hechos violatorios de derechos impiden u obstruyen seriamente la obtención del resultado previsto y esperado, y por ende alteran en forma sustancial el desarrollo del individuo". El Tribunal afirma en su importante pronunciamiento que 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". La Corte destaca las reales consecuencias del daño al proyecto de vida, al sostener que "implica la pérdida o el grave menoscabo en lo concerniente a la realización personal. Es importante señalar, que un daño de esta naturaleza, es de tal trascendencia y radicalidad, desde que su consecuencia es de tal magnitud que es irreparable o muy difícilmente reparable".

En efecto, la Corte advierte que la reparación del "daño al proyecto de vida" "se acerca más aún a la situación deseable, que satisface las exigencias de la justicia: plena atención a los perjuicios causados ilícitamente, o bien puesto en otros términos, se aproxima al ideal de la *restitutio in integrum*". Con esta expresión, la Corte resume y deja elocuente constancia de lo que representa y significa la reparación de un daño de la magnitud de aquel que incide en el "proyecto de vida".

En su voto parcialmente disidente, el juez Carlos Vicente de Roux Rengifo reconoce que la Corte "ha dado un paso adelante al considerar el daño al proyecto de vida como un rubro por tener en cuenta en ciertos casos de violación de los derechos humanos, y ha presentado una buena base conceptual para dar soporte a ese paso". La expresión de De Roux Rengifo es de destacar en el sentido que considera que la protección de la libertad, hecha "proyecto de vida", es básica para la protección del ser humano.

¹⁰ FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Los 25 años del Código Civil peruano de 1984*, cit., pág. 586 y ss.

Por su parte, los magistrados ANTONIO A. CANÇADO TRINDADE y ALIRIO ABREU BURELLI¹¹, en su voto razonado conjunto establecen los alcances del “proyecto de vida”. Expresan al respecto: “Entendemos que el proyecto de vida se encuentra indisolublemente vinculado a la libertad, como derecho de cada persona a elegir su propio destino”. Esta afirmación evidencia que la Corte ha comprendido a plenitud que el “proyecto de vida” es la libertad fenomenalizada, volcada hacia el exterior, hecha acto o conducta. La realización del “proyecto de vida” se encuentra, como manifiestan los citados magistrados, “indisolublemente vinculado a la libertad”.

Luego de tan interesantes y profundas reflexiones sobre lo que significa el “daño al proyecto de vida”, la Corte concluye reconociendo “la existencia de un grave daño al «proyecto de vida» de la recurrente, María Elena Loayza Tamayo. No obstante este hecho la Corte, inexplicablemente, no procedió a reparar dicho daño, de carácter objetivo, mientras que, por otro lado, sí lo había hecho tratándose de un daño subjetivo como es el llamado “daño moral”. La razón que aduce, como consta en el punto 153 de la sentencia, es la siguiente: “la evolución de la jurisprudencia y la doctrina hasta la fecha no permite traducir este reconocimiento en términos económicos, y por ello el Tribunal se abstiene de cuantificarlo”. Como se aprecia, no es imposible fijar un monto en dinero, en términos de equidad y a título puramente satisfactivo, para compensar el grave daño infligido a la víctima. Además, es sabido que existen otros medios de reparación que necesariamente no significan una erogación dineraria. En cualquier caso, es digno resaltar que la Corte en posteriores sentencias rectificó este punto de vista y procedió a reparar el “daño al proyecto de vida”¹².

El juez De Roux Rengifo, en su voto parcialmente disidente, se aparta de dicha resolución que, contradictoriamente, habiendo por un lado reconocido la existencia de un “grave daño” al proyecto de vida de María Elena Loayza Tamayo, dejara, por el otro, de repararlo por falta de precedentes. El magistrado distingue con acierto el “daño moral”, como un sufrimiento o dolor de carácter subjetivo, del “daño al proyecto de vida”, que es una modificación de orden objetivo “que suele prolongarse en el tiempo mucho más allá del momento en que cesan la aflicción o la congoja ocasionadas por el hecho dañino [...]”.

¹¹ FAÚNDEZ LEDESMA, *El sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, cit., pág. 522.

¹² FERNÁNDEZ SESSAREGO, “El daño al proyecto de vida en una reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista Themis*, núm. 39, Lima, 1999.

B) *La sentencia en el caso "Cantoral Benavides"*

En la sentencia de reparaciones recaída en el caso "Cantoral Benavides", de 3 de diciembre de 2001, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, rectifica el hecho de que, pese a haber reconocido la existencia de un grave daño al proyecto de vida de María Elena Loayza Tamayo, se había abstenido de repararlo, cumple con establecer precisas reparaciones¹³.

El Tribunal considera que los hechos de violación de sus derechos ocasionaron una "grave alteración del curso que normalmente habría seguido la vida de Luis Alberto Cantoral Benavides". En el punto 60 de la sentencia la Corte reconoce 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 formación y a su trabajo como profesional". El cuadro sintéticamente descrito por la Corte la lleva a concluir que "todo esto ha representado un serio menoscabo para su «proyecto de vida»".

En efecto, es necesario destacar que la Corte reitera su reconocimiento del "daño al proyecto de vida", situación que acarrea graves consecuencias para la persona de la víctima. En el caso bajo análisis, establece que se ha producido un serio menoscabo para el proyecto de vida de Cantoral Benavides. Bien vale la pena puntualizar que en el presente caso la Corte alude a un "menoscabo" en el proyecto de vida de la víctima. Es decir, que se trata de un daño que si bien no logra alcanzar las devastadoras consecuencias de su frustración, por lo que no compromete radicalmente el proyecto de vida, lo menoscaba, lo debilita, le resta fuerza, lo retarda.

Asimismo, la Corte, en lo que concierne a las reparaciones que han de fijarse por daños al proyecto de vida, al considerar que este se trata de un daño inmaterial, establece, en el punto 53 del fallo, que existen dos maneras que pueden adoptarse a fin de proceder a los fines de la reparación integral de las víctimas. En primer lugar, ella se produce mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, "que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad". En segundo lugar, las reparaciones pueden establecerse "mediante la realización de actos u obras de alcance

¹³ FERNÁNDEZ SESSAREGO, "El daño al proyecto de vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, Editorial Civitas, 2003.

o repercusión públicos que tengan efectos como la recuperación de la memoria de las víctimas, el restablecimiento de su dignidad, la consolación de sus deudos o la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de los derechos humanos de que se trata y de compromisos con los esfuerzos tendientes a que no vuelan a ocurrir”.

Es importante destacar los novedosos criterios y pautas que menciona la Corte Interamericana para reparar los daños cuyas consecuencias no son traducibles en dinero en forma directa e inmediata. De este modo, la Corte muestra a los jueces carentes de imaginación creadora un camino que se debe seguir en las situaciones en que se deban reparar los daños que califica de inmateriales. Se trata de un valioso aporte de la Corte Interamericana que los magistrados de todos los niveles no deberían desaprovechar.

En el punto 57 de su pronunciamiento, la Corte también precisa que la sentencia de condena “puede constituir *per se* una forma de compensación del daño inmaterial”. No obstante lo expresado, la Corte estima que, dadas las graves circunstancias del caso, debe ordenar el pago de una compensación por concepto de daños inmateriales, conforme a la equidad”. Es también digno de destacar el recurso a la equidad del que también se vale la Corte para no dejar de proteger a las víctimas de graves daños a la persona, los que no encuentran traducción en dinero desde que se trata de bienes que están fuera del comercio de los hombres.

Entre las medidas de reparación adoptadas por la Corte, figura la de disponer que el Estado deje sin efecto, por las vías previstas por la legislación interna, la sentencia condenatoria de la Corte Suprema de Justicia de Perú. Del mismo modo, el Estado debe proceder a anular los antecedentes judiciales o administrativos, penales o policiales que existan en contra de Cantoral Benavides.

Asimismo, entre las medidas de satisfacción que se pueden otorgar a las víctimas, la Corte estimó que la sentencia, *per se*, constituye una forma adecuada de reparación, por lo que ordenó la publicación en el Diario Oficial y en otro diario de circulación nacional, por una única vez, de la parte resolutive de la sentencia sobre el fondo dictada el 18 de agosto del 2000.

En el punto 80 de la sentencia, la Corte consideró que la “vía más idónea para restablecer el proyecto de vida de Luis Alberto 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 como los gastos de manutención de esta última durante el período de tales estudios— en un centro de reconocida calidad académica escogido de común acuerdo entre la víctima y el Estado”.

Por último, la Corte ordena que el Estado peruano realice un desagravio público en reconocimiento de su responsabilidad en este caso “a fin de evitar que hechos como los de este caso se repitan”. Es una reparación en la cual el Estado, por una parte, se reconcilia con su pueblo por haber agraviado, injustamente, a uno de ellos y, por la otra, toma conciencia de la magnitud del delito cometido¹⁴.

C) *El caso “Niños de la calle”*

Los hechos ocurrieron en una época en la que existía en Guatemala “un patrón común de acciones al margen de la ley, perpetradas por agentes de seguridad estatales, en contra de los «niños de la calle». Esta práctica incluía amenazas, detenciones, tratos crueles, inhumanos y degradantes y homicidios como medio para contrarrestar la delincuencia y vagancia juvenil”.

Los hechos probados en la sentencia de fondo de la Corte, emitida el 19 de noviembre de 1999 demuestran que en este caso cinco jóvenes entre quince y veinte años fueron las víctimas. Estos jóvenes fueron secuestrados y torturados y, posteriormente, violentamente asesinados.

En lo que respecta a la indemnización por el daño al proyecto de vida, tanto los representantes de los familiares de las víctimas como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos alegaron que el daño al proyecto de vida debía indemnizarse como un rubro independiente. Manifestaron los representantes de los familiares de las víctimas que el derecho a la indemnización por el daño al proyecto de vida es un derecho de las víctimas, que en este caso por encontrarse difuntos, pasa al acervo hereditario.

Por su parte, el Estado guatemalteco alegó que dada la situación tan precaria en que se encontraban las víctimas, es posible que las víctimas no tuvieran ningún proyecto de vida, por lo que le solicitó a la Corte desestimar la petición de indemnizar por este tipo de daño.

La Corte consideró el daño al proyecto de vida como una clase de daño moral y no como una categoría independiente, como lo había hecho en el caso de María Elena Loayza Tamayo. En este caso, la Corte explica

¹⁴ FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Trascendencia y reparación del “daño al proyecto de vida” en el umbral del siglo XXI*, cit., pág. 212.

que el daño moral comprende “tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, como el menoscabo de valores muy significativos para las personas y otras perturbaciones que no son susceptibles de medición pecuniaria”.

El maestro peruano FERNÁNDEZ SESSAREGO explica que cuando la Corte menciona “el menoscabo de aquellos valores muy significativos para las personas” en realidad a lo que alude es al “daño al proyecto de vida”, elegido y orientado, precisamente, por aquellos valores que otorgan un rumbo y un sentido a la vida de cada ser humano¹⁵.

Llama la atención que en esta sentencia, dictada en mayo de 2001, la Corte confunda los conceptos de daño moral y proyecto de vida después de haberlos diferenciado tan claramente en la sentencia de reparaciones del caso “María Elena Loayza Tamayo”, que había dictado en noviembre de 1998. FERNÁNDEZ SESSAREGO¹⁶ manifiesta al respecto: “No deja de llamar la atención que la Corte, luego de distinguir claramente en la sentencia «María Elena Loayza Tamayo» y en la de «Luís Alberto Cantoral Benavides» el «daño moral» del «daño al proyecto de vida», varíe su criterio [...] e incluya dentro de la específica noción de «daño moral» el «daño al proyecto de vida»”. El jurista peruano, al referirse a este caso recuerda la diferencia que existe entre los conceptos de daño moral y daño al proyecto de vida: “el «daño moral», en cuanto agravio a los principios morales de la persona, tiene como notoria y efectiva consecuencia una lesión a la estructura psicosomática, de carácter preponderantemente psíquico-emocional, mientras que el «daño al proyecto de vida» —como lo reconoció la Corte y el juez CAÑADO TRINDADE tratándose de los casos «Loayza Tamayo» y «Luis Alberto Cantoral Benavides»— es un daño a la libertad de la persona, a su expresión fenoménica convertida en actos, en conductas las que son frustradas, menoscabadas o retardadas”¹⁷.

El juez CAÑADO TRINDADE emitió un voto razonado en el que reflexiona sobre la carencia de proyecto de vida de estos “Niños de la Calle” dadas las condiciones tan adversas en las que se desenvolvían y manifiesta que “En el presente caso de los «Niños de la Calle», las cinco víctimas directas, antes de ser privadas cruel y arbitrariamente de sus vidas, ya se encontraban privadas de crear y desarrollar un proyecto de vida (y de buscar un sentido para su existencia). Encontrábanse en las calles en

¹⁵ FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Los 25 años del código civil peruano de 1984*, cit., pág. 600.

¹⁶ *Idem, ibidem.*

¹⁷ *Idem, ibidem.*

situación de alto riesgo, vulnerabilidad e indefensión, en medio a la humillación de la miseria y a un estado de padecimiento equivalente a una muerte espiritual, al igual que millones de otros niños (en contingentes crecientes) en toda América Latina y en todas partes del mundo [...]”. Sin embargo, no se refiere a si es o no pertinente una indemnización por daño al proyecto de vida.

El juez de Roux Rengifo, en su voto razonado¹⁸ critica la sentencia de la Corte en dos sentidos. En primer lugar, dice que habría sido mejor que la Corte usara una expresión más genérica que la de daño moral, como daño inmaterial, para referirse a las alteraciones negativas a la situación de las personas que no son de carácter patrimonial; y que reservara el concepto de daño moral, para referirse a los sufrimientos causados por los hechos dañinos. Y en segundo lugar, subraya que en casos complejos es mejor dividir el daño moral en diferentes categorías y valorar la compensación de cada una por separado, en lugar de hacerlo todo en bloque como lo hizo la Corte en este caso. El magistrado sugiere escindir el daño moral en las siguientes categorías: por un lado los padecimientos psíquicos y físicos y, por otro, otros daños inmateriales: pérdida de la vida, destrucción del proyecto de vida, alteración de las condiciones emocionales por la pérdida de un pariente.

D) *Sentencia en el caso “Gutiérrez Soler”*

Wilson Gutiérrez Soler fue detenido arbitrariamente por la Policía Nacional de la República de Colombia; durante su detención fue terriblemente torturado, incluso sufrió quemaduras en sus órganos genitales y fue sometido a tratos crueles e inhumanos. Bajo tortura y violando todos los principios del debido proceso, fue entrevistado por empleados públicos y fue obligado a contestar todas las preguntas diciendo que sí, con el fin de hacerlo confesar sobre su participación en supuestos hechos delictuosos. A partir de esta declaración, se abrió un proceso en su contra, culpándosele el delito de extorsión. En este proceso, Gutiérrez Soler fue condenado, y luego absuelto después de apelar. A raíz de estos hechos el señor Gutiérrez Soler sufrió varias secuelas físicas y psicológicas. Como consecuencia de estas agresiones y amenazas en su contra, Gutiérrez Soler y algunos de sus familiares sufrieron de temor constante y daños psicológicos, a tal grado que se vieron muy perjudicados en las posibilidades de trabajar y de mantener a sus familias y además se vieron obligados a exiliarse.

¹⁸ *Idem, ibidem.*

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos interpuso una demanda contra el Estado colombiano, por haber violado los derechos a la libertad personal, a las garantías judiciales y a la integridad personal¹⁹. En esta demanda la Comisión señaló que “la impunidad de los responsables y la falta de reparación, transcurridos diez años de los hechos, no solo han destruido el proyecto de vida de Wilson Gutiérrez Soler y de los miembros de su familia, sino que han tenido un impacto negativo en su seguridad y en algunos casos los ha forzado al exilio”.

En la sección de reparaciones de la sentencia, la Corte clasifica los daños en daños materiales, daños inmateriales, proyecto de vida y otras formas de reparación. Refiriéndose al proyecto de vida de Wilson Gutiérrez Soler, la Corte reconoce que existe un daño al plan de vida derivado de la violación de sus derechos humanos.

El Tribunal consideró que “los hechos violatorios en contra del señor Wilson Gutiérrez Soler impidieron la realización de sus expectativas de desarrollo personal y vocacional, factibles en condiciones normales, y causaron daños irreparables a su vida, obligándolo a truncar sus lazos familiares y trasladarse al extranjero, en condiciones de soledad, penuria económica y quebranto físico y psicológico”.

El Estado colombiano se allanó a la demanda interpuesta ante la Corte por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, reconociendo la realización de los daños producidos y, dentro de ellos, el “daño al proyecto de vida” del señor Wilson Gutiérrez Soler²⁰.

A pesar de haber reconocido la existencia de un daño al proyecto de vida, la Corte decidió no cuantificarlo en términos económicos, siguiendo el razonamiento que había tenido el Tribunal en casos anteriores (caso Cantoral Benavides y Loayza Tamayo). La Corte explica que “la condena que se hace en otros puntos de la presente sentencia contribuye a compensar al señor Wilson Gutiérrez Soler por sus daños materiales e inmateriales. La naturaleza compleja e íntegra del daño al «proyecto de vida» exige medidas de satisfacción y garantías de no repetición que van más allá de la esfera económica”.

¹⁹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Los 25 años del Código Civil peruano de 1984*, cit., pág. 601 y ss.

²⁰ FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”*, cit., pág. 797 y ss.

El Prof. FERNÁNDEZ SESSAREGO critica este pronunciamiento de la Corte pues considera que habría sido adecuado que esta instancia desagregara todos los tipos de daños inmateriales y que reparara cada daño de forma independiente. Para el jurista peruano, dentro de la expresión genérica de daño inmaterial están incluidos: "a) «los sufrimientos y aflicciones» a que se hace referencia, equivalen al llamado daño «moral» es decir, al daño emocional no patológico; b) «el menoscabo de valores muy significativos para las personas» supone el daño a la libertad, específicamente a la libertad fenoménica o realización del «proyecto de vida»; c) «las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima» corresponden a lo que denominamos «daño al bienestar» o, también, daño a la salud integral de la persona"²¹.

El juez CANÇADO TRINDADE emitió un voto razonado en el que expresa su disconformidad con el hecho de que la Corte no haya aprovechado para realizar alguna construcción jurisprudencial sobre el daño al proyecto de vida "sobre todo ante el paso positivo dado por el Estado demandado de haber aceptado su responsabilidad internacional en el caso en particular y de haber pedido perdón a la víctima y sus familiares", y es por ese faltante que se sintió motivado a emitir el voto razonado en el que reflexiona sobre algunos puntos relevantes.

El primer aspecto que desarrolla CANÇADO TRINDADE en su voto razonado es lo relacionado a "El tiempo, el proyecto de vida y la vulnerabilidad de la existencia humana". El magistrado reflexiona cómo todos los seres humanos vivimos en un tiempo limitado y por ello cada uno trata de idear un proyecto de vida. Explica que la palabra "proyecto" contiene una dimensión temporal y resalta la importancia que tiene la búsqueda de la realización del proyecto de vida para la existencia humana pues es lo que da sentido a la existencia.

CANÇADO TRINDADE resalta la relevancia que tiene el reconocimiento de la importancia de la búsqueda de la realización del proyecto de vida para el Derecho, pues considera que "la brusca ruptura de esta búsqueda, por factores ajenos causados por el hombre (como la violencia, la injusticia, la discriminación), que alteran y destruyen de forma injusta y arbitraria el proyecto de vida de una persona, revístese de particular gravedad, y el Derecho no puede quedarse indiferente a esto".

²¹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, "El daño al «proyecto de vida» en la doctrina y la jurisprudencia contemporáneas", en *Revista Jurídica del Perú*, núm. 100, Lima, Gaceta Jurídica, junio de 2009, pág. 16.

El segundo punto al que se refiere el juez en su voto razonado es “El tiempo, la vulnerabilidad de la existencia humana y el proyecto de post-vida”. El concepto de la post-vida fue desarrollado por este juez en el voto razonado del caso de la Comunidad Moiwana versus Suriname (sentencia de 15 de junio de 2005). Según expresa, “no hay razón alguna, ante el pasar del tiempo, para limitarse uno, en la búsqueda de sentido para su vida, a la vida que uno conoce, al mundo de los que siguen vivos; en realidad, a mi juicio, tanto el proyecto de vida como el proyecto de post-vida encierran valores fundamentales. Un daño a este último constituye un daño espiritual, que atañe a lo que hay de más íntimo en el ser humano, es decir, su vida interior, sus creencias en el destino humano, sus relaciones con sus muertos. Dicho daño incorpora el principio de humanidad en una dimensión temporal”.

Además, el magistrado se refiere al deber de memoria, pues tal y como lo expresó en su voto razonado, “el cumplimiento del deber de memoria es, no solo el rescate de una deuda (individual y social) con las víctimas fatales, sino además una medida de garantía de no repetición de las graves violaciones de los derechos humanos”.

Otro aspecto que desarrolla CANÇADO TRINDADE es el relativo a la búsqueda del perdón. El magistrado explica cómo ha tomado importancia en nuestros días la búsqueda del perdón por la perpetración de graves violaciones a los derechos humanos y enfatiza la importancia que tuvo el hecho de que en un momento en la audiencia del presente caso, los miembros de la delegación del Estado demandado se pusieron de pie y pidieron, en nombre del Estado colombiano, perdón a las víctimas.

E) *El caso “Gómez Paquiyauri” y otros resueltos por la Corte*

Aparte de los casos referidos, en los cuales la Corte Interamericana acoge y repara el “daño al proyecto de vida”, podemos citar otros en los cuales el “daño al proyecto de vida” individual ha sido invocado por las partes demandantes, como sucede, por ejemplo, en el caso “Miyrna Mack Chang con Guatemala” en 2003 o el del “daño al proyecto de vida” familiar invocado en el caso “Molina Theissen con Guatemala” en 2004 y el comunitario, en el caso de la “Masacre de Plan Sánchez con Guatemala” en el 2004.

Se cita también el de los hermanos “Gómez Paquiyauri con el Estado peruano”, en el cual la familia de las víctimas, que fueron torturadas y luego muertas por agentes de dicho Estado, reclama una reparación al

expresar que el proyecto de vida de sus hijos, Emilio y Rafael, “estaba íntimamente ligado con el de la familia, ya que los padres eran inmigrantes de la zona central de la sierra de Perú, donde la familia es concebida como una única unidad económica en la que todos los miembros aportan en el desenvolvimiento de la vida familiar y su sustento”.

En su demanda, la familia de la víctima expresa al respecto que “en relación con la pérdida de ingresos, el proyecto de vida de la familia Gómez Paquiyauri estaba cimentado en la promesa de lo que podrían lograr los hijos, pues uno, Emilio, quería ser técnico en aviones y el otro, Rafael, mecánico de producción, para lo cual se estaban preparando”.

La Corte Interamericana resolvió otros casos aparte de los citados en precedencia en los cuales “el daño al proyecto de vida” compromete, en cuanto a sus consecuencias, al núcleo familiar de la víctima o a una cierta comunidad²².

²² FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Los 25 años del código civil peruano de 1984*, cit., pág. 606.

CAPÍTULO IV

EL “DAÑO AL PROYECTO DE VIDA” EN LA DOCTRINA, LA LEGISLACIÓN Y LA JURISPRUDENCIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

1. EL “DAÑO AL PROYECTO DE VIDA” EN LA DOCTRINA PERUANA

Son múltiples las instituciones relacionadas con el quehacer jurídico y los autores peruanos que reconocen y se ocupan del “daño al proyecto de vida”, habiéndolo asimilado dentro de la pléyade de daños a la persona. Trataremos algunos de ellos. Son también diversas las sentencias que consignan las debidas reparaciones en atención a la gravedad de sus consecuencias.

La Defensoría de Pueblo, al referirse al problema de la no ratificación de jueces por el Consejo Nacional de la Magistratura, considera que ello implica una afectación al principio de la dignidad de la persona y de su “proyecto de vida”. Así, en el segundo considerando de la Resolución Defensorial N° 038-2002/DP, opina que “el no motivar las resoluciones de no ratificación implica un desconocimiento de la dignidad de las magistradas y magistrados cesados por esta vía, al no haberseles dado siquiera la oportunidad de conocer por qué se truncaba intempestivamente su carrera, la misma que en algunos casos era el resultado de un proyecto de vida en su esfera laboral”¹.

Como se advierte, la Defensoría del Pueblo, al reconocer la existencia del “daño al proyecto de vida” y la posibilidad de frustrarlo, menoscabarlo o retardarlo, ha hecho suya, como una de sus misiones, la protección y defensa del proyecto de vida de los miembros de la sociedad. Se trata de un importante reconocimiento del “daño al proyecto de vida”, así como de la necesidad de proteger su realización y cumplimiento por el ser humano.

Al hacer alusión a la tesis de la Defensoría del Pueblo y al coincidir con su planteamiento, ABRAHAM SILES VALLEJO, en su comentario a la

¹ La mencionada Resolución se publicó en el diario *El Peruano* de 30 de noviembre de 2002.

sentencia del Tribunal Constitucional en el caso “Almenara Bryson”, recuerda la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que reconoce y repara las consecuencias del “daño al proyecto de vida”. En este caso, el mencionado Tribunal amparó el reclamo del magistrado que había sido intempestivamente cesado por el Consejo Nacional de la Magistratura mediante una inmotivada y arbitraria resolución que mellaba su dignidad y su “proyecto de vida”.

La doctrina peruana se ocupa también del “daño al proyecto de vida”. Así, podemos citar los trabajos de LIZARDO TABOADA CÓRDOVA², JOEL DÍAZ CÁCEDA³, ENRIQUE VARSÍ ROSPIGLIOSI⁴ y OLENKA WOOLCOTT OYAGUE⁵.

LIZARDO TABOADA CÓRDOVA, al referirse al “daño a la persona” destaca que este comprende una lesión a la integridad física, al aspecto psíquico y al proyecto de vida⁶. En cuanto a la frustración del proyecto de vida debe tratarse de un proyecto “evidenciado y en proceso de ejecución y desarrollo que se frustra de un momento a otro”, por lo que no se le debe confundir “con cualquier posibilidad respecto de la cual no exista ningún tipo de evidencia comprobada”, así como tampoco “con simples motivaciones de los sujetos”⁷.

En tanto, JOEL DÍAZ CÁCEDA, en su libro *El daño a la persona y el daño al proyecto de vida. Una aproximación a la doctrina y su aplicación en el ámbito nacional e internacional*, publicado en 2006 realiza un sistemático análisis de la teoría del “daño al proyecto de vida” dentro del contexto del “daño a la persona” y del daño en general. Al referirse al “daño al proyecto de vida” expresa que “su existencia constituye un aporte significativo en el tema de reparaciones por violaciones de los derechos

² LIZARDO TABOADA CÓRDOVA, *Elementos de la responsabilidad civil*, 2ª ed., Lima, Grijley, 2003, págs. 68 y ss.

³ JOEL DÍAZ CÁCEDA, *El daño a la persona y el daño al proyecto de vida. Una aproximación a la doctrina y su aplicación en el ámbito nacional e internacional*, Lima, Jurista Editores, 2006.

⁴ ENRIQUE VARSÍ ROSPIGLIOSI, “Derechos de la persona, proyecto de vida y deporte en el pensamiento del maestro peruano Carlos Fernández Sessarego”, en *El Peruano*, Lima, enero-febrero de 2007, pág. 6.

⁵ OLENKA WOOLCOTT OYAGUE, “La experiencia peruana en la reparación del daño a la persona. Los dos cambios más profundos en el sistema peruano de responsabilidad civil”, en *Persona, Derecho y Libertad*. Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego, coordinado por Carlos Alberto Calderón Puertas, María Elisa Zapata Jaén y Carlos Agurto Gonzáles, Lima, Motivensa Editora Jurídica, 2009, págs. 371 y ss.

⁶ TABOADA CÓRDOVA, *Elementos de la responsabilidad civil*, cit., págs. 68 y ss.

⁷ TABOADA CÓRDOVA, *Elementos de responsabilidad civil*, cit., págs. 64-70.

humanos, respondiendo plenamente a la razón de ser de esta disciplina (el derecho internacional), el principio y fin de esta rama del derecho: el ser humano"⁸.

OLENKA WOOLCOTT OYAGUE, en su valioso artículo "La experiencia peruana en la reparación del daño a la persona. Los dos cambios más profundos en el sistema peruano de responsabilidad civil", expresa que el caso emblemático en este campo es el desarrollo que ha tenido en Perú el tratamiento del "daño a la persona" y, consiguientemente, el "daño al proyecto de vida". Sobre este último destaca "que incluso ha trascendido las fronteras, al ser la propuesta ampliamente comentada y acogida por la doctrina y jurisprudencia de otros países latinoamericanos, hasta plasmarse en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con sede en San José de Costa Rica". En su citado trabajo la jurista peruana se refiere a la sistemática propuesta por la doctrina peruana en cuanto al "daño a la persona" y analiza la figura del "daño al proyecto de vida"⁹.

Asimismo, es de particular interés en la materia mencionar la integración en Perú de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, mediante Decreto Supremo publicado el 2 de junio de 2001, modificado por similar disposición legal publicada el 31 de agosto del mismo año. Su finalidad es la de "esclarecer el proceso, los hechos y responsabilidades de la violencia terrorista y de la violación de los derechos humanos producidos desde mayo de 1980 hasta noviembre del 2000 [...] así como proponer iniciativas destinadas a afirmar la paz y concordia entre los peruanos".

La referida Comisión, al tratar el Plan Integral de Reparaciones (PIR) en relación con los múltiples daños causados a las víctimas de la violencia, hace mención a la afectación de sus "proyectos de vida". En este sentido, precisa que "no solo en lo material, en la destrucción de su vivienda o en la pérdida de los bienes que poseía, sino fundamentalmente en la esperanza frente al futuro, en la inconsolable pérdida de alguien cercano y querido, de alguien que era compañía y con quien se contaba hacia adelante, en su proyecto de vida".

⁸ DÍAZ CÁCEDA, *El daño a la persona y el daño al proyecto de vida. Una aproximación a la doctrina y su aplicación en el ámbito nacional e internacional*, cit., pág. 193.

⁹ OLENKA WOOLCOTT OYAGUE, "La experiencia peruana en la reparación del daño a la persona. Los dos cambios más profundos en el sistema peruano de responsabilidad civil", en *Persona, Derecho y Libertad*. Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego, coordinado por Carlos Alberto Calderón Puertas, María Elisa Zapata Jaén y Carlos Agurto Gonzales, Lima, Motivensa Editora Jurídica, 2009, págs. 371 y ss.

2. EL “DAÑO AL PROYECTO DE VIDA” EN LA LEGISLACIÓN

Los juristas que han analizado en detalle el Código Civil peruano advierten que este cuerpo legal, adoptando una posición contraria a las soluciones eminentemente patrimonialistas en boga, introdujo en el artículo 1985 el deber de reparar las consecuencias de la categoría general “daño a la persona” y su modalidad específica del “daño al proyecto de vida”, sin limitación alguna, con la mayor amplitud.

El artículo 1985 del Código Civil tiene el siguiente texto:

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

En efecto, tal como se advierte de la lectura del artículo 1985, la indemnización que en él se establece comprende las consecuencias que se generan a consecuencia de un “daño a la persona”. Esta indemnización no contiene ninguna limitación, por lo que la indemnización que se fije por las consecuencias del “daño a la persona” no se supedita ni al caso de un delito previamente cometido ni a la gravedad del daño producido, respectivamente.

En consecuencia, la amplitud de la fórmula adoptada por el Código Civil peruano en su artículo 1985 permite reparar todo tipo o modalidad de “daño a la persona”, cualquiera sea su magnitud u origen.

Como también lo dispone el texto del artículo 1985, la indemnización comprende cuatro diversas modalidades como son el daño emergente, el lucro cesante, el “daño a la persona” y el “daño moral”. No fue posible, como ha expresado el maestro CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO en diversas ocasiones, eliminar del texto de este numeral la innecesaria alusión al “daño moral” que en cuanto dolor o sufrimiento (*pretium doloris*) es un daño psíquico de carácter emocional, por lo que está comprendido dentro de la genérica voz de “daño a la persona”.

3. EN LA JURISPRUDENCIA PERUANA

Los tribunales peruanos, en sus diversas instancias, desde hace ya algunos años, han aplicado la figura del “daño al proyecto de vida”. Se hará

referencia a algunos casos que la doctrina ha considerado como los más relevantes para el desarrollo del concepto del "daño al proyecto de vida".

A) *En el Tribunal Constitucional*

Comentaremos dos sentencias en las que se reconoce y repara el "daño al proyecto de vida" como modalidad del genérico y amplio "daño a la persona"¹⁰.

a) *El caso "Juan Carlos Callegari Herazo"*. El Tribunal Constitucional peruano, mediante sentencia de 5 de julio de 2004, resolvió el recurso extraordinario interpuesto por Juan Carlos Callegari Herazo a raíz de una sentencia adversa de la Corte Suprema de Justicia, en el recurso de amparo por él interpuesto, por su inmotivado pase al retiro por renovación de Oficiales de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

El Tribunal, en el considerando 45 de la sentencia, estimó que el arbitrario pase al retiro del demandante, por la causal antes referida, significaba el que "se truncaba intempestivamente su carrera, la cual podría ser el resultado de su proyecto de vida en el ámbito laboral". Para apoyar esta consideración, el Tribunal recuerda lo expuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en torno al "daño al proyecto de vida" en el caso "María Elena Loayza Tamayo".

Como se advierte, el Tribunal Constitucional, reconoce la existencia, noción y alcances del "daño al proyecto de vida".

b) *El caso "Félix César Calderón Urtecho"*. La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, con fecha 21 de enero de 2004, resuelve favorablemente el recurso extraordinario interpuesto por el diplomático Félix César Calderón Urtecho contra la resolución judicial que deniega su pedido para que se declare inaplicable en su caso la Resolución Ministerial N° 0015/RE, de fecha 8 de enero de 2002.

El recurrente, con fecha 15 de diciembre de 1995, interpuso recurso impugnatorio contra la Resolución Suprema N° 0528, de 4 de diciembre de 1995, solicitando la reconsideración de su caso por el hecho de no haber sido ascendido a la categoría de Ministro. Ello, no obstante haber obtenido de la Junta de Evaluación, por méritos y con arreglo a ley, un segundo puesto en el Cuadro de Méritos Final, con la nota de 19.500.

¹⁰ FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Los 25 años del Código Civil peruano de 1984*, cit., págs. 554 y 555.

En efecto, esta situación le impidió ascender a Embajador en el proceso de ascensos correspondiente al año 2001. Frente a la disposición que lo excluyó en forma arbitraria de sus derechos, el recurrente presentó una nueva solicitud para que se reconsiderara su situación, la que no fue atendida una vez más.

Luego de ponderar la situación jurídica del recurrente, los recursos por él interpuestos y los dispositivos aplicables al caso, el Tribunal procedió a fundamentar su resolución. El supremo intérprete estimó que se violó sistemáticamente el derecho del recurrente a la promoción o ascenso, “derecho constitucional y fundamental, con el consiguiente perjuicio al proyecto de vida de los funcionarios diplomáticos involucrados, entre los cuales se encuentra el demandante, según se ha podido acreditar de autos”.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda y estableció que el demandado disponga la ampliación con carácter retroactivo al 1 de enero de 1996, del tiempo de permanencia del demandante en la categoría de Ministro en el Servicio Diplomático de la República y lo promueva a la categoría inmediata superior, con carácter retroactivo al 1º de enero de 2002.

B) *En la judicatura ordinaria*

Comentaremos algunas sentencias de la judicatura ordinaria que han reconocido la reparación del “daño al proyecto de vida”¹¹.

a) *El caso Encarnación Toscano con el Hospital Privado “Rosalía Lavalle de Morales Macedo”*. Los progenitores de una menor interponen demanda ante el juez especializado en lo civil de Lima contra el Hospital Privado “Rosalía Lavalle de Morales Macedo” por daños y perjuicios ocasionados a su hija. Se reclama por daño a la persona, por daño moral y por daños materiales una suma no menor a los \$ 22,500 (veintidós mil quinientos dólares americanos). Los hechos son los que pasamos a reseñar someramente. La sentencia se emitió el 11 de julio de 1996.

La madre de la menor acudió el 21 de febrero de 1994, al hospital demandado para dar a luz, siendo atendida por su médico de familia. Al promediar el séptimo día del período posterior al parto, la menor presentó un cuadro febril, síntomas de irritabilidad, hiporexia, agravado con convulsiones localizadas en el miembro inferior izquierdo.

¹¹ En este rubro se sigue a FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Los 25 años del Código Civil peruano de 1984*, cit., págs. 555 y ss.

Ante tal circunstancia, el hospital demandado decide el traslado de la paciente al Instituto de Salud del Niño. La menor es recibida con un diagnóstico en el que se determina que la paciente se halla en mal estado, con tendencia al sueño, en estado febril, con ictericia en cara y cuello, y presenta convulsiones. Tras efectuar los exámenes médicos correspondientes se precisa que la menor padece de meningoencefalitis con absceso cerebral y síndrome convulsivo, además de otitis media aguda, todo lo cual es ocasionado por sepsis neonatal. La enfermedad contraída por la menor, la meningitis encefálica, fue adquirida en el hospital demandado al haberse encontrado la sala de operaciones en condiciones inadecuadas de higiene donde se realizó el parto. Es decir, no era un lugar aséptico.

Se determinó que la enfermedad y el absceso cerebral, tratándose de una niña de escasos días de nacida, tuvieron como consecuencia la presencia de huellas sensibles en el centro regulador nervioso y psicomotor. Ello se manifestó, en primer lugar, en la pierna izquierda, pero después se hizo extensiva a ambos miembros.

En la demanda se expresa que se ha producido un daño a la persona de la menor, ya que "se ha bloqueado, se ha anulado un proyecto de vida". Ello se manifiesta a través de las deficiencias psicomotrices, "lo que le resta alternativas para poder hacer las cosas que quiso ser". Así, se afirma que no podrá desarrollar actividades artísticas o deportivas no obstante que pudiera haber tenido aptitudes para ello.

En la demanda se describe lo que muy posiblemente podría ser el futuro de la menor seriamente lesionada por la irresponsabilidad de un nosocomio local. Al referirse a este desalentador futuro se resalta que a la menor, como consecuencia de las lesiones descritas debidas a la falta de higiene de una sala de partos, se le "ha colocado en desventaja con las demás personas porque le dificulta su socialización, su educación, una sana diversión, debiendo solo limitarse a aquellos que motrizmente pueda hacer. Esto redundará como secuela toda su vida y posiblemente origine que como proyecto de vida no pueda tampoco tener la posibilidad de formar familia, realizarse como mujer y encontrará muchas trabas y obstáculos para conseguir un espacio en la sociedad". Su estado la perjudicará en todos los planos de su vida, sea en el afectivo, como en el familiar, laboral, social, entre otros".

No se produjo la frustración de un determinado proyecto de vida ya que la víctima, por su corta edad, no ha podido adoptar aún alguna decisión al

respecto en consonancia con su íntima vocación personal. En cambio, el impedimento o la limitación que tendrá la menor en su vida para concebir y realizar, cuando llegare el caso, algún proyecto de vida que no podrá ejecutar, que se frustraría sobre la base de las lesiones que le fueron causadas y sus consiguientes repercusiones en el curso de su vida. Sus potencialidades, sus opciones para escoger ciertos proyectos de vida, se han limitado de modo notorio. Se han restringido sus oportunidades de disfrutar normal y plenamente de la vida.

En la demanda se reclama, además, una reparación por el daño moral no solo en el caso de su hija sino en el de sus progenitores que han debido sufrir intensamente frente al infortunio de su hija prácticamente recién nacida. Es posible imaginar los sufrimientos que ha de padecer la menor frente a un prolongado tratamiento destinado a controlar sus convulsiones y poder lograr cierta adaptación dentro de sus limitaciones psicomotrices a través de un proceso de rehabilitación.

En los considerandos de la sentencia se analiza el “daño a la persona” de la menor así como se determina “que conforme al cultivo de ambientes practicada en la Sala de Bebes del nosocomio demandado, en el mes de enero de mil novecientos noventa y cuatro se encontró colonias de *staphylococcus* que es una bacteria transmisora” del mal que padece la menor. Practicada la misma prueba meses después se obtuvo el mismo resultado “lo que revela que en los ambientes del nosocomio demandado sí existió y se verificó la presencia de dicha bacteria”.

En el fundamentado fallo, respecto al daño a la persona de la menor recurrente y la responsabilidad del hospital demandado, se declara que, como lo define la doctrina, “el daño a la persona es aquél que genera la anulación de un proyecto de vida, lo que en este caso se ha reconocido y acreditado haberse producido ya que conforme a los reportes médicos, la historia clínica correspondiente, así como de la propia literatura científica cuando detalla sobre las consecuencias de una meningo-encefalitis, que ataca el sistema nervioso central, origina rastros irreversibles desde el punto de vista psicomotriz, como también en la percepción y capacidad cerebral, originando limitaciones que perturbarán su normal adaptación y sociabilidad así como el desarrollo de su personalidad en los diversos planos de su vida personal, afectiva y social”.

Asimismo, en la sentencia se considera que el evento dañino también “origina un grave daño moral a los padres de la menor por las expectativas

que es natural en todo padre con respecto a su descendencia y más aún cuando está frente a circunstancias que se oponen al normal desenvolvimiento de su hija que no es posible remover”.

En la sentencia se señala que se debe considerar “el grave daño material, por lo que significa una rehabilitación y tratamiento con cuidados especializados y constantes que por culpa ha ocasionado el nosocomio demandado, siendo así que resulta ser autor directo la propia clínica por la falta de aislamiento de bacterias del ambiente de dicho nosocomio”.

Sobre la base de estas consideraciones se declara fundada en parte la demanda y se ordena que el hospital demandado cumpla con abonar en favor de los demandantes la suma de doce mil dólares americanos en concepto de indemnización por “daños y perjuicios incoados”.

El aspecto positivo de la sentencia es el haber incorporado el concepto de daño a la persona, otorgándole preeminencia a la reparación integral de las consecuencias que ese daño ha causado en la existencia de la menor. Del mismo modo, es notable la extensa fundamentación de la sentencia así como la distinción que se hace entre el daño a la persona y el daño moral.

En el caso expuesto, más que un concreto daño a un todavía inexistente proyecto de vida, lo que se ha producido es un daño consistente en la imposibilidad futura de que la persona pueda decidir u optar por un proyecto de vida. Esta situación supone, por el daño sufrido, que la persona no pueda optar por un cierto proyecto de vida a causa de las limitaciones psicosomáticas producto de dicho daño. Estaríamos frente a una hipótesis de una posible o probable, según el caso, futura frustración de un proyecto de vida inejecutable por el daño causado a la persona. Se trataría de un tipo de daño futuro y cierto en relación con determinados proyectos de vida que la víctima no podrá ciertamente realizar en su futuro.

En el supuesto, puede ocurrir que la menor, a consecuencia del daño sufrido, no pueda realizar el proyecto que libremente ha escogido. Se han limitado sus opciones, se ha producido un menoscabo en lo que concierne a su libertad de optar, lo que se traduce en una reducción objetiva de su libertad.

En efecto, el juez debió distinguir, dentro del genérico “daño a la persona”, sus diversas manifestaciones al efecto de cuantificar por separado cada uno de los daños ocasionados a la víctima. Dentro de este planteamiento el magistrado, en primer lugar, debió haber cuantificado independientemente las dos vertientes del daño biológico, es decir la que afecta al soma y la que compromete la psique. Dentro de esta última, en cuanto

daño emocional, debió comprenderse el llamado “daño moral”. Luego, y este es el aspecto más grave del daño ocasionado a la menor, debió cuantificarse el daño al bienestar de la menor. El daño al bienestar compromete la calidad de vida de la persona.

En el caso de esta menor, dicho daño es trascendente pues indudablemente la limitará en diversos aspectos y actividades de la vida de las que disfruta una persona que no padece las limitaciones producidas en la menor como consecuencia del daño causado. De otro lado, no podrá aprovechar determinadas oportunidades de desarrollo de la personalidad que ofrece la vida a cualquier ser en la plenitud de sus facultades psicosomáticas. Estará condenada a no disfrutar plenamente de la vida. Se ha producido una pérdida de oportunidades de realización personal, lo que compromete su existencia como ser humano.

Es evidentemente irrisoria la suma de doce mil dólares americanos que consideró el juez como reparación integral o global de las diversas consecuencias de los diferentes daños ocasionados a la persona agraviada y a sus progenitores.

b) *El caso “N.N. con Unión de Cervecerías Backus y Jhonston”*. Un joven de 28 años, soltero, profesor de educación física, amante de los deportes, pasajero de un vehículo que lo conducía hacia la ciudad de Lima, perteneciente a una importante empresa cervecera, sufrió un grave accidente de tránsito, a raíz del cual sufrió trastornos físicos y psicológicos que devinieron en una cuadriplejía espástica que lo sumió en un estado de incapacidad permanente, condenándolo a movilizarse de por vida en silla de ruedas.

En efecto, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia que vio el caso, consideró que las consecuencias del daño sufrido por la víctima significaban el total truncamiento de su carrera profesional, así como afectaría también su futura vida familiar. Sobre la base de la prueba aportada, el Tribunal estimó que se había producido un daño grave y cierto en cuanto al cumplimiento del proyecto de vida del demandante.

En consecuencia, en la sentencia pronunciada con fecha 1º de septiembre de 2003, la Corte condenó a la empresa cervecera, propietaria del vehículo, al pago a la víctima de una reparación de un millón de soles.

c) *El caso “Alcázar Rojas”*. El Sexagésimo Tercer Juzgado Civil de Lima, con fecha 22 de junio de 2006, resolvió una demanda interpuesta por una madre de familia injustamente detenida por aproximadamente seis años, acusada de terrorismo, siendo maltratada por la policía por lo que

sufre una grave patología psíquica. A consecuencia del daño producido se desintegró la familia, quedándose solos y abandonados sus dos hijos estudiantes de secundaria. Ellos sobrevivieron con la ayuda de algunos familiares y amigos.

En efecto, la juez que ventiló el proceso verificó que se había inferido a la demandante un daño que afectaba su persona, estimada en sí misma, como un valor espiritual, por lo que ninguna reparación podría "borrar ni restituir al estado anterior lo que ha padecido emocional y físicamente". La juez consideró que la prisión injusta e inmerecida "daña a la persona en su esencia, privándole del bien máspreciado de todo ser humano, que es la libertad; asimismo, mella profundamente la dignidad y el honor, inapreciables e invalorable". Todo ello, señala la magistrada, "frustra a la persona en su proyecto de vida, arrebatándole años que no volverán, en los que se desarrollaba, en el caso de la demandante, como madre, siguiendo el proceso educacional de sus hijos, y quitándole también años posteriores, ya en libertad, pero en una libertad en la que tiene que rehacer su vida, reinsertarse en la sociedad, recuperar el ánimo, espíritu y paz arrebatados, procurando olvidar o, mejor, procesar con la ayuda psicológica, la terrible experiencia que atravesó, curando la mente de la depresión, ansiedad y terror".

En consecuencia, la jueza al declarar fundada la demanda, en lo que atañe al daño al proyecto de vida y demás daños inmateriales, condenó a los demandados, altas autoridades del Estado, al pago de una reparación de US\$ 141.994.05 dólares.

d) *El caso "Frida Fabiola Salinas Janssen"*. Con fecha 10 de agosto de 2006, la Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Lima aprueba la sentencia consultada de 30 de marzo del mismo año, en un caso de divorcio por separación de hecho, salvo en lo que concierne al monto de la indemnización solicitada por la demandante.

La demanda es interpuesta por Frida Fabiola Salinas Janssen quien solicita una indemnización de US\$ 300.000 dólares, por los daños, tanto físicos como psicológicos, sufridos de parte de su cónyuge, los que hicieron imposible que pudiera cumplir con su "proyecto de vida", pues le impidieron desarrollarse laboralmente "debido a su actitud machista y celos excesivos". Los magistrados de las dos instancias estimaron que los daños alegados eran evidentes, incluyendo el daño al proyecto de vida, por lo que ampararon la demanda en este extremo, aunque discreparon en cuanto al monto de la reparación.

La sentencia de primera instancia fijó una reparación por los daños sufridos por la demandante ascendente a US\$ 100.000 dólares. La Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Lima la redujo a US\$ 30.000 dólares. La Corte Suprema declaró infundado el recurso de casación interpuesto, por lo que decidió no casar la resolución de vista expedida por la mencionada Sala de la Corte Superior.

Como se observa, los montos que fijan los jueces por reparación de las consecuencias causadas por un daño al proyecto de vida varían, oscilan drásticamente.

e) *El caso “Sandro Mariátegui Chiappe”*. La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, con fecha 26 de junio de 2007, en el expediente 1529-2007, procedente de Lima, en los seguidos por Sandro Mariátegui Chiappe con Regina de Zela Hurtado, señala que “el daño moral es uno de los múltiples daños psicosomáticos que pueden lesionar a la persona por lo que se le debe considerar como un daño que afecta la esfera sentimental del sujeto, resultando así una modalidad psíquica del genérico daño a la persona. En tanto que el daño al proyecto de vida, incide sobre la libertad del sujeto a realizarse según su propia decisión, siendo un daño radical, continuado, que acompaña al sujeto durante toda su vida en la medida que compromete, para siempre, su manera de ser”. El denominado “daño moral” no afecta la libertad del sujeto debido a que “es un daño psicosomático que afecta la esfera sentimental del sujeto en cuanto su expresión es el dolor, el sufrimiento, siendo un daño que no se proyecta al futuro, pues no está vigente durante toda la vida de la persona tendiendo a disiparse, generalmente, con el transcurso del tiempo”.

De este modo la Corte Suprema reconoce la existencia del “daño a la persona” como un daño genérico, amplio, distinguiéndolo de sus diversas modalidades como es el caso del específico “daño al proyecto de vida”, que incide en la libertad fenoménica de la persona proyectándose al futuro, así como del llamado daño “moral” que afecta la esfera psíquica sentimental, emocional del sujeto, que es temporal y que tiende a disiparse o a convertirse en otros sentimientos con el transcurso del tiempo.

Como se advierte, cabe destacar que se trata de un gran avance en materia de precisión de conceptos, así como de otorgarle la debida importancia al daño al “sujeto de derecho”, a la persona humana, desatendida en el pasado reciente dada que la máxima protección se otorgaba, indebidamente, a las consecuencias del daño a las cosas, al llamado daño patrimonial.

En efecto, es muy conveniente que la Corte Suprema de la República reconozca que el genérico "daño a la persona" tiene diversas modalidades, las que se relacionan con la parte de la estructura existencial materia del daño. De este modo, si el daño es a la libertad fenoménica se trata del "daño al proyecto de vida", mientras si se refiere a un agravio a los principios morales a los que adhiere determinado sujeto, las consecuencias del mismo son sentimentales, es decir, consecuencias psíquicas, de carácter emocional, no patológicas.

f) *El importante precedente establecido por el Tercer Pleno Casatorio Civil de 18 de marzo de 2011.* Como se ha podido apreciar en los comentarios de los anteriores precedentes jurisprudenciales, en cuanto hace al "derecho viviente", el "daño moral" es considerado un perjuicio de carácter psíquico-emocional que resulta ser una modalidad del "daño a la persona", por lo que carece de autonomía.

Esta perspectiva jurisprudencial ha sido consagrada en la sentencia del Tercer Pleno Casatorio Civil, realizado por las Salas Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de la República de 18 de marzo de 2011¹².

En este importante pleno, al cual asistieron como *amicus curiae* (amigos del Tribunal) los profesores universitarios Alex Plácido Vilcachagua y Leyser León Hilario, se concluyó que el daño a la persona (acápites 71) es "la lesión a un derecho, un bien o interés de la persona en cuanto tal", el que "afecta y compromete a la persona en todo cuanto en ella carece de connotación económica-patrimonial", no obstante que "muchas veces tenga que cuantificarse económicamente". También es necesario resaltar como lo hace el colegiado en el apartado 67 de la sentencia, que el concepto de "daño a la persona" ha sido elaborado en Perú con fundamento en la doctrina jurídica italiana, mencionando los aportes de FRANCESCO DONATO BUSNELLI (Escuela Pisana), GUIDO ALPA (Escuela de Génova), MASSIMO FRANZONI (Escuela de Bolonia) y GIOVANNI BONILINI (Escuela de Parma).

En cuanto al "daño al proyecto de vida", si bien en el acápite 70 de la sentencia la Corte indica que su contenido y alcance son imprecisos, debido también a que la relación de causalidad entre el hecho y el daño sería muy controversial y que para su cuantificación no habría base objetiva de referencia, con lo cual niega una exigencia existencial de la persona, como

¹² Para un análisis general de esta sentencia, véase a NELSON RAMÍREZ JIMÉNEZ, "Crónica del Tercer Pleno Casatorio", en *Jurídica*, suplemento de análisis legal del diario *El Peruano*, año 7, núm. 337, Lima, martes 11 de enero de 2011, págs. 04 a la 06.

es la protección del “proyecto de vida” libremente elegido, no obstante, en este mismo acápite, la Corte declara que podría analizarse la posibilidad de la aplicación razonable de la institución, en otras áreas del derecho de daños, especialmente en la responsabilidad civil extracontractual y en ciertos casos específicos y sobre todo acreditándose la concurrencia del nexo causal entre el hecho y el daño concreto producido¹³.

En el acápite 71 se reconoce y determina que es “pertinente puntualizar que el daño a la persona debe comprender al daño moral”.

Según el Tribunal, el daño moral “viene a estar configurado por las tribulaciones, angustias, aflicciones, sufrimientos psicológicos, los estados depresivos que padece una persona”. Se descarta que el daño moral, por ser de naturaleza emocional o sentimental, tenga carácter patológico, que sea una enfermedad mental.

Como se concluye de la sentencia del Tercer Pleno Casatorio de 2011, se han esclarecido los temas sobre la naturaleza del “daño moral” así como el referido a su ubicación en el espectro jurídico. Ellos han quedado plenamente aclarados por lo que se cierra el capítulo de discusión que existía sobre ambos asuntos antes de la expedición de dicho importante fallo.

En dicha sentencia se precisan también los alcances del “daño a la persona” así como las diversas manifestaciones emocionales o sentimentales que, según el Pleno Casatorio, configuran el “daño moral”.

En consecuencia, queda firme en la jurisprudencia que la naturaleza del “daño moral” es una de carácter psíquico, emocional o sentimental, no patológico.

Asimismo, acepta la jurisprudencia que el “daño moral” no es autónomo sino que es una de las modalidades o especies del genérico y amplio “daño a la persona”.

C) *El laudo arbitral “Baruch Ivcher con el Estado peruano”*

Cabe destacar, como lo hizo público un diario peruano, lo resuelto en el Laudo Arbitral emitido en 2005 por el Tribunal constituido por los doc-

¹³ Para una lectura diversa del Tercer Pleno Casatorio, contraria al reconocimiento del “daño a la persona” y el “daño al proyecto de vida”, respectivamente, en el ordenamiento jurídico peruano, véase a RÓMULO MORALES HERVIAS, “Resarcimiento del daño moral y del daño a la persona vs. Indemnización del desequilibrio económico a favor del cónyuge débil en el Tercer Pleno Casatorio”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, núm. 153, Lima, Gaceta Jurídica, 2011, págs. 47-55.

tores Jorge Avendaño Valdez, Felipe Osterling Parodi y Jorge Santistevan de Noriega, en el caso "Baruch Ivcher con el Estado peruano"¹⁴. El demandante, entre otras reparaciones, reclamó la suma de \$ 615,786.17 por frustración de su "proyecto de vida" causado por haber sido despojado de la propiedad de la parte mayoritaria de acciones que le correspondían en el Canal de Televisión 2, "Frecuencia Latina", así como de su nacionalidad peruana adquirida por nacionalización.

En efecto, el mencionado Tribunal Arbitral rechazó la solicitud del demandante, argumentado que "la noción de frustración del proyecto de vida es incompatible con la circunstancia personal en que se encuentra hoy el señor Ivcher, ya que tiene restituido su derecho a la nacionalidad peruana y a la propiedad de las acciones de Frecuencia Latina y viene ejerciendo con normalidad sus actividades". Como se aprecia, los juristas componentes del Tribunal Arbitral reconocen la existencia del "daño al proyecto de vida", así como su concepto y alcances jurídicos, lo que les permite sostener que en el caso invocado por el señor Ivcher no existe un "daño al proyecto de vida".

¹⁴ FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Los 25 años del Código Civil peruano de 1984*, cit., págs. 566 y 567.

CONCLUSIONES

1. La investigación que se concluye surgió con el afán de resaltar la necesidad de que los juristas y los operadores del Derecho tengan la sensibilidad necesaria para comprender y reconocer el “daño a la persona” y, especialmente, su modalidad radical, es decir el “daño al proyecto de vida”. En la necesaria búsqueda de conocer lo más profundamente posible en qué consiste el genérico “daño a la persona”, cuáles son sus alcances y finalidades, cuál es su sistematización, cuáles son sus modalidades hasta hoy conocidas.

2. Para afrontar la delicada tarea de reparar adecuadamente las consecuencias de los daños a la persona en general y del daño al proyecto de vida en particular, se requiere de juristas y de jueces que reúnan mínimos requisitos, como contar con una especial sensibilidad humana y una preparación académica sólida para conocer mejor lo que antes se ignoraba: la estructura existencial del ser humano.

3. Tratar de comprender la magnitud y gravedad que significa la frustración, menoscabo o retardo en el cumplimiento del destino que cada cual escogió para su trascurrir existencial, es decir, para su realización personal o ejecución en la práctica de su “proyecto de vida”, ha sido el centro de esta investigación.

4. Se ha buscado promover la convicción de que es más importante la reparación del “daño a la persona” y especialmente del “daño al proyecto de vida” o “daño a la libertad fenoménica”, que un daño al patrimonio, que tiene simple carácter instrumental.

5. En efecto, como hemos demostrado en páginas precedentes, el “daño al proyecto de vida” incide en la libertad del sujeto a realizarse según su propia libre decisión. Es un daño de tal magnitud que afecta, en consecuencia, la manera como el sujeto ha decidido vivir, que trunca el destino de la persona, que hace perder el sentido mismo de su existencia.

6. Es un daño continuado, que en muchos casos acompaña al sujeto durante todo su existir en tanto compromete, de modo radical, su peculiar y única “manera de ser”. El “daño al proyecto de vida” es un daño futuro

y cierto, generalmente continuado y sucesivo, y que sus consecuencias acompañan al sujeto durante su transcurrir vital. Es un daño objetivo, pues puede ser apreciado por cualquiera que se adentre en la vida de una persona y observa las consecuencias de tal daño.

7. Por ello, 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 plenamente, que colma sus sueños y aspiraciones, que es correlato de ese llamado interior en que consiste la vocación personal.

8. Hemos tratado de demostrar la funcionalidad y utilidad de la categoría del “daño al proyecto de vida” en los formantes doctrinario, legislativo y jurisprudencial en Perú, así como en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica.

9. En efecto, son diversas las instituciones relacionadas al quehacer jurídico y los juristas, peruanos y extranjeros, que reconocen y se ocupan del “daño al proyecto de vida”, habiéndose asimilado dentro del repertorio de los daños a la persona, así como también son diversas las sentencias que, al reconocer como un daño objetivo y evidente contra el ser humano, responden con las necesarias reparaciones en atención a la gravedad de sus consecuencias.

10. Por último, debemos acotar que el advenimiento del “daño al proyecto de vida” es un aporte del derecho latinoamericano a la ciencia jurídica, consistente en haber puesto de manifiesto, en la mitad de la década de los 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. Ciertamente, es un gran avance para sensibilizar a los hombres del Derecho en torno a la gravitación jurídica del “daño a la persona” y, especialmente, del “daño al proyecto de vida”, así como sobre la exigencia de su apropiada reparación, pues, recordando una hermosa reflexión de la jurista italiana PATRIZIA ZIVIZ, esto es producto de “un cambio radical de perspectiva, que obliga a profundos repensamientos, respecto al rol de juez o, más en general, del jurista: ayer empeñado en leyes y expedientes, hoy convocado a preguntarse, en primer lugar, que es el hombre”¹.

¹ ZIVIZ, *Alla scoperta del danno esistenziale*, cit., pág. 869.

RECOMENDACIONES

1. Resulta necesario resaltar los aportes del personalismo jurídico que ha reivindicado para el derecho el valor de la vida humana, especialmente la contribución realizada por la doctrina latinoamericana.

2. Es menester interiorizar en los ordenamientos jurídicos y en los hombres de Derecho la enorme trascendencia, consistente en que 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 Derecho para sustituirla por otra en la que el ser humano, cualquier ser humano, al tener dignidad, merece la plena protección del Derecho.

3. Se debe dar la debida importancia al logro de la doctrina más atenta al ser humano al haber diseñado 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.

4. Debe tomarse consciencia de haber descubierto, 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 solo 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.

5. Es necesario formar magistrados atentos a la reparación de los daños a la persona. Por ello, la Academia de la Magistratura debería promover estudios y cursos en que se analicen los casos en donde se produce las situaciones perjudiciales al ser humano, con especial referencia el radical “daño al proyecto de vida”. Con ello se lograría la sensibilización de los futuros jueces 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.

BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV.: “*Tutela della salute e diritto privato*”, al cuidado de Francesco Donato Busnelli y Umberto Breccia, en *Diritto e problemi contemporanei. Ricerche, rassegne, saggi*, recopilados por Pietro Rescigno, vol. II, Milano, Giuffrè Editore, 1978.
- AGURTO GONZÁLES, CARLOS: “A modo de colofón... un feliz hallazgo: la teoría tridimensional del Derecho”, en *Persona, Derecho y Libertad, nuevas perspectivas. Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego*, Lima, Motivensa Editora Jurídica, 2009.
- AJANI, GIANMARIA: “*Diritto comparato e diritto internazionale*”, en *Rivista di diritto pubblico europeo e comparato*, 2001.
- AJANI, GIANMARIA; ANDERSON, MIRIAM; ARROYO I AMAYUELAS, ESTHER y PASA, BARBARA: *Sistemas jurídicos comparados. Lecciones y materiales*, Barcelona, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2010.
- ALPA, GUIDO (al cuidado de): *La responsabilità civile. Parte generale*, Nuova Giurisprudenza di Diritto Civile e Commerciale, Colección fundada por Walter Bigiavi y dirigida por G. Alpa, U. Breccia, G. Bonilini, F. Carinci, M. Confortini, A. Iannarelli, M. Sesta, G. Cottino, O. Cagnasso, Torino, Utet Giuridica, 2010.
- ALPA, GUIDO y BESSONE, MARIO: “*I fatti illeciti e la responsabilità civile*”, en *Tratatto di diritto privato*, dirigido por Pietro Rescigno, vol. XIV, Torino, Utet, 1982.
- ALPA, GUIDO; BESSONE, MARIO y CARBONE, VINCENZO: *Atipicità dell’illecito. II. - Diritti della personalità e danno morale*, 3ª ed., Milano, Giuffrè Editore, 1993.
- ALPA, GUIDO: *Che cos’è il diritto privato?*, 2ª ed., Roma-Bari, Editori Laterza, 2009.
- “*Il «danno biologico»: nozione normativa*”, en *Dialoghi sul danno alla persona*. Saggi raccolti nell’ambito della seconda edizioni dei “Dialoghi di diritto civile” tenutisi presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell’Università di Trento (a.a.2004-2005), Trento, Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell’Università degli Studi di Trento, n. 55, 2006.
- *Il danno biologico*, 2ª ed., Padova, Cedam, 1993.
- *Manuale di diritto privato*, 6ª ed., Padova, Cedam, 2009.
- “*Nuovi aspetti della responsabilità civile*”, en *Seminari di aggiornamento professionale* (2005). I. Lex mercatoria: un dialogo con Francesco Galgano (12 ottobre 2005). II. I nuovi confini del diritto privato europeo (15 ottobre 2005). III. Il diritto italiano e il diritto latino-americano. Materiali degli incontri di Buenos Aires e Rosario (9 marzo 2006), al cuidado de Guido Alpa, Consiglio Nazionale Forense, Milano, Giuffrè Editore, 2006.

- ALTERINI, Atilio Anibal: “Rumbos actuales del derecho de daños”, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, año X, núm. X, Buenos Aires, La Ley, octubre de 2008.
- BIANCA, Cesare Massimo: *Diritto civile*, tomo V: *La responsabilità*, reimpresión, Milano, Giuffrè Editore, 2005.
- BILOTTA, Francesco: “*Il danno alla persona nel diritto peruviano. Daño al bienestar, daño al proyecto de vida e danno esistenziale: una lettura comparatistica*”, en *Responsabilità civile e previdenza*, año LXXII, n. 4, Milano, Giuffrè Editore, 2007.
- “*Il danno esistenziale: l’isola che non c’era*”, en *Danno e responsabilità*, n. 4, Milano, Ipsoa, 2001.
- “*Il prisma del danno non patrimoniale*”, en *Responsabilità civile e previdenza*, año LXX, fasc. 4-5, Milano, Giuffrè Editore, 2005.
- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos: *El acoso moral en la relación de trabajo*, Lima, Palestra Editores, 2007.
- BONASI BENUCCI, EDOARDO: *La responsabilità civile*, Milano, 1955.
- BURGOS, OSVALDO R.: *Será ficción. De Hamlet, Nietzsche y la (in) justicia del ser representado. El Derecho en la sociedad desestructurada*, Estudios de pensamiento jurídico occidental, Rosario, 2008.
- BUSNELLI, FRANCESCO DONATO: *Bioetica e diritto privato. Frammenti di un dizionario*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2001.
- *Il danno biologico. Dal “diritto vivente” al “diritto vigente”*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2001.
- BUSNELLI, FRANCESCO D. y SALVATORE PATTI: *Danno e responsabilità civile*, 2ª ed. actualizada, Torino, Giappichelli Editore, 2003.
- BUSNELLI, FRANCESCO DONATO: “El daño a la persona”, en *Persona, libertad y Derecho. Nuevas perspectivas. Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego*, coordinado por Carlos Alberto Calderón Puertas, María Elisa Zapata Jaén y Carlos Agurto Gonzáles, Lima, Motivensa Editora Jurídica, 2009.
- “*Il danno risarcibile: problemi e prospettive*”, en *Nuovi orientamenti e nuovi criteri per la determinazione del danno (danno biologico, danno morale, danno alla vita di relazione)*, Trevi, 30 giugno-1 luglio 1989, Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura, n. 41, 1990.
- “*Interessi della persona e risarcimento del danno*”, en *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, fasc. I, año L, Milano, Giuffrè Editore, 1996.
- BUSSANI, MAURO: *Il diritto dell’Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Torino, Einaudi, 2010.
- CACACE, SIMONA: “*Il mobbing e il danno esistenziale. Quando il terrorismo è psicologico*”, en *Critica del danno esistenziale*, al cuidado de Giulio Ponzanelli, Padova, Cedam, 2003.
- CARBONNIER, JEAN: “*La philosophie du dommage corporel*”, en *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Paris, Flammarion, 2010.

- CASTRONOVO, CARLO: *La nuova responsabilità civile*, 3ª ed., Milano, Giuffrè Editore, 2006.
- CAZZETTA, GIOVANNI: *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Florencia, Dipartimento di Teoria e Storia del Diritto dell'Università degli Studi di Firenze, 1990.
- *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Per la Storia del pensiero giuridico moderno, vol. 40, Facultad de Derecho de la Universidad de Florencia - Centro di Studio per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, Milano, Giuffrè Editore, 1991.
- CENDON, PAOLO: “L’itinerario del danno esistenziale”, en *Giurisprudenza Italiana*, n. 4, Torino, Utet, abril de 2009.
- “Non di sola salute vive l’uomo”, en *Il danno esistenziale. Una nuova categoría della responsabilità civile*, al cuidado de Paolo Cendon y Patrizia Ziviz, Milano, Giuffrè Editore, 2000.
- COMANDÈ, GIOVANNI: “Il danno esistenziale e il «diritto pigro»”, en *Critica del danno esistenziale*, al cuidado de Giulio Ponzanelli, Padova, Cedam, 2003.
- “La verità, vi prego, sul danno esistenziale”, en *Guida al Diritto*, n. 47, 2008.
- *Risarcimento del danno alla persona e alternative istituzionali. Studio di diritto comparato*, Torino, Giappichelli Editore, 1999.
- DE CUPIS, ADRIANO: “Il valore economico della persona umana”, en *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 1956.
- DEL SOLAR ROJAS, FRANCISCO JOSÉ: “Teoría tridimensional del Derecho”, en *Jurídica*, suplemento de análisis legal del diario *El Peruano*, año 8, núm. 396, Lima, martes 28 de febrero de 2012.
- DÍAZ CÁCEDA, JOEL: *El daño a la persona y el daño al proyecto de vida. Una aproximación a la doctrina y su aplicación en el ámbito nacional e internacional*, Lima, Jurista Editores, 2006.
- DÍEZ-PICAZO, LUIS: *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999.
- EGE, HARALD: *Mobbing – Che cos’è il terrore psicologico sul posto di lavoro*, Bologna, 1996.
- *Mobbing: il terrore psicologico sul posto di lavoro e le sue conseguenze psicofisiche sull’individuo*, en www.cesil.com.
- FAPPIANO, OSCAR L.: “El daño al proyecto de vida en proyecto de Código Civil de la República Argentina frente al derecho internacional de los derechos”, en *Revista Abogados*, año IV, núm. 7, Lima, 2002.
- FAÚNDEZ LEDESMA, HÉCTOR: *El sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999.
- FEOLA, MARIA y PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, ANTONINO: “Il danno ingiusto non patrimoniale”, en *Rivista Critica del Diritto Privato*, año XXV, n. 03, Nápoles, Jovene Editore, septiembre de 2007.

- FERNÁNDEZ SESSAREGO, CARLOS: “*Il risarcimento del «danno al progetto di vita»*”, en *La responsabilità civile*, año VI, n. 11, Torino, Utet Giuridica, 2009.
- “Aspectos jurídicos del “consentimiento informado” del paciente en la responsabilidad médica. Con especial referencia a la jurisprudencia comparada”, en *Negocio jurídico y responsabilidad civil*. Estudios en memoria del profesor Lizardo Taboada Córdova, Lima, Grijley, 2004.
 - *De las personas*. Tesis para optar el grado de Doctor en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1961.
 - “Deslinde conceptual entre «daño a la persona», «daño al proyecto de vida» y «daño moral»”, en *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, tomo IV, Milano, Giuffrè Editore, 2006.
 - “El daño a la persona en el Código Civil de 1984”, en *Libro Homenaje a José León Barandiarán*, Lima, Editorial Cultural Cuzco, 1985.
 - “El daño a la persona en el Código civil peruano de 1984 y en el Código civil italiano de 1942”, en *El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*, Lima, Editorial Cuzco, 1986.
 - “El daño al “proyecto de vida” en la doctrina y la jurisprudencia contemporáneas”, en *Revista Jurídica del Perú*, núm. 100, Lima, Gaceta Jurídica, junio de 2009.
 - “El daño al proyecto de vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid Civitas, 2003.
 - “El daño al proyecto de vida en una reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en revista *Themis*, núm. 39, Lima, 1999.
 - *El Derecho como libertad*, 3ª ed., Lima, Ara Editores, 2006.
 - “Hacia una nueva sistematización del daño a la persona”, en *Cuadernos de Derecho*, núm. 3, órgano del Centro de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Lima, septiembre de 1993.
 - “*Il «danno alla libertà fenomenica», o «danno al progetto di vita», nello scenario giuridico contemporaneo*”, en *La responsabilità civile*, año V, n. 06, Torino, Utet Giuridica, 2008.
 - “*Il risarcimento del «danno al progetto di vita»*”, en *La responsabilità civile*, año VI, n. 11, Torino, Utet Giuridica, noviembre de 2009.
 - *La responsabilidad civil del médico y el consentimiento informado*, Lima, Motivensa Editora Jurídica, 2011.
 - *Los 25 años del Código Civil peruano de 1984*. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuesta de enmiendas, Lima, Motivensa Editora Jurídica, 2009.
 - “Sobre el fallo «Aróstegui» de la CSJN”, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, La Ley, año X, n. 10, Buenos Aires, octubre de 2008.

- “Trascendencia y reparación del «daño al proyecto de vida» en el umbral del siglo XXI”, en *La responsabilidad civil*, Biblioteca “Observatorio de Derecho Civil”, vol. III, Lima, Motivensa Editora Jurídica, 2010.
 - “*Un nuovo modo di fare diritto*”, en *Il diritto dei nuovi mondi*, actas del Congreso organizado por los institutos de derecho privado de las Facultades de Derecho, desarrollado en la ciudad de Génova, del 5 al 7 de noviembre de 1992, Padova, Cedam, 1994.
- FRANZONI, MASSIMO: “*Il nuovo corso del danno non patrimoniale*”, en *Contratto e impresa*, n. 03, año XVIII, Padova, Cedam, 2003.
- “Danno biologico e danno alla salute negli studi recenti”, en *Contratto e impresa*, n. 03, año III, Padova, Cedam, 1988.
 - “*Danno morale*”, en *Contratto e impresa*, n. 01, año VI, Padova, Cedam, 1990.
 - *Il danno alla persona*, Milano, Giuffrè Editore, 1995.
 - “*Il danno risarcibile*”, en *Trattato della responsabilità civile*, 2ª ed., dirigido por M. Franzoni, Milano, Giuffrè Editore, 2010.
 - “*Il nuovo corso del danno non patrimoniale*”, en *Contratto e impresa*, n. 03, año XVIII, Padova, Cedam, 2003.
 - “Los derechos de la personalidad, el daño existencial y la función de la responsabilidad civil”, en *La persona*, Biblioteca “Observatorio de Derecho Civil”, vol. IV, Lima, Motivensa Editora Jurídica, 2010.
- GALGANO, FRANCESCO: “*Danno non patrimoniale e diritti dell'uomo*”, en *Contratto e impresa*, n. 04-05, año XXV, Padova, Cedam, 2009.
- *Istituzioni di diritto privato*, 2ª ed., Padova, Cedam, 2002.
 - “*Le mobili frontiere del danno ingiusto*”, en *Contratto e impresa*, n. 01, año I, Padova, Cedam, 1985.
- GALLO, PAOLO: “*Il danno alla persona*”, en *Introduzione al diritto comparato*, volume secondo: Istituto Giuridici, G Torino., Giappichelli Editore, 1998.
- GAMBARO, ANTONIO: “*The structure of legal systems*”, en *Italian National Reports to the XVI International Congress of Comparative Law*, Milano, Giuffrè Editore, 2002.
- GAZZONI, FRANCESCO: “*Alla ricerca della felicità perduta (Psicofavola fantagiuridica sullo psicodanno esistenziale)*”, en *Rivista di diritto commerciale*, I, Padova, Piccin, 2000.
- GENTILE, GUIDO: “*Danno alla persona*”, en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XI, Milano, Giuffrè Editore, 1962.
- GERIN, CESARE: “*La valutazione medico-legale del danno alla persona in responsabilità civile*”, en *Riv.inf.e mal.prof.*, 1953.
- GIOIA, MELCHIORRE: *Dell'ingiuria dei danni del soddisfacimento, e relative basi di stima avanti i Tribunali civili* (1821), precedido por un elogio histórico del autor de G. D. Romagnosi, Lugano, Ruggia y C., 1833.

- GRAZIADEI, MICHELE: “El derecho comparado, la historia del derecho y la holística en el estudio de las culturas jurídicas”, en *Persona, Derecho y Libertad. Nuevas perspectivas. Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego*, Lima, Motivensa Editora Jurídica, 2009.
- GROSSI, PAOLO: *El novecientos jurídico: un siglo posmoderno*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- *Europa y el Derecho*, trad. de Luigi Giuliani, Barcelona, Crítica, 2008.
- “Il ruolo del giurista, oggi”, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, Roma, Pontificia Universitas Lateranensis, Año LXXV, 2010.
- *L'ordine giuridico medievale*, 3ª ed., Roma-Bari, Editori Laterza, 2007.
- *Prima lezione del diritto*, 15ª ed., Roma-Bari, Editori Laterza, 2010.
- HIRIGOYEN, MARIE-FRANCE: *Le harcèlement moral. La violence perverse aun quotidien*, La Découverte et Syros, Paris, 1998, trad. Italiana de M. Guerra, *Molestie morali – La violenza perversa nella famiglia e nel lavoro*, Torino, Einaudi, 2000.
- LEGRAND, PIERRE: *Le Droit comparé*, 4^{ème} éd. mise à jour, Paris, Presses Universitaires de France, 2011.
- LEÓN HILARIO, LEYSSER: “Cómo leer una sentencia. A propósito de los retos de la responsabilidad civil frente a los daños por violencia psicológica en el centro de trabajo (*mobbing*)” en *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, 2ª ed. corregida y aumentada, Lima, Jurista Editores, 2007.
- LEYMANN, HEINZ: “The content and development of mobbing at work”, en *European Journal of Work and Organizational Psychology*, año V, nº 2, 1996.
- LUPOI, MAURIZIO: *Sistemi giuridici comparati. Traccia di un corso*, 2ª reimp., Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.
- MARINI, GIOVANNI: “Gli anni settanta della responsabilità civile. Uno studio sulla relazione pubblico/privato (parte I-II)”, en *Rivista critica di diritto privato*, vol. 26, fasc. 1 y 2, Nápoles, Jovene Editore, 2008.
- MARTÍN, MARGARITA y PÉREZ DE GUZMÁN, SOFÍA: “El acoso moral en el trabajo: la construcción social de un fenómeno”, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 20, núm. 2, 2002.
- MATTEI, UGO y MONATERI, PIER GIUSEPPE: *Introduzione breve al diritto comparato*, Padova, Cedam, 1997.
- MATTEI, UGO: *Beni comuni. Un manifesto*, 5ª ed., Editori Laterza, 2011.
- MOCCIA, LUIGI: “Comparazione e studio del diritto”, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, año LVII, fasc. 3, Milano, Giuffrè Editore, 2003.
- *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Milano, Giuffrè Editore, 2005.
- “Comparazione giuridica, diritto e giurista europeo: un punto di vista globale”, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, año LXV, fasc. 3, Milano, Giuffrè Editore, 2011.
- MONATERI, PIER GIUSEPPE y BELLERO, AUGUSTO: *Il quantum nel danno alla persona*, Milano, Giuffrè Editore, 1984.

- MONATERI, PIER GIUSEPPE: “El perjuicio existencial como voz del daño no patrimonial”, en *La responsabilidad civil*, Biblioteca “Observatorio de derecho civil”, vol. III, Lima, Motivensa Editora Jurídica, 2010.
- “«Alla soglie»: la prima vittoria in cassazione del danno esistenziale”, en *Danno e responsabilità*, n. 8-9, Milano, Ipsoa, 2000.
- MONATERI, PIER GIUSEPPE, BONA, MARCO y OLIVA, UMBERTO: “Danno biologico: cenni introduttivi”, en *Il nuovo danno alla persona. Strumenti attuali per una giusto risarcimento. Dalla riforma proposta dall’ISVAP all’adeguamento all’Europa*, Milano, Giuffrè Editore, 1999.
- MONATERI, PIER GIUSEPPE: “Cittadinanza e laicità fra emancipazione e messianesimo politico”, en *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, revista telemática, febrero de 2009, en www.statoechiese.it.
- “Critique et différence: le droit comparé en Italie”, en *Revue internationale de droit comparé*, vol. 51, nº 4, Paris, Société de Législation Comparée, octubre-diciembre de 1999.
- “Globalizzazione e diritto europeo dei contratti”, en *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, al cuidado de Alessandro Somma, Torino, G. Giappichelli Editore, 2007.
- “La responsabilità civile”, en *Trattato di diritto civile*, dirigido por Rodolfo Sacco, Torino, Utet, 1998.
- *Los límites de la interpretación jurídica y el derecho comparado*, Lima, Ara Editores, 2009.
- *Manuale della responsabilità civile*, Utet, Torino, 2001.
- *Rapporto sul mobbing*. Presidenza del Consiglio dei Ministri. Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione, Roma, 2006, en www.sspa.it.
- “Verso una teoria del danno esistenziale”, en *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, al cuidado de Paolo Cendon y Patrizia Ziviz, Milano, Giuffrè Editore, 2000.
- MONATERI, PIER GIUSEPPE; BONA, MARCO y OLIVA, UMBERTO: “Mobbing: dall’emersione del fenomeno alle prime reazioni”, en www.dannoallapersona.it, página web de la Associazione italiana sul danno alla persona.
- MORALES HERVIAS, RÓMULO: “Resarcimiento del daño moral y del daño a la persona vs. Indemnización del desequilibrio económico a favor del cónyuge débil en el Tercer Pleno Casatorio”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, núm. 153, Lima, Gaceta Jurídica, 2011.
- MUIR-WATT, HORATIA: “La fonction subversive du droit comparé”, en *Revue internationale de droit comparé*, vol. 52, nº 3, Paris, Société de Législation Comparée, julio-septiembre de 2000.
- PAPI, LUIGI: “Lo stato anteriore e le macromenomazioni”, en *La valutazione delle macropermanenti. Profili pratici e di comparazione*, al cuidado de Giovanni Comandé y Ranieri Domenici, Pisa, Edizioni ETS, 2005.

- PARADISO, MASSIMO: *Il danno alla persona*, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Catania, Milano, Giuffrè Editore, 1981.
- PATTI, SALVATORE: *Diritto privato e codificazioni europee*, 2ª ed., Milano, Giuffrè Editore, 2007.
- “Las Secciones Unidas y la parábola del daño existencial”, en *La responsabilidad civil*, Biblioteca “Observatorio de Derecho Civil”, vol. III, Lima, Motivensa Editora Jurídica, 2010.
- “Le sezioni unite e la parabola del danno esistenziale”, en *Il Corriere Giuridico*, n. 03, Milano, Ipsoa, 2009.
- PEGORARO, LUCIO y RINELLA, ANGELO: *Diritto pubblico comparato. Profili metodologici*, Padova, Cedam, 2007.
- PÉREZ VARGAS, VÍCTOR: “La filosofía personalista en la obra de Carlos Fernández Sessarego”, en *La responsabilidad civil y la persona en el siglo XXI*. Libro Homenaje a Carlos Fernández Sessarego, tomo I, Lima, Idemsa, 2010.
- PERLINGIERI, PIETRO: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, 2ª ed., revisada e integrada, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1991.
- *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, 2ª reim. inalterada, Scuola di Perfezionamento in Diritto Civile dell'Università degli Studi di Camerino, Nápoles, ESI, 1982.
- PINTO OLIVEROS, SHERALDINE: “El daño a la persona en América Latina: entre circulación de ideas y substratos locales”, en *La responsabilidad civil*, Biblioteca “Observatorio de Derecho Civil”, vol. III, Lima, Motivensa Editora Jurídica, 2010.
- “L'esperienza latino-americana del danno alla persona”, en *La valutazione delle macropermanenti*, al cuidado de Giovanni Comandè y Ranieri Domenici, Pisa, Edizioni ETS, 2005.
- PIZZOFERRATO, ALBERTO: “*Mobbing e danno esistenziale: verso una revisione della struttura dell'illecito civile*”, en *Contratto e Impresa*, año XVIII, Padova, Cedam, 2002.
- PONZANELLI, GIULIO: “*Il commento a la ordenanza del Juez de Paz de Torino del 30 de noviembre de 2009*”, en *Danno e responsabilità*, n. 04, Milano, Ipsoa, 2012.
- “*Il danno esistenziale prima dell'intervento della Corte di Cassazione del 2003*”, en *Il risarcimento integrale senza il danno esistenziale*, al cuidado de G. Ponzanelli, Padova, Cedam, 2007.
- *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna, Il Mulino, 1992.
- PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, ANTONINO y FEOLA, MARIA: *La responsabilità civile*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2008.
- PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, ANTONINO: “*Il danno ingiusto (dall'ermeneutica «bipolare» alla teoría generale e «monocentrica» della responsabilità civile). Parte I.- Ingiustizia, patrimonialità e risarcibilità del danno nel «law in action»*”, en *Rivista Critica del Diritto Privato*, año XXI, n. 01, Nápoles, Jovene Editore, marzo de 2003.

- *La riparazione dei danni alla persona*, pubblicazioni della Scuola di Specializzazione in Diritto Civile dell'Università di Camerino, al cuidado de Pietro Perlingieri, n. 69, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992.
 - “*Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale: luci ed ombre*”, en *Diritto e giurisprudenza*. Rassegna di dottrina e di giurisprudenza civile, año CXXIII, n. 04, serie III, Nápoles, Jovene Editore, 2008.
 - “*Le trasfigurazioni del sistema di responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*”, en *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, al cuidado de Mauro Bussani, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.
- RAMÍREZ JIMÉNEZ, NELSON: “Crónica del Tercer Pleno Casatorio”, en *Jurídica*, suplemento de análisis legal del diario *El Peruano*, año 7, n. 337, Lima, martes 11 de enero de 2011.
- RESTA, GIORGIO: “*Diritti della personalità: problemi e prospettive*”, en *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, año XXIII, Milano, Giuffrè Editore, 2007.
- “*I diritti della personalità*”, en ALPA, GUIDO y RESTA, GIORGIO, *Le persone e la famiglia 1. Le persone fisiche e i diritti della personalità*, Torino, Utet Giuridica, 2006.
- ROITMAN, HORACIO: *Francesco Galgano. Su obra jurídica*, Buenos Aires, La Ley, año LXIX, nº 185, jueves 22 de setiembre de 2005.
- ROSSETTI, MARCO: “*L'inutilità del danno esistenziale*”, en *Il risarcimento integrale senza il danno esistenziale*, al cuidado de Giulio Ponzanelli, Padova, Cedam, 2007.
- SACCO, RODOLFO: “*Comparatisti italiani, al lavoro!*”, en *Rivista giuridica dell'Istituto Subalpino per l'analisi e l'insegnamento del diritto delle attività transnazionali (ISAIDAT)*, n. 01, año I, Torino, 2010.
- *Introduzione al diritto comparato*, reimpr. de la 5ª ed., Torino, Utet, 2003.
- SALADO OSUNA, ANA: *Los casos peruanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Trujillo, Editorial Normas Legales, 2004.
- SOMMA, ALESSANDRO: *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale. Aspetti storico-comparativi di una vicenda concettuale*, Milano, Giuffrè Editore, 2000.
- “*Cittadinanza nella società del diritto privato*”, en *Persona, Derecho y Libertad. Nuevas perspectivas. Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego*, Lima, Motivensa Editora Jurídica, 2009.
 - *I giuristi e l'Asse culturale Roma-Berlino. Economia e politica nel diritto fascista e nationalsocialista*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2005.
 - *Introducción crítica al Derecho Comparado*, trad. de Carlos Agurto Gonzáles, Sintia Paniora Allca, Paul Abanto Merino, Humberto Campodónico y Franklin Sierra Vásquez, Lima, Ara Editores, 2006.
 - *Introduzione critica al diritto europeo dei contratti*, Milano, Giuffrè Editore, 2007.

- “*Parallele convergenti. La comune matrice del fascismo e del liberismo giuridico*”, en *Rivista Critica del Diritto Privato*, año XXII, nº 1, Nápoles, Jovene Editore, marzo de 2004.
- *Temi e problemi di diritto comparato IV. Diritto comunitario vs. diritto comune europeo*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2003.
- SPINELLI, STEFANO: “*Mobbing*”, en *Persona e danno*, revista jurídica electrónica dirigida por el prof. Paolo Cendon, en www.personaedanno.it.
- TABOADA CÓRDOVA, LIZARDO: *Elementos de la responsabilidad civil*, 2ª ed., Lima, Grijley, 2003.
- VARSÌ ROSPIGLIOSI, ENRIQUE: “*Derechos de la persona, proyecto de vida y deporte en el pensamiento del maestro peruano Carlos Fernández Sessarego*”, en *El Peruano*, Lima, enero-febrero de 2007.
- VEGA MERE, YURI: “*La labor de Carlos Fernández Sessarego en el reconocimiento del daño a la persona. Influencias filosóficas y jusfilosóficas*”, en *Análisis del Código Civil a 25 años de su vigencia*, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, Motivensa Editora Jurídica, 2010.
- VETTORI, GIUSEPPE: *Diritto dei contratti e “costituzione europea”. Regole e principi ordinanti*, Milano, Giuffrè Editore, 2005.
- VISINTINI, GIOVANNA: “*La circolazione delle giurisprudenze*”, en *Contratto e impresa*, n. 01, año XXVII, Padova, Cedam, 2011.
- VITTORIA, DANIELA: “*Un regolamento di confini» per il danno esistenziale*”, en *Contratto e impresa*, n. 03, año XVIII, Padova, Cedam, 2003.
- WOOLCOTT OYAGUE, OLENKA: “*La experiencia peruana en la reparación del daño a la persona. Los dos cambios más profundos en el sistema peruano de responsabilidad civil*”, en *Persona, Derecho y Libertad. Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego*, coordinado por Carlos Alberto Calderón Puertas, María Elisa Zapata Jaén y Carlos Agurto Gonzáles, Lima, Motivensa Editora Jurídica, 2009.
- ZENO-ZENCOVICH, VINCENZO: “*Personalità (Diritti della)*”, en *Digesto*, IV ed., vol. XIII, sección Derecho Civil, Torino, Utet, 1996.
- ZIMMERMANN, REINHARD: “*Roman law and European Culture*”, en *New Zealand Law Review*, Auckland, Legal Research Foundation Incorporated, 2007.
- *Roman law, contemporary law, european law. The civilian tradition today*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- ZIVIZ, PATRIZIA y BILOTTA FRANCESCO: “*Danno esistenziale: forma e sostanza*”, en *Responsabilità civile e previdenza*, año LXIX, fas. 6, Milano, Giuffrè Editore, 2004.
- *Il nuovo danno esistenziale. Dalla Cassazione del 2003 alle Sezioni Unite del 2008*, Bologna, Zanichelli Editore, 2009.
- ZIVIZ, PATRIZIA: “*Alla scoperta del danno esistenziale*”, en *Contratto e impresa*, año X, núm. 2, Padova, Cedam, 1994.

- “*Equivoci da sfatare sul danno esistenziale*”, en *Responsabilità civile e previdenza*, año LXVI, fasc. 4-5, Milano, Giuffrè Editore, 2001.
- “*Il danno non patrimoniale*”, en *Il diritto civile nella giurisprudenza*, al cuidado de Paolo Cendon: La responsabilità civile, vol. VII, Torino, Utet, 1998.
- “*L’evoluzione del sistema di risarcimento del danno*”, en *Rivista critica del diritto privato*, año XVII, n. 01-02, Nápoles, Jovene Editore, junio de 1999.
- “*La valutazione del danno esistenziale*”, en *Trattato breve dei nuovi danni. Il risarcimento del danno esistenziale: aspetti civili, penali, medico legali, processuali*, al cuidado de Paolo Cendon, vol. III, Padova, Cedam, 2001.
- “*Verso un altro paradigma risarcitorio*”, en *Il danno esistenziale: Una nuova categoria della responsabilità civile*, al cuidado de Paolo Cendon y Patrizia Ziviz, Milano, Giuffrè Editore, 2000.

ÍNDICE DE AUTORES

— A —

Abreu Burelli, Alirio: 100.
Agurto Gonzáles, Carlos: 2, 5.
Ajani, Gianmaria: 35, 75.
Alegria, Héctor: 93.
Alpa, Guido: 19, 20, 21, 22, 26, 28, 29, 61, 65,
67, 80, 123.
Alterini, Atilio Anfbal: 11, 93.
Alterini, Jorge Horacio: 93.
Anderson, Miriam: 75.
Arroyo i Amayuelas, Esther: 75.

— B —

Bellero, Augusto: 35.
Bessone, Mario: 26, 65.
Bianca, Cesare Massimo: 29.
Bilotta, Francesco: 46, 47, 53, 63, 64, 81.
Blancas Bustamante, Carlos: 83.
Bona, Marco: 27, 69, 70, 73, 77, 78, 79.
Bonasi Benucci, Edoardo: 23.
Bonilini, Giovanni: 123.
Breccia, Umberto: 31.
Brodsky, C. M.: 72.
Burgos, Osvaldo R.: 26, 66, 85.
Busnelli, Francesco Donato: 18, 21, 22, 23, 24, 25,
31, 33, 34, 40, 55, 61, 62, 69, 123.
Bussani, Mauro: 16.

— C —

Cacace, Simona: 72.
Cañado Trindade, Antonio A.: 100, 104, 107, 108.
Carbone, Vincenzo: 65.
Carbonnier, Jean: 29.
Castro, Francesco: 35.
Castronovo, Carlo: 17.
Caterina, Raffaele: 35.
Cazzetta, Giovanni: 21.
Cendon, Paolo: 35, 41, 42, 44, 45, 46, 48, 63.
Comandè, Giovanni: 51, 54, 56.

— D —

De Cupis, Adriano: 22.
Del Solar Rojas, Francisco José: 9.
Díaz Cáceda, Joel: 112, 113.
Díez-Picazo, Luis: 12.

— E —

Ege, Harald: 70, 71, 74, 79.

— F —

Fappiano, Óscar L.: 95, 96, 98.
Faúndez Ledesma, Héctor: 96, 100.
Feola, Maria: 23, 50.
Fernández Sessarego, Carlos: 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8,
9, 11, 13, 15, 16, 23, 26, 30, 55, 58, 60, 65, 66,
85, 86, 87, 91, 92, 94, 95, 96, 99, 100, 101, 103,
104, 106, 107, 109, 114, 116, 125.
Fichte: 8.
Franzoni, Massimo: 20, 30, 37, 38, 39, 40, 52, 123.

— G —

Galgano, Francesco: 17, 23, 37, 38.
Gallo, Paolo: 28, 35.
Gambaro, Antonio: 35, 75.
Gaudino, Luigi: 42, 63.
Gazzoni, Francesco: 50.
Gentile, Guido: 17, 23, 24, 25.
Gerin, Cesare: 17, 22, 23, 25.
Gioia, Melchiorre: 17, 18, 19, 20, 21, 25.
Graziadei, Michele: 35, 75.
Grossi, Paolo: 13, 16, 67.
Guadagni, Marco: 35.
Guarneri, Attilio: 35.

— H —

Heidegger, Martin: 8.
Hirigoyen, Marie-France: 76.

- J —
 Jaspers, Karl: 8.
- K —
 Kant: 8.
 Kierkegaard: 8.
- L —
 Legrand, Pierre: 75.
 León Hilario, Leysser: 83.
 Leymann, Heinz: 70, 72, 73, 74.
 Loayza Tamayo, Carolina: 98.
 Lorenz, Konrad: 72.
 Lupoi, Maurizio: 75.
- M —
 Marcel, Gabriel: 8.
 Marini, Giovanni: 32.
 Martín, Margarita: 71, 82, 83.
 Mattei, Ugo: 16, 75.
 Méndez Costa, María Josefa: 93.
 Moccia, Luigi: 76.
 Monateri, Pier Giuseppe: 16, 27, 35, 36, 46, 52,
 54, 63, 67, 69, 70, 71, 72, 73, 75, 76, 77, 78,
 79, 80, 81, 82.
 Morales Hervias, Rómulo: 124.
 Muir-Watt, Horatia: 35.
- O —
 Oliva, Umberto: 27, 69, 70, 73, 77, 78, 79.
- P —
 Papi, Luigi: 22.
 Paradiso, Massimo: 28.
 Pasa, Barbara: 75.
 Patti, Salvatore: 17, 53, 62, 67, 69.
 Pegoraro, Lucio: 76.
 Pérez de Guzmán, Sofía: 71, 82, 83.
 Pérez Vargas, Víctor: 8.
 Perlingieri, Pietro: 7, 62, 67.
 Pinto Oliveros, Sheraldine: 8, 91.
 Pizzoferrato, Alberto: 74.
- Ponzanelli, Giulio: 24, 49, 51, 52, 72.
 Princigalli, Anna Maria: 42.
 Procida Mirabelli di Lauro, Antonino: 23, 24, 34,
 49, 50, 53.
- R —
 Ramírez Jiménez, Nelson: 123.
 Resta, Giorgio: 67.
 Rinella, Angelo: 76.
 Rivera, Julio César: 93.
 Roitman, Horacio: 38, 93.
 Roppo, Vincenzo: 26.
 Rossetti, Marco: 49.
- S —
 Sacco, Rodolfo: 34, 35, 75.
 Salado Osuna, Ana: 96.
 Sartre, Jean Paul: 8.
 Siles Vallejo, Abraham: 111.
 Somma, Alessandro: 67, 68, 69, 76.
 Spinelli, Stefano: 69.
- T —
 Taboada Córdova, Lizardo: 112.
- V —
 Varsi Rospigliosi, Enrique: 112.
 Vega Mere, Yuri: 10.
 Vettori, Giuseppe: 67.
 Visintini, Giovanna: 25, 63.
 Vittoria, Daniela: 41.
- W —
 Woolcott Oyague, Olenka: 112, 113.
- Z —
 Zeno-Zencovich, Vincenzo: 67.
 Zimmermann, Reinhard: 75.
 Ziviz, Patrizia: 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 50,
 53, 54, 63, 81, 128.
 Zubiri, Xavier: 8.

Notas

Notas

Notas

www.libreriatemis.com

www.editorialtemis.com

ESTE LIBRO SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LOS
TALLERES DE EDITORIAL NOMOS, EL DIECISIETE
DE MAYO DE DOS MIL DIECINUEVE, ANIVERSARIO
DEL NACIMIENTO DE GUSTAVO MINERVINI
(n. 17, V, 1923 y m. 4, IV, 2015).

LABORE ET CONSTANTIA