

**UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**

**UNIDAD DE POSGRADO**

**Origen, desarrollo y vicisitudes del "daño a la  
persona" en el Derecho Civil peruano: estudio de dicha  
institución desde la perspectiva de Carlos Fernández  
Sessarego**

**TESIS**

**Para optar el Grado Académico de Magister en Derecho con mención en  
Derecho Civil y Comercial**

**AUTOR**

**Carlos Alberto Calderón Puertas**

**Lima – Perú**

**2013**

Cuatro agradecimientos sinceros.

El primero, como debe ser, a mi familia, por su apoyo para empezar y concluir este trabajo.

El segundo, para el doctor Manuel Miranda Canales, quien ha tenido la gentileza de guiar y orientar esta tesis.

El tercero, a Florencio Mixán Mass, a quien le cupo la primera revisión de este texto. Su exigencia, no unida de singular ironía, obligó a mejorar la presente obra, cuyas deficiencias, sin embargo, son sólo más.

El último, pero no el menos importante, para Carlos Fernández Sessarego, quien ha animado a más de una generación con sus ideas, sus inquietudes y su ministerio pedagógico, y de quien me siento deudor y alumno.

“El hombre es el novelista de sí mismo”

**José Ortega y Gasset. Historia como sistema**

“Libertad, ¿para qué? Para vivir, para escoger; para hacer nuestra vida –que es lucha o es pacto con el mundo- de acuerdo a fines, a valores que escogemos gracias a aquella libertad”

**Carlos Fernández Sessarego. El Derecho como Libertad**

## ÍNDICE GENERAL

<b>INTRODUCCIÓN</b>	1
<b>PARTE 1: PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO</b>	5
<b>PARTE 2: ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO</b>	20
<b>CAPÍTULO I: DOCTRINA Y EVANGELIZACIÓN</b>	22
<b>I. Los inicios de la fe</b>	22
1. Ni Personalismo ni Existencialismo	22
2. El antecedente italiano	23
3. La regla del zapatero	24
4. Los fallos de los Tribunales de Génova	26
5. La jurisprudencia posterior	27
6. El fallo 184 de 14 de julio de 1986 del Tribunal Constitucional	30
<b>II. La fe viene de Roma</b>	32
<b>III. La Buena Nueva: la incorporación del “daño a la persona” en el código civil</b>	34
1. La propuesta fallida	34
2. Los inicios: 1984-1985: la ambigüedad conceptual	37
<b>IV. La evangelización</b>	49
1. Publicación de “Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas”	39
2. La sistematización del “daño a la persona”	42
3. La difusión de los conceptos	46
3.1. Las puntualizaciones en torno al “daño al proyecto de vida”	46
3.2. La protección del “proyecto de vida”	49
3.3. El daño psíquico	50
<b>V. Los diez años del código civil</b>	54
<b>VI. El canon oficial: los 25 años del código civil</b>	60
<b>CAPÍTULO II: APOLOGISTAS</b>	65
<b>I. La evangelización interna</b>	66
1. Del “daño a la persona” al “daño subjetivo”	66

2. Valor económico y valor pecuniario	68
Las reminiscencias al código civil de 1936	69
4. La experiencia peruana en la reparación del “daño a la persona”	69
5. El “daño a la persona” en el Plan Integral de Reparaciones de la Comisión de la Verdad.	70
6. El proyecto de vida y las relaciones familiares	71
7. ¿A caballo de dos credos?	73
<b>II. El catecismo extendido</b>	75
1. Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos	75
2. El nuevo paradigma	77
<b>CAPÍTULO III. ORTODOXOS</b>	80
1. La escuela antigua: De Trazegnies Granda	81
2. El epígono: Duncan Sedano	85
3. El reformista severo: Morales Hervias	86
4. El opositor vehemente: León Hilario	88
<b>PARTE 3: LOS FUNDAMENTOS DE LA FE</b>	95
<b>CAPÍTULO I: EL PROYECTO DE VIDA</b>	96
<b>I. Los supuestos filosóficos</b>	97
1. La filosofía de la existencia	97
2. El proyecto de vida	99
3. Las coincidencias con el raciovitalismo	101
4. Síntesis	107
<b>II. El contenido jurídico</b>	107
1. Interés jurídicamente lesionado	107
2. Daño futuro y cierto	109
3. Daño al proyecto de vida y daño moral	110
4. El proyecto de vida en el anteproyecto del código civil y comercial argentino	110
<b>CAPÍTULO II: LA ACCIÓN INHIBITORIA</b>	113
<b>I. Generalidades</b>	117
<b>II. Los proyectos de protección a los derechos del ser humano en el código civil</b>	117

1. Los proyectos	117
a. El Proyecto De Trazegnies Granda	117
b. El proyecto Fernández Sessarego	121
c. EL proyecto de acción inhibitoria en los “Diez años del código civil”	121
<b>III. La legislación vigente: el artículo 17 del código civil</b>	124
<b>IV. Las propuestas de enmienda del artículo 17 del código civil</b>	125
1. Proyecto Vega Mere	125
2. Proyecto publicado en el diario oficial “El Peruano”	126
3. Comentarios a los proyectos formulados	126
<b>V. Las nuevas propuestas de enmienda: la acción inhibitoria</b>	128
1. Proyecto del segundo período de sesiones 1997-1998	128
2. Proyecto del Tercer período de sesiones 2003-2006	130
<b>VI. Las medidas autosatisfactivas</b>	131
1. Lo cautelar y lo urgente	131
2. La crítica de Ariano Deho	134
<b>VII. El inmenso campo de las medidas cautelares</b>	135
1. La eficacia del Derecho	135
2. La protección de la persona humana por la vía de las medidas cautelares en general	137
3. El poder general de cautela	138
4. Las medidas temporales sobre el fondo	139
4.1. Precisiones sobre la temporal sobre el fondo	139
4.2. Las medidas temporales sobre el fondo en el ordenamiento	141
<b>CAPÍTULO III: DAÑO MORAL: ¿ESPECIE O GÉNERO?</b>	149
1. Antecedentes	150
2. Concepto de daño moral	151
3. El daño moral en el Derecho Civil peruano	153
4. La reparación del daño moral	157
5. ¿Guerra de etiquetas?	159
<b>PARTE 4: LA JURISPRUDENCIA Y LA ACADEMIA</b>	161

<b>CAPÍTULO I: LA JURISPRUDENCIA</b>	162
<b>I. Generalidades</b>	163
<b>II. La jurisprudencia peruana</b>	163
1. La sede judicial	163
2. Las sentencias del Tribunal Constitucional	168
3. El pleno casatorio civil del 2011 y el “daño al proyecto de vida”	170
<b>III. El proyecto de vida en la Corte Interamericana de Derechos Humanos</b>	176
1. El sistema de reparaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	176
2. La modalidad de las reparaciones en la Corte Interamericana de Derechos Humanos	178
3. Las indemnizaciones fijadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos	178
4. El “daño al proyecto de vida” en el trabajo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	180
4.1. Las sentencias	180
4.1.1. El caso Loayza Tamayo (27 de noviembre de 1988)	180
4.1.2. Caso Cantoral Benavides (03 de diciembre de 1991)	184
4.1.3. Caso “Niños de la Calle” (19 de noviembre de 1999)	188
4.1.4. Caso Bámaca Velásquez vs Guatemala (22 febrero 2002)	191
4.1.5. Caso Hermanos Gómez Paquillauri (08 de julio del 2004)	192
4.1.6. Caso Instituto de Reeducción del Menor vs Paraguay (2 setiembre 2004)	196
4.1.7. Caso Tibi vs Ecuador (7 setiembre 2004)	197
4.1.8. Caso Hermanas Serrano Cruz vs El Salvador (09 de setiembre del 2005)	199
4.1.9. Caso Gutiérrez Soler (12 de setiembre del 2005)	201
4.1.10. Caso Masacre de Mapiripán (15 de setiembre del 2005)	204
4.1.10. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs Paraguay (29 de marzo del 2006)	205
4.1.11. Caso Serveyón Garcia (21 setiembre 2006)	206
4.2. Los informes	207
4.3. Opiniones Consultivas	209
4.4. Otras expresiones de la Corte: a. Comunicado de Prensa 33/01	209
<b>CAPÍTULO II. LOS ESTUDIOS EN LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA Y LOS SYLLABUS UNIVERSITARIO</b>	210

<b>I. La enseñanza</b>	211
1. La Academia de la Magistratura	214
2. Algunos <i>syllabus</i> universitarios	215
<b>CAPÍTULO III. LA ENCUESTA</b>	217
1. Las responsabilidades y el “daño a la persona”	217
2. Daño a la persona y daño moral	219
3. El proyecto de vida y las instituciones jurídicas	219
4. Los límites del daño al “proyecto de vida”	220
5. Estudios universitarios y “daño al proyecto de vida”	221
6. ¿El “daño a la persona” en el Libro de Personas o en el Libro de Responsabilidad Extracontractual?	223
7. El daño moral	224
8. La acción inhibitoria	225
9. El Pleno Casatorio Civil del 2011	225
<b>PARTE 5: EL BALANCE TEÓRICO</b>	227
1. El derecho como libertad	227
2. La escuela nueva	229
3. La ortodoxia	234
4. La fe	235
5. Una importación sin póliza	237
6. La vigencia del daño moral en el ordenamiento jurídico peruano	240
7. La desconfianza a la magistratura	241
8. La necesidad del cambio	245
9. La reparación integral	248
10. El enriquecimiento del concepto	249
11. La filosofía de la libertad	251
12. Fernández Sessarego y el proyecto de vida	253
13. Los alcances del proyecto de vida	255
14. El “daño al proyecto de vida” en caso de fallecimiento	256
15. Proyecto de vida de los menores	258

16. El proyecto de vida y la Corte Interamericana de Derechos Humanos	259
17. Daño al concebido	259
18. El daño a la persona jurídica	261
19. La declaración de inutilidad del “daño a la persona” y su pedido de aniquilación	263
20. Apostilla final	268
<b>PARTE 6: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES</b>	270
<b>CAPÍTULO I CONCLUSIONES</b>	272
<b>CAPÍTULO II: RECOMENDACIONES</b>	280
<b>APÉNDICES</b>	287
Apéndice 1: Encuesta	288
Apéndice 2: Entrevista a Carlos Fernández Sessarego: El daño a La persona	292
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	346

## RESUMEN

El trabajo aborda la génesis del “daño a la persona” en el derecho civil peruano, siguiendo los lineamientos trazados por Carlos Fernández Sessarego, creador e introductor de dicho concepto en el Perú. Hay un seguimiento metódico y exhaustivo a la obra del autor que permite observar el desarrollo de la noción y mostrar los cambios, alcances y discusiones que ellas han suscitado en el país, desde el plano dogmático hasta el escenario jurisprudencial.

A pesar que la tesis constituye un seguimiento a la obra de Fernández Sessarego, las ideas de éste se confrontan con la de otros autores, partiendo de los ejes que para el autor constituyen los basamentos del “daño a la persona”, esto es, su diferencia con el daño moral, el proyecto de vida y la acción inhibitoria.

Palabras Claves: Daño al proyecto de vida, daño a la persona, derecho de daños, responsabilidad extracontractual.

## **ABSTRACT**

The paper deals with the genesis of “injury to person” in the Peruvian civil law, following the guidelines set by Carlos Fernandez Sessarego, creator and introducer of this concept in Peru. There is a methodical and comprehensive follow-up to the author’s work that allows us to observe the development of the concept and show changes, scope and discussions they have raised in the country, from the plane to the stage dogmatic jurisprudence.

Although the thesis follows up on the work of Fernandez Sessarego, its ideas are compared with that of other authors, starting from the axes to the author are the foundations of “injury to person”, that is, its Unlike the moral damage, the life project and the inhibitory action.

## INTRODUCCIÓN

La tesis que aquí se presenta tiene como antecedente el artículo escrito en el año de 1999 para la **Revista Jurídica del Perú**, denominado: **Origen, desarrollo y vicisitudes del daño a la persona en el derecho civil peruano**<sup>1</sup>. Las ideas estructurales que allí se trazaron se han mantenido inalterables, aunque los cambios suscitados a lo largo de un intenso como a veces vehemente debate, han motivado necesarias modificaciones.

Algunas cuestiones aclaratorias.

**Primero.** El propio título (más bien el subtítulo) de la obra determina sus límites. Se trata sólo del estudio del “daño a la persona” y, este se hace, desde un análisis que aborda la perspectiva de Carlos Fernández Sessarego. Sin duda, hay referencias a otros autores, pero lo medular del trabajo proviene de las obras del maestro sanmarquino o de las ideas propiciadas por su lectura. Hay que anotar además que el “daño a la persona” es analizado desde el derecho civil peruano; ello supone una frontera geográfica (que no excluye saber lo que alguna doctrina extranjera menciona sobre el tema) y un marco que excede en largo el mero examen de los dispositivos legales (de ahí el uso de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

**Segundo.** Se ha estructurado el presente trabajo en **Partes** y estos han sido subdivididos en **Capítulos**. Las primeras aluden a las grandes cuestiones en debate; los segundos, al propio desarrollo temático. Sin pretensión alguna se han utilizado términos propios de la literatura religiosa para los títulos. Es posible que ellos puedan confundir a más de uno, pues no estamos aquí, qué duda cabe, ante un trabajo de dicho corte; sin embargo, los encabezados, los rótulos, las inscripciones utilizadas aluden muchas veces a expresiones que se ajustan al ministerio de Fernández Sessarego. En buena cuenta, el tema impuso sus propios brocados.

---

<sup>1</sup> Calderón Puertas, Carlos Alberto. **Origen, desarrollo y vicisitudes del daño a la persona en el Derecho Peruano**. Normas Legales. Tomo 276, mayo 1999.

**Tercero.** La primera **Parte** de la tesis expone el marco metodológico propio de este tipo de estudios. Es, como se advierte, una tesis dogmática, que, sin embargo, no ha desdeñado el uso de hipótesis ni el estudio de variables, pues de manera paralela plantea una inquietud y la responde con objetividad.

**Cuarto.** La segunda **Parte** del trabajo, si bien realiza un estudio lineal del proceso de elaboración del concepto “daño a la persona” en la doctrina civil peruana, a fin de observar los diversos ajustes doctrinales, ofrece también una visión transversal que permite un estudio global de las diferentes instituciones que la integran. Como se ha explicado en párrafo anterior, se trata de conocer el devenir del concepto, lo que supone saber los antecedentes italianos, su recojo en la legislación peruana y la nutrida información posterior que incluyen las precisiones realizadas por Carlos Fernández Sessarego, las contribuciones de otros autores y la polémica conceptual. Aunque podría parecer que se está ante un trabajo descriptivo, lo que se pretende es agrupar la información y ver su desarrollo (reafirmaciones y/o cambios) para permitir, posteriormente, su crítica. Una conclusión preliminar a la que se arriba es el énfasis que el maestro sanmarquino puso a tres puntos relevantes: el proyecto de vida, la acción inhibitoria y la diferencia entre daño moral y “daño a la persona”.

Es por ello que en la tercera **Parte** del trabajo (**Los fundamentos de la fe**) se analizan las bases que dieron sustento a la creación del “daño a la persona”. Esta sección se encuentra integrada por tres capítulos. El primero de ellos aborda el tema del **Proyecto de Vida**. Hay aquí un rastreo filosófico del tema. Se trata de la Filosofía del Derecho ligada al Derecho vivo. El segundo, afronta el tema de la **Acción Inhibitoria**. Es verdad que podría decirse que el estudio de este tipo de medidas de naturaleza procesal excede el marco mismo del concepto “daño a la persona”, pero no concebimos (ni tampoco lo hace Fernández Sessarego) derecho sin protección, de allí que desde el inicio la doctrina haya abordado el diseño de mecanismos procesales en defensa de la persona. El tercer capítulo se refiere a la diferencia entre el **Daño moral y el Daño a la Persona**. Cabe

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

señalar aquí que la tesis no es una que de manera específica se detenga a reflexionar sobre el “daño moral”, pero se analiza este instituto atendiendo a las nociones presentadas por Carlos Fernández Sessarego. En buena cuenta se trata de saber si la discusión gira en torno al *nomen juris* o, si excediendo dicho marco, estamos ante rubros distintos.

En todos los casos, las etapas del pensamiento de Carlos Fernández Sessarego y las tesis que presenta son confrontadas con la exposición de otros autores.

La cuarta **Parte** del trabajo acomete el tema del derecho en acción. Por eso allí se aborda brevemente el **“daño a la persona” en el escenario de la práctica jurídica nacional**. Se hace aquí una incursión a la materia jurisprudencial, a las encuestas realizadas y a los estudios del “daño a la persona” en las universidades y en la Academia de la Magistratura

Por último, la quinta **Parte** del trabajo es nuestra toma de posición con respecto al instituto del “daño a la persona” en el Perú. A diferencia de una conocida obra sobre el Novecientos, hay aquí un balance exigente que no concluye en ninguna liquidación.

Finalmente, se realizan algunas propuestas de orden legislativo y se emiten las conclusiones respectivas.

Por consiguiente, la idea del trabajo consiste en precisar los orígenes, el desarrollo y las vicisitudes de la noción de “daño a la persona” en el país, y desde allí discutir los tres ejes que consideramos más importantes: (i) los supuestos filosóficos existentes; (ii) la acción inhibitoria; y (iii) la distinción entre “daño moral” y el “daño a la persona

**Quinto.** Con respecto al material bibliográfico hay aquí recojo de fuentes directas, precisión en la extracción de citas e investigación minuciosa de la obra de Carlos Fernández Sessarego y otros autores que han abordado el tema. Hay cerca de 350 referencias de las obras que hemos analizado. Es posible que parezca un exceso, pero las hemos creído necesaria para que el

lector confronte la información que se brinda y establezca los parámetros de la polémica<sup>2</sup>.

**Sexto.** El trabajo no hubiera sido posible sin la colaboración de Carlos Fernández Sessarego. Más allá de cualquier discusión sobre el tema, su tesón, su coraje, su valía intelectual están fuera de dudas. No sólo le debe el derecho civil peruano la discusión de ideas tan valiosas como el “proyecto de vida”, sino además es pionero en temas tales como el derecho a la identidad, el tridimensionalismo y el consentimiento informado, a lo que habría que agregar que las primeras notas sobre bioética vinieron de él y le cabe además haber formado a un grupo de juristas de la más alta calidad. Si, como dice un aforismo chino, sabiendo cómo es el hijo se sabe cómo es el padre, entonces sólo se puede colegir que Fernández Sessarego, Don Carlos, es el más sabio y generoso de todos: la excelencia de sus discípulos así lo acredita. Como sus palabras son así de importantes, la obra culmina con un apéndice constituido por las expresiones propias de nuestro autor, recogidas años atrás en su casa de San Isidro.

La tesis que aquí entrego es el homenaje que con toda modestia le hago y es el que con mucha humildad ofrezco a mi Universidad.

### **Carlos Calderón Puertas**

---

<sup>2</sup> Por ejemplo, la quinta edición del **Derecho de las Personas** de Carlos Fernández Sessarego. El libro fue publicado en 1992, pero no debe confundirse dicho año con la información que ya había sido publicada por nuestro autor años atrás. De hecho, **Derecho de las Personas, quinta edición** tiene como subtítulo **Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano**, por lo que las ideas que allí se encuentran ya habían sido publicadas en la compilación que hizo Delia Revoredo de Debaquey. Esa fecha es la que debe tenerse en cuenta.

Lo mismo sucede con la Sexta Edición de **Derecho de las Personas (1996)** que incorpora como segundo apéndice el artículo denominado “**El daño a la persona en el código civil peruano de 1984 y el código civil italiano de 1942**”, ponencia que fuera presentada por Fernández Sessarego en el Congreso Internacional sobre “El Código Civil peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano” organizado por la Universidad de Lima entre los días 9 al 11 de agosto de 1985 y que fuera publicado en el libro Código Civil peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano, en 1985.

De igual manera, hay que atender que **La Responsabilidad Extracontractual** de De Trazegnies Granda fue publicado en setiembre de 1988 pero si hemos de tener en cuenta la Dedicatoria con la que se inicia el trabajo, la obra debe haber quedado concluida en junio de 1987.

**Parte 1**

**PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO**

## **PARTE 1. PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO**

### **1. Título de la tesis**

Origen, desarrollo y vicisitudes del “daño a la persona” en el derecho civil peruano. Estudio de dicha institución desde la perspectiva de Carlos Fernández Sessarego.

### **2. El tema**

El “daño a la persona” en el derecho civil peruano.

### **3. Justificación del trabajo**

Lo que se intenta aquí es hacer la reseña de los trabajos existentes sobre el “daño a la persona” en el país, desde allí enumerar los puntos en debate, para realizar, por último, el balance respectivo.

Un trabajo como éste posee sus propias limitaciones: la principal, la necesidad de circunscribir el estudio a un solo punto de la extensa obra de Fernández Sessarego. De ahí que la presente investigación aborde exclusivamente el tema del “daño a la persona”, fundamentalmente desde la perspectiva de nuestro autor, pues le corresponde a él haber formulado la categoría de “daño a la persona” en el país y haber incorporado dicho instituto a nuestra legislación. Le cabe a él, también, el desarrollo doctrinario más extenso sobre el tema y su difusión y enseñanza más amplias. Prueba de ello son los numerosos ensayos realizados sobre el asunto en cuestión, motivados por el ministerio pedagógico de nuestro autor que nadie podrá desconocer.

Tal ministerio ha rendido generosos frutos, no sólo en el campo doctrinario, sino también en sede judicial, al extremo que la noción de “daño a la persona” es utilizada para fijar las reparaciones civiles, a pesar de algunas críticas que consideran que el concepto carece de autonomía.

**ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO**

Por ello el plan de la obra consiste, en primer lugar, en rastrear el origen y desarrollo del instituto desde las obras de Fernández Sessarego, no sólo desde su sustento jurídico, sino también desde sus bases filosóficas, tema tan caro al profesor sanmarquino. Por supuesto, el análisis efectuado se cotejará con la aplicación del instituto jurídico en nuestra realidad. Resulta necesario hacerlo así, pues un diseño jurídico sólo encuentra su justificación por el respaldo que la praxis le otorga.

Pero como quiera que el diseño e incorporación de este instituto en el ordenamiento civil peruano y su posterior respaldo jurisprudencial (primero, incierto; luego, descomedido) traspasaron las fronteras (de forma tal que la noción ha sido recogida en Argentina (cuya jurisprudencia la ha desarrollado en amplitud) y discutida en Italia (por el camino de la confrontación con el “daño existencial”), se hace un breve repaso de estos trabajos, concentrándonos en las sentencias expedidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En segundo lugar, y no obstante lo expuesto, la categoría del “daño a la persona” ha recibido severas críticas relacionadas con su propia incorporación legislativa en sede nacional, la relevancia del concepto y el peligro latente de inflar los montos de resarcimiento. Ha sido una polémica que en algunos momentos –no por el lado de Fernández Sessarego- ha sido áspera cuando no llena de agrura. Con todo se ha suscitado un interesante debate, cuyo desarrollo y cotejo son imprescindibles estudiar para dilucidar la validez de la categoría propuesta por el profesor de San Marcos.

Los hechos expuestos justifican la tesis que aquí se presenta.

**3. Lineamientos de la investigación**

La finalidad de nuestro trabajo es uno de carácter dogmático que se ciñe a las siguientes líneas de investigación temáticas:

- Verificar los antecedentes doctrinarios de la noción jurídica “daño a la persona”.

**ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO**

- Determinar la forma en que dicha noción fue incorporada a nuestra legislación civil.
- Conocer el desarrollo doctrinario de la noción jurídica “daño a la persona” en el derecho civil peruano y la polémica entablada.
- Delimitar el concepto de “proyecto de vida” y su desarrollo jurisprudencial.
- Precisar los alcances de la acción inhibitoria en la protección de los derechos de la persona.
- Distinguir el daño moral del “daño a la persona”.

De ahí que nuestro trabajo exija:

- a. Desde el lado de la teoría, indagar con prolijidad sobre el concepto “daño a la persona”. Es necesario hacerlo así, pues la noción del referido instituto no ha sido única, habiendo sido reelaborada continuamente bajo la influencia de la doctrina y jurisprudencia italianas.
- b. Precisar, lo que incluye el escarceo filosófico, la noción de “daño al proyecto de vida”, sustentada desde las nociones elaboradas por la filosofía de la existencia y cuyas tesis fueron recogidas en los trabajos doctrinarios de Carlos Fernández Sessarego.
- c. Conocer las formas de protección jurídica de la persona humana y el surgimiento de la acción inhibitoria.
- d. Desde el lado práctico, revisar las jurisprudencias existentes en nuestro país y, en su caso, de la elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

**4. Móvil del trabajo**

Uno de carácter teórico: determinar la forma cómo ingresó el concepto “daño a la persona” en el derecho civil peruano; determinar sus características y establecer los basamentos de dicha noción.

Otro que tiene referencia con la necesidad de lograr una adecuada indemnización. Más allá de cualquier polémica, intuimos que el “daño al proyecto de vida” puede resultar adecuado para lograr una equilibrada indemnización contra los perjudicados por determinado tipo de daños. La noción nos parecía (y nos parece) conveniente pues permite legitimar montos indemnizatorios, justificación que se hace indispensable en un sistema jurídico que se pretende racional y que halla su razón de ser en el consentimiento colectivo.

## **5. Características de la investigación**

El trabajo es uno de carácter dogmático que asume diversas características en torno a los temas que se abordan.

En efecto, al afrontar los antecedentes de la noción jurídica de “daño al proyecto de vida”, la investigación adquiere un matiz histórico, pues se hace necesario revisar los antecedentes italianos y la incorporación del concepto en el código civil peruano. Ello importa una exploración de las fuentes del concepto y del proceso de admisión legislativa.

En cambio, cuando se acomete propiamente el concepto del “proyecto de vida” la investigación asume características informativas, que impone la revisión de los supuestos filosóficos y la comparación con otras doctrinas filosóficas, a lo que debe añadirse que en ambos casos hay necesidad de interpretación de normas, de confrontación de ideas y de proposición de otros supuestos.

Lo mismo ocurre en los temas de la acción inhibitoria y el daño moral en las que se hace indispensable verificar los precedentes y las diversas modificaciones legislativas propuestas, así como rastrear la opinión de los juristas peruanos sobre el tema.

## **6. Hipótesis**

Aunque nuestro trabajo es uno de corte dogmático, formulamos la siguiente hipótesis:

**El concepto de “daño a la persona” es conocido por la comunidad jurídica del país e implica una distinción sustancial con el “daño moral”.**

## **7. Variables del proyecto**

Para responder nuestras inquietudes elaboramos las siguientes variables:

### **(a) Variables independientes:**

- Incorporación de la categoría “daño a la persona - proyecto de vida” en la teoría de Derecho de las Personas a partir de la década de 1980.
- Divulgación del concepto “daño a la persona - proyecto de vida”

### **(b) Variable dependiente**

- La aplicación del concepto “daño a la persona - proyecto de vida” difiere del concepto de daño moral por lo que se establecen diferencias en la noción y en la cuantificación para la reparación de daños.

## **8. Información sobre el material doctrinario**

El material doctrinario que hemos revisado se ciñe fundamentalmente a la extensa bibliografía de Carlos Fernández Sessarego existente en diferentes revistas y en los libros publicados por él.

No obstante ello, advertida la discusión doctrinaria se procedió a recolectar información relacionada al tema, tanto para conocer los antecedentes de la noción “daño a la persona” como para precisar las modificaciones del concepto y la polémica existente.

## **9. Información sobre los fallos judiciales**

**ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO**

Aunque en un primer momento se consideró como universo de estudio los expedientes judiciales tramitados ante la Corte Superior de Lima, referidos a procesos sobre responsabilidad extracontractual, ésta situación tuvo que ser desechada debido a la imposibilidad física de obtener información.

En efecto, tanto en la Corte Superior de Lima como en el Archivo Central del Poder Judicial se impidió nuestro acceso, alegando razones de tipo económicos y/o. administrativos.

A fin de sortear ese inconveniente, y dado el carácter dogmático de nuestra investigación, nos propusimos:

- La revisión de la jurisprudencia publicada en la Revista Diálogo con la Jurisprudencia entre junio del año 2007 a junio del año 2012; y
- La revisión de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Todo ello nos permite una visión amplia sobre el sentido de los fallos judiciales con respecto a la materia que investigamos.

No desconocemos que el uso de jurisprudencia publicada implica información de segundo mano y un evidente tamiz propiciado por el seleccionador de los fallos judiciales. No obstante, ha sido indispensable recurrir a este universo de estudio para suplir la imposibilidad de obtener información directa. Por lo demás, aún utilizando estos fallos jurisprudenciales, nuestro objetivo halla cumplimiento, pues su estudio también indica las preferencias intelectuales o teóricas que los juristas poseen sobre el tema.

**10. Encuestas y entrevista**

**ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO**

Consideramos adecuado realizar encuestas a los profesionales del Derecho, a fin de determinar su grado de conocimiento sobre la noción de “daño a la persona”.

Asimismo, estimamos indispensable efectuar una entrevista a nuestro autor, la misma que se desarrolló en diferentes etapas utilizando el sistema magnetofónico. La entrevista luego fue transcrita en el sistema Word, adjuntándose como anexo la parte concerniente al “daño a la persona”.

Debe hacerse aquí una precisión. La entrevista se efectuó en el año 2000, de forma tal, como es obvio, algunos temas posteriores a esos años no pudieron ser tratados. Con todo, se trata de una interesante reflexión sobre los ejes fundamentales del “daño a la persona”.

**11. Trabajo de investigación**

Con respecto a la jurisprudencia casatoria ya sea proveniente de libros y/o soportes informáticos, ella se ha efectuado entre los meses de marzo a julio del año 2011.

Las encuestas fueron realizadas en tres sesiones (29-05 y 02-06 del 2011) la encuesta para abogados y 01-06-11 la efectuada a magistrados.

Con respecto a la información de textos los datos han sido obtenidos entre mayo de 1998 hasta la actualidad.

Finalmente, la información sobre cursos de magistrados se realizó en abril del año 2012 en la Biblioteca de la Academia de la Magistratura.

Debe dejarse constancia que todos los datos fueron verificados antes de ser vaciados al sistema informático.

## 12. Recursos para el procesamiento del material investigado

12.1. Para el estudio de las variables independientes se recurrió al diseño de fichas textuales y bibliográficas, encuestas y cuadros estadísticos. Estas técnicas de información fueron diseñadas de la siguiente manera:

### a. Información Documental

La información documental se recogió en fichas textuales, bibliográficas, resumen y/o comentario. El modelo fue el siguiente:

#### Modelo de ficha bibliográfica

Título: La Responsabilidad Extracontractual
Autor: Trazegnies, Fernando de
Año y Lugar de Edición: 1988
Editorial: Biblioteca Para leer el Código Civil. Volumen IV. Tomo II. PUCP.
Contenido (D. de las Personas):
Concepto Proyecto de Vida:
Valor Publicación: Ataca la figura de daño moral. Debe denominarse daño extrapatrimonial.

#### Modelo de ficha resumen

<b>Derecho de las personas</b> <b>Fernández Sessarego, Carlos</b> <b>5<sup>ta</sup>. Edición, 1992</b>
<b>Código Civil 1984: Antecedentes</b>
<p>Marzo del 65 convocatorias Comisión Reformadora. Parecer unánime para cambio íntegro del Código.</p> <p>En 1972 se concluyó la parte medular del Título Preliminar, Personas, Acto Jurídico y parcialmente D.I. Privado y Obligaciones; los restantes libros se entregaron en 1981 al gobierno. La Comisión Reformadora no trató sobre el tema de los Reg. Públicos.</p> <p>Comisión Revisora fue creada el 26.05.82 Ley 23403.</p> <p>Hay exposición de motivos y Comentarios del C.C. preparada por los miembros y asesores de la Comisión Reformadora, publicada en 1985, compilación Delia Revoredo.</p> <p>(pp. 5 - 13)</p>

**ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO**

Se deja constancia que dicha información es de orden específico sobre los conceptos “daño a la persona” y “proyecto de vida”. Sin embargo, es indispensable apuntalar esta información con el estudio de la teoría de las responsabilidades, atendiendo que el tema que trabajamos pertenece a este campo mayor.

Debe precisarse que el estudio de estas fuentes también nos permitió conocer cómo se desarrolló el concepto “daño a la persona – proyecto de vida” en los *syllabus* del Curso de Derecho de las Personas. Para ello se consultaron los manuales jurídicos del caso y los materiales de enseñanza que algunos centros de estudios editan (Universidades de Lima, La Católica).

**b. Encuestas**

Como se consideró necesario obtener información de los profesionales del Derecho se realizaron encuestas para determinar el grado de conocimiento sobre el tema en investigación.

En ese sentido, se elaboró una encuesta con 16 preguntas objetivas, con algún grado de dificultad pero fáciles de tabular.

Fueron 100 las encuestas realizadas: 50 de ellas fueron realizadas en el Colegio de Abogados de Lima y 50 en sedes judiciales.

Las encuestas fueron realizadas utilizando preguntas con alternativa múltiple. Se trataba de lograr que el preguntado respondiera con la mayor facilidad y que la técnica utilizada nos permitiera la tabulación de datos más efectiva.

El contenido de la Encuesta aparece en el Apéndice 1 de este trabajo

Debe precisarse que la encuesta fue respondida de manera anónima.

Con la encuesta se pretendía conocer, de un lado, la divulgación del concepto “daño a la persona – proyecto de vida y, de otro, el conocimiento que sobre el tema tienen defensores y juzgadores.

### **c. Información sobre los cursos llevados por los magistrados y/o estudiosos del derecho**

Como quiera que la preparación de magistrados y de postulantes a magistrados viene siendo realizada por la Academia de la Magistratura se procedió a la revisión del íntegro de los cursos dictados por dicha institución.

Para el efecto se confeccionó un cuadro estadístico en el que se indicó el curso, la fecha en que se dictó, el origen profesional de los participantes, el lugar de la conferencia y el número total de participantes.

Este cuadro nos permitió identificar los cursos que de alguna u otra manera estaban en conexión con la materia que se investiga (responsabilidad extracontractual, responsabilidad contractual, Derecho de las Personas). Identificado dichos cursos se procedió a la revisión especial del material publicado por la Academia de la Magistratura, elaborándose una nueva ficha, ella contenía los siguientes datos:

<b>Curso:</b> Nombre dado por la AMAG al curso dictado.
<b>Fecha de publicación</b> de la separata
<b>Detalle del contenido del curso:</b> Especificación de cada uno de los temas tocados
<b>Verificación del documento:</b> Rubro que se utilizaba para indicar si existía información sobre el daño a la persona o el “proyecto de vida”.

Con ello se respondía a nuestra variable: enseñanza del concepto “daño a la persona – proyecto de vida” en la época en que magistrados y abogados cursaron estudios universitarios.

### **d. Entrevista**

Obtenido algunos datos documentales se procedió a realizar una entrevista con el Dr. Fernández Sessarego. Para el efecto se elaboró un cuestionario previo que sirvió como marco referencial para la entrevista realizada, lo que no impidió que se efectuaran diversas preguntas surgidas al calor del diálogo.

La entrevista fue grabada en cassette y ha sido transcrita posteriormente. Se adjunta la transcripción en el anexo respectivo.

12.2. Para el estudio de la variable dependiente se recurrió al estudio de las jurisprudencias casatorias contenidas en el formato electrónico elaborado por Gaceta Jurídica, así como se contó con las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

### **13. Sobre las muestras**

Nuestras muestras nos parecen confiables y válidas.

En tal sentido, debe señalarse que en el caso de las encuestas hubo una repetición constante de respuestas (por ejemplo, a la variable: enseñanza del concepto “daño a la persona – proyecto de vida” hubo casi uniformidad en los preguntados en señalar que tal enseñanza existió). De otro lado, la muestra resultaba válida, en tanto era aleatoria y lo suficientemente amplia para conocer criterios de magistrados y abogados.

A su vez, la información sobre los cursos realizados por la Academia de la Magistratura se recogió sobre el total de las conferencias dictadas por dicha institución, así como por el íntegro de sus publicaciones que se encuentran en la Biblioteca de dicha entidad y que abarcan el período 1996-2006. El universo general nos permitía obtener muestras confiables y válidas.

### **14. Procesamiento de datos**

#### **(a) Información Jurisprudencial**

Los datos de la jurisprudencia casatoria y/o de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se vaciaron en el programa Excel, programa que nos permitía la elaboración de cuadros por las diferentes categorías anotadas. Ingresado los datos se procedió nuevamente a cotejarlo con los registros existentes, ya rectificadas, de los cuadros estadísticos manuales.

Lo expuesto se hizo sin perjuicio del recojo de la información netamente documental.

### **(b) Información Documental**

Se elaboraron fichas personales de aproximadamente 12 centímetros de largo por 14.5. centímetros de ancho, las que fueron llenadas de manera manual y contaban con dos líneas incompletas en la parte superior derecha de la ficha para consignar los títulos y subtítulos de la información recogida.

Estas fichas manuales han sido luego trasladadas al sistema WORD.

### **(c) Encuestas**

Con respecto a las encuestas éstas se confeccionaron en el Programa Word y se tabularon manualmente para, posteriormente, ingresar los datos al programa Excel, a efectos de posibilitar el trabajo ordenado de la información y obtener los gráficos correspondientes.

### **(d) Entrevista**

La entrevista fue recogida en cassette y transcrita luego. Posteriormente se utilizaron fichas textuales para recoger la información que nos pareció más apropiada.

## **15. Métodos utilizados**

¿Los magistrados y/o abogados han aplicado correctamente la categoría de daños expuesta en el artículo 1985 del código civil? El estudio de dicha norma jurídica invitaba al uso del **método deductivo**, dado que existiendo una regla de alcance general resultaba imprescindible conocer su uso específico.

El criterio era el siguiente: de la norma legal citada se deduce la existencia de un marco previo que permite responder a los daños sufridos otorgando indemnizaciones que reparen los perjuicios sufridos a los derechos inherentes a la personalidad y además al proyecto vital, lo que constituye la raigambre, el ser mismo del perjudicado.

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

Este marco previo comienza a ser retaceado cuando confrontado la norma con los hechos se obtiene: desconocimiento del concepto “daño a la persona – proyecto de vida”, mal uso del concepto, identificación con otros criterios (daño moral, por ejemplo). Aquí, desde luego, se está empleando también el **método analítico**, pues se está identificando los componentes del todo y relacionando los mismos.

De otro lado, el uso de expedientes judiciales nos obligaba a utilizar el **método inductivo** en tanto de la sentencia se podía inferir determinadas tendencias de alcance general. De ahí que el uso constante de la noción “daño a la persona – proyecto de vida” sugería que para nuestro universo jurídico tal noción era apropiada.

La información del material de estudio de la Academia de la Magistratura y de sus conferencias realizadas nos invitó a utilizar el **método estadístico**, en tanto se trataba del vaciado de datos que eran necesarios cuantificar. El mismo método fue utilizado con las respuestas a nuestras encuestas realizadas. Ello no significa que los datos aquí reseñados sólo hayan servido para determinar porcentajes; por el contrario, ellos denotaban, por una parte, tendencias y, por el otro, permitía que se confrontaran dichos datos con otras variables.

En efecto, ¿cuál es el origen de la aplicación del concepto “daño a la persona – proyecto de vida” en las indemnizaciones por responsabilidad extracontractual? El **método de lo concomitancia** nos hacía descubrir la relación constante entre efecto y causa y viceversa.

Con respecto al estudio teórico hemos apelado al **método de la síntesis** obteniendo, luego del análisis de cada obra estudiada (cotejo de fuentes, comparación con otras obras), una conclusión resumen sobre el tema tratado.

## **16. Aportes de la investigación a la doctrina, a la teoría, a la legislación y a la jurisprudencia**

Cuatro aportes sustanciales.

- a. La indagación detallada de la forma en que se incorporó el “daño a la persona” en la legislación peruana.
- b. Las precisiones realizadas para dotar de eficacia y sentido al “daño al proyecto de vida”.
- c. La polémica existente entre dos grupos doctrinarios existentes.
- d. La necesidad de variar la legislación para otorgar coherencia al actual artículo 17 del código civil con respecto al concepto que se elaboró.

## **17. Conclusiones y recomendaciones**

Las conclusiones y recomendaciones se exponen al final del trabajo de investigación y tienen en cuenta el desarrollo dogmático de la obra, el análisis de la jurisprudencia existente y la necesidad de modificar la norma legal.

## **18. Bibliografía**

La bibliografía se expone al final del trabajo.

## **19. Apéndice**

- a. Apéndice 1: Encuesta
- b. Apéndice 2: Entrevista realizada a Carlos Fernández Sessarego: “El daño a la persona”.

**Parte 2**

**ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL DAÑO A LA  
PERSONA EN EL DERECHO CIVIL PERUANO**

## Capítulo I

### DOCTRINA Y EVANGELIZACIÓN

## PARTE 2: ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL DAÑO A LA PERSONA EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

### CAPÍTULO I: DOCTRINA Y EVANGELIZACIÓN

#### I. Los inicios de la fe

El “daño a la persona” nace en Italia. Fue incorporado por Fernández Sessarego a su regreso de ese país, a tiempo para participar en los debates finales de la Comisión Reformadora del código civil de 1936 y para intervenir en las reuniones *ad portas* de la promulgación del nuevo cuerpo legal. Como se observará aquí el instituto al momento de su incorporación en el código no tenía un contorno definido; de hecho, la propia terminología usada era contradictoria o, por lo menos, confusa. Luego, sin embargo, Fernández Sessarego irá construyendo el concepto, delineándolo, sistematizándolo, dándole sustento filosófico. Fue un largo camino iniciado con su primera exposición sobre el tema en 1985 y concluido, con lo que se podría denominar, el canon oficial: su libro “**Los 25 años del código civil peruano de 1984**”. En el interín el debate, el aporte de la jurisprudencia, los estudios extranjeros. Siempre, el ajuste de la doctrina y la subsiguiente (y exitosa) evangelización.

#### 1. Ni Personalismo ni Existencialismo

Carlos Fernández Sessarego ha señalado que el concepto de “daño a la persona” nace como consecuencia de la inquietud de un grupo de juristas que, influidos por la filosofía de la existencia y el personalismo jurídico, antes que por la capacidad generadora de riqueza material del hombre, realzaron el valor que éste en sí mismo encarna<sup>3</sup>. La influencia de las corrientes filosóficas aludidas por Fernández Sessarego debe tomarse con alguna cautela, en tanto no se advierte que los teóricos italianos –de donde nuestro autor aprehende las primeras nociones sobre el tema- hubieran recurrido a

---

<sup>3</sup> Fernández Sessarego, Carlos. **Protección Jurídica de la Persona**, Universidad de Lima, 1992, p. 154 y **Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas**, Universidad de Lima, 1990, p. 263 y ss..

fortalecer su opinión ni en el **Personalismo** de Mounier ni en los distintos existencialismos, incluso el positivo de Nicola Abbagnano. Es más, siguiendo la línea histórica que nuestro propio autor ha trazado, es a partir de la primera mitad de los años setenta, cuando el personalismo y la filosofía de la existencia estaban en su ocaso (aunque tratándose del mundo de las ideas esto es siempre un decir), que en Italia se empieza a tratar con intenso esfuerzo sobre la reparación de los daños no patrimoniales y surge la idea del “daño a la persona”. No es una visión que se fundamente en ideas filosóficas, sino una que tiene en cuenta la dificultad de reparar integralmente el daño en una legislación que, como se verá, parecía diseñar el daño moral sólo para ilícitos penales.

Hay, en realidad, una traslación de ideas. No son las tiendas filosóficas aludidas por nuestro autor las que fundamentan la noción del “daño a la persona” en Italia (de hecho, la idea de “proyecto de vida” es inexistente allí); es, como lo haremos notar en su oportunidad, Fernández Sessarego, desde el Perú, quien justificará el concepto desde dichos sistemas, circunstancia que, por supuesto, debe ser considerado sólo un mérito de él<sup>4</sup>.

En todo caso es desde Italia de donde parte la noción de “daño a la persona”, sumido dicho país en un debate en torno a su propia legislación y las posibilidades de reparar íntegramente los daños sufridos. Se hace necesario, entonces, recalar allí.

## 2. El antecedente italiano

Hasta 1974, la jurisprudencia italiana se atuvo a reparar el daño a la persona atendiendo al sexo, edad y renta de la víctima. El *homo economicus* era el personaje resarcible, lo que desde luego implicaba reparaciones injustas a

---

<sup>4</sup> En entrevista realizada a Fernández Sessarego, que forma parte de este trabajo, el maestro sanmarquino dice: “El análisis de los juristas italianos era sólo de carácter dogmático. Se trataba de un análisis estrictamente jurídico. Generalmente, los juristas italianos carecen de una preparación filosófica de base. Son puramente científicos, excelentes científicos del Derecho. El análisis jusfilosófico y su fundamentación filosófica corrió, en parte, a nuestro cargo. Nuestro primordial esfuerzo estuvo siempre enderezado a esclarecer los fundamentos del “daño a la persona”, para lo cual tuvimos que empezar por profundizar en qué consistían ontológicamente el ser humano. Es decir, conocer la naturaleza del ente susceptible de ser dañado para precisar cómo y dónde podía dañarsele y, por consiguiente, determinar las técnicas adecuadas para su protección”. Apéndice, pp. 301-302..

personas que no laboraban o cuyos niveles económicos eran reducidos por distintas circunstancias. Para salir de ese “angosto camino”—dice Rozo Sordini- la jurisprudencia italiana pasó por un proceso que el autor divide en tres fases: una primera derivada de una sentencia del Tribunal de Génova, a las que siguieron otras, en las que se toma prestado de la medicina legal el concepto de “daño biológico” y se la coloca como un *tertium genus* respecto a las categorías de daño patrimonial y daño no patrimonial. Una segunda fase constituida por las contribuciones de la jurisprudencia pisana. Y un tercer momento en el que se arriba a la sentencia 184 de 14 de julio de 1986<sup>5</sup>.

Hay que seguir este sendero para conocer el surgimiento por vía jurisprudencial del “daño biológico” en Italia<sup>6</sup>, camino que fue el que siguió Fernández Sessarego para arribar a la noción de “daño a la persona”<sup>7</sup>.

### 3. La regla del zapatero

En principio hay que tener en claro la discusión existente en Italia sobre el contenido de los artículos 2043 y el 2059 del código civil italiano, es decir, entre una norma que se entendió regulaba sólo el daño patrimonial (*risarcimento per fatto illecito*<sup>8</sup>) y otra que atendía al daño no patrimonial (daño moral subjetivo) y que sólo se aplicaba ante la existencia de un ilícito penal (*danni non patrimoniali*<sup>9</sup>). Esta estrechez de la doctrina y la jurisprudencia italianas originaron la necesidad de corregir los defectos de un

---

<sup>5</sup> Rozo Sordini, Paolo Emanuele. **El daño biológico**. Universidad Externado de Colombia, 2002.

<sup>6</sup> “(...) voz unívoca, de la cual hacen parte factores como el daño a la vida de relación, el daño estético, el daño a los placeres de la vida y a la serenidad familiar”. Rozo Sordini, Paolo Emanuele. **El daño biológico**. Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 111-122.

<sup>7</sup> En **Precisiones preliminares sobre el daño a la persona** (Themis. Época 2. Lima 1996. No. 34) Fernández Sessarego ha recordado que Francesco Busnelli ha señalado que el proceso de evolución jurisprudencial en su país pasó por dos etapas: una primera en la que se resarce conforme la capacidad laboral y que culmina con la sentencia de la Corte de Casación No. 3765 de 1981, y una segunda, en la que se cambia el criterio y aparecen las sentencias de los Tribunales de Génova y Pisa.

<sup>8</sup> **Art. 2043:** Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno.

<sup>9</sup> **Art. 2059:** Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge.

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

bipolarismo entre las dos categorías de daño resarcible, pues se ignoraba, por ejemplo, los daños estéticos o los daños a la vida en relación,

Para eso se recurrió a la idea del daño indirecto, esto es, aquel daño que sin ser daño patrimonial en estricto producía reflejos en la esfera patrimonial de la persona.

Luego, se recurrió a la llamada “regla del zapatero”, elaborada, como recuerda Carlos Fernández Sessarego<sup>10</sup>, por Gioia, y cuya expresión, Carlos Agurto Gonzales y Sonia Quequejana Mamani<sup>11</sup>, reseñan de la siguiente manera:

“un zapatero, por ejemplo, fabrica dos zapatos y cuarto al día; ustedes han debilitado su mano que, por lo tanto, no logra fabricar sino un solo zapato, ustedes le deben el valor correspondiente a la hechura de un zapato y cuarto multiplicado por el número de días de vida que le quedan, menos los días festivos”.

Aserto que, finalmente, quedó modificado en virtud de la Plenaria de la Corte Suprema de Casación (decisión 1656 del 28 de junio de 1950) de la siguiente forma: rédito anual multiplicado por el coeficiente de capitalización relativo a la edad de la víctima, a su vez multiplicado por el porcentaje de invalidez permanente derivada de la lesión personal; menos 10 o 20% dada la diferencia de duración entre la vida física y la vida profesional<sup>12</sup>.

A todas luces, no obstante que la regla permitía amparar los perjuicios estéticos y a la vida en relación, quedaba claro que identificaba este tipo de

---

<sup>10</sup> Fernández Sessarego, Carlos. **Precisiones preliminares sobre el daño a la persona**. Themis. Época 2. Lima 1996. Año 34.

<sup>11</sup> Agurto Gonzales, Carlos y Quequejana Mamani, Sonia. **Los orígenes del “daño a la persona” en Italia**. En Observatorio de Derecho Civil. La Responsabilidad Civil. Volumen 13. Lima, Motivensa SRL 2012, p. 80. Estos jóvenes investigadores de cuya acuciosidad da muestra no sólo el artículo que aquí se cita, sino otras colaboraciones referidas al “mobbing” y a la responsabilidad civil de los médicos, dan cuenta, acaso de un trabajo surgido en su periplo europeo, del aporte de Melchiorre Gioia, el planteamiento de Cesare Gerin y la contribución de Guido Gentile en la creación de la forma de reparar los daños a la persona. Ver también: Rozo Sordini, ob. cit., p. 114.

<sup>12</sup> Rozo Sordini, ob. cit., p. 116.

daños con el lucro cesante y con renta, y por ello se advirtió sus limitaciones desde que no podía explicar lo que ocurría cuando no se tenía actividad laboral retribuida<sup>13</sup> o cuando no producía efectos sobre la actividad profesional, o por qué se ocasionaba resarcimientos diferentes e injustos dado que por el mismo tipo de daño, aquel que ganaba más era reparado con mayor dinero.

#### 4. Los fallos de los tribunales de Génova

Tales deficiencias originaron, primero, el rechazo de los Tribunales de Génova y, luego, la creación del daño a la salud.

Así, en el fallo de 30 de mayo de 1974, el Tribunal cuestionó: (i) la utilización del concepto de “capacidad laboral genérica”, pues no describe, entre otros, el estado de “bienestar físico general”; (ii) la presunción *iure et de iure* sobre pérdidas de ganancias en estado de invalidez; (iii) la disparidad de tratamiento ante personas que tienen réditos distintos; y (iv) el procedimiento por el cual se concede réditos a aquellos que no han ejercido o no ejercen actividad, conduciendo todo tipo de daño al lucro cesante, aunque éste no se presentara<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Característico de este tipo de fallos originado en base a presunciones, lo constituye el llamado caso Gennarino. Aquí al hijo de un obrero se le indemniza tomando como referente la labor de su padre, en el entendido que el hijo sigue el camino de su progenitor. “*Sempre sul piano delle iniquità generate, ma per una ragione opposta, l'imperante concezione finiva per negare il risarcimento in caso di mancato svolgimento di alcuna attività lavorativa, salvo poi ricorrere a finzioni, quali il cd reddito figurativo, ovvero prendere in esame, nel caso di un minore, le condizioni socio-economiche e la tradizione familiare, facendo quindi ricorso a criteri altamente discrezionali se non proprio arbitrari. È rimasto famoso il caso “Gennarino” trattato dal Tribunale di Milano nel 1971, in cui al figlio di un manovale rimasto vittima di un incidente fu risarcito il danno alla persona assumendo come parametro il reddito di un manovale, posto che si riteneva che il figlio avrebbe seguito la via intrapresa dal padre*”. (Siguiendo con las desigualdades generadas, pero por una razón opuesta, la concepción predominante terminó negando la indemnización en caso de incumplimiento de cualquier trabajo, sólo para recurrir a otras ficciones, como la renta presunta llamada, o considerar, en caso de un menor, la tradición socio-económica y familiar, haciendo uso de criterios altamente discrecionales, si no arbitrarios. Por ejemplo, en el famoso caso "Gennarino", visto por el Tribunal de Milán en 1971, donde el hijo de un obrero víctima de un accidente fue compensado por el daño a la persona tomando como parámetro los ingresos de un trabajador, ya que se creía que el niño seguiría el camino emprendido por su padre. "Roberto Simone. Indemnización por lesiones personales). Traducción libre. Roberto Simone. *Il risarcimento del danno alla persona*. (La indemnización por daño a la persona). En [www.jus.unitn.it/users/pascuzzi/.../simone.htm](http://www.jus.unitn.it/users/pascuzzi/.../simone.htm)

<sup>14</sup> Rozo Sordini, ob. cit., p. 118.

Observado los errores del sistema anterior, el Tribunal de Génova, denunciando una ideología que “ve en el rédito el parámetro sobre el cual se calcula la eficiencia del damnificado en términos de capacidad de trabajo” y que no advierte la necesidad de reparar la lesión de la integridad psicofísica que emerge de lo preceptuado en el artículo 32 de la constitución italiana, descubre que la distinción entre daños patrimoniales y no patrimoniales no se funda en el artículo 2043 del código civil italiano, dado que dicha norma hace depender la resarcibilidad del daño de su injusticia y no de su naturaleza patrimonial y no patrimonial<sup>15</sup>. Se construye así el daño biológico, como un *tertius genus* entre el daño patrimonial y el daño moral, daño que siendo común a todos los sujetos debe liquidarse de la misma manera<sup>16</sup>.

## 5. La jurisprudencia posterior

Las sentencias posteriores discutieron si este *tertius genus* se asimilaba al daño patrimonial o al daño no patrimonial. Importante es el fallo del Tribunal de Savona que excluye el daño moral de las lesiones a la integridad psicofísica, atendiendo a que el artículo 2059 hace alusión a esa perturbación del ánimo proveniente de acto ilícito, mientras que aquéllas se “traducen en modificaciones negativas de la manera de ser de la persona y que se prestan para ser valoradas mediante criterios objetivos, al contrario de los sufrimientos del ánimo, que tienen un valor exclusivamente subjetivo<sup>17</sup>”.

---

<sup>15</sup> “Lo stesso Tribunale precisò che in ogni caso a fondamento della risarcibilità del danno alla salute deve porsi l'art 2043 cc, vera e propria norma generale in cui è stabilita puramente e semplicemente la risarcibilità del danno ingiusto. In base a tale norma, che non contiene la limitazione posta dall'art. 2059 cc, sono risarcibili tutti i danni ingiusti abbiano o no il carattere della patrimonialità”. (El Tribunal señaló que, en todo caso, la base de valorización de la salud debe adoptar el artículo 2043 del código civil como una verdadera regla general en la que se establezca, pura y simplemente la recuperabilidad de los injustos. De acuerdo con esta norma, que no contiene la limitación impuesta por el artículo 2059, todos los daños son recuperables dado el injusto, tengan o no el carácter del patrimonial). La traducción es libre. Roberto Simone. Ob. cit. Il risarcimento del danno alla persona. En [www.jus.unitn.it/users/pascuzzi/.../simone.htm](http://www.jus.unitn.it/users/pascuzzi/.../simone.htm).

<sup>16</sup> Roza Sordini, ob. cit., p. 119

<sup>17</sup> Roza Sordini, ob. cit., p. 124

A dicho fallo siguen los de la Corte Suprema de Casación, en este orden:

- Fallo 3675 del 06 de junio de 1981: Se admite el resarcimiento del daño biológico aunque no incida sobre la capacidad de producir rédito.
- Fallo 2396 del 06 de abril de 1983: El daño patrimonial y el no patrimonial son especie del género “daño injusto”, descrito en el artículo 2043 del código civil<sup>18</sup>.
- Fallo 4661 del 20 de agosto de 1984: Reitera lo expuesto en la sentencia anterior especificando que el daño biológico constituye una especie de daño que incide sobre el valor de la vida humana y que tiene relevancia no sólo económica, sino además biológica, social, cultural y estética<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> “Sul piano sistematico, tuttavia, il fondamento della responsabilità fu individuato nell’art. 2043 c.c. quale clausola generale connotata dal *genus* del danno ingiusto senza alcuna limitazione”. (El plan sistemático, la base de la responsabilidad, fue identificado en el art. 2043 del Código Civil, cláusula general que caracteriza el género de prejuicios injustos, sin limitación alguna”. Traducción libre. **Roberto Simone. Il risarcimento del danno alla persona. En [www.jus.unitn.it/users/pascuzzi/.../simone.htm](http://www.jus.unitn.it/users/pascuzzi/.../simone.htm).**

<sup>19</sup> Rozo Sordini, ob. cit., pp. 125-126. En palabras de Roberto Simone: “Il dato ormai era tratto ed alla fine anche la Cassazione, questa volta non in sede di regolamento di giurisdizione, giunse ad affermare che “La lesione dell’integrità fisica costituisce di per sé danno risarcibile” (6 giugno 1981, n. 3675). In maniera più dettagliata in Cass. 6 aprile 1983, n. 2396 si affermò che il bene della salute costituisce, come tale, oggetto di un autonomo diritto primario ed assoluto, sì che il risarcimento dovuto per effetto della sua lesione non può essere limitato alle conseguenze che incidono sull’attitudine a produrre reddito, ma+ deve autonomamente comprendere anche il cosiddetto danno biologico. Da intendersi come la menomazione dell’integrità psico-fisica della persona in sé e per sé considerata, in quanto incidente sul «valore uomo» in tutta la sua concreta dimensione, che non si esaurisce nella sola attitudine a produrre ricchezza, ma si collega alla somma delle funzioni naturali afferenti al soggetto nell’ambiente in cui la vita si esplica, ed aventi rilevanza non solo economica, ma anche biologica, sociale, culturale ed estetica”. (La suerte estaba echada y ahora, finalmente, la Corte Suprema de Justicia, esta vez en la liquidación de la jurisdicción, llegó a decir que "el daño físico por sí solo es compensable" (6 de junio de 1981, n. 3675). De manera más detallada en la casación de 06 de abril 1983, N ° 2396, se confirmó que el derecho a la salud es, como tal, el objeto de una protección primaria separada y absoluta, de modo que la compensación a pagar como resultado de su lesión no puede limitarse a las consecuencias que inciden en su actitud para producir ingresos, pues también debe incluir la propia lesión orgánica. Debe entenderse como el deterioro físico y mental de la persona en sí mismo considerado, como "valor humano" en toda su dimensión concreta, que no se limita a una capacidad de producir riqueza, sino que se vincula a sus funciones naturales relacionadas con el entorno en el que vive y que tiene un impacto no sólo económico, sino también biológico, social, cultural y estético). Traducción libre. **Il risarcimento del danno alla persona. En [www.jus.unitn.it/users/pascuzzi/.../simone.htm](http://www.jus.unitn.it/users/pascuzzi/.../simone.htm).**

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

Siguiendo su línea interpretativa, con el fallo 1130 de 1985, la Corte Suprema de Casación, señalará que el derecho a una mente y cuerpo sanos se sitúa en el ámbito de aplicación del artículo 2043 del Código Civil<sup>20</sup>, para posteriormente abandonar la tesis de daño a la salud como *tertius genus* y referir que estamos ante:

“un daño de tipo patrimonial porque vulnera un valor esencial que representa una parte integrante del patrimonio del sujeto”,

por lo que sería:

“un error calificar el daño a la integridad psicofísica como un daño no patrimonial, que consiste únicamente en el sufrimiento moral en el turbamiento del estado de ánimo de la persona<sup>21</sup>”.

En contra de dicha tesis, y como prueba de las polémicas existentes, la Corte de Apelación de Cagliari, en la sentencia de 15 de febrero de 1985, será explícita en este punto:

“El llamado daño biológico consiste en un daño a la persona y, específicamente, se concreta en cualquier lesión a la salud física o síquica del sujeto que le impide realizar total o parcialmente su personalidad, obligándola a limitar su actividad o, en los casos extremos, a no ejercer actividad alguna”.

Refiriéndose a la incidencia del daño dirá:

“Siendo la salud el requisito esencial para ejercer cualquier tipo de actividad, inclusive productiva, toda lesión a la salud incide también en la actividad productiva, pero se refleja en las otras actividades (sicofísicas) de la persona. El daño biológico cubre, entonces, el área que el daño a la capacidad productiva no logra cubrir”.

---

<sup>20</sup> Rozo Sordini, ob. cit., p. 128.

<sup>21</sup> Rozo Sordini, ob. cit., p. 131.

Y luego:

“Por lo tanto, a la luz de estas consideraciones resulta que, según la teoría en examen, la definición de daño patrimonial (o no patrimonial) es del todo independiente de la naturaleza del derecho perjudicado, en cuanto se refiere de manera exclusiva a la idoneidad (o no idoneidad) del perjuicio para lograr una valoración en dinero objetiva y directa<sup>22,</sup>”

## 6. El fallo 184 de 14 de julio de 1986 del Tribunal Constitucional

Llamados por el Tribunal de Génova y el de Salerno para determinar la constitucionalidad del artículo 2059 del código civil en relación con el artículo 32 de la constitución, el Tribunal Italiano determinó: (i) que la noción de daño no patrimonial se limita a los daños morales subjetivos; (ii) que el daño no patrimonial es daño-consecuencia; (iii) que el daño biológico es daño-evento, de lo que sigue que la existencia de daños patrimoniales o morales son consecuencias eventuales del perjuicio a la salud; (iv) que el artículo 2043 del código civil queda integrado por el artículo 32 de la constitución; (v) que el artículo 2059 del código civil (que atañe al daño moral no susceptible de valoración objetiva) no es un instrumento válido para el resarcimiento del daño a la salud; (vi) que para la valoración del daño biológico debe haber una uniformidad pecuniaria básica, sin que ello implique adecuar las liquidaciones al caso concreto; (vii) que el daño biológico resarce el daño a la persona y “absorbe las voces relativas a la incapacidad genérica de trabajo, al daño a la vida de relación, al daño estético”; (viii) que el daño moral se satisface ante la presencia de un delito y el daño patrimonial cuando incide en la capacidad de producción de renta<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> Rozo Sordini, ob. cit., pp. 134-135.

<sup>23</sup> Rozo Sordini, ob. cit., pp. 157-160. Con respecto al daño-evento y daño-consecuencia, Zappaterra, F., Carassai, P. y Lacovelli, G. en **Ricerca di un concetto generale di invalidità** en [digilander.libero.it/fadange/.../unif.htm](http://digilander.libero.it/fadange/.../unif.htm)., elaboran el siguiente cuadro que ha de tenerse en cuenta cuando se muestre la clasificación que Fernández Sessarego presentará posteriormente.

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

La jurisprudencia ha seguido el tema del daño biológico y Roza Sordini da cuenta de la referida discusión. Sin embargo, son las ideas aquí expuestas las recogidas por Fernández Sessarego en su viaje a Italia y las que con notable éxito incorpora a nuestra legislación<sup>24</sup>.

“La sentenza 184/86 della Corte Costituzionale, come noto, distingue, nella sostanza, quattro categorie di danno (tabella 1): 1) danno biologico; 2) danno alla salute; 3) danno patrimoniale; 4) danno morale.

<b>EVENTO</b>
<b>1. Danno Biologico:</b> Qualsiasi menomazione della integrità psico-fisica.
<b>CONSEGUENZE</b>
<b>2. Danno alla salute:</b> Il diritto giuridico lesa: art. 32 Costituzione = riduzione del benessere psico-fisico e sociale per:
• -danno alla vita di relazione,
• -danno estetico,
• -danno alla capacità sessuale,
• -micropermanenti,
<b>3. Danno patrimoniale:</b> Il diritto giuridico lesa: art. 2043 c.c.
<b>4. Danno morale:</b> Il diritto giuridico lesa: art. 2059 c.c.

La sentencia 184/86 del Tribunal Constitucional, como es bien sabido, distingue, en el fondo, cuatro categorías de daño (Tabla 1): 1) daño biológico, 2) el daño a la salud, y 3) el daño material; 4) daño moral.

<b>EVENTO</b>
<b>1. Daño biológico:</b> todo menoscabo a la integridad física y psicológica.
<b>CONSECUENCIAS</b>
<b>2. Daño a la salud:</b> El derecho legal violado: art. 32 Constitución = reducción del bienestar psicofísico y social:
• Daño a la vida de relación,
•-Daño estético,
•-Daños en la capacidad sexual,
•-Daños permanentes
<b>3. Daño patrimonial:</b> El derecho legal violado: art. 2043 del Código Civil
<b>4. Daño moral:</b> el derecho violado: art. 2059 del Código Civil.

<sup>24</sup> Sin embargo, Fernández Sessarego aclarará las diferencias del “daño a la persona” peruano con los antecedentes italianos. Este los agrupa en tres categorías: “daño biológico”, “daño moral” y “daño existencial”, lo que para nuestro autor no guarda relación con la estructura ontológica del ser humano. Por ello estima que son dos las categorías a tener en cuenta: daño psicosomático (que “comprende todas o cualquiera de las lesiones inferidas tanto al soma, o cuerpo en sentido estricto, como a la psique”) y el daño a la libertad o daño al proyecto de vida (“que genera consecuencias que van desde el retardo o menoscabo del proyecto hasta su frustración total”). **Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”**. Foro Jurídico. Julio 2003. Año. 1. No. 2.

## II. La fe viene de Roma<sup>25</sup>

El viaje que Fernández Sessarego emprende a Italia en el año 1977 le permite frecuentar las ideas entonces en boga en ese país, sacudido, como se ha dicho, por la dificultad de reparar en su integridad los daños personales.

Con absoluta prolijidad, nuestro autor nos dirá que tuvo el privilegio de asistir al surgimiento de la institución en su peregrinación a Italia en 1983, vinculada a las etiquetas de “daño biológico” y “daño a la salud” como un intento de adecuar el “daño a la persona” al sistema normativo de ese país. Al parecer su primera fuente fue *Il diritto alla salute* de Francesco D. Busnelli y Umberto Breccia, en cuyo prólogo Busnelli extendía el concepto de salud a la protección de la integridad psicofísica de la persona emergido del artículo 32 de la constitución italiana de 1947<sup>26</sup>. Del mismo modo, nuestro autor hará referencia a los libros de Fulvio Mastropaolo, Gennaro Giannini y Guido Alpa, denominados *Il risarcimento del danno alla salute, Il danno alla persona come danno biológico e Il danno biológico*, respectivamente, que abordan el tema siempre desde la perspectiva de la legislación italiana, aunque reparando que ya Giannini empareja el daño biológico con el daño a la persona<sup>27</sup>.

En síntesis, Fernández Sessarego ha señalado de manera expresa que el nuevo examen de las cosas partió esencialmente de Italia y ha advertido que ella tuvo como origen la polémica generada en torno a dos dispositivos de su Código Civil:

---

<sup>25</sup>. Siguiendo el plan de este artículo, lo concerniente a este acápite ha sido tomado, en su mayor parte, de las obras de Fernández Sessarego. Sobre el desarrollo del tema en Italia ver: **Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas**, Universidad de Lima, 1990, p. 287 y ss.. Sobre las influencia de algunos autores en Fernández Sessarego confrontar la Nota 118, p. 159 de **Protección Jurídica de la Persona**, Universidad de Lima, 1992 y **Derecho de las Personas**, Sexta Edición, Editora y Distribuidora Grijley E.I.R.L., Lima, junio 1996, p. 335. Observar la nota número 7 en la que nuestro autor enumera algunos de los autores italianos a los que consultó.

<sup>26</sup> Fernández Sessarego, Carlos. **Los 25 años del código civil peruano de 1984**. Lima, 2009, Motivensa S.R.L. pp. 464-465.

<sup>27</sup> Fernández Sessarego, Carlos. Ob. cit., p. 465.

(i) En primera instancia, el artículo 2059 que establecía la reparación del daño no patrimonial sólo en los casos determinados por ley, asociándose éstos a los ilícitos penales.

(ii) En segundo lugar, el artículo 2043 según el cual “cualquier hecho doloso o culposo que ocasiona a otro un daño injusto obliga a quien ha cometido el hecho a resarcir el daño”, lo que permitía reparar con amplitud los daños personales.

Posteriormente –dice nuestro autor- ambas posiciones convergieron en una sola según la cual (i) la reparación del daño a la persona se reduce únicamente, en casos derivados de delito, al ámbito del daño moral en aplicación del artículo 2059 del Código Civil, y, en los demás supuestos (ii) procede la reparación, no obstante no haber acto sancionado por ley, en cumplimiento del artículo 2043 del Código Civil y el artículo 32 de la Constitución del estado italiano de 1948 conforme al cual el Estado tutela la salud pública tanto como derecho fundamental cuanto por interés de la colectividad<sup>28</sup>. El uso del dispositivo constitucional permite comprender el por qué esta noción ha sido conocida en Italia como daño a la salud, daño biológico, daño a la integridad sicosomática, etc., denominaciones que se desprenden del concepto de salud<sup>29</sup>.

De otro lado, Fernández Sessarego informa que la interpretación sobre la aplicación de los artículos 2043, 2059 del Código Civil y 32 de la Constitución Italiana fue precisada en el año 1986, a raíz de la sentencia de la Corte Constitucional No. 184 del 14 de julio de 1986, que resolvió la demanda de inconstitucionalidad del referido artículo 2059 del Código Civil. En esta sentencia, si bien no se declaró la inconstitucionalidad del artículo mencionado, se señaló que la aplicación del artículo 2043 del Código Civil,

---

<sup>28</sup> Citado por Carlos Fernández Sessarego en **Nuevas Tendencias del Derecho de las Personas**, Lima, Universidad de Lima, 1990, p. 288.

<sup>29</sup> De paso también permite comprender el por qué de las divisiones realizadas por Fernández Sessarego, tal como advertirá en **Hacia una nueva sistematización del daño a la persona** en I Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial (23 a 26 de noviembre de 1993), Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1994.

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

concordado con el artículo 32 de la Carta Fundamental, posibilitaba por sí mismo la reparación del daño biológico, o daño de la persona en su más amplio significado, con lo que se establece una salida para la reparación del “daño a la persona” -o daño no patrimonial- sin necesidad que se trate de un hecho sancionado por ley.

Igualmente ha referido que otros pronunciamientos jurisprudenciales desarrollaron el concepto de “daño a la persona”. Así, la sentencia del Tribunal de Génova de 1974 definió como daño biológico el que afecta “la integridad física considerada en sí y por sí misma”; las sentencias de la Corte Suprema del 6 de junio de 1981 y del 6 de abril de 1983 advirtieron sobre el valor del ser humano en su completa dimensión para establecer la reparación del daño dejando de lado el criterio del hombre como fuente generadora de riqueza; y, finalmente la sentencia No. 1130 del 11 de febrero de 1985 estableció los elementos que deben ser apreciados por el juez para fijar la reparación, como son la “gravedad de las lesiones, duración del período de invalidez temporal, eventuales consecuencias permanentes, edad, actividad desarrollada, condición social, condiciones similares, entre otros”<sup>30</sup>, todos ellas características personales del ser humano.

De otro lado, indica que dichos pronunciamientos han contribuido a reforzar el concepto de que la satisfacción del daño no patrimonial debe ser denominada reparación, tal como sostenía en la doctrina italiana desde 1940, entendiéndosele como “(...) la posibilidad de invertir el dinero recibido en actividades que, de alguna manera y dentro de cierto límite, pueda mitigar el daño sufrido si ello es humanamente posible”. De la misma manera –dice nuestro autor- la jurisprudencia italiana ha señalado que el daño no patrimonial tiene adicionalmente carácter sancionatorio y preventivo.

---

<sup>30</sup> Jurisprudencia citada por Carlos Fernández Sessarego en **Protección Jurídica de la Persona**, Lima, Universidad de Lima, 1992, p. 180-181

### III. La Buena Nueva: la incorporación del “daño a la persona” en el código civil peruano

#### 1. La propuesta fallida

Ni en el ensayo titulado “**Consideraciones sistemáticas preliminares para la revisión del Libro Primero del Código Civil**”, publicado por Fernández Sessarego en 1964, ni en el proyecto de la Comisión Reformadora de 1965, publicado en la Revista de Jurisprudencia Peruana en marzo de 1977, se alude al concepto de “daño a la persona”<sup>31</sup>. Sabemos, por Fernández Sessarego, que el primer intento de legislar esta materia aparece en el memorándum del 3 de Octubre de 1983, dirigido por él a la Comisión Revisora: se trata del famoso proyecto del artículo 17 del Código Civil que reunía “el segundo apartado del artículo 107 con el artículo 118 del Proyecto de la Comisión Reformadora, los que se referían a la misma materia”<sup>32</sup>.

El texto propuesto era el siguiente:

“Artículo 17: En los casos de desconocimiento de cualquiera de los derechos de la persona, se puede accionar para obtener su más amplia protección por todos los medios adecuados a la debida y oportuna tutela del derecho lesionado.

“El juez, a solicitud del interesado, puede ordenar la cesación de un hecho potencialmente susceptible de causar un daño a la persona o la paralización de una actividad generadora del daño, siempre que se encuentre verosímilmente acreditado.

“El juez de producirse un daño a la persona, fijará la indemnización que corresponda considerando independientemente las consecuencias patrimoniales de las extrapatrimoniales y del daño moral, si fuera el caso”.

---

<sup>31</sup> Fernández Sessarego, Carlos. **Derecho de las Personas**, Quinta edición, 1992, Cultural Cuzco, Lima, Perú, p. 72. Las **Consideraciones Sistemáticas Preliminares para la revisión del Libro Primero del Código Civil** fueron publicadas en Mercurio Peruano, Año XXXVIII, Vol XLVI, Nos. 445-446, Lima, mayo - junio, 1964, reeditadas en “Boletín del Instituto de Derecho Comparado del Perú, Lima, Enero - Diciembre, 1965, recogidas en **Nuevas Orientaciones del Derecho**, CAL, Lima, 1965 y vueltas a publicar en **La Persona en la doctrina jurídica contemporánea**, Universidad de Lima, Serie Derecho y Ciencia Política No. 2, 1984. Tampoco se menciona nada en la exposición que Fernández Sessarego hace a los alumnos de la Facultad de Derecho de la “Universidad San Luis Gonzaga” de Ica el 13 de agosto de 1976. El opúsculo donde se hallan las expresiones de nuestro autor fue publicado en la referida ciudad en Enero de 1977 bajo el título **Reforma del código civil peruano**.

<sup>32</sup> Fernández Sessarego, Carlos. **Derecho de las Personas**, Quinta Edición, Cultural Cuzco, 1992, p. 72 y Sexta Edición, Editora y Distribuidora Grijley E.I.R.L., Lima, junio 1996, p. 87.

Como se advierte el segundo y tercer párrafo del dispositivo hacen mención al “daño a la persona”, aunque sin precisar si se está ante un nuevo concepto o si sólo se hace referencia a una expresión indispensable en el contexto de ubicación de la norma: el Libro de Personas del código civil. Sin embargo, como ya se ha dicho, de regreso al país luego de su viaje a Italia, Fernández Sessarego considera que debe “dar a conocer, a nivel local y latinoamericano, el acontecimiento representado por el surgimiento en el mundo jurídico, en los años ochenta del siglo XX, de un nuevo daño en el escenario jurídico contemporáneo” y a esa labor se encomienda, profundizando en el sentido del “daño a la persona”, sistematizando el concepto e “intentando otorgarle un sustento filosófico a fin de no incurrir en la confusión de denominaciones o etiquetas que observamos en Italia<sup>33</sup>”.

En todo caso, el artículo, tal como estaba diseñado, no fue aceptado en su integridad, probablemente, como sugiere su autor, porque la Comisión Revisora no estaba integrada por ninguno de los miembros de la Comisión Reformadora. Debido a ello el artículo 17 fue disminuido en extensión y su alcance se redujo a los extremos en los que ha sido consignado en el código civil de 1984. Sin embargo, ante el rechazo de la Comisión Revisora, el “daño a la persona” fue incorporado en forma “subrepticia” (el término es de Fernández Sessarego) en el artículo 1985 del código civil<sup>34</sup>, pero sólo en cuanto a los rubros que comprende la reparación, habiéndose decidido este agregado el 3 de julio de 1984, a escasos 21 días de la promulgación del código, en un encuentro propiciado por el entonces Ministro de Justicia, Max Arias Schreiber, y en la que se encontraron presentes Manuel de la Puente

---

<sup>33</sup> Fernández Sessarego, Carlos. **Los 25 años del código civil peruano**, Lima, 2009, Motivensa S.R.L. p. 466. Obsérvese que esta declaración deja en claro lo siguiente: (i) que fue en los “ochenta” y no en los setenta donde surge esta noción; y (ii) que el sustento filosófico existencialista es de autoría de Fernández Sessarego y no proviene de Italia.

<sup>34</sup> Artículo 1985 del Código Civil: “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”.

Lavalle, Felipe Osterling Parodi y el asesor Carlos Cárdenas Quirós, los que expresaron su respaldo<sup>35</sup>.

## 2. Los inicios: 1984-1985: la ambigüedad conceptual

Hay que indicar que en esos momentos la imprecisión conceptual era manifiesta; de ahí el uso indistinto de términos como “daño no patrimonial” o “daño a la persona”, cuyas expresiones le significaban lo mismo a nuestro autor<sup>36</sup>.

No obstante lo expuesto, Fernández Sessarego delimitó el concepto señalando que el malogrado artículo 17 constituía una norma autónoma destinada a proteger del modo más eficaz a la persona humana<sup>37</sup> dadas:

- (a) La calidad específica del bien dañado (que era de índole inmaterial); y
- (b) La naturaleza de la reparación (que no podía concretarse en una suma de dinero equivalente al daño producido)<sup>38</sup>.

Aún no era mucho o, por lo menos, no había distinción alguna con el daño moral, por eso, denotando la lucidez que nadie le podrá negar, nuestro autor definió el daño no patrimonial (o “daño a la persona”) como aquel “que lesiona a la persona en sí misma, estimada como un valor espiritual,

---

<sup>35</sup> Fernández Sessarego, Carlos. **Derecho de las Personas**, Sexta Edición, pp. 332 a 334. **Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas**, Universidad de Lima, Lima, 1990, pp. 269 a 271. **Daño al Proyecto de Vida**. Separata de la Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Política. No. 50. Diciembre 1996, pp. 63-64.

<sup>36</sup> La imprecisión terminológica no carece de importancia. En **Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas** (Universidad de Lima, 1990), Fernández Sessarego recusó la vieja denominación de daño no patrimonial por la de “daño a la persona”. Rechazo que se encargaría de ratificar en **Hacia una nueva sistematización del daño a la persona**. I Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1994, p. 35. En obra posterior, **Daño al Proyecto de Vida**, (Separata de la revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. No. 50. Diciembre 1996), afirmará rotundamente: “no llegamos a entender la preferencia de los juristas por la expresión ‘patrimonio’ sobre la de ‘persona’” (p. 71).

<sup>37</sup> Fernández Sessarego, Carlos. **Derecho de las Personas**. Quinta edición. Ob. cit., p. 68.

<sup>38</sup> Fernández Sessarego, Carlos. Ob. cit., p. 69.

psicológico o inmaterial”, incorporando al concepto las siguientes precisiones:

i) El “daño a la persona” comprende el daño a alguno de los derechos de la persona o puede afectar radicalmente el proyecto de vida. Tal es la importancia que le concede a este nuevo tema que señala que en un primer grado el “daño a la persona” significa el agravio a dicho proyecto. Pero también, en un segundo grado, el “daño a la persona” afectaba también “cualquier aspecto de esa inescindible unidad sicosomática que es el hombre, alguna o varias facetas de su rica personalidad, protegidas por el derecho, con o sin norma positiva expresa<sup>39</sup>”.

ii) Como ciertos intérpretes consideran el daño moral en su restringida noción de dolor o pena, y esto puede ocasionar que se pueda argumentar que el código civil no tutela las lesiones causadas a los derechos, bienes e intereses de la persona en cuanto tal, debe regularse la categoría de “daño a la persona<sup>40</sup>”. A su vez, el daño moral se diferenciaba del “daño a la persona” por su relación de especie a género. En tanto el primero representaba una “afrenta al sentimiento de la persona, causa de dolor o sufrimiento”; el segundo agredía cualquiera de los derechos de la persona y el daño al proyecto de vida<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> Fernández Sessarego, Carlos. **Derecho de las Personas**, Sexta edición, Editora y Distribuidora Grijley E.I.R.L., Lima, junio 1996, pp. 330-331.

<sup>40</sup> Fernández Sessarego, Carlos en **Derecho de las Personas**. Sexta Edición, Editora y Distribuidora Grijley E.I.R.L., Lima, junio 1996, p. 331, señalará: “En nuestro medio se inclinan por una connotación restringida de daño moral el doctor José León Barandiarán (en **Exposición de Motivos y Comentarios del Código Civil Peruano**, compilación de Delia Revoredo de Debakey, Lima, 1984, Tomo VI, p. 807). Por su parte, Trazegnies Granda incorpora el “daño a la persona” dentro de la categoría del daño moral (“**Por una lectura creativa de la responsabilidad extracontractual en el nuevo Código Civil**” en Para leer el Código Civil, Lima PUCP, 1984, Vol. I, pp. 231-232).

<sup>41</sup> Fernández Sessarego, Carlos. **Derecho de las Personas**, Sexta Edición, Editora y Distribuidora Grijley E.I.R.L., Lima, junio 1996, p. 333.

iii) Si bien el “daño a la persona” es de naturaleza extrapatrimonial, debe ser reparado (no resarcido) económicamente<sup>42</sup>.

iv) El “daño a la persona” debe ser reparado utilizando la acción inhibitoria.

Delineaba así las cuatro líneas fundamentales por las que se desarrollará posteriormente la polémica.

## IV. La evangelización

### 1. Publicación de Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas

La embestida de Trazegnies Granda, de la que se hará referencia en el capítulo posterior (y los nuevos aportes de la doctrina y la jurisprudencia italianas), invitaron a Fernández Sessarego a reelaborar su propuesta, modificando en algunos casos las denominaciones o precisando algunos conceptos que ya había bosquejado.

Así, en el año 1990, aparece **Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas**, libro publicado por la Universidad de Lima<sup>43</sup>. En el volumen en comento, Fernández Sessarego para escapar de la vieja denominación de

---

<sup>42</sup> El término reparación, en reemplazo de resarcimiento, ya había sido utilizado por Ravazzoni (1962) y Pacchioni (1940). El primer autor había señalado que “la mejor doctrina italiana, desde hace tiempo, concuerda en afirmar que se trata de una reparación y no un resarcimiento”. Fernández Sessarego así lo hace saber, aunque señalando que el descubrimiento de estos autores lo ha hecho posteriormente a la postulación por él efectuada. **Protección jurídica de la Persona**, Lima, Universidad de Lima, 1992, pp. 185-186. En una obra anterior, **Consideraciones Sistemáticas Preliminares para la revisión del Libro Primero del Código Civil Peruano**, Mercurio Peruano, Lima, Mayo – Junio, 1964, nuestro autor ya había advertido, aunque de manera tangencial y siguiendo a José Castán y Tobeñas (Los derechos de la personalidad), de la necesidad “generalmente” de reparar y no resarcir los daños extrapatrimoniales. Ver: **La persona en la doctrina jurídica contemporánea**, Fernández Sessarego, Universidad de Lima, 1984.

<sup>43</sup> El texto, según Fernández Sessarego, recoge un conjunto de ensayos y artículos escritos entre los años 1985 y 1988 (prólogo, p. 13). El mismo autor nos advierte que el capítulo concerniente al “daño a la persona” lo redactó en 1986, agregándole una apostilla final entre esa fecha y la de edición de la obra. Atendiendo a ello, no es exacta su posterior afirmación (p. 319) de haber redactado el escrito en 1984, pues de haber sido así en **La Exposición de Motivos al Código Civil de 1984** (publicado en 1985) hubiera distinguido términos como “daño a la persona” y daño no patrimonial, y hubiera ya utilizado la expresión daño subjetivo. Lo cierto es que el ensayo se redactó en su mayor extensión en 1986, que hubo algunos agregados hasta 1990 y que ese mismo año fue publicado. Nuevamente se hace aquí necesario precisar fechas para atender el desarrollo conceptual de la figura jurídica que venimos estudiando.

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

daño patrimonial y no patrimonial propone, en primera instancia, la de daños personales y no personales, pero percatándose que toda persona es sujeto de Derecho, pero no todo sujeto de Derecho es persona y que el término persona no cubre al concebido, señala que la clasificación debe ser de daños subjetivos y daños objetivos. La incongruencia de denominar a esta figura como “daño a la persona” y no como “daño subjetivo” había sido advertida por Carlos Cárdenas Quirós en una ponencia presentada en Buenos Aires, en Abril de 1989. Casi al mismo tiempo, Fernández Sessarego formulará esta noción en el Congreso Internacional celebrado en mayo de 1989 en Pisa denominado “Daños a la salud, hoy”<sup>44</sup>.

De la misma manera amplió la definición del “daño a la persona” o, como ahora quiere llamarlo, daño subjetivo, incorporando términos provenientes de la jurisprudencia italiana, sobre todo relacionado al daño biológico y el daño a la salud, los que conjuntamente con el daño al proyecto de vida integran las variantes del “daño a la persona”.

Los nuevos alcances propuestos por Fernández Sessarego son los siguientes:

- a. Varía la denominación de “daño a la persona” por “daño subjetivo” con el fin de tutelar los derechos del concebido y de las personas no inscritas.
- b. Apunta que la figura de “daño a la persona” viene del aporte de la jurisprudencia italiana, pero que su desarrollo no ha concluido, siendo varias sus denominaciones: daño biológico, daño a la salud, daño extraeconómico, daño a la vida en relación, daño inmaterial, daño a la integridad psicosomática, daño no material. En todo caso, refiere que la idea común de esta figura atañe “a todas aquellas múltiples

---

<sup>44</sup> Ver. **Apuntes sobre el denominado daño a la persona en el Código Civil del Perú de 1984**, Carlos Cárdenas Quirós (Ponencia sustentada en Buenos Aires, Congreso Internacional de Derecho de Daños. Homenaje a Mosset Iturraspe, Buenos Aires, 5/8 Abril de 1989) en *Aequitas*, Revista de Derecho y Ciencia Política, No. 1 y **Nuevas tendencias en el derecho de las personas**, ob. cit., nota 70, p. 318.

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

situaciones en las cuales el sujeto, por sufrir una lesión a su integridad psicosomática, está normalmente sometido a daños de consecuencias no patrimoniales que inciden sobre la persona considerada en sí misma<sup>45</sup>”, es decir, consiste en el “agravio perpetrado contra bienes o intereses de la persona en cuanto tal que, por su propia naturaleza, no son cuantificables en dinero en tanto desconocen un interés espiritual, psicológico o moral<sup>46</sup>”.

- c. Precisa la diferencia entre daño moral y “daño a la persona” señalando que este último es el género y el daño moral una especie del mismo. El “daño a la persona” cubre la profunda depresión, la intolerable mortificación que altera la tranquilidad y el sosiego espiritual, agresión que amengua la alegría de vivir, la injusta merma del prestigio; es un atentado contra el bienestar psicológico, la intrusión sin fundamento en la esfera de la intimidad, por lo que regula situaciones distintas al daño moral que se configura sólo como dolor o aflicción<sup>47</sup>.
- d. Reitera la necesidad de cambiar el término **resarcir** que el lenguaje jurídico restringe a su sentido de entrega de suma de dinero que se da a la víctima del daño para restituir una cosa a su estado anterior, por el de **reparar** en su acepción de “desagraviar, satisfacer al ofendido<sup>48</sup>”.

---

<sup>45</sup> Fernández Sessarego, Carlos. **Nuevas tendencias en el derecho de las Personas**. Lima, Universidad de Lima, 1990, p. 280.

<sup>46</sup> Fernández Sessarego, Carlos. Ob. cit., p. 297.

<sup>47</sup> Fernández Sessarego, Carlos. Ob. Cit., pp. 310-312. Ver nota 67.

<sup>48</sup> Este punto había sido tratado someramente en **Derecho de las Personas**, 5ta. edición, p. 70. En dicha obra, Fernández Sessarego advertía entonces que siendo inimaginable resarcir un daño que afecte el honor “ya que es impracticable traducir dicho daño en una suma equivalente de dinero” resulta impropio utilizar la expresión resarcimiento, por lo que debe adoptarse el vocablo reparación que describe mejor la indemnización debida frente a un daño a la persona.

Sobre la entrega de sumas de dinero, nuestro autor afirma que ellas no significan una reparación patrimonial indirecta, sino una forma de lograr “cierto tipo de satisfacciones espirituales o de

## 2. La sistematización del “daño a la persona”

Con la publicación de **Protección jurídica de la Persona** y la ponencia presentada en el **I Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial** llevada a cabo en la Universidad Nacional de Mayor de San Marcos en 1993<sup>49</sup>, Fernández Sessarego prosigue con la elaboración del concepto de “daño a la persona”.

En principio establece una interesante clasificación de daños estructurando un cuadro explicativo que ya había avizorado en la quinta edición de **Derecho de las Personas**. Allí, nuestro autor había dicho que las dos características que delimitan el daño no patrimonial son la calidad específica del bien dañado y la naturaleza de la consiguiente reparación. Y había agregado:

“En cuanto al primero de tales elementos se anota que el bien lesionado es uno de índole inmaterial, sobre el cual el agente infractor actúa generando una consecuencia negativa, una alteración desventajosa para la persona. Se incide así en la vertiente espiritual de los derechos de la persona, en lo que ella tiene de inmaterial. El segundo elemento, o sea la reparación del daño, se constituye como uno que no puede concretarse en una suma de dinero equivalente al daño producido<sup>50</sup>”.

---

entretenimiento”. “El dinero -manifiesta- tratándose del daño a la persona, cumple sólo la función meramente instrumental de brindar a la víctima de ciertas satisfacciones o sensaciones placenteras”. Además asegura que pueden existir otro tipo de reparaciones que no contemplen la entrega de sumas de dinero, tales como el público desagravio de la ofensa, la publicación de la sentencia, la entrega de negativos, la devolución de la correspondencia.

<sup>49</sup> Fernández Sessarego, Carlos. **Protección Jurídica de la Persona**. Lima, Universidad de Lima, 1992 y **Hacia una nueva sistematización del daño a la persona** en I Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial (23 a 26 de noviembre de 1993), Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1994. **Cuadernos de Derecho No. 3**. Universidad de Lima, Lima 1993.

<sup>50</sup> Fernández Sessarego, Carlos. **Derecho de las Personas**. Quinta Edición. Cultural Cuzco, Lima 1992, p. 69.

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

Siguiendo los pasos ya pergeñados, en **Hacia una sistematización del daño a la persona** elaborará el siguiente esquema en relación al daño<sup>51</sup>:

## CLASIFICACIÓN DEL DAÑO

1. Por la naturaleza del ente afectado	a. Daño subjetivo	1. Daño sicológico	1.1. Daño biológico (daño a la persona)  1.2. Daño a la salud
		2. Daño a la libertad (daño al proyecto de vida)	
	b. Daño objetivo (daño a las cosas)		
2. Por las consecuencias	a. Daño personal (extrapatrimonial)		
	b. Daño extrapersonal (patrimonial)		

El cuadro se explica de la siguiente manera:

a. En primer lugar, los daños se clasifican ya por la naturaleza del ente afectado, ya por las consecuencias del mismo<sup>52</sup>.

<sup>51</sup> Fernández Sessarego, Carlos. **Hacia una nueva sistematización del daño a la persona** en I Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial (23 a 26 de noviembre de 1993), Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1994, p. 35. Nótese la cercanía de este esquema con el planteado por la sentencia 184/1986 de la Corte de Casación italiana expuesta en la Nota 21 de este trabajo. Hay que señalar aquí que Roza Sordini ha criticado el planteamiento de dicha sentencia por ser un “inútil ejercicio dogmático” pues de ella no se desprende ninguna consecuencia concreta; es “errada desde un punto de vista sistemático” dado que el daño “nunca es simple ni únicamente un evento, sino que es también consecuencia del hecho lesivo” y, finalmente, es “peligrosa” porque “el requisito de la injusticia del daño (se) pone en relación con el hecho, y no (como debería ser) con el daño”. **El daño biológico**, pp. 162-163,

<sup>52</sup> Fernández Sessarego, Carlos. Ob. cit., p.p. 24-25. En realidad, tales expresiones ya habían sido utilizadas en la quinta edición de **Derecho de las Personas**.

b. **Por la naturaleza del ente afectado** sostendrá que los daños pueden ser **subjetivos** (cuando atentan contra el sujeto de derecho en sí mismo) y **objetivos** (cuando inciden sobre los objetos, sobre las cosas que se encuentran en el mundo exterior al sujeto<sup>53</sup>).

c. A su vez, **el daño subjetivo** puede ser un **daño sicosomático** (que comprende tanto el **daño biológico** como el **daño a la salud**) y el denominado **daño a la libertad o proyecto de vida**, es decir, los daños a la persona o daños subjetivos, pueden lesionar algunos o varios aspectos somáticos o síquicos del sujeto o incidir en su propia libertad.

d. **El daño somático** estaría integrado por el **daño biológico** y el **daño a la salud**. El primero, constituido por la lesión en sí misma, sería la variante estática del daño; el segundo, su aspecto dinámico, compuesto por las repercusiones de la lesión en la salud del sujeto. Sin embargo, Fernández Sessarego se preocupa en sostener que esta división sólo es distinguible teóricamente, pues el ser humano es una unidad inescindible. El **daño síquico** incide en la inteligencia, los sentimientos, la voluntad<sup>54</sup>.

e. Por su parte, el **daño al proyecto de vida** se deriva de un daño somático, el mismo que compromete la libertad ya en su instancia subjetiva (íntima decisión de la persona) o en su instancia fenoménica, es decir, el libre desarrollo de su personalidad. Puede ser de tal magnitud que trunque el proyecto existencial del sujeto, con lo que se impide de modo radical que la persona se realice conforme a su íntima vocación, lo que haría que la vida

---

<sup>53</sup> Fernández Sessarego, Carlos. **Protección jurídica de la Persona**. Lima, Universidad de Lima, 1992, pp. 151-152. La división entre daño personal y daño patrimonial parece estar presente en el Anteproyecto del código civil y comercial de la nación argentina. Allí, su artículo 1713 señala: “Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva”.

<sup>54</sup> Fernández Sessarego, Carlos. **Hacia una nueva sistematización del daño a la persona** en I Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial (23 a 26 de noviembre de 1993), Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1994, pp. 34-36.

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

del sujeto carezca de sentido. Es un daño actual y cierto que se proyecta al futuro y acompaña al sujeto durante su periplo vital<sup>55</sup>.

f. Por su parte, el **daño por sus consecuencias** puede ser uno **personal** o uno **extrapersonal**. Hay daño personal cuando sus consecuencias no pueden traducirse en dinero. Hay daño extrapersonal o patrimonial cuando los daños son apreciables en dinero.

g. En lo que atañe a la relación del daño moral con el “daño a la persona” establecerá dos distinciones básicas, una de alcance general, y otra planteada, específicamente, en lo que atañe al proyecto de vida. Así, nuestro autor señalará: (1) el daño moral lesiona uno de los múltiples aspectos de la personalidad mientras que el “daño a la persona” cubre todo los aspectos de ella; y (2) el daño moral es frecuentemente transitorio; el daño al proyecto de vida acompaña a la persona en el transcurso de su vida. En realidad, aquí se sigue el concepto de la sentencia 184 de la Corte Constitucional de Italia (14.07.80) que define al daño moral como “un estado de angustia, sufrimiento” que padece el sujeto y que tiene el carácter de efímero y pasajero<sup>56</sup>.

h. Finalmente, reiterará su preferencia por el término reparación, en su concreta acepción de “desagraviar, satisfacer al ofendido”, al de resarcir más vinculado al pago de derechos patrimoniales.

i. Importa también señalar que los análisis planteados por Fernández Sessarego lo llevan a señalar que la reparación podrá hacerse a través de las tablas de infortunios (baremos) estructurados por grupos interdisciplinarios. En estos baremos, asegura, se establece un valor equitativo para un determinado número de lesiones, el mismo que toma en cuenta la jurisprudencia, si la hubiere, y la situación socio-económica del país. La cuantía de la reparación será el resultado de una estrecha

---

<sup>55</sup> Fernández Sessarego, Carlos. Ob. cit., pp. 36-37.

<sup>56</sup> Fernández Sessarego, Carlos. **Protección jurídica de la persona**, Lima, Universidad de Lima, 1992, pp. 168-169.

colaboración entre el juez y los médicos forenses. El magistrado, sobre la base del pronunciamiento del daño biológico, establece la reparación al daño a la salud atendiendo a las circunstancias, edad, ocupación y otras actividades desarrolladas por la víctima. Finalmente, la reparación al daño al proyecto de vida es resultado de la equitativa y sensible apreciación del juez<sup>57</sup>.

### 3. La difusión de los conceptos

Sistematizado el concepto, Fernández Sessarego emprende una labor de divulgación y de nuevas reflexiones sobre los conceptos antes señalados. Algunas de dichas obras realizan nuevos planteamientos que se hacen neces

rios exhibir.

#### 3.1. Las puntualizaciones en torno al “daño al proyecto de vida”

a. En **Daño al Proyecto de Vida**<sup>58</sup> Fernández Sessarego ha elaborado una síntesis notable sobre la noción de “daño a la persona”. Aunque no se trata, y el autor así lo advierte, de la última palabra sobre un tema que se encuentra inmerso en “un proceso de alineamiento y profundización constante” (p. 97), constituye el mayor esfuerzo realizado para precisar los alcances conceptuales del tema.

En principio, nuestro autor reitera la clasificación propuesta en **Hacia una nueva sistematización de los daños** (p. 49) dividiendo éstos en (1) por la naturaleza del ente afectado (daño a la persona (subdividido en daño sicosomático y daño al proyecto de vida) y daño a las cosas) y (2) por las consecuencias derivadas de éste (daño personal y daño extrapersonal). No cabe confundir, dice Fernández Sessarego, las consecuencias del daño del

---

<sup>57</sup> Fernández Sessarego, Carlos. **Hacia una nueva sistematización del daño a la persona** en I Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial (23 a 26 de noviembre de 1993), Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1994, p. 40-41.

<sup>58</sup> Fernández Sessarego, Carlos. **Daño al Proyecto de Vida**. Separata de la Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Lima, No. 50. Diciembre 1996.

ente dañado (p. 67), pues, agrega, si se tiene clara esta estructura no cabrá confusión en los términos **daño a la persona** y **daño no patrimonial**, ni en la noción de **daño a la persona** y **daño moral**.

En efecto, dice nuestro autor, si el daño afecta al ente denominado persona, no importa que las consecuencias sean de orden patrimonial o no patrimonial, porque se tratará de un “daño a la persona”. “No son las consecuencias del daño, por consiguiente, las que tipifican el daño a la persona. Se debe atender, primariamente, a la naturaleza del ente dañado” (p. 80).

Similar idea es utilizada para rechazar la expresión daño moral que alude sólo a las consecuencias del daño (dolor, sufrimiento) y no a la naturaleza del ente afectado (persona) (p. 67).

b. En el ensayo aludido, Fernández Sessarego realiza además cuatro precisiones importantes:

(i) Aun cuando el término “daño subjetivo” le parece adecuado, prefiere utilizar el de “daño a la persona” como tributo a la naciente concepción y para evitar confusiones (p. 50).

(ii) Reconoce en forma expresa que la noción de daño moral tiene alcances más amplios que los de dolor y sufrimiento. Sin embargo reitera que la expresión daño moral debe desaparecer porque se incurre en error terminológico y conceptual. Con respecto al primer punto apelará a Mosset para señalar con él que el daño moral “no es un problema de mi eticidad resentida, de mi moral que me reprochan. No es moral es jurídico” (p. 62).

(iii) Si en **Hacia una nueva sistematización ...** había mencionado al daño psíquico como una subdivisión del daño sicosomático, el ensayo de José Milmaiene, denominado **El daño psíquico** (en: Los nuevos daños. Hammurabi, Buenos Aires, 1995), lo obliga a realizar ciertas puntualizaciones, las que no llegan a aclarar completamente el tema

Así, Fernández Sessarego señalará, en primera instancia, que el daño moral es “un daño específico que compromete básicamente la esfera afectiva o sentimental de la persona, ocasionándole una perturbación, un dolor, un sufrimiento **que carece de sustento patológico**” (p. 58). Milmaiene, por su parte, había manifestado que “el daño moral configura una categoría ajena a los métodos y posibilidades de la psicología, debiéndose inscribir en el amplio campo de la teoría de los valores” (p. 59).

Más adelante, sin embargo, nuestro autor señalará que el daño psíquico incide primaria y notoriamente en el aspecto afectivo, volitivo e intelectual “precisamente, cuando la incidencia se presenta fundamentalmente en la esfera afectiva o sentimental solemos aludir al daño moral en su restringido sentido tradicional de dolor de afección” (p. 74). Este nuevo criterio, permite deducir que la patología del dolor se deja de lado y que el daño moral forma parte del daño psíquico, el que a su vez es un daño psicosomático que violenta a la persona.

(iv) Finalmente en cuanto al tema del proyecto de vida, Fernández Sessarego nos ofrece el sustento filosófico del concepto (pp. 49-55). Agregará además que en este tipo de daños se trata (a) ya de un colapso de tal magnitud que anula la capacidad de decisión, (b) ya de un daño que incide decisivamente en la posibilidad de realizar una decisión libre, de desplegar los aspectos de la personalidad, de actuar un proyecto de vida (p. 84). Se trata pues de un daño que bloquea la libertad<sup>59</sup>.

---

<sup>59</sup> En este trabajo, Fernández Sessarego diferencia **el proyecto de vida y los proyectos de vida**. En el primer caso, se compromete el sentido mismo de la existencia; en el segundo, dice, no se afecta el núcleo existencial del sujeto (Ob. cit., p. 84).

### 3.2. La protección del “proyecto de vida”

a. En **¿Es posible proteger jurídicamente el “Proyecto de Vida”?**<sup>60</sup> y en **El Proyecto de Vida** **¿merece protección jurídica?**<sup>61</sup>, Fernández Sessarego reitera su influencia de la filosofía de la existencia y sus conocidos vínculos intelectuales con Heidegger, Mounier, Jaspers, Sartre, Zubiri y Cossio. Desde esa óptica acomete el tema partiendo de la idea de un ser humano que para él es libertad. Dice: “la libertad, en síntesis, no es un atributo del ser humano: es su propio **ser**<sup>62</sup>” (la negrita es del profesor sanmarquino). Este ser libertad –señala Fernández Sessarego- hace al ser humano único e irrepetible; lo hace lleno de dignidad. Pero además lo hace un ser proyectivo y, dado que debe elegir, un ser responsable.

La libertad, que es una, se aprecia en dos instancias, una ontológica (que sólo se pierde con la muerte) y una fenoménica (condicionada por el mundo y exterior). Esta última es la libertad que se muestra, es, lo que Zubiri llamaba, “el uso de la libertad” y es la que puede ser afectada aún cuando “el proyecto de vida se fundamenta en la propia calidad ontológica del ser humano<sup>63</sup>”.

Ese proyecto de vida responde a una determinada adhesión a una escala de valores y su cumplimiento “significa que la persona ha hecho realidad el destino que se propuso alcanzar en su vivir, en su tiempo existencial”. En suma, todo lo que el hombre proyecta está “directa o indirectamente, en función de su propio “proyecto de vida”.

---

<sup>60</sup> Fernández Sessarego, Carlos. **¿Es posible proteger jurídicamente El “Proyecto de Vida”?** Foro Jurídico. Lima 2008, Año 4. No. 8.

<sup>61</sup> Fernández Sessarego, Carlos. **El “proyecto de vida” ¿merece protección jurídica?** Revista Jurídica del Peru. Febrero 2008. No. 84.

<sup>62</sup> Fernández Sessarego, Carlos. **¿Es posible proteger jurídicamente El “Proyecto de Vida”?** Foro Jurídico. Lima 2008, Año 4. No. 8, p. 49.

<sup>63</sup> Fernández Sessarego, Carlos. Ob. cit, p. 52.

Es verdad –dice nuestro autor- que hay proyectos alternativos, pero ellos son no queridos, inauténticos, no causan necesariamente una frustración.

En ambos ensayos, Fernández Sessarego se pregunta cuándo nace el proyecto de vida o si todos lo tienen, respondiéndose que es “incierto la edad, el instante existencial” de su surgimiento y que todas las personas (aún los desorientados e inmaduros) lo poseen<sup>64</sup>.

b. Posteriormente, intuyendo las dificultades para reparar este tipo de daños menciona “que los mínimos requisitos” que deberían tener los jueces para afrontar la reparación de las consecuencias de los daños de las personas, podrían ser, entre otros: (i) el conocimiento de la estructura existencial del ser humano; (ii) no tener duda que el Derecho fue creado para la defensa de la libertad; (iii) “tener la enraizada convicción que más importante es reparar un “daño a la persona”, que es un fin en sí mismo, que un daño al patrimonio, que tiene un mero carácter instrumental; (iv) poseer fina sensibilidad para no comprometerse con la ideología individualista-patrimonialista; (v) comprender que lo más importante de la vida es cumplir con el destino que se ha trazado; (vi) comprender que el daño moral es un agravio a principios éticos cuyas consecuencias son de carácter psíquicos, emocionales, no patológicos; (vii) solidarizarse con el sentimiento humano; (viii) conocer en qué consiste el “daño a la persona” y (ix) “conocer y adentrarse, con penetración y finura intelectual, en el conocimiento de las diversas modalidades del daño a la persona, como son los daños psicossomáticos, tanto “biológico” como al “bienestar” y el “daño al proyecto de vida<sup>65</sup>”.

### 3.3. El daño psíquico

No debe confundirse –dice Fernández Sessarego- el “daño al proyecto de vida” con el “daño psíquico”, pues este incide en uno de los aspectos

---

<sup>64</sup> Fernández Sessarego, Carlos. Ob. cit., p. 56 y **El “proyecto de vida” ¿merece protección jurídica?** Revista Jurídica del Peru. Febrero 2008. No. 84, p. 349.

<sup>65</sup> Fernández Sessarego, Carlos. **El “proyecto de vida” ¿merece protección jurídica?** Revista Jurídica del Peru. Febrero 2008. No. 84, pp. 353-354.

psicosomáticos de la persona, mientras que el primero constituye un daño a la radical existencia del ser humano<sup>66</sup>.

Esta diferencia entre el “daño psíquico” y el “daño al proyecto de vida” ya había sido planteada por nuestro autor en 1996<sup>67</sup> y antes, aunque brevemente, en la Revista *Themis*<sup>68</sup>. Allí se extraña que Milmaiene “no distinga entre la lesión psicosomática en sí misma, que representa un daño psíquico, de aquel otro daño mucho más grave y profundo que puede originar, en última instancia, un daño al “proyecto de vida”.

Pero será en la publicación que realiza para *Scribas* en la que explicará a detalle los pormenores de este tipo de daño<sup>69</sup>.

Reiterando nociones anteriores, Fernández Sessarego señalará que los daños atendiendo a los entes susceptibles de ser dañados pueden ser “daños a los objetos del mundo exterior al ser humano y daño al ser humano en sí mismo”. Sólo –dice con énfasis- atendiendo a este distingo se pueden utilizar técnicas adecuadas para su valorización y posterior reparación porque:

“No es igual, en calidad y trascendencia, dañar algún aspecto del “ser” del hombre que dañar lo que constituye su “haber”<sup>70</sup>.

A este orden se une otro, que tiene que ver ya no con la naturaleza del ente afectado sino con las consecuencias del daño. Aquí los daños pueden ser personales o patrimoniales.

---

<sup>66</sup> Fernández Sessarego, Carlos. **Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”**. Foro Jurídico. Julio 2003. Año. 1. No. 2

<sup>67</sup> Fernández Sessarego, Carlos. **Daño al proyecto de vida**. Derecho PUCP. 1996. No. 50.

<sup>68</sup> Fernández Sessarego, Carlos. **Apuntes para una distinción entre el daño al “proyecto de vida” y el daño “psíquico”**. Themis. Época 2. Lima 1995. No. 32.

<sup>69</sup> Fernández Sessarego, Carlos. **Daño Psíquico**. Revista de Derecho *Scribas*. Año II. No. 3. Arequipa.

<sup>70</sup> Fernández Sessarego. Ob. cit., p. 114.

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

Cuando existe “daño a la persona” –dice nuestro autor- es porque la lesión y sus consecuencias “recaen en el ser humano, en alguna de sus múltiples manifestaciones o maneras de ser, las que representan intereses jurídicamente protegidos<sup>71</sup>”. Este daño puede ser uno psicossomático (daño biológico y daño a la salud) y un daño al ejercicio de la libertad (daño al proyecto de vida).

Expuestos los lineamientos que ya había trazado en otros trabajos, le interesa a Fernández Sessarego discutir la ubicación del “daño psíquico” dentro del espectro de los daños. Entiende que se trata de un hecho novedoso, pero estima que debe lograrse una adecuada sistematización del mismo. De allí que concluya que el “daño psíquico” se trata “obviamente, de un daño subjetivo o “daño a la persona” y, dentro de éste, de un daño psicossomático que, en algunos casos puede también afectar el ejercicio de la libertad de la víctima, el normal desarrollo de su personalidad<sup>72</sup>”.

En esa perspectiva, Fernández Sessarego refiere que la psique y el soma permiten reconocer muchas enfermedades; es mucho más sencillo determinar la dolencia cuando se trata del soma porque sus lesiones son detectadas de modo objetivo, pero ello no impide la existencia de “daño psíquico” que a menudo se deriva de un daño somático.

Dicho esto nuestro autor, confrontando las ideas de Daray, Quadrio, Loi, Garavaglia, Cendon y Milmaiene, concluye que se encuentra en la categoría

“del daño psicossomático causado a la persona y que, como todos los daños, no obstante su unidad conceptual, muestra sus dos vertientes, tanto la de lesión considerada en sí misma o daño biológico, como las consecuencias derivadas de la misma o daño a la salud, entendido el

---

<sup>71</sup> Fernández Sessarego, Ob. cit., p. 115.

<sup>72</sup> Fernández Sessarego, Ob. cit., p. 117.

concepto salud en su más amplia acepción, es decir, como bienestar general de la salud<sup>73</sup>”.

Siendo ello así, Fernández Sessarego concluye:

**a. Daño psíquico y daño moral.** “(...) el daño moral no se confunde con el daño psíquico ya que, aunque siendo el primero una expresión del segundo, cada uno de ellos tiene diversa sintomatología y repercusiones en la salud de la persona. De otro lado, el daño psíquico es de amplio espectro, desde que comprende todas las funciones del psiquismo, tanto las intelectivas como las emocionales y la volitivas, mientras que el daño moral, conforme a su concepción originaria y tradicional, se contrae al dolor o sufrimiento experimentado por la persona<sup>74</sup>”. El daño moral trata, para hacerlo más gráfico, de “un daño psíquico que no es de naturaleza patológica y, sólo como está dicho, afecta el sentimiento, la esfera afectiva de la persona<sup>75</sup>”.

**b. Daño psíquico y daño al proyecto de vida.** En cambio, el daño al proyecto de vida es mucho más que el daño psíquico, pues éste (que puede originarse también de una lesión a la psique) es “el resultado de un colapso psicossomático, de un gravísimo trauma que no sólo significa una muy grave lesión a la estructura unitaria de soma y psique sino que, por su magnitud, afecta de alguna manera nuestra libre decisión, aunque generalmente incide en su consiguiente fenomenalización, en su capacidad de realizar una decisión libre<sup>76</sup>”.

---

<sup>73</sup> Fernández Sessarego, Ob. cit., p. 124.

<sup>74</sup> Fernández Sessarego, Ob. cit., p. 115.

<sup>75</sup> Fernández Sessarego, Ob. cit., p. 127.

<sup>76</sup> Fernández Sessarego, Ob. cit., p. 132.

## V. Los diez años del código civil

Conmemorando los diez años del código civil, la Universidad de Lima desarrolló entre el 12 y 16 de setiembre de 1994, un congreso internacional que reunió a destacados juristas nacionales (15) y extranjeros (31). Allí, como se verá en los párrafos posteriores, se trató con singular entusiasmo el tema del “daño a la persona”, fundamentalmente en términos halagüeños, por lo que no deja de llamar la atención el silencio que sobre el punto mantuvieron Giovanna Visintini y Francois Chabas<sup>77</sup>.

El texto íntegro de los trabajos presentados fueron publicados en dos volúmenes denominados: **Diez años. Código Civil Peruano. Balance y Perspectivas. Congreso Internacional**<sup>78</sup>.

a. En principio, **Víctor Pérez Vargas**<sup>79</sup> felicita a Carlos Fernández Sessarego por haber iluminado “con su filosofía personalista y tridimensional el mismo sistema latinoamericano”, siendo el código civil peruano “un faro legislativo en América Latina” constituyendo la introducción del “daño a la persona” y de la acción inhibitoria uno de los grandes aportes que brinda cuyo contenido se ha proyectado a la Asamblea Legislativa de Costa Rica. Observa, sin embargo, que tales disposiciones deben mejorarse para que opere una adecuada sistematización.

---

<sup>77</sup> Más aún si los artículos presentados por dichos profesores universitarios de la Universidad de Génova y de la Universidad París XIII, se denominaron, respectivamente, **Responsabilidad civil extracontractual en el código peruano (comparación con los modelos del civil law)** y **Comentario de las disposiciones del código civil peruano relativas a la responsabilidad civil (comparación con el derecho francés)**.

<sup>78</sup> **Diez años. Código Civil Peruano. Balance y Perspectivas. Congreso Internacional.** Universidad de Lima, 1995.

<sup>79</sup> Pérez Vargas, Víctor. **El aporte personalista del código civil peruano**, pp. 33 a 46, en **Diez años. Código Civil Peruano. Balance y Perspectivas. Congreso Internacional.** Universidad de Lima, 1995, Tomo I.

b. A **Yuri Vega Mere**<sup>80</sup> se le encomendó la explicación sucinta de las enmiendas propuestas por la comisión que integró. Con calidad expositiva y su reconocida solidez jurídica refiere que se elaboraron 37 propuestas, una de las cuales abordaba el tema del “daño a la persona”.

Reseñando los fundamentos de la modificación que se propone, señala que la realidad se encargó de demostrar:

“que los ataques frontales al ser de la persona tampoco se agotaban en la resarcibilidad de los daños en desmedro de su esfera biológica, sino que había en la personalidad del sujeto, múltiples y variadas facetas que podían ser agredidas simultánea o independientemente, cuya reparación no podía ser exactamente traducida en dinero”.

Aún así debía abandonarse:

“la falaz aseveración según la cual, si la persona no tiene un valor económico, no se le podía entregar una suma de dinero para indemnizar los daños que se le ocasionaran, ya que esta absurda solución dejaba desprotegido al ser humano y, en cambio, privilegiaba la tutela del patrimonio”.

Coincidiendo a plenitud con Fernández Sessarego sostiene que tratando de solucionar estas deficiencias la doctrina se encargó de elaborar las categorías de “daño biológico” y “daño a la salud”, conceptos que quedaron englobados en la expresión “daño a la persona”, categoría que no pudo ser recogida a cabalidad en el código civil por la modificación que hizo al proyecto del artículo 17 la Comisión Revisora de dicho cuerpo legal, de allí que lamentablemente que dicha norma no disponga nada “en torno a la reparación del daño ni a las formas en que ésta pueda adoptarse, en función del interés lesionado”, siendo, además, inentendible el segundo párrafo del dispositivo, pues “sólo gracias a un esfuerzo dialéctico” se puede entender que la

---

<sup>80</sup> Vega Mere, Yuri. **Personas Naturales: Propuestas de Enmienda**, pp. 47 a 66, en **Diez años. Código Civil Peruano. Balance y Perspectivas. Congreso Internacional**. Universidad de Lima, 1995, Tomo I.

ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

responsabilidad es solidaria cuando dos o más son los autores del daño. Su lamento se extiende a que el tema del “daño a la persona” no haya sido enteramente comprendido por la doctrina y la jurisprudencia nacionales.

En la línea antes citada, la comisión propuso la siguiente norma, cuyo numeral era el 18 (“puesto que la tutela que dispensa también debe abarcar el derecho de autor, el mismo que, por ende, habría de ser regulado antes del daño a la persona”):

Artículo 18.- En los casos de amenaza o desconocimiento de cualquiera de los derechos e intereses existenciales que se deriven de la dignidad del ser humano, se puede demandar para obtener su más amplia protección por todos los medios adecuados a la debida y oportuna tutela del derecho o del interés existencial lesionado o amenazado.

El juez, a solicitud del interesado, ordenará la cesación de un hecho potencialmente susceptible de causar daño al sujeto o la paralización de la actividad generadora del daño.

De producirse un daño a la persona, se fijará la indemnización considerándose independientemente las consecuencias patrimoniales de las extrapatrimoniales.

Si el daño es ocasionado por dos o más personas, sin poder determinar su grado de participación, la responsabilidad será solidaria”.

c. En el referido Congreso, **Mosset Iturraspe** colaboró con dos artículos; en el primero de ellos<sup>81</sup>, analizando el código de Vélez, repara que dicho cuerpo legal puso “el acento en las consecuencias materiales del ataque a la persona”, lo que llevó a la doctrina argentina a considerar que estaba bien defendida la “inviolabilidad del patrimonio” pero no la “inviolabilidad de la persona”. En esa lógica critica la posición de Joaquín Llambías, quien según nuestro autor, edificó “una verdadera caricatura de todo reclamante, que aparece siempre como sujeto activo de la prostitución del dolor”, propiciando por ese camino la desvirtuación del daño moral y la negación de la reforma, en contra de aquellos “felices descubrimientos” que permitieron descubrir otro tipo de daños.

Considera Mosset Iturraspe que el código civil peruano permitió, al separar el “daño a la persona” del daño moral, “el paso del conceptualismo al

<sup>81</sup> Mosset Iturraspe, Jorge. **El daño a la persona en el código civil peruano**, pp. 211 a 213, en **Diez años. Código Civil Peruano. Balance y Perspectivas. Congreso Internacional**. Universidad de Lima, 1995, Tomo I.

realismo”, pues “el centro de la atención no es más ‘el dolor’, es el hombre, la persona humana, su dignidad, sus virtualidades, sus apetencias”, de ahí que dicha doctrina haya sido recogida en Argentina originando que la Revista de Derecho Privado y Comunitario dedicara su primer número a los “Daños a la Persona” y que el II Congreso Internacional de Daños, realizado en Buenos Aires, en 1991, declarara de *lege lata*: “2. La persona debe ser protegida no sólo por lo que tiene y puede obtener, sino por lo que es y en la integridad de su proyección” (...) y “4. El daño a la persona configura un ámbito lesivo de honda significación y trascendencia en el que pueden generarse perjuicios morales y patrimoniales”.

Es, sin embargo, la otra colaboración de Mosset Iturraspe la más recordada<sup>82</sup>. Se trata de un grito de guerra. El profesor argentino exige coraje para romper las fórmulas que atan a una tradición, de la misma manera que se rompió con la expresión “daños y perjuicios”. Por eso pide acabar con el daño moral por la imprecisión del primer término, pues no hay daño moral sino daño jurídico.

“Yo creo, señores –dice enérgico-, y esta es mi ponencia, que hay que dejar de lado la categoría del daño moral, hay que omitirla de los códigos para sustituirla por la del daño a la persona”.

Y más adelante:

“No es un problema de mi eticidad resentida, de mi moral que me reprochan. No es moral, es jurídico. ¡Y se llama moral!”.

Mossett Iturraspe reprocha a aquellos que sólo les interesa el *homo faber*, el hombre productor. “El daño moral es una antigualla”, con ella se quiso reducir el ámbito de la reparación, primero, vinculándola a los ilícitos penales; luego, emparentándola con el precio del dolor, cuando no se juzga al daño por su consecuencia sino por el ámbito donde golpea esa conducta ilícita.

---

<sup>82</sup> Mossett Iturraspe, Jorge. **Más allá del daño moral: el daño a la persona**, pp. 405 a 409, en **Diez años. Código Civil Peruano. Balance y Perspectivas. Congreso Internacional**. Universidad de Lima, 1995, Tomo II.

En esa perspectiva, Mosset Iturraspe muestra su preocupación porque el proyecto presentado mantenga las dos categorías.

d. Por su parte, Julio César Rivera<sup>83</sup> dedica un interesante artículo a la llamada acción inhibitoria y a los mecanismos de protección de los derechos de la persona en relación al derecho de informar, desarrollando su tesis desde los presupuestos tradicionales de la responsabilidad civil (conducta antijurídica, factor de atribución, relación de causalidad y daño). Importa destacar las líneas que dedica a la acción de inhibición, a la que parece identificar con las medidas cautelares, y a las que define como “la dirigida a obtener una medida judicial que impida la concreción de un hecho que pudiere afectar los derechos de la personalidad”.

Más allá de la interesante jurisprudencia que ofrece, de singular importancia es la conclusión a la que arriba, pues teniendo como fuente el artículo 13.4 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (que privilegia la garantía de la censura no previa), expresa, aunque estima que otra es la situación de las biografías no autorizadas, que:

“el marco legal de la acción de inhibición dirigida contra la difusión de noticias o actividades análogas, aparece, al menos en principio, reducido exclusivamente a la posibilidad de interdicción de la propalación de noticias que excedan los límites internos del derecho a la información: esto es, cuando se acredite sumariamente que la noticia que se ha de difundir es falsa, o errónea; o cuando ella es inactual y carece totalmente de interés para el público al cual se dirige la publicación”

---

<sup>83</sup> Rivera, Julio César. **Responsabilidad civil por daños a los derechos de la persona (con especial referencia a su protección frente a la persona)**, pp. 215 a 237, en **Diez años. Código Civil Peruano. Balance y Perspectivas. Congreso Internacional**. Universidad de Lima, 1995, Tomo I.

e. De otro lado, el profesor de la Universidad de Medellín, Javier Tamayo Jaramillo<sup>84</sup> considera positiva la incorporación del “daño a la persona” en la legislación peruana, dado que:

“nos encontramos ante una institución de puro corte humanístico, pues ya la reparación del daño no está sometida única y exclusivamente a las pérdidas económicas o al dolor físico o psíquico. La ley entiende, por el contrario, que la persona es el titular de una serie de bienes, aún extrapatrimoniales, que deben ser protegidos por el orden jurídico. En ese sentido se hace indemnizable lo que en Colombia denominamos como perjuicio fisiológico; en el Derecho Italiano, perjuicio a la vida en relación; y en el Derecho Francés *prejudice d’agrement*”.

f. Le correspondió a Alberto Loayza Lazo<sup>85</sup> presentar las propuestas de enmienda al Libro de Responsabilidad Civil. El artículo 3 de dicho proyecto fue redactado de la siguiente manera:

“La reparación debe ser integral. Se calcula en consideración al valor del daño al momento de su determinación y comprende todas las consecuencias derivadas del acto u omisión generadores del daño; incluyendo el daño emergente, el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral<sup>86</sup>”.

Sustentando la posición de la Comisión, y luego de referirse a la necesidad de unificar el sistema de reparación, señala que la norma ha incluido el

---

<sup>84</sup> Tamayo Jaramillo, Javier. **La responsabilidad civil en el código civil peruano**, pp. 285 a 296, en **Diez años. Código Civil Peruano. Balance y Perspectivas. Congreso Internacional**. Universidad de Lima, 1995, Tomo II.

<sup>85</sup> Loayza Lazo, Alberto. **Propuestas y fundamentos de las normas de enmiendas a la responsabilidad civil**, pp. 337 a 348, en **Diez años. Código Civil Peruano. Balance y Perspectivas. Congreso Internacional**. Universidad de Lima, 1995, Tomo II.

<sup>86</sup> La redacción del artículo, en particular la existencia del binomio daño moral/daño a la persona mereció, en el mismo Congreso, la crítica, no exenta de ironía, de Ricardo de Ángel Yagüez. Sus palabras fueron éstas: “No se me oculta el objetivo que ha podido mover a los redactores, pero parece redundante utilizar ese binomio si, como opina el profesor Fernández Sessarego (por ejemplo, en *Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas*), uno de los dos conceptos en cuestión se subsume en el otro”. Ángel Yagüez, Ricardo de. **Reflexiones sobre la propuesta de enmienda de la Comisión de responsabilidad civil**, p. 370, en **Diez años. Código Civil Peruano. Balance y Perspectivas. Congreso Internacional**. Universidad de Lima, 1995, Tomo II.

“daño a la persona” al “haber sido recipientaria del atinado consejo doctrinal del maestro Carlos Fernández Sessarego”, y al advertir que la tendencia (también en el derecho contractual) es no sólo distinguir si se cumplió o no el contrato, sino si se dañó a la persona.

“Esa y no otra –afirma- es la razón fundante de la inclusión del daño a la persona en el régimen común de la responsabilidad civil. En esta como en otras normas del proyecto se pretende de algún modo morigerar el exacerbado patrimonialismo que denotan las relaciones obligatorias en la circunstancia actual”.

Asimismo el proyecto contiene reglas sobre la paralización del daño y hay una remisión expresa al código procesal civil.

## **VI. El canon oficial: los 25 años del código civil**

En un trabajo final<sup>87</sup>, que bien pudiera denominarse el canon oficial, Fernández Sessarego le dedica 4 capítulos y 160 páginas al “daño a la persona”. Constituye la síntesis de las obras antes reseñadas.

Aunque se trata de un trabajo laudatorio no deja de tener una enorme importancia. En principio, porque allí se condensan las reflexiones realizadas por nuestro autor a lo largo de 25 años del “daño a la persona” en el Perú. Pero además por la importancia de las citas, las referencias realizadas y hasta el número de autores que cita en respaldo del nuevo instituto. Hay, en efecto, una larga lista de acompañantes: Atilio Alterini, Roberto López Cabana, Isaac Goldenberg, Héctor Pedro Iribarne, Alberto Bueres, Jorge Mosset Iturraspe, Pietro Rescigno, Víctor Pérez Vargas, Francesco Busnelli, Carlos Parellada, Clovis de Couto e Silva, Osvaldo Burgos, Jorge Galdós, Matilde Zavala. Pedro Federico Hooft, José Mendelewicz, Edgar Cortés, Sergio García Ramírez, Antonio Cancado Trindade, Hector Faúndez Ledesma, Eduardo Ferrer Mac Gregor, Jorge Francisco Caderón Gamboa, Olenka Woolcott, Taboada Córdova, Díaz Cáceda, Varsi Rospigliosi. Como

---

<sup>87</sup> Fernández Sessarego, Carlos. **Los 25 años del código civil peruano de 1984**. Motivensa Editora Jurídica. Lima, 2009.

se observa, se trata de una selección de personalidades brillantes y enjundiosas que, algunos más que otros, han expresado su opinión favorable al “daño a la persona”.

Pero más allá de este catálogo, Fernández Sessarego hace un recuento de la doctrina por él pergeñada, vinculándola siempre a una determinada coyuntura histórica que privilegia el “ser” antes que el “haber”. Con grata memoria, el maestro sanamarquino recuerda que entre 1977 a 1983 estuvo en Italia viendo de cerca la evolución de la institución del “daño a la persona”, encontrando entre los primeros trabajos doctrinarios los de Francesco D. Busnelli y Umberto Breccia, quienes en 1979 habían publicado *Il diritto alla salute*. Tiempo después, en 1983, Fulvio Mastropaolo, con quien viajaba semanalmente de Roma a Nápoles a dictar clases, publica *Il risarcimento del danno alla salute*, a los que siguen en 1986, Gennaro Giannini con *Il danno alla persona come danno biologico* y Guido Alpa, en 1987, con *Il danno biologico*. Del conjunto de estos libros, Fernández Sessarego refiere que más allá de la expresión *danno biologico* lo cierto es que se estaba hablando del “daño a la persona”, como así lo hicieron ver Paradiso, Maria de Giorgi o Gennaro Giannini.

Con absoluta honestidad intelectual, Fernández Sessarego advierte que, a su regreso al Perú, entendió la necesidad de profundizar en “la temática del “daño a la persona”, sistematizarlo e intentar otorgarle un sustento filosófico”. Ese fue su empeño y, a pesar de no tener aún muy claras sus ideas<sup>88</sup>, a eso se dedicó, incorporándolo, primero, en el artículo 1985 del código civil (sin que pudiera eliminar el término “daño moral” por no haber podido convencer a los miembros de la Comisión Revisora del código) y, luego, desarrollándola, en principio, en la ponencia presentada en el Congreso Internacional “El código civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano”, organizado por el Centro de Investigación de la Facultad de Derecho de la

---

<sup>88</sup> “Es así que en nuestro primer trabajo, en el año de 1985, no teníamos aún muy clara la variedad de las consecuencias de un daño a la persona, razón por la cual, en algunas oportunidades en la que nos referíamos al “daño a la persona” lo nominábamos como “daño extrapatrimonial”. Fernández Sessarego, Carlos. Ob. cit., p. 476.

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

Universidad de Lima, del 09 al 11 de agosto de 1985, artículo al que debe agregarse el ensayo titulado “El daño a la persona en el código civil de 1984”, que se inserta en el Libro Homenaje a José León Barandiarán; y, luego, en otras publicaciones.

No son sólo estas noticias las que brinda Fernández Sessarego; también refiere que a diferencia de Italia, acá se logra su sistematización, lo que se hace público a través de **Cuadernos de Derecho** (1993), acto en el que establece las dos modalidades del daño: el psicosomático y el daño a la libertad<sup>89</sup>. A lo que debe añadirse otro aporte “el más importante por su absoluta novedad y notoria trascendencia”, esto es que el “daño a la persona” comprometía “el ámbito de libertad del ser humano, su esfera espiritual”. Alude con claridad al “proyecto de vida”, cuya frustración, menoscabo o retardo<sup>90</sup> “puede hasta llegar a perder el sentido de la vida, su razón de ser, creándose un vacío existencial difícil o imposible de llenar”.

Siguiendo la sistematización que se había hecho en 1993, Fernández Sessarego recuerda que el daño por la **naturaleza** del ente afectado (la negrita es de él) puede ser daño subjetivo (o daño a la persona) y daño objetivo. Y por las **consecuencias** (la negrita es mía) estas “pueden ser resarcidas en dinero cuando es dable que ellas se cuantifiquen monetariamente o, en su defecto, cuando el objeto dañado pueda ser sustituido por otro similar”, por lo que se está ante un daño patrimonial (“o, como debería ser, para dar preeminencia a la persona, daño “extrapersonal”<sup>91</sup>).

---

<sup>89</sup> Fernández Sessarego, Carlos. Ob. cit., p. 471. La nota 524 informa el lugar donde se publica el material al que hace referencia el autor. Estos son: Hacia una nueva sistematización del daño a la persona, en autores varios “Estudios en honor de Pedro j. Frías”, Córdoba (Arg.), Academia Nacional de derecho y Ciencias Sociales, 1994; en Cuadernos de Derecho”, No. 3, Universidad de Lima, 1993; en “Ponencias I Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1994; en Gaceta Jurídica, No. 79-B, Lima, junio del 2000 y en la Revista de Derecho Civil, No. 75.

<sup>90</sup> Sobre la frustración, el menoscabo y el retardo confrontar: Fernández Sessarego, Carlos. **Los 25 años del código civil peruano de 1984**. Motivensa Editora Jurídica. Lima, 2009. pp. 568-572.

<sup>91</sup> Fernández Sessarego, Carlos. Ob. cit., p. 474.

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

En otros casos, es imposible otorgar vía compensación una indemnización monetaria, porque “no tienen una traducción directa e inmediata en dinero pues no están en el comercio de los hombres”, en este caso, estamos ante un “daño personal”.

Fernández Sessarego señala que esta distinción no es baladí, pues la naturaleza del ente dañado:

“determina el empleo de criterios y técnicas indemnizatorias totalmente distintas”.

dado que 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”.

Este trabajo, sin embargo, le parece que quedó incompleto en su formulación legislativa, por lo que lamenta que no se pudiera reformular los artículos 1984 y 1985 del código civil, para sustituir la expresión “daño moral” por la de “daño a la persona”.

Especial interés debe prestarse al sistema de reparaciones que propone con referencia al “daño a la persona”. En primer lugar, menciona que el “daño biológico” y el “daño al bienestar” debe ser valorizado y liquidado independientemente de los daños con consecuencias patrimoniales<sup>92</sup>. En esa línea, ante un accidente que ocasiona la pérdida de las manos de un artista debe procederse de la siguiente forma<sup>93</sup>: (i) reparación del “daño biológico”, utilizando para ello baremos, tablas de infortunio o tarifarios que tienen “el carácter de referenciales”, pues el valor que se le da al dedo es igual para todos los seres humanos aún cuando es posible que el juez

---

<sup>92</sup> Fernández Sessarego, Carlos. Ob. cit., p. 501.

<sup>93</sup> Unimos aquí dos ejemplos. El presentado en la página 501 y el que se encuentra en la página 521.

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

partiendo de dichos valores asuma reparaciones más altas<sup>94</sup>. (ii) En el daño biológico también se encuentra el daño psíquico, que asume el carácter de emocional –“mal llamado moral”- cuando se trata del dolor, del sufrimiento, la indignación, la rabia, afectando el sentimiento sin que tengan un carácter patológico; debiéndose diferenciar del daño que produce una psicopatía que es también un daño psíquico, distinto de llamado “daño moral”<sup>95</sup>. (iii) Al lado del daño biológico se encuentra el “daño al bienestar” “es decir, las notorias consecuencias que la lesión sufrida por la víctima –tanto somática como psíquica- afectan su calidad de vida. Es decir, cómo y con qué intensidad y extensión repercute dicha lesión en la actividad habitual y ordinaria, en la vida de relación familiar y social, en la afectiva y sexual, en los momentos de recreación, en la práctica de deportes o hobbies, por ejemplo<sup>96</sup>”. (iv) En cuanto al daño patrimonial, el daño emergente estaría constituido por el costo del tratamiento médico, la hospitalización, las medicinas, los honorarios médicos; mientras que en lo que se refiere al lucro cesante este se encontraría constituido por los diez conciertos contratados y programados que no pudo efectuar. (v) Por último, en lo que concierne al daño al proyecto de vida debe indemnizarse porque el artista ha dejado de ser aquello que “imaginó, concibió y decidió”.

---

<sup>94</sup> Fernández Sessarego, Carlos. Ob. cit., p. 501.

<sup>95</sup> Fernández Sessarego, Carlos. Ob. cit., p. 502.

<sup>96</sup> Fernández Sessarego, Carlos. Ob. cit., p. 505. ¿Hay aquí una referencia a lo que en Italia se ha llamado “daño existencial”?

## **Capítulo II**

### **APOLOGISTAS**

## CAPÍTULO II: APOLOGISTAS

### I. La evangelización interna

El “daño a la persona” fue recibido, salvo el desconcierto de De Trazegnies Granda y del propio León Barandiarán, de grata manera por la doctrina peruana, quiénes celebraron con alborozo, primero, el paso de una óptica patrimonial a una personal; luego, la eliminación del “daño moral” por el “daño a la persona” y, finalmente, la figura del “daño al proyecto de vida”.

#### 1. Del “daño a la persona” al “daño subjetivo”

A **Carlos Cárdenas Quirós**<sup>97</sup> le corresponde la terminología de daño subjetivo detallada líneas arriba. Al respecto, Cárdenas señalará que el término de “daño a la persona” no le parece el más adecuado, toda vez que si bien toda persona es sujeto de Derecho, no todo sujeto de derecho es persona. Planteada así las cosas, el término “daño a la persona” involucra sólo a las personas individuales (naturales) y a las personas colectivas (jurídicas), excluyendo al concebido y las personas no inscritas: Pero dado que el concebido y las personas no inscritas son pasibles de lesiones, la denominación debe cambiar. Por ello, apunta Cárdenas, resulta más propio referirse a daño subjetivo, colocando al sujeto de derecho como punto medular de referencia para formular la distinción entre uno y otro y alejándose de la clasificación de daños patrimoniales y daños no patrimoniales que tiene como eje el patrimonio<sup>98</sup>.

---

<sup>97</sup>. Cárdenas Quirós, Carlos. *Aequitas*, Revista de Derecho y Ciencias Políticas. No. 1. **Apuntes sobre el denominado daño a la persona en el Código Civil del Perú de 1984** (Ponencia sustentada en Buenos Aires, Congreso Internacional de Derecho de Daños. Homenaje a Mosset Iturraspe. Buenos Aires, 5/8 Abril de 1989). Fue publicado también en **Estudios de Derecho Privado (reflexiones de un tiempo)**. Ediciones Jurídicas, Lima 1994, pp. 110 a 130. Un artículo absolutamente encomiástico de Cárdenas en **Estudio Jurídicos en honor de los profesores Carlos Fernández Sessarego y Max Arias Schreiber**. Lima, 1988, Cultural Cuzco S.A..

<sup>98</sup>. Cárdenas Quirós, Carlos. Ob. cit., *Aequitas*, Revista de Derecho y Ciencias Políticas. No. 1. **Apuntes sobre el denominado daño a la persona en el Código Civil del Perú de 1984**, pp. 77-78.

Cárdenas Quirós también hace alusión de lo apropiado del término reparación en tanto que, a diferencia de los derechos patrimoniales, cuyo daño es cuantificable exactamente en su equivalente en dinero, lo que permite restablecer el nivel patrimonial afectado, ello no es posible hacerlo en el “daño a la persona<sup>99</sup>”. En este punto sostiene que la indemnización que se otorga es una de índole satisfactiva, punitiva y disuasiva antes que compensatoria, lo que es propio del daño al patrimonio.

El aporte de Cárdenas Quirós no se reduce a lo aquí señalado pues también ha indicado:

- La defectuosa técnica legislativa que permite que el artículo 1322 del código civil (inejecución de obligaciones) atribuya al daño moral alcances amplios mientras que el 1985 lo reduzca a un sentido restringido.
- Lo asistemático de su ubicación pues aparece en el artículo 1322, el 1984 y 1985, así como en los artículos 257 y 351 del código civil cuando lo propio hubiera sido incorporarlo al Libro Primero del Código.
- La posibilidad que el daño subjetivo se dé también en el campo de la responsabilidad contractual<sup>100</sup>.
- Por último, indica que el daño subjetivo es posible que lo sufra la persona colectiva, dado que pueden experimentar derechos tales

---

<sup>99</sup> Cárdenas Quirós, Carlos. **Apuntes sobre el denominado daño a la persona en el código civil del Perú de 1984** en **Estudios de Derecho Privado (reflexiones de un tiempo)**. Ediciones Jurídicas, Lima 1994, pp. 113.

<sup>100</sup> El autor cita: “Las normas de justicia imponen la obligación de indemnizar siempre el detrimento irrogado, sea que se trate de daños exclusivamente patrimoniales o de daños morales que engendren o no perjuicios económicos. Aunque es poco frecuente encontrar en materia contractual intereses lesionados de carácter exclusivamente moral, ello no es objeción para que no se reparen cuando se demuestra su existencia (...). En suma, cuando el daño moral existe, su sanción debe seguirle como consecuencia necesaria, cualquiera que sea su procedencia y naturaleza”. Obra citada, pp. 123-124.

como la buena reputación, crédito comercial, igualdad ante la ley, inviolabilidad de domicilio, contratación, propiedad, etc<sup>101</sup>.

## 2. Valor económico y valor pecuniario

Por su parte, **Juan Morales Godo**<sup>102</sup>, celebra que nuestro Código Civil sea el primero en ocuparse expresamente del daño de la persona, agregando que en otras latitudes se comprende a través de la figura del daño moral el contenido del “daño a la persona”, pero que dicha denominación resulta inadecuada ya que el daño moral a veces se reduce a dolor, aflicción, sufrimiento<sup>103</sup>.

Resulta interesante la observación que hace para distinguir el daño moral del “daño a la persona”, valiéndose para ello de la distinción que hace Brebbia de valor económico y valor pecuniario. Para Morales Godo tanto el daño moral como el “daño a la persona” no tienen valor pecuniario, no son medibles en dinero, por ello son considerados daños extrapatrimoniales, pero el daño a la persona tiene un valor económico en cuanto influye en la capacidad productiva y rendimiento del sujeto, valor que no se aprecia en el daño moral<sup>104</sup>.

En cuanto a la denominación, Morales Godo concuerda con Carlos Cárdenas Quirós<sup>105</sup> en el sentido de considerar más adecuada la expresión daño subjetivo. Sin embargo, prefiere por vocación universal el de daño a la persona.

---

<sup>101</sup> Cárdenas Quirós, Carlos. **Apuntes sobre el denominado daño a la persona en el código civil del Perú de 1984** en **Estudios de Derecho Privado (reflexiones de un tiempo)**. Ediciones Jurídicas, Lima 1994, pp. 128-129.

<sup>102</sup> Morales Godo, Juan. **El daño a la persona**. Revista de Derecho y Ciencias Políticas. UNMSM. Vol. 49, Años 91 y 92. Lima, Perú.

<sup>103</sup> Morales Godo, Juan. Ob. cit., p. 170

<sup>104</sup> Morales Godo, Juan. Ob. cit., pp. 171 a 174.

<sup>105</sup> Morales, reconoce la paternidad de la expresión daño subjetivo a Carlos Cárdenas. Ver ob. cit., p. 175.- 176.

### 3. Las reminiscencias al código civil de 1936

**Víctor Guevara Pezo** hace una interesante observación con respecto al tema. Este autor sostiene que la categoría de “daño a la persona” no es una exótica invención del Código del 84, sino la expresión intuida por el legislador del Código del 36. Para corroborar la afirmación, cita una frase de Augusto Olaechea al embajador de Venezuela en el Perú, Eduardo Zuloeta Angel, publicada en la Revista de Jurisprudencia Peruana, noviembre de 1944, página XV: “El nuevo Código peruano acoge el concepto civil del daño moral indemnizable. La noción asume sustantividad y autonomía en los casos previstos en los artículos 17, 79, 156 y 264. Los dispositivos que menciono miran al daño moral con entera independencia del perjuicio material o patrimonial. **Puede tratarse de detrimentos morales que se traducen en dolores, o en menoscabos de ciertos bienes inmateriales**”<sup>106</sup>.

### 4. La experiencia peruana en la reparación del “daño a la persona”<sup>107</sup>

En el Congreso Internacional “*Personal Injuries, Competition and Insurance*”, realizado en Pisa el 23 y 24 de noviembre del 2007, **Olenka Woolcott Oyague** reseña la incorporación del “daño a la persona” en el país, vía los estudios de Fernández Sessarego en Italia (1977/1983), los hallazgos de las escuelas de Génova (Guido Alpa) y Pisa (Francesco D. Busnelli) y los “famosos fallos judiciales” provenientes de la casación de 1981 (sentencia 3675 de 06 de junio de 1981), Corte Constitucional de 1986 (número 184) y la “histórica sentencia” del Tribunal de Génova de 1974.

Más que una contribución propia, el trabajo de la profesora peruana sirve para indicar que los estudios de Fernández Sessarego permitieron ulteriores desarrollos “que alcanzan concreción en una sistematización del daño a la

---

<sup>106</sup> Guevara Pezo, Víctor. **Necesarias precisiones sobre el daño a la persona** en Revista del Foro. Lima, Julio-Diciembre 1991, Año LXXIX, p. 88. La negrita es del autor.

<sup>107</sup> Woolcott Oyague, Olenka. **La experiencia peruana en la reparación del daño a la persona** en Persona, Derecho y Libertad. Calderón Puertas, Carlos - Zapata Jaén, María Elisa - Agurto Gonzales, Carlos, coordinadores. Editorial Motivensa, Lima, 2009. Ver pp. 373-382.

persona en el Perú y la creación de una figura especial en este contexto, como es el “daño al proyecto de vida”, cuya partida de reconocimiento oficial data de 1985 con ocasión del Congreso Internacional sobre el código civil peruano” y que fue recogido en **El código civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano** (Lima Cultural Cuzco S.A., 1986).

##### **5. El “daño a la persona” en el Plan Integral de Reparaciones de la Comisión de la Verdad.**

Un interesante trabajo, precedido por la génesis doctrinaria y jurisprudencial del daño a la persona, realiza **Joel Díaz Cáceda**<sup>108</sup>. El capítulo III de su obra trata sobre el sistema de reparaciones de la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR). Aquí, luego de mencionar los diferentes modelos de justicia transicional, el autor se pregunta “¿qué propuestas se han realizado en aras de realizar una verdadera labor de reparación a las víctimas de la violencia sufrida las últimas dos décadas?”, reparando que la CVR mencione la afectación al “proyecto de vida en términos tales como éstos:

“no sólo 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 e irreparable pérdida de alguien cercano y querido, de alguien que era compañía y con quien se contaba hacia delante, en su proyecto de vida”<sup>109</sup>.

Para responder a esa inquietud Díaz Cáceda anota, entre otros, la incorporación del concepto “proyecto de vida” en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aún cuando advierte su inconstancia en la aplicación. Luego, se plantea cuatro observaciones: (i) el descuido en el uso del término, que lo lleva desde un concepto material a uno personal (pérdida de un ser querido), lo que no se condice –señala- con las expresiones utilizadas por Fernández Sessarego. Aquí sostiene que no

---

<sup>108</sup> Díaz Cáceda, Joel. **El daño a la persona y el daño al proyecto de vida**. Jurista Editores EIRL. Lima, 2006.

<sup>109</sup> Díaz Cáceda, Joel, ob. cit., p. 141.

es correcto decir que la muerte de una persona perjudica el proyecto de vida, sino más bien debe señalarse que trunca su propio proyecto de vida. Agrega además que la Comisión confunde daño moral con “daño al proyecto de vida” cuando ambos términos señalan realidades distintas; (ii) el segundo punto atañe a que a pesar de dichos defectos el Plan Integral de Reparaciones (PIR) “está concebido de tal manera que se pueda cubrir todas las afectaciones en las esferas interna y externa del individuo”; (iii) el tercer rubro es que “si bien el concepto de “daño a la persona” no es adoptado en su significado original, el hecho que se adopten reparaciones *individuales y colectivas*, así como *simbólicas y materiales*, cubre todos los aspectos resarcibles relacionados a las víctimas”; (iv) por último, señala que no se debe confundir el deber de reparar con la política social de Estado; lo primero implica verificar todo tipo de daño en la lógica del principio *restitutio in integrum*<sup>110</sup>.

Atendiendo a tales consideraciones concluye que:

“(a) pesar de que el PIR no se inspira por los conceptos antes mencionados, su desarrollo se realiza de tal manera que responde, al fin y al cabo, con la idea de comprender al ser humano (...) como una unidad”.

## 6. El proyecto de vida y las relaciones familiares

En un estudio poco citado pero de indudable importancia, **Caballero Pinto**<sup>111</sup> ha analizado la existencia del daño al proyecto de vida en la vida matrimonial, a propósito de lo dispuesto en el artículo 345 A, que después ocasionaría el Tercer Pleno Casatorio Civil.

Previo al análisis jurídico, Caballero Pinto resume el concepto y las características del proyecto de vida, advirtiendo que a las ideas de “personal” y “único y singular”, aludidas por Fernández Sessarego en sus

---

<sup>110</sup> Díaz Cáceda, Joel, ob. cit., PP. 185-188.

<sup>111</sup> Caballero Pinto, Henry Victor. **La indemnización en los procesos de divorcio por separación de hecho**. Diálogo con la Jurisprudencia. Marzo 2010. No. 138.

primeros trabajos, añadirá que es además “complejo” en el artículo denominado “El proyecto de vida ¿merece protección jurídica?”<sup>112</sup>. En ese trabajo, el profesor sanmarquino dirá:

“La persona puede concebir un proyecto en el que se incluye, aparte de su realización vocacional, el cumplir su proyecto en el seno de una familia”,

para agregar:

“Puede suceder también –y esta situación es cada día menos frecuente- que el proyecto de vida, generalmente el de una mujer, se reduzca a constituir un hogar, criar y educar a los hijos, a ayudar a su marido o a su pareja a través de las labores propias del hogar. En este caso la mujer renuncia a un proyecto de vida que consista en una cierta actividad profesional a realizar, aparte de los deberes hogareños”.

Estas expresiones le sirven a nuestro autor para indicar que debe preferirse el término “prefirió” al de “renunció”, pues el sacrificio no se condice con el “proyecto de vida” que es siempre “realización personal” (p. 166).

Asimismo, siguiendo el artículo antes citado y la opinión de Fernández Sessarego se pregunta ¿cómo surge el proyecto de vida?, si ¿todos tenemos un proyecto de vida?<sup>113</sup> y cuáles son las consecuencias de su truncamiento.

---

<sup>112</sup> Este artículo le sirve, además, para referirse a los términos que expone.

<sup>113</sup> Repara en la contradicción de Fernández Sessarego de señalar que todos tenemos un proyecto de vida, algunos inauténticos “pero proyecto de vida en fin”, para referirse después que los proyectos de vida inauténticos no causa necesariamente una frustración.

## 7. ¿A caballo de dos credos?

Merecen anotarse los estudios de **Juan Espinoza Espinoza**<sup>114</sup>, cuya posición con algunas reticencias, parece concordar con los conceptos elaborados por Fernández Sessarego.

Así señala que la doctrina de manera “unánime” clasifica los daños en patrimoniales y extrapatrimoniales, siendo que ésta última comprende “dentro de la actual sistemática de nuestro código civil” el “daño a la persona” y el daño moral<sup>115</sup>.

Refiere (citando a Fernández Sessarego) que el daño extrapatrimonial “tradicionalmente ‘era entendida como un valor espiritual, psicológico, inmaterial’ entendiéndose como sinónimo de daño moral”<sup>116</sup>.

Con respecto al “daño a la persona” utiliza la definición que Fernández Sessarego realizó en la quinta edición de **Derecho de las Personas** y concuerda con la sistematización realizada por el profesor sanmarquino, a quien considera “una autorizada doctrina”. A pesar de ello discrepa de él cuando estima que el daño al proyecto de vida no es voz autónoma del daño sino criterio de cuantificación del “daño a la persona”<sup>117</sup>.

---

<sup>114</sup> Espinoza Espinoza, Juan. **Sobre la necesidad de establecer criterios apropiados para cuantificar la Reparación del daño Subjetivo**. Revista Jurídica del Perú. Año XLIV. No. 1, Abril 1992 – Diciembre 1994, **Estudio de Derecho de las Personas**, Lima, Editorial Huallaga, Segunda Edición, 1996 y **Derecho de las Personas**, Lima, Grijley, Sexta Edición, 2012. **Derecho de la Responsabilidad civil**, Lima, Editorial Rhodas, sexta edición, 2011. En estos trabajos Espinoza analiza los métodos genovés y pisano en orden a la reparación de los daños.

<sup>115</sup> Espinoza Espinoza, Juan, **Derecho de la Responsabilidad Civil**, p. 247 y **Derecho de las Personas**, p. 713. A pesar de esta clasificación, estima que los términos correctos son los de daño subjetivo y daño objetivo. “Me aúno –dice- a la posición que ubica al hombre como eje y centro del derecho, sin embargo, la expresión más feliz para el daño patrimonial, debería ser la del “daño objetivo”, por cuanto, ocasiona, justamente, a los objetos de derecho y, debido a ello, éste se puede determinar exactamente”. **Derecho de la Responsabilidad Civil**, p. 250

<sup>116</sup> Espinoza Espinoza, Juan. **Derecho de las Personas**, p. 713. Incurrir aquí en grueso error dado que Fernández Sessarego jamás ha identificado a plenitud ambos conceptos.

<sup>117</sup> Espinoza Espinoza, Juan. **Derecho de la Responsabilidad Civil**. Lima, sexta edición, 2011, p. 247 a 252. Similar versión sobre la carencia de autonomía del “daño al proyecto de vida” y más bien como “criterio para cuantificar el daño a la persona” lo señalará en **Tercer Pleno Casatorio Civil**. Fondo Editorial del Poder Judicial. Lima, 2011, p. 34.

Espinoza Espinoza también considera que el término adecuado es el de “daño subjetivo”, apelando en este caso a las consideraciones de Cárdenas Quirós sin hacer mención a los términos que casi en paralelo había formulado Fernández Sessarego<sup>118</sup>. Aquí es relevante señalar que el capítulo VI de su **Derecho de las Personas** se denomina **El daño subjetivo**, indicativo manifiesto de su opción doctrinaria.

En lo que atañe a la expresión daño moral y “daño a la persona” sostiene que algunos mencionan que se trata de categorías sinónimas y otros la distinguen, para concluir, en posición que comparte, que tradicionalmente se redujo el daño moral al dolor, pena, sufrimiento, por lo que si bien daño moral y daño a la persona “son idénticos en cuanto a su contenido extrapatrimonial, ambos difieren, puesto que la relación entre el primero y el segundo es de género a especie<sup>119</sup>”.

En esa línea de pensamiento sostiene que:

“todos estamos de acuerdo que hay un tipo de daño fuera de la esfera patrimonial que debe ser resarcido. La discusión se centra no en el objeto de la protección, sino en el *nomen juris* a adoptarse”.

Dicho esto considera que la Comisión Revisora se compró el pleito de la experiencia jurisprudencial italiana<sup>120</sup> pero que si bien se puede prescindir de la voz daño moral por la de “daño a la persona”, tal distinción se justifica por la utilización del término “daño a la persona” en otras disposiciones legales

---

<sup>118</sup> Espinoza Espinoza, Juan. **Derecho de la Responsabilidad Civil**, p. 249, ver nota 452.

<sup>119</sup> Espinoza Espinoza, Juan. **Derecho de las Personas**, p. 719 y **Derecho de la Responsabilidad Civil**, p. 249. En el primero de los libros citados (2012) surge la expresión “en posición que comparto” lo que supone un reajuste doctrinario a la que sostenía en el 2011. Es también en **Derecho de las Personas** que desaparece el siguiente párrafo incluido en **Derecho de la Responsabilidad Civil** (p. 250): “autorizada doctrina argentina” (se refiere a Mossett Iturraspe) ha mencionado “que hay que omitir la categoría moral de los códigos para sustituirla por la de daño a la persona”; no obstante ello, decide compartir “doctrina nacional” (alude a Lizardo Taboada) que estima que “la fórmula parece muy interesante pero no convincente”. Es un nuevo cambio de opinión.

<sup>120</sup> Pleito, aunque no lo dice, obviamente traído por Fernández Sessarego.

ajenas al código civil y al hecho que 25 años después de su promulgación el término ha “calado” en los operadores jurídicos<sup>121</sup>.

## II. El catecismo extendido

Como se ha señalado en párrafos anteriores, las contribuciones extranjeras han sido enormes, fundamentalmente venidas desde Argentina, que incluso han permitido que en el nuevo código civil de ese país se incorpore la figura del “proyecto de vida”. Pero nosotros hemos preferido tocar sólo a 2 autores: una de ella es una profesora española que ha analizado los casos peruanos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y ha reparado en el proyecto de vida; el otro, es la excelente contribución de Osvaldo Burgos, quien recientemente (setiembre del 2012) acaba de publicar en Argentina un libro dedicado al “proyecto de vida”.

### 1. Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En un estudio que tiene por objeto analizar los casos peruanos ante la Corte Interamericana con el fin de poner de manifiesto el desarrollo progresivo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, **Ana Salado Osuna**<sup>122</sup> ha analizado el sistema de reparaciones de la Corte y la necesidad de proceder a la *restitutio in integrum*, esto es, una indemnización que comprenda tanto el “daño material” como el “daño moral”, “a lo que cabría añadir –dice la autora- en la actualidad el ‘daño al proyecto de vida’”.

La profesora española sostiene que el referido daño es una noción de “nuevo cuño” cuyo “mentor intelectual” ha sido Fernández Sessarego. Advierte que en el caso Loayza Tamayo, demandado el Estado peruano por este perjuicio, este alegó su improcedencia considerando que el referido rubro abarcaba temas que ya habían sido objeto de reclamación por la vía del “daño emergente” y el “lucro cesante”. Sin embargo, sostiene, que la

---

<sup>121</sup> Espinoza Espinoza, Juan, **Derecho de la Responsabilidad Civil**, pp. 250 a 252 y **Derecho de las Personas**, pp. 720 a 722.

<sup>122</sup> Salado Osuna, Ana. **Los casos peruanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Normas Legales S.A. Trujillo, 2004.

Corte fue concluyente al afirmar que se trata de nociones distintas, pues “no corresponde a la afectación patrimonial derivada inmediata y directamente de los hechos, como sucede con el “daño emergente”, ni tampoco debe entenderse como “lucro cesante”, dado que éste se refiere en forma exclusiva a la pérdida de ingresos económicos futuros, que es posible cuantificar a partir de ciertos indicadores mensurables y objetivos. A diferencia de ellos –dice nuestra autora- “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 en determinadas expectativas y acceder a ellas”<sup>123</sup>.

Salado Osuna se alegra porque la Corte haya aceptado el concepto “proyecto de vida”, que, según ella:

“se traduce en el valor integral de la persona en lo que a las expectativas de futuro respecta. Un futuro que aunque pueda considerarse incierto, sin embargo, hay que reconocer que constituye una meta, una lucha por alcanzarlo, y, como tal, digno de ser respetado y protegido por el Derecho”<sup>124</sup>.

De allí que lamente el voto disidente del juez Jackman y exprese su conformidad con los votos concurrentes de Cancado Trindade, Abreu Burelli y Roux Rengifo.

No obstante ello, la profesora española se hace dos preguntas. La primera, si cabe cuantificar económicamente el “daño al proyecto de vida”, respondiéndose que tal reparación “no tiene por qué conllevar una cuantificación económica por parte de la Corte”, la que puede ordenar otro tipo de medidas a favor de la víctima. En todo caso –afirma- debe cuantificarse cuando no se encuentre medida oportuna que ordenar al Estado.

---

<sup>123</sup> Salado Osuna, Ana. Ob. cit., p. 432.

<sup>124</sup> Salado Osuna, Ana. Ob. cit., p. 434.

La segunda inquietud que muestra consiste en saber si la reparación sólo corresponde a la víctima sobreviviente o puede extender a las que han fallecido.

“No cabe duda –dice- que la persona que ha fallecido a mano de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, se le ha quebrado su expectativa de futuro, por muy tímida que ésta fuese, desde el momento que ha sido privado arbitrariamente de su vida<sup>125</sup>”. De allí que en tales supuestos, los familiares “deben ser los beneficiarios de las reparaciones que tuviera a bien decidir la Corte, ya fuese una indemnización o cualquier otra medida de reparación<sup>126</sup>”.

## 2. El nuevo paradigma

Desde una óptica que advierte la crisis del modelo tradicional de la reparación surgida desde un hecho fáctico: la necesidad de la sociedad de no convivir con los “daños” y, por ello, la necesidad de resarcimiento subsecuente, **Oswaldo Burgos**, en un libro por muchas razones importante<sup>127</sup> (de cuyo contenido, sin embargo, no podemos dar cuenta en su totalidad) ha advertido el desplazamiento de la tutela jurídica “desde el patrimonio hacia la humanidad de la víctima”, “desde el juicio de reproche hacia la promesa de resarcimiento”, “desde la antijuricidad hasta la íntegra reparación”<sup>128</sup>. Sólo desde ese paradigma –señala el autor- es posible entender el proyecto de vida.

En esa línea humanista, Burgos muestra su incomodidad por neologismos como “baremizar” que parten de dos presupuestos “que es posible conocer apriorísticamente todo el universo que se pretende clasificar” (esto es, el conjunto de daños derivados de accidentes personales)” “y que cada uno de

---

<sup>125</sup> Salado Osuna, Ana. Ob. cit., p. 435.

<sup>126</sup> Salado Osuna, Ana. Ob. cit., p. 436.

<sup>127</sup> Burgos, Oswaldo R. **Daños al proyecto de vida**. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2012.

<sup>128</sup> Burgos, Oswaldo R. Ob. cit., p. VIII.

esos daños que se estiman en el establecimiento del baremo se inserta en un determinado lugar del esquema jerárquico que el ordenamiento gradual, necesariamente, supone<sup>129</sup>.”.

Su molestia se extiende al uso de los precedentes por estandarizar y, en general, a todo “sistema de determinación de resarcimiento basados en tarifas preexistentes” que implican un menor esfuerzo probatorio procesal.

Aunque estima que es posible establecer “pisos de resarcimiento<sup>130</sup>” tiene claro que cuantificar daños es algo absolutamente distinto a uniformizar la indemnización y por ello se aúna a las diez reglas propuestas por Mosset Iturraspe que además reseña: No a la reparación simbólica, no al enriquecimiento injusto, no a la tarificación con “piso” o “techo”, no a un porcentaje del daño material, no a la determinación sobre la base de mera procedencia; sí a la diferenciación basada en la gravedad del daño, sí a la atención de las peculiaridades del caso, sí a la armonización de las reparaciones en casos semejantes, sí a los placeres compensatorios, sí a las sumas que puedan pagarse dentro del contexto económico del país y el estándar general de vida<sup>131</sup>.

Expuesta la necesidad de cuantificar debidamente la reparación, Burgos se pregunta si se hace necesario incorporar una voz como “daño a la persona”. Para ello hace, como él lo denomina, una “aclaración innecesaria”: todo daño (incluido a las cosas) es en verdad un “daño a la persona”, pues de la misma manera que todos los derechos son *humanos* (no los hay *inhumanos* o *antihumanos*) “son las personas quienes hacen el Derecho. Son los damnificados quienes portan, determinan y definen el alcance de los daños que padecen<sup>132</sup>”.

---

<sup>129</sup> Burgos, Osvaldo R. Ob. cit., p. 16.

<sup>130</sup> “El piso ha de ser, siempre, un límite sugerido y no un tope de resarcimiento mínimo”. Burgos, Osvaldo R. Ob. cit., p. 26.

<sup>131</sup> Burgos, Osvaldo R. Ob. cit., pp. 27-28.

<sup>132</sup> Burgos, Osvaldo R. Ob. cit., p. 82.

Dicho esto se responde que:

“(la) fórmula *daños a la persona* sólo puede resultar interesante si se toma como la expresión de un nuevo paradigma de apreciación, el cual, al implementarse: a) permitirá apreciar –y luego aprehender- ciertos daños no observables desde la mirada actual al fenómeno del daño, focalizada hacia la determinación del deber de responder y signada por la patrimonialidad, y b) propondrá, en un nuevo universo observable del “total” de los daños, clasificaciones distintas de aquella que se refiere a la vía –directa o indirecta- de afección del patrimonio<sup>133</sup>”. Este “nuevo paradigma” permitirá, según el autor argentino, dar sentido a términos como el de la reparación justa o el pleno resarcimiento.

Es por ese camino que Burgos arriba a un “nuevo daño” (aunque con extrema claridad dice que “lo ‘nuevo’ no son los daños (que siempre existieron) sino la decisión de repararlos”), entre ellos, el “daño al proyecto de vida”, cuya teoría desarrollará siguiendo los lineamientos de Fernández Sessarego, observando la jurisprudencia y las normas legales argentinas, añadiendo sus propias ideas y acudiendo a autores como Zavala de González y Mossett Iturraspe.

Se trata, como se observa, de un trabajo fecundo en ideas cuya revisión es imprescindible para quien aborde el tema del “daño a la persona”.

---

<sup>133</sup> Burgos, Osvaldo R. Ob. cit., p. 83.

### **Capítulo III**

## **ORTODOXOS**

## CAPÍTULO III: ORTODOXOS

### 1. La escuela antigua: De Trazegnies Granda

Apenas promulgado el código, De Trazegnies Granda expresó su sorpresa por la incorporación del “daño a la persona”. Más que sorpresa, lo que De Trazegnies formuló fue su absoluto desconocimiento de lo que se quería decir con dicho concepto. Tal comentario, aunque resultaba sorprendente (desde que en Italia la discusión sobre el tema adquiría ribetes polémicos enriquecidos además por una nutrida jurisprudencia) era explicable desde la tradición francesa en la que el ex ministro se afincaba.

Pero conocido los alcances de la nueva doctrina, De Trazegnies se apartó de ella y con claridad enunciativa expuso los términos por los que sus discípulos (léase nomás a Leysser León) arremeterían posteriormente.

En efecto, la tesis de Fernández Sessarego fue contestada por De Trazegnies Granda, primero, en **Por una lectura creativa de la responsabilidad extracontractual**, publicada en noviembre de 1984<sup>134</sup> y, luego, en su conocido libro **La Responsabilidad Extracontractual** publicado en 1988, pero culminado de escribir en junio de 1987<sup>135</sup>. La fecha de publicación de las obras nos permite determinar que la polémica De Trazegnies-Fernández se hizo con los difusos conceptos que éste último trazó en los años 1984-85 y que aún no había precisado.

De Trazegnies empieza manifestando su desconcierto por la inclusión en el artículo 1985 del Código Civil del denominado “daño a la persona”. Su extrañeza llega al extremo de ignorar la manera en que fue incorporado este dispositivo en el Código (es decir, vía el encuentro del 3 de Julio de 1984 ya

---

<sup>134</sup> De Trazegnies Granda, Fernando. **Por una lectura creativa de la responsabilidad extracontractual** en Biblioteca PARA LEER EL CODIGO CIVIL. Vol. I. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Octava Edición, 1988, pp. 215 a 241.

<sup>135</sup> De Trazegnies Granda, Fernando. **La Responsabilidad Extracontractual**. Biblioteca PARA LEER EL CODIGO CIVIL. Vol. IV. Tomo II. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Primera Edición, 1988.

señalado en líneas anteriores). Es, dice, con absoluto desconocimiento de lo ocurrido, “posiblemente una creación de la Comisión Revisora y, hasta que se publique la Exposición de Motivos, no sabremos a ciencia cierta lo que el legislador quiso decir con tal expresión<sup>136</sup>”.

Aún así, vislumbrando lo que se quiso decir con el término, refiere:

“es probable que se haya referido a los daños a la intimidad y otros similares que se tratan en el Libro de las personas y que indudablemente forman parte del sistema de responsabilidad extracontractual. Sin embargo, no queda claro por el momento la necesidad de término nuevo porque no parece corresponder a un tipo de daño que no pueda ser incorporado en las categorías clásicas de daño emergente, lucro cesante y daño moral<sup>137</sup>”.

Posteriormente, De Trazegnies Granda en 1988, publicada la Exposición de Motivos, expresará que el “daño a la persona” es una “novedad del Código peruano de 1984, promovida por el doctor Carlos Fernández Sessarego”. De inicio rechaza la noción expresando que si éste “lesiona a la persona en sí misma, estimada como valor espiritual, psicológico, inmaterial”, no representa ninguna diferencia con la expresión daño moral, porque:

- Si hay daño psicológico hay lesión física y por lo tanto daño emergente y lucro cesante<sup>138</sup>.
- Si las perturbaciones o alteraciones del equilibrio psicológico no llegan a constituir patología, entonces se está ante dolor, sufrimiento que pertenece a la categoría del daño moral<sup>139</sup>.

---

<sup>136</sup> De Trazegnies Granda, Fernando. **Por una lectura creativa de la responsabilidad extracontractual** en Biblioteca PARA LEER EL CODIGO CIVIL. Vol. I. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Octava Edición, 1988, p. 231.

<sup>137</sup> De Trazegnies Granda, Fernando. Ob. cit., pp. 231 y 232.

<sup>138</sup> De Trazegnies, Fernando. **La Responsabilidad Extracontractual**. Biblioteca PARA LEER EL CODIGO CIVIL. Vol. IV. Tomo II. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Primera Edición, 1988, p. 108.

- Si hay violación a los llamados derechos de la personalidad, se sigue estando ante el daño moral simple, que no está limitado al sufrimiento o la aflicción, sino que se extiende a los derechos de la personalidad, incluso al proyecto de vida, tal como había sido entendido además por la jurisprudencia más avanzada<sup>140</sup>.
- Finalmente, recusa la reparación económica del daño a la persona, considerando que si se le define como no medible en dinero entonces no debe repararse con dinero, porque entonces el daño no resulta tan inmaterial como se dice, sino uno concreto, real, reparable según las leyes de los daños patrimoniales<sup>141</sup>.

De Trazegnies Granda reparaba en las deficiencias de una noción que apenas había sido planteada y que en nada modificaba la acepción de “daño moral” que había sido entendida por los autores franceses como todo daño no patrimonial y que en el Proyecto del Código Franco-Italiano se presentaba como toda:

“lesión corporal, daños que afectan al honor, a la reputación o a la de la familia, a la libertad personal, violación de domicilio o de un secreto,

---

<sup>139</sup> De Trazegnies, Fernando. **La Responsabilidad Extracontractual**. Biblioteca PARA LEER EL CODIGO CIVIL. Vol. IV. Tomo II. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Séptima Edición, Segunda reimpresión, setiembre 2005, p. 111. La discusión sobre el daño psicológico volvería a surgir cuando Fernández Sessarego tome conocimiento de la publicación de **Daño Psíquico** de José Milmaiane. Ver: **Daño al Proyecto de Vida**. Derecho. PUCP. No. 50. 1996. Y antes: **Apuntes para una distinción entre el “daño al proyecto de vida” y el “daño psíquico”** en *Thémis*, Época 2, No. 32. 1995.

<sup>140</sup> El dato, desde luego, no es desconocido para Fernández Sessarego quien había señalado: “En Francia, por el contrario, una amplia formulación legislativa ha permitido a la notable jurisprudencia de este país la reparación de todo tipo de daños a la persona de carácter no patrimonial, desde aquéllos que lesionan derechos esenciales del hombre hasta los que protegen otros de menor jerarquía pero que contribuyen al equilibrio psicológico del ser humano. En este sentido, la jurisprudencia francesa, sustentada en una rica tradición jurídica, protege el derecho a la tranquilidad, al sosiego, al reposo a que tiene derecho la persona en una época de vértigo y bullicio ...”.

<sup>141</sup> De Trazegnies Granda, Fernando. **Por una lectura creativa de la responsabilidad extracontractual** en Biblioteca PARA LEER EL CODIGO CIVIL. Vol. I. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Octava Edición, 1988, p. 110-111.

dolor sufrido por los padres, parientes o cónyuge, en caso de muerte de la víctima”,

lo que indicaba que la violación a los derechos de la personalidad habían sido incluidos<sup>142</sup>.

Hay que reparar que sobre el tema ya se había pronunciado De Trazegnies Granda en 1980, al indicar, apelando a la jurisprudencia francesa, que el daño moral se extendía a todos los daños a los derechos de la personalidad, entregando como ejemplo la lesión causada a la actriz que trabaja con su rostro, lo que parece hacer referencia a la noción de proyecto de vida y no sólo a tristeza y sufrimiento<sup>143</sup>.

En posterior obra, ya conocidos los conceptos de Fernández Sessarego, De Trazegnies Granda dirá con absoluta seguridad que frustrar la vocación de artista es un daño no patrimonial<sup>144</sup>.

La polémica extrajo otros resultados. Uno de ellos la diferencia en la conceptualización del daño extrapatrimonial. Para Trazegnies Granda este era un daño inmaterial no medible en dinero y, por tanto, no reparable en él, pues pertenece a un orden distinto de cosas<sup>145</sup>. En cambio, para Fernández Sessarego se trataba de un daño inmaterial “no cuantificable **objetivamente** en dinero”.

---

<sup>142</sup> De Trazegnies Granda, Fernando. **La Responsabilidad Extracontractual**. Biblioteca PARA LEER EL CODIGO CIVIL. Vol. IV. Tomo II. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Séptima Edición, Segunda reimpresión, setiembre 2005, p. 111.

<sup>143</sup> De Trazegnies Granda, Fernando. **Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil**. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú., 1980, p. 414.

<sup>144</sup> De Trazegnies, Fernando. **La Responsabilidad Extracontractual**. Biblioteca PARA LEER EL CODIGO CIVIL. Vol. IV. Tomo II. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Primera Edición, 1988, p. 92.

<sup>145</sup> De Trazegnies, Fernando. **La Responsabilidad Extracontractual**. Biblioteca PARA LEER EL CODIGO CIVIL. Vol. IV. Tomo II. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Séptima Edición, Segunda reimpresión, setiembre 2005, p. 113.

Por otro lado, si Fernández Sessarego había señalado que el daño moral era una especie del “daño a la persona”; De Trazegnies Granda referirá, por el contrario, que el daño a la persona es una subespecie del daño moral<sup>146</sup>.

### **b. El epígono: Duncan Sedano**

A contracorriente del parecer mayoritario, Duncan Sedano<sup>147</sup>, ampliamente influenciado por los criterios de De Trazegnies Granda, arremete con aspereza contra las tesis de Fernández Sessarego. Si el “daño a la persona” –dice- es lo genérico y el daño moral una especie del mismo y si estos institutos están encerrados bajo la común designación de daño extrapatrimonial, ¿por qué entonces no se unificó el daño moral y el “daño a la persona” bajo esa común denominación?<sup>148</sup>.

Enseguida sostiene que el propio Fernández Sessarego no había consignado ninguna diferenciación real entre daño moral y “daño a la persona”, habiendo incorporado el instituto para evitar incorrecciones jurídicas; “Esta necesaria puntualización –cita a Fernández Sessarego- obedece al decidido propósito de evitar que, por acción de ciertos intérpretes que asumen la posición de considerar el daño moral dentro de la tradicional y restringida noción de agravio al sujeto, se pueda argumentar que el Código Civil de 1984 no tutela las lesiones causadas a los derechos, bienes, intereses de la persona en cuanto tal”. Estas expresiones le parecen a Sedano clara muestra de lo insustancial de la figura jurídica creada, porque, asegura, las normas jurídicas no deben responder a excusas<sup>149</sup>.

De otro lado, Sedano no es menos áspero para criticar la expresión daño moral, término que le parece equívoco, porque ofrece una idea incorrecta de

---

<sup>146</sup> De Trazegnies, Fernando. **La Responsabilidad Extracontractual**. Vol. IV. Tomo II. Ob. cit., p. 110.

<sup>147</sup> Sedano Vásquez, Duncan. **Radiografía del Daño Moral**. Revista Jurídica del Perú. Año XLVI. No. 1, Enero-Mayo, 1996.

<sup>148</sup> Sedano Vásquez, Duncan. Ob. Cit., pp. 149-150.

<sup>149</sup> Sedano Vásquez, Duncan. Ob. Cit., pp. 150-151.

lo moral, entendiéndolo como todo aquello opuesto a la material y que no existe en el mundo de los hechos. Pero enseguida asegura que el término “daño a la persona” también parece poco adecuado porque al fin todo daño tiene como víctima a la persona. Para evitar tales imprecisiones propone denominar al instituto daño no patrimonial:

“Si entendemos que lo denominado como daño moral o daño a la persona es un perjuicio que no produce pérdidas económicas porque afecta intereses inmateriales, seremos capaces de rechazar ambos nombres y reemplazarlos por el más lógico de daño no patrimonial<sup>150</sup>,” que “es aquel que afecta bienes, derechos o valores inmateriales, pasibles únicamente de una apreciación subjetiva, y que como consecuencia genera daños no medibles en términos económicos”.

Como se advierte, las expresiones de Duncan Sedano son las que en su momento realizó De Trazegnies Granda.

### c. El reformista severo

Morales Hervias, en un interesante artículo derivado de la realización del Tercer Pleno Casatorio Civil<sup>151</sup>, sostiene tres tesis que se hacen necesario referir.

a. La primera de ellas tiene que ver con la forma en que se introdujo la expresión “daño a la persona” en el código civil peruano. Indica que se hizo sin sustento jurídico alguno en el artículo 1985 del código civil “y (que) luego paulatinamente se fue interiorizando de manera peligrosa en la mente de los estudiantes, abogados, profesores y jueces”. Se trata –sostiene, reiterando lo dicho por De Trazegnies- de una expresión “repetitiva e inútil”, pues representa una subespecie del daño moral. Agrega que durante mucho

---

<sup>150</sup> Sedano Vásquez, Duncan. Ob. Cit., p. 151.

<sup>151</sup> 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.** Diálogo con la Jurisprudencia. Junio 2011. No. 153.

tiempo se ha creído que dicha doctrina defiende “adecuadamente los problemas de la reparación civil a favor de los damnificados por sufrir daños a sus derechos de la personalidad. Esto no es así” (p. 48).

En esa línea –siguiendo la influencia de De Trazegnies, a quien cita frecuentemente- entiende que nuestra clasificación de daños ha sido, siguiendo la ascendencia francesa, la de daño material y daño moral, y no la de daño patrimonial y no patrimonial propias de la tradición alemana e italiana.

Por ello estima que debe permanecer la expresión daño moral, discutiendo el fundamento 71 de la sentencia casatoria en la que se “asevera equivocadamente que el daño moral es un tipo de daño a la persona”.

b. Un segundo punto que aborda es la propia sentencia casatoria, la que le parece importante “en un medio como el peruano que se idolatra el concepto de “daño a la persona” y en particular el concepto de daño al proyecto de vida” (sic, p. 51).

Para el autor el fundamento 70 del referido fallo judicial “desarrolla argumentos contundentes contra el daño al proyecto de vida”; ellos estarían constituidos por lo controversial de establecer la relación de causalidad y porque no hay indicadores mensurables (p. 52). No obstante, lamenta que el fallo “luego de aniquilar” el proyecto de vida, señale que podría aplicarse en temas como el de la responsabilidad extracontractual.

c. Un tercer punto tan relevante como los anteriores es señalar que el “daño existencial” es lo mismo que el “daño a la persona” (p. 47), incluso, sostiene, que un gran sector de la doctrina italiana estima que el daño al proyecto de vida o el daño existencial “deben permanecer fuera de aplicación de las reglas de la responsabilidad civil.

#### d. El opositor vehemente

Es León Hilario quien con la vehemencia de la juventud y el convencimiento de tener la verdadera fe<sup>152</sup> ha cuestionado con severidad las tesis de Fernández Sessarego. Lo ha hecho no sólo en artículos sobre el tema, sino también con enjundia, con abundante información, el mismo ministerio pedagógico y similar pasión que el profesor sanmarquino demostró en eventos académicos y en las aulas universitarias (aunque a menudo con expresiones nada gratas). Su empeño le ha llevado a dirigirse a la propia judicatura.

En **30,000 dólares ...**<sup>153</sup> León Hilario expresa la inconveniencia de considerar la voz “proyecto de vida” en el campo de la responsabilidad, pues debe ser excluida para utilizar la expresión “daño moral” (p.78).

León Hilario señala que la distinción entre daños patrimoniales y no patrimoniales es de ascendencia alemana e italiana pero que la existente en nuestro código es de influencia francesa, “o sea aquella que diferencia el daño material del daño moral”.

El artículo discute fallos italianos y lamenta que se repare con mayor cantidad de dinero los “daños existenciales” que los daños patrimoniales.

Para el opositor vehemente el “daño existencial” es equivalente al “daño al proyecto de vida” (p. 84). Se trata –dice- de voces que no existen y que inflan las reparaciones sin mayor sustento.

---

<sup>152</sup> No en vano el epígrafe de su libro **La Responsabilidad Civil** contiene unos versos de Kahlil Gibran: “The teacher who walks in the shadow of the temple, among his followers, gives not of his wisdom but rather of his faith and his lovingness”. (El maestro que camina, entre sus discípulos, a la sombra del templo, no entrega su sabiduría, sino su fe y su pasión). Traducción libre.

<sup>153</sup> León Hilario, Leysser. **¡30,000 dólares por daños morales en un divorcio!. De cómo el “daño al proyecto de vida” continúa inflando peligrosamente los resarcimientos**”. Diálogo con la jurisprudencia Mayo 2007. No.104.

Repara en los errores de apreciación que podría originar aceptar el “proyecto de vida”. Así dice, en gráfico ejemplo con el que pretende acreditar su tesis:

“Frente a un conjunto de personas casualmente congregado en la vía pública, e integrado por un deportista con futuro promisorio, una estudiante de primer año de la Escuela Nacional de Ballet, un campeón juvenil de matemáticas y un obrero subcontratado a través de una compañía de intermediación (...)” contra quién se dirigiría el auto si se pudiera vislumbrar los proyectos de vida. Sin duda contra el obrero porque esa decisión “eficiente” “le garantizaría asumir el menor resarcimiento o en el peor de los casos para la víctima, no pagar nada o ni siquiera ser demandado”.

Estas ideas, en realidad, habían sido expuestas con anterioridad, y luego le sirvieron como fundamento para remitirlas al Tercer Pleno Casatorio Civil del 2011, momento en el cual reseñará la impertinencia del “proyecto de vida” por no poder ser cubierto mediante un contrato de seguro; porque los jueces tienden a diferenciar los “proyectos de vida” exclusivamente en función de la posición social y de la capacidad económica de la parte agraviada, y por ser incuantificable sobre bases ciertas<sup>154</sup>.

Antes, en artículos que recogería en su libro **La Responsabilidad Civil**<sup>155</sup> había mencionado (para alegría de su mentor italiano, Luigi Corsaro) lo inconveniente del “daño a la persona” que “representa un accidente de nuestra codificación civil” y “tiene el demérito de reiterar un concepto ya comprendido en la idea de “daño moral”, conforme a la amplia visión de esta figura que impera en el ordenamiento jurídico de donde es originaria: el francés<sup>156</sup>”.

Así, aunque es verdad que las expresiones de “conceptos carentes de sustento fenomenológico”, “las taras de logicismo, dogmatismo,

---

<sup>154</sup> Tercer Pleno Casatorio Civil, ob. cit., pp. 250-251.

<sup>155</sup> León, Leysser L. **La Responsabilidad Civil**. Segunda edición, Lima, 2007.

<sup>156</sup> León, Leysser L. Ob. cit., pp. 24-25.

conceptualismo y formalismo han sido de continuo achacadas a un universo de disertaciones que se singulariza por la de sus autores, tan incongruente cuanto admirable, en la posibilidad de explicar los problemas del derecho mediante el empleo predominante de categorías aparentemente deducidas de la realidad<sup>157</sup>”, fueron dirigidas expresamente a los autores del “daño existencial” parecen de soslayo también enrumbarse al autor del “daño al proyecto de vida”, desde que luego lo considerará “repetitivo e inútil”, términos que serán utilizados posteriormente por Morales Hervias<sup>158</sup> o, referirá, en artículo opositor a la nueva doctrina, lo siguiente:

“He hecho la prueba de escribir las mismas líneas reemplazando por “daño al proyecto de vida” (y) las menciones al “daño existencial”, y el valor de la crítica se mantiene plenamente”.

Sin embargo, hay que indicar que no siempre fue esta la actitud de León Hilario. En **“El daño existencial. ¿Una idea valiosa o sólo un grito de la moda italiana en el campo de la responsabilidad civil?”**<sup>159</sup> considerará a Fernández Sessarego como el “autor de los estudios más exhaustivos sobre el daño no patrimonial en el Perú” y en **“Consideraciones sobre los daños por homicidio de un ser querido y las técnicas para su resarcimiento”**<sup>160</sup>, luego de tratar de interpretar los alcances del artículo 1985 del código civil sostendrá:

“O se elimina el daño moral o se elimina el daño a la persona: **da lo mismo**” (la negrita es mía).

Y más adelante:

---

<sup>157</sup> León, Leysser L. **El daño existencial. ¿Una idea valiosa o sólo un grito de la moda italiana en el campo de la responsabilidad civil?**. En Ob. cit., p. 149.

<sup>158</sup> León, Leysser R. **Equívocos doctrinales sobre el daño moral**. En La Responsabilidad Civil. Segunda edición, Lima, 2007, p. 337.

<sup>159</sup> León, Leysser. **El daño existencial. ¿Una idea valiosa o sólo un grito de la moda italiana en el campo de la responsabilidad civil?**. En Ob. cit., p.180.

<sup>160</sup> León, Leysser. **Consideraciones sobre los daños por homicidio de un ser querido y las técnicas para su resarcimiento**, En Ob. cit., pp. 218 y ss.. El artículo fue publicado en Revista Peruana de Jurisprudencia. Año 4, Número 18, Trujillo, 2002.

“Erradicar la locución “daño a la persona”, al menos en nuestro caso, no significa dejar desprotegido al individuo que padece un daño de carácter personal, porque este queda bien tutelado por la cláusula normativa general del artículo 1969. Y si se elimina el daño moral, porque es una “muletilla” o “antigualla” (...) se pasa a entender como “daño a la persona” lo ahora etiquetado como “daño moral” más otras nociones, como el “daño a la vida en relación”, el “daño psíquico” o el “daño al proyecto de vida”.

**“Estas, sin embargo, -agrega- son consideraciones de política del derecho, de especulaciones sobre las cuáles podían ser las mejores leyes”.**

Estas expresiones, empero, fueron cambiando de contenido rápidamente, y apenas un año después, el 2003, en la Revista Peruana de Jurisprudencia No. 23, en un posterior artículo denominado **“Funcionalidad del “daño moral” e inutilidad del “daño a la persona” en el derecho civil peruano**<sup>161</sup> embestirá con aspereza contra las tesis del profesor sanmarquino. Ya el título del ensayo denota la acrimonia existente; lo mismo sucede cuando “reprocha” a quienes importaron el “daño a la persona” de Italia y “la carencia de información sobre el contexto en el que se generó”.

Por eso empieza citando a Carlo Francesco Gabba y sus expresiones sobre el “daño moral” que extendían, en el lejano 1898, no sólo a los sufrimientos y afectos, sino también a las lesiones no patrimoniales.

“Como se aprecia –dice León Hilario- tal concepción del daño moral comprende aquello que se ha identificado, previamente, como daño a la persona<sup>162</sup>”.

Su estudio prosigue con la “historia oficial” del código civil de 1984 y aludiendo a “la informalidad legislativa y sus consecuencias” se referirá a la

---

<sup>161</sup> León, Leysser. En Ob. cit., pp. 223 y ss..

<sup>162</sup> León, Leysser. En Ob. cit., p. 235 y s.

introducción del “daño a la persona” en la reunión de Carlos Fernández Sessarego con Max Arias Schreiber y los integrantes de la Comisión Revisora el 03 de julio de 1984, la que considera repetitiva. La tesis que expone León en abierta mención al profesor sanmarquino puede resumirse así:

- Hay una importación doctrinaria del “daño a la persona” proveniente de Italia.
- Utiliza una categoría que fue hecha con meros fines descriptivos y sin ningún fin sistemático y tiene la “censurable pretensión” de darle fundamento filosófico (que es además apócrifa y artificiosa).
- Es una “tramoya” no “fiable” porque trata de hacer creer que ha habido una polémica sobre el “daño a la persona” del que habría salido victoriosa dicha noción.
- No es operativa dado que los derechos y obligaciones que se le atribuye son los mismos del “daño moral” por lo que resulta repetitiva.

En el artículo en comento, León Hilario se lamenta que la llamada “guerra de etiquetas” haya hecho perder de vista que lo importante era perfeccionar las técnicas de cuantificación.

En posterior artículo<sup>163</sup> en el que agradece a Gastón Fernández Cruz, Carlos Ramos Núñez, Gorki Gonzales Mantilla, Miguel Torres Méndez, Freddy Escobar Rozas, Eric Palacios Martínez y Rómulo Morales Hervias, refutará lo que considera “falaces” y “desinformativas” páginas de Fernández Sessarego sobre el debate sobre el “daño a la persona” en el Perú.

Por supuesto hará referencia a la preliminar sorpresa de León Barandiarán para proseguir con la censuras de De Trazegnies Granda “a quien se debe la crítica más atendible, además de oportuna, contra la introducción de la

---

<sup>163</sup> León, Leysser R. **Equívocos doctrinales sobre el daño moral**. En Ob. cit., pp. 277 y ss.. El artículo fue publicado primero en Revista jurídica del Perú. (Trujillo, Perú). Año LIII, no. 52 (nov. 2003), p. 93-135

locución “daño a la persona” en el Código Civil peruano de 1984”, las “precisiones conceptuales” de Carlos Cárdenas Quirós, la “opinión” de Lizardo Taboada y los “aportes” de Juan Espinoza Espinoza.

Hecho el recuento doctrinario, León Hilario concluye que “no se falta a la verdad” si se afirma que la propuesta de eliminación del “daño moral” por “daño a la persona” es minoritaria en el país, pues ninguno de los autores aludidos así lo expresaron. Además, refiere, que el “daño a la persona” no tiene categoría en el ordenamiento jurídico y la clasificación que se hace de los daños desde los “sujetos del derecho” pierde de vista lo que de verdad interesa: “el bien jurídico protegido o la entidad del daño”.

Por último, el informado opositor expone nueve tesis para dejar sentada “la indiscutible y conveniente vigencia del daño moral en el ordenamiento jurídico peruano” que hacen referencia a su pésima importación italiana y que concluyen de la siguiente manera:

“8. Si así están las cosas, el daño moral (...) abarca todas las consecuencias del evento dañoso que, por sus peculiares características, por su ligazón con la individualidad de la víctima, no sean traducibles directamente en dinero, incluida la lesión de derechos fundamentales”.

“Moral” no es contrario de “jurídico”; “moral” es lo contrario de “material”.

(...)

“En consecuencia, creo que no es admisible sostener –tal cual hacen Fernández Sessarego y Espinoza Espinoza- que el daño moral constituye una “especie” del daño a la persona. Si se presta atención a la bipartición original francesa –que es la que debe seguirse-, la interpretación es en sentido contrario: el daño moral comprende el daño a la persona, a los derechos de la personalidad, además de los padecimientos de ánimo”.

**ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO**

“9. Y porque así están las cosas, la cancelación de la expresión “daño a la persona”, del articulado del Código Civil –cancelación ya virtualmente concretizada en la práctica judicial que la desconoce por completo, y en la doctrina que no la admite como sustitutiva del “daño moral- es digna de ser promovida<sup>164</sup>”.

---

<sup>164</sup> León R., Leysser. Ob. cit., pp. 328-330

**Parte 3**

**LOS FUNDAMENTOS DE LA FE**

## Capítulo I

### EL PROYECTO DE VIDA

## PARTE III: LOS FUNDAMENTOS DE LA FE

### CAPÍTULO I: EL PROYECTO DE VIDA

#### I. Los supuestos filosóficos

##### 1. La filosofía de la existencia

Para conocer el Derecho –ha manifestado Fernández Sessarego<sup>165</sup>- el ideal es ser, simultáneamente, jusfilósofo, jurista y operador. El primer supuesto, impele conocer al ser humano y tiene como objetivo construir las bases que respalden la creación jurídica y la ejecución legal. De allí que, atendiendo a su dicho, Fernández Sessarego haya dedicado todas sus obras a exhibir los supuestos filosóficos de los conceptos que utiliza. Resulta pertinente realizar una breve travesía por sus escogencias filosóficas.

Fernández Sessarego radicó en la filosofía de la existencia, la que le parece descubre que el ser del hombre es ser libertad y ser coexistencial que se realiza con los otros.

Así en su tesis de bachillerato, **Bosquejo para una determinación ontológica del Derecho**<sup>166</sup>, Fernández Sessarego indicará que la filosofía contemporánea tiene como centro de sus reflexiones la existencia (pág. 64), agregando que la existencia es un hacerse a si mismo. El ser del hombre consiste en tener que realizarse, y este tener que realizarse, se hace de acuerdo a un proyecto. “Vivir es realizar un proyecto de existencia” (pág. 68).

---

<sup>165</sup> Entrevista con el autor. Parte de ella publicada en la Revista de Derecho Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte 2009.

<sup>166</sup> La tesis es de 1950 y fue publicada, de manera incompleta, recién en 1987 bajo el título **El Derecho como Libertad. Preliminares para una Filosofía del Derecho**. Nosotros hemos consultado la segunda edición, Studium, Lima, 1994 y las copias de la sección no publicada que gentilmente nos entregó Fernández Sessarego.

En **La noción jurídica de Persona**<sup>167</sup>, nuestro autor señalará la influencia en su pensamiento filosófico de autores como Heidegger, Sartre, Jasper y Zubiri, utilizando términos como los de tiempo, libertad y quehacer (pág. 37 a 43); ascendencia que reiterará en su conocido escrito sobre el Daño al Proyecto de Vida (1996) al señalar que “la gravitación de las filosofías de la existencia se hace patente a partir de la década de los años cuarenta y perdura; en sus planteamientos medulares en la mayoría de las formaciones jusfilosóficas de nuestros días<sup>168</sup>”.

En general, partiendo de los trabajos de Heidegger<sup>169</sup>, Fernández Sessarego ha presentado al ser humano como un ser temporal. El ser humano es tiempo y por ello está en un continuo hacerse. La existencia es un hacerse a sí mismo dentro de la temporalidad. De ahí que el ser humano para realizarse en el tiempo como ser libre, debe proyectar su vida. El proyecto tiene como condición; la temporalidad. El ser del hombre es hacer proyectos. El proyecto se sustenta en la libertad de la temporalidad del ser humano. Por ser libre y temporal, el hombre debe necesariamente proyectarse<sup>170</sup>.

En últimos trabajos, Fernández Sessarego distingue entre “proyecto de vida”, en singular, y los “proyectos de vida”, en plural, pues si bien el hombre

---

<sup>167</sup> Fernández Sessarego, Carlos. **La Noción Jurídica de Persona**. Segunda Edición. UNMSM. Lima, 1968.

<sup>168</sup> Fernández Sessarego, Carlos. **Derecho y Persona**. Ediciones Inesla. Lima, 1990.

<sup>169</sup> Fernández Sessarego llega a Heidegger a través de dos libros. El primero, **La Ontología fundamental de Heidegger**, fue publicado por Alberto Wagner de Reyna; el segundo, es el trabajo de Alfonso Waehlens, **La Filosofía de Martín Heidegger**. Entrevista personal con el autor, Lima 2002.

<sup>170</sup> Fernández Sessarego, Carlos. **Daño al Proyecto de Vida**. Separata de la Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. No. 50. Diciembre 1996, pp. 49-54. Debe señalarse que para el maestro sanmarquino todo proyecto implica una valoración, por lo que es indispensable preferir. La vida es así una sucesión de valoraciones. El ser humano no podría vivir sin los valores con los que otorga un sentido a su existir.

vive proyectándose, al menos, uno de esos proyectos, compromete todo su ser: es aquel donde se juega su destino y el que otorga sentido a su vida<sup>171</sup>.

## 2. El proyecto de vida

La noción de proyecto de vida es de claro corte existencialista, corriente filosófica que como se sabe desarrolló el concepto del hombre como posibilidad e introdujo la noción de **pro-yecto** (*Entwurf*): consecuencia además inevitable de la libertad, temporalidad y responsabilidad que predica.

Aunque aquí no se desarrollará el contenido filosófico del tema debemos señalar que para Heidegger el **proyecto** es la constitución ontológica existencial del hombre<sup>172</sup>. Este filósofo ha señalado igualmente que el hombre es hombre por la **posibilidad** de dar el salto que lo eleve a una existencia auténtica. Se es hombre, ha dicho, porque se tiene **proyectos**. “El hombre se inclina hacia posibilidades que él no es todavía, que quizá no alcanzará; y eso mismo, para él es existir<sup>173</sup>”. Sartre, por su parte, ha manifestado: “El hombre es ante todo un **proyecto** que se vive subjetivamente (...), el hombre será ante todo lo que habrá **proyectado** ser”. Y más adelante: “**El hombre no es nada más que su proyecto**, no existe más que en la medida que se realiza, no es por lo tanto más que el conjunto de sus actos, nada más que su vida<sup>174</sup>”. Desde otro ángulo, Mounier denominará a lo que aquí se llama **proyecto** como **vocación**<sup>175</sup>, mientras

---

<sup>171</sup> Fernández Sessarego, Carlos. **Daño al Proyecto de Vida**. Separata de la Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. No. 50. Diciembre 1996, pp. 82-83. Ver también: **Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”**. Foro Jurídico. Julio 2003. Año. 1. No. 2, **¿Es posible proteger jurídicamente El “Proyecto de Vida”?** Foro Jurídico. Lima 2008, Año 4. No. 8 y **El “proyecto de vida” ¿merece protección jurídica?** Revista Jurídica del Perú. Febrero 2008. No. 84.

<sup>172</sup> Heidegger, Martin. **El Ser y el Tiempo**. No 31. México, F.C.E., 1962.

<sup>173</sup> Verneaux, Roger. **Lecciones sobre existencialismo**. Club de Lectores. Argentina 1957, pp. 100 a 105.

<sup>174</sup> Sartre, Jean Paul. **Sobre el Humanismo**. Editorial Sur, Buenos Aires, Segunda Edición 1960, p. 16 y p. 28. La obra fue publicada por Editorial Gallimard, París, en 1948 bajo el título *L'existencialisme est un humanisme*. Ver también **El Ser y La Nada**, Editorial Losada, Buenos Aires, 1968, p. 591

<sup>175</sup> Ver Mounier, Emmanuel. **El Personalismo**. Eudeba, Buenos Aires, 1962, pp. 29-30.

que semejantes ideas a las aquí brevemente reseñadas son desarrolladas por el raciovitalismo de Ortega y Gasset y su discípulo Julián Marías. Este último autor titula el subcapítulo 54 de su **Introducción a la Filosofía: El proyecto vital**. Nótese la coincidencia del título con la designación utilizada por Fernández Sessarego. El concepto es además el mismo<sup>176</sup>.

La noción de proyecto existencial fue recogida por Fernández Sessarego para elaborar la nueva institución jurídica. Aparece ya bosquejada en el estudio publicado en el Tomo IV de la Exposición de Motivos al Código Civil de 1984, el mismo que fue incorporado en la quinta edición del libro *Derecho de las Personas*<sup>177</sup>. Aparece también en la ponencia presentada al Congreso Internacional de Derecho Civil organizado por la Universidad de Lima y celebrada entre el 9 y el 11 de agosto de 1985<sup>178</sup>. En esta ponencia, nuestro autor conceptuaba el daño a la persona como aquel que agrede la dignidad misma de la persona humana, agregando que “en su más honda acepción es aquel que tiene como consecuencia la frustración del proyecto de vida de la persona. Es decir, se trata de un hecho de tal magnitud, que truncaría la realización de la persona humana de acuerdo a su más recóndita e intransferible vocación<sup>179</sup>”. El ejemplo típico, dice Fernández Sessarego, es

---

<sup>176</sup> Marías, Julián. **Introducción a la Filosofía**. Revista de Occidente, Madrid 1967, Segunda Edición, pp. 271-275. La primera edición de la obra es de 1947 y fue utilizada por Fernández Sessarego para **La Noción Jurídica de la Persona** (Segunda Edición, 1968, Lima, UNMSM, pp. 44-45).

<sup>177</sup> En los referidos libros, la expresión proyecto de vida o proyecto vital aparece tres veces, existiendo incluso un ejemplo ilustrativo sobre el caso. No existe, sin embargo, una definición acabada sobre el tema. Como manifestará después Fernández Sessarego el proyecto de vida fue una “**intuición central**” madurada a través del tiempo “a partir de una honda reflexión sobre la estructura misma del ser humano” (**Daño al Proyecto de Vida**. Separata de la Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. No. 50. Diciembre 1996). Aunque el autor señala que fue en el artículo denominado “**El daño a la persona en el Código Civil de 1984**” la primera vez que hizo referencia a esa “radical modalidad de daño”, hasta donde hemos podido rastrear, la expresión **proyecto vital** aparece por primera vez en el **Bosquejo Ontológico** y se amplía en **La Noción Jurídica de la Persona** (Segunda Edición, 1968, Lima, UNMSM, p.47), cierto es sin la connotación jurídica que posteriormente le daría.

<sup>178</sup> La ponencia fue recogida en el ensayo titulado **El Código Civil y el sistema jurídico latinoamericano**, Lima, Cultural Cuzco, 1985, pp. 251-257. Aparece publicada como apéndice 2 de la sexta edición del libro **Derecho de las Personas** de Carlos Fernández Sessarego, pp. 329 a 339.

<sup>179</sup> Fernández Sessarego, Carlos. **Derecho de las Personas**, Sexta edición, Editora y Distribuidora Grijley E.I.R.L., Lima, junio 1996, p. 330.

el del orfebre o artesano ceramista que por un hecho dañino a cargo de un tercero pierde los dedos de la mano derecha que le sirven para trabajar, truncándose así su vocación, lo que constituye su raigal existencia<sup>180</sup>.

### 3. Las coincidencias con el raciovitalismo

Cabe resaltar las coincidencias existentes entre la noción trabajada por Fernández Sessarego y el raciovitalismo de Ortega y Gasset y Julián Marías. Como se ha señalado en párrafos precedentes, este último autor titula uno de los subcapítulos de su **Historia de la Filosofía** (el referido a Ortega y Gasset): El proyecto vital, denominación que repetirá en el subcapítulo 54 de su **Introducción a la Filosofía**. Nótese la coincidencia del título con la designación utilizada por Fernández Sessarego. El concepto es además el mismo<sup>181</sup>.

En efecto, para Ortega y Gasset la vida no nos es dada, sino que nos encontramos con ella de pronto y sin saber cómo. Por eso la vida es un quehacer, estamos forzados siempre a hacer algo, aunque ese algo no sea nada determinado. El hombre es el ente que se hace a sí mismo, debe decidir en cada instante lo que va a hacer, lo que va ser en el siguiente. Esta decisión es intransferible: nadie lo puede sustituir en su faena de decisión, de decidir su vida<sup>182</sup>.

Pero no sólo el hombre tiene que hacerse, sino que lo más grave que tiene que hacer es determinar lo que va a ser, dado que nuestro existir no nos es

---

<sup>180</sup> Fernández Sessarego, Carlos. **Derecho de las Personas**. Quinta edición, Lima, Cultural Cuzco, 1992, p. 74.

<sup>181</sup> Marías, Julián. *Historia de la Filosofía*. Revista de Occidente. España, Primera edición, 1941, p. 444. **Introducción a la Filosofía**. Revista de Occidente, Madrid 1967, Segunda Edición, pp. 271-275. La primera edición de la obra es de 1947 y fue citada por Fernández Sessarego en su tesis de bachillerato, **Bosquejo para una determinación ontológica del Derecho**, Lima, 1950 y en **La Noción Jurídica de Persona** (Segunda Edición, 1968, Lima, UNMSM, pp. 44-45).

<sup>182</sup> Ortega y Gasset, José. **En torno a Galileo**. Revista de Occidente, Madrid, Tercera edición, 1967, p. 28.

dado hecho. “La vida es un gerundio y no participio: un faciendum y no un factum<sup>183</sup>”.

Ante cada momento de la vida se abren diversas posibilidades: se puede hacer esto o lo otro; es necesario, por ello, un programa vital. Este programa vital es el yo de cada hombre, el cual ha elegido entre diversas posibilidades de ser que en cada instante se abren ante él. “La vida -la vida humana, la realidad radical- es siempre concreta, es siempre mi vida, la de algún yo, la de cada cual frente a tal determinada situación. La abstracta estructura se determina por fuerza en un cierto preciso proyecto individual<sup>184</sup>”.

De dichas posibilidades, Ortega anota lo siguiente:

1. Son posibilidades no regaladas, sino inventadas. El hombre es imposible sin imaginación, sin la capacidad de inventarse una figura de vida. El hombre es novelista de sí mismo.
2. Entre esas posibilidades el hombre debe elegir. Por tanto, el hombre es libre; es necesariamente libre, lo es quiera o no. Ser libre quiere decir carecer de identidad constitutiva, no estar adscrito a un ser determinado, poder ser otro del que será y no poder instalarse, de una vez y para siempre en ningún ser determinado<sup>185</sup>.

Es inevitable, entonces, la existencia de un programa o proyecto vital.

“Yo soy -ha dicho Marías analizando a Ortega- un programa vital, un proyecto o esquema que pretendo realizar y que he tenido que imaginar en vista de las circunstancias. Yo encuentro ante mí un repertorio o teclado de posibilidades y urgencias, y sólo puedo vivir eligiendo entre ellas; esas posibilidades son finitas, pero son siempre varias, y aparecen como tales al proyectar yo mi esquema o programa

---

<sup>183</sup> Ortega y Gasset, José. **Historia como sistema**. Revista de Occidente. Tercera edición, 1958, p. 37.

<sup>184</sup> Garagorri, Paulino. **La filosofía española en el siglo XX**. Alianza Editorial S.A.. Madrid, 1985

<sup>185</sup> Ortega y Gasset, José. **Historia como sistema**. Revista de Occidente. Tercera edición, 1958, p. 39.

vital sobre las puras facilidades y dificultades que componen mi circunstancia. Por esto el hombre no puede vivir sin un proyecto vital, original o mostrenco, valioso o torpe: tiene que ser, bueno o malo, novelista de su propia vida, tiene que imaginar o inventar el personaje que pretende ser; y, por consiguiente, la vida humana es ante toda pretensión<sup>186</sup>.

Apelando a los conceptos de Ortega, Julián Marías desarrollará en forma sistemática la idea de proyecto vital. Marías parte -como su maestro- del concepto de realidad radical.

Al igual que Ortega, Marías considera que la vida que se tiene no nos es dada hecha; algo hay que hacer con ella. La vida es un hacer, un quehacer continuo: el ser del hombre es ese quehacer que envuelve –dice Marías- cuatro elementos esenciales: personalidad, dinamismo, forzosidad y circunstancialidad; es decir, un quehacer es mío, es lo que tengo que hacer yo; en segundo lugar, no es cosa sino realidad dinámica, ejecución; en tercer lugar, estoy ligado a él, me viene impuesto; por último, está adscrito a una circunstancia, es esencialmente perentorio, urgente.

La vida es, pues, algo que tengo yo que hacer aquí y ahora. Y para lograrlo debo previamente proyectarla, lanzarla hacia delante mediante la imaginación o fantasía; Ortega –dice Marías- hablaba de la vida como faena poética y no erraba porque la vida, mi vida, no está hecha ni siquiera como posibilidad, porque tengo que hacer o crear mis propias posibilidades<sup>187</sup>, en las que no sólo interesa mi yo sino también las circunstancias, mi circunstancia, mi contorno con los demás y con las cosas<sup>188</sup>. Lo circundante que hablaba Jaspers.

---

<sup>186</sup> Marías, Julián. **Historia de la Filosofía**. Revista de Occidente. Vigésimosexto edición, 1974, p. 444.

<sup>187</sup> Marías, Julián. **Introducción a la Filosofía**. Revista de Occidente. Madrid, 1967, segunda edición, p. 255.

<sup>188</sup> Vivir es también coexistencia del yo con las cosas; estas cosas son mi contorno o circunstancia. “Vivir es tratar con el mundo, dirigirse a él, actuar en él, ocuparse de él”. Por su parte, “circunstancia”

Marías llama pretensión o proyecto a esa categoría del efectivo vivir, a ese determinar de antemano lo que se va a hacer. Ello es inevitable dado que para hacer mi vida, para preocuparme de mis circunstancias lo primero que debo hacer es hacerme una figura de ello, un proyecto de lo que deseo, de lo que tengo que hacer. Tales proyectos, reitera Marías, no ineludibles, no es asunto de conveniencia o de gusto, el ser humano es un ser proyectivo, lo sepa o lo ignore, lo que quiera o no el ser humano no es sino proyecto. "No se puede. Ser, para el hombre, significa estar en el mundo, hallarse en una circunstancia: ser es pretender ser"<sup>189</sup>.

Para que esas posibilidades puedan ser mías, para que puedan ser las de mi vida, necesito yo hacer algo: concretamente, elegir entre ellas, decidir cuál voy a adoptar entre las que me son presentadas por el contorno; y esto a su vez, por un esquema de mi vida, más vago y general del cual soy irrenunciable autor, y que se llama vocación. Y esta es la raíz última de mi proyecto vital<sup>190</sup>.

Caso curioso el aquí anotado. Aunque el maestro sanmarquino no ha negado nunca sus lecturas de Ortega y Gasset en su formación filosófica, el reconocimiento de tal ascendencia ha sido, por así decirlo, de corte general, sin la trascendencia que, por ejemplo, otorga a otro filósofo español como Xavier Zubiri, al personalismo de Mounier (quizás derivado de sus aficiones democristianas) o a la propia filosofía de la existencia, de cuya influencia se siente deudor.

Cierto es que en sus trabajos Fernández Sessarego cita tanto a Ortega y Gasset como a Julián Marías, pero esas citas resultan casi inexistentes cuando se refiere al daño al proyecto de vida. Aun cuando con el

---

es lo que está en torno a mí, todo aquello que encuentro en mi horizonte vital, lo otro que yo. Es el otro término de la dinámica coexistente en que consiste la vida: sólo existe la circunstancia en tanto estoy yo. Los dos conceptos yo y circunstancia son inseparables y correlativos. Marías, Julián. **Introducción a la Filosofía**. Revista de Occidente. Madrid, 1967, segunda edición, p. 259.

<sup>189</sup> Marías, Julián. **Introducción a la Filosofía**. Revista de Occidente. Madrid, 1967, segunda edición, p. 274.

<sup>190</sup> Marías, Julián. **Introducción a la Filosofía**. Revista de Occidente. Madrid, 1967, segunda edición, pp. 274-275.

pensamiento de Ortega -generalmente disperso- puede admitirse un olvido, no sucede lo mismo con Marías, cuyos libros **Historia de la Filosofía** (1941) e **Introducción a la Filosofía** (1947), eran conocidos por nuestro autor. En efecto, ya en su tesis de bachillerato, **Bosquejo para una determinación ontológica del Derecho**, (1950) Fernández Sessarego mencionaba el término proyecto de existencia; término que utilizaría también en **La Noción Jurídica de Persona** (1962). En las mismas obras haría notar su conocimiento de los trabajos de Julián Marías, de quien glosa uno de los capítulos de su **Introducción a la Filosofía**, el designado: La estructura humana, una de cuyas divisiones se denomina precisamente el proyecto vital.

No obstante ello, al desarrollar el tema del proyecto de vida Fernández Sessarego no hará mención específica a estos autores, apelando a los filósofos de la existencia. Tal olvido, sin embargo, y ello debe quedar claro, resultaba comprensible, en tanto, en la época de los libros primordiales de nuestro autor la fuerza de la filosofía de la existencia opacaba la vigencia de los filósofos españoles, como el propio Ortega tuvo que sufrirlo<sup>191</sup>. No obstante, el camino que aquí se describe es por el que pudo optar el autor y el que justifica, desde otra vertiente, la categoría “proyecto de vida”.

Con todo, a grandes rasgos, debemos hacer notar algunas coincidencias entre las obras de Ortega - Marías y las del maestro sanmarquino.

- a. En principio, la terminología. La expresión utilizada por los filósofos españoles es, sustancialmente, proyecto vital (aunque también se han referido al programa o esquema de vida). Por su parte, el jurista peruano utiliza la expresión proyecto de vida que, como se ve, denota la misma concepción.
- b. No se trata sólo de similitudes en el lenguaje. Ortega y Marías han sustentando su noción de proyecto vital en la historicidad del hombre

---

<sup>191</sup> Ver: Regalado García, Antonio. **El laberinto de la razón: Ortega y Heidegger**. Alianza Editorial S.A., Madrid, 1996.

y su necesaria libertad. La misma idea es manejada por Fernández Sessarego, que apelará también a las nociones de temporalidad y libertad.

- c. De otro lado, en un trabajo posterior (**Daño al Proyecto de Vida**. Separata de la Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. No. 50. Diciembre 1996), Fernández Sessarego diferencia el proyecto de vida y los proyectos de vida. En el primer caso, dice, se compromete el sentido mismo de la existencia; en el segundo, dice, no se afecta el núcleo existencial del sujeto (p. 84).
- d. Este criterio es similar a los de Ortega y Marías quienes establecen dos tipos de pretensiones: las del seguir viviendo y las que son internas al vivir. Estas últimas son necesidades vitales que no impiden el vivir, pero que sin embargo son necesarias vitalmente. En extensa opinión que merece ser citada Marías ha señalado: "Pero hay dos tipos de pretensiones: una de ellas es vivir, esto es, seguir viviendo: considero como urgencias las exigencias de mi perduración en la vida humana. Pero hay un segundo tipo de pretensiones: las que son internas al vivir. Quiero decir con esto que no es solo urgente lo requerido para seguir viviendo, porque la esfera de las urgencias es mucho más amplia que las exigencias del simple pervivir. Ocurre algunas veces que yo "necesito" vitalmente cosas de cuya existencia no se sigue mi muerte; si pierdo la fortuna, o no logro el amor de una mujer, o carezco de libertad, estas situaciones no me impiden vivir, y sin embargo digo que son necesarias, vitalmente urgentes. El hombre elige necesitar ciertas cosas porque elige un ser determinado, que no tiene, que no le es dado, y que, por consiguiente, tiene que hacerse, precisamente con esas cosas. Y cuando el hombre decide absolutamente ser algo, cuando se adscribe a una forma de vida y la hace suya, entonces "vivir" significa para él sólo eso, y lo que para ese proyecto o pretensión es necesario, le es necesario sin más, porque no admite ningún otro sentido del vivir, y, por tanto, no vivir así

ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

significa para él morir”. Marías ha dado como ejemplo de este tipo de pretensión: el carecer la libertad. Se percibirá de inmediato la notoria correspondencia con las ideas del maestro sanmarquino<sup>192</sup>.

#### 4. Síntesis

Con todo lo que debe reafirmarse es que más allá de las coincidencias aquí reseñadas, la línea de pensamiento que siguió Fernández Sessarego fue la de la filosofía de la existencia, deslumbrado por los trabajos de Heidegger, Sartre y Jaspers, y de la anterior lectura de Soren Kierkegaard<sup>193</sup>.

## II. El contenido jurídico

### 1. Interés jurídicamente lesionado

Como ya se ha reseñado, Fernández Sessarego sistematizó el “daño a la persona” estableciendo una clasificación ya sea por la naturaleza del ente afectado, ya por las consecuencias del daño.

La primera agrupación la esquematizó de la siguiente forma:

Por la naturaleza del ente afectado	a. Daño subjetivo	1. Daño sicomático	1.1. Daño biológico (daño a la persona)  1.2. Daño a la salud
		2. Daño a la libertad (daño al proyecto de vida)	

<sup>192</sup> Marías, Julián. **Introducción a la Filosofía**. Revista de Occidente. Madrid, 1967, segunda edición, pp. 286-287.

<sup>193</sup> Para Fernández Sessarego, en el libro de Kierkegaard, **El concepto de la angustia**, se encuentra el núcleo del pensamiento existencial. Advierte que este filósofo en su búsqueda del sentido del pecado descubre que para pecar el ser humano debe ser libre.

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

	b. Daño objetivo (daño a las cosas)
--	-------------------------------------

Es obvio que tal distinción tiene en cuenta su idea de que el ser humano es ser libre, ser libre que coexiste con otros seres libres, ser libre coexistente que vive en el tiempo, ser libre coexistente y temporal que elabora proyectos; de lo que sigue que si se daña su libertad (en las vertientes que aquí se han detallado), entonces se frustra, se menoscaba o retarda dicho proyecto, lo que implica un daño a la propia constitución del ser humano<sup>194</sup>.

Es por ello que nuestro autor se pregunta “¿cómo se puede dañar el “proyecto de vida” en tanto libertad fenoménica?”. Su respuesta es la siguiente:

“La primera sería la frustración total del “proyecto de vida” que, generalmente, acarrea un vacío existencial. La segunda, sería su menoscabo, es decir un daño parcial sin que suponga la imposibilidad de continuar con el proyecto, aunque ello ocurra en diferentes condiciones a las que con anterioridad se desenvolvía la vida de la víctima. Éstas no serían las mismas que aquellas con las que se

<sup>194</sup> El Tribunal Constitucional también ha emparentado la libertad con el proyecto de vida. En el expediente 0017-2008-AI (Acción de Inconstitucionalidad contra la ley 28654 que deroga la ley 27504 y restituye el tercer párrafo del artículo 5 de la Ley Universitaria) ha señalado: “La libertad, no obstante, pierde su sentido axiológico si a ella no acompaña el conocimiento. En la libertad desinformada o desprovista de saber, anida el serio riesgo de hacer del ser humano objeto de voluntades ajenas, y no sujeto de la construcción meditada de su propio proyecto de vida, así como el peligro de hacer de la persona humana un punto estático en el camino de la evolución de las sociedades, o, peor aún, un elemento promotor de la involución” (Fundamento 1). Luego, en el fundamento 6, sostiene: “(l)a educación implica un proceso de incentivación del despliegue de las múltiples potencialidades humanas cuyo fin es la capacitación de la persona para la realización de una vida existencial y coexistencial genuina y verdaderamente humana; y, en su horizonte, permitir la cristalización de un ‘proyecto de vida’. Asimismo, el fundamento 30 indica: “ En suma se trata de dar la oportunidad a que sean los agentes sociales y económicos quienes provistos de toda la información sobre la calidad y pertinencia del caso en el marco regulatorio otorgado por el Estado, tomen sus decisiones razonablemente de forma que no vean perjudicado su proyecto de vida profesional con carreras poco empleables”.

En otra sentencia (expediente 1575-2007-HC/TC), el Tribunal ha manifestado que la proscripción de las visitas íntimas impediría que la interna puede concebir, circunstancia que guarda relación con el libre desarrollo de su personalidad y su proyecto de vida.

desarrolló el proyecto antes del daño. En ello consiste el menoscabo. La tercera expresión del daño al “proyecto de vida” sería el retardo en su ejecución<sup>195</sup>.”

## 2. Daño futuro y cierto

Todo daño, para serlo, exige certeza; lo que no implica, necesariamente, actualidad, pues basta con que se sepa que va a existir. Certeza, por consiguiente, está ligada a existencia y no a actualidad<sup>196</sup>. De ahí que se pueda hablar de daños futuros, esto es, aquél que “no lo es propiamente tal sino que ya está implícito en el acto dañino<sup>197</sup>”.

En atención a criterios como los aquí expuestos, Fernández Sessarego ha señalado que el daño a la libertad (“proyecto de vida”) “es un daño futuro y cierto, generalmente continuado o sucesivo ya que sus consecuencias están siempre presentes, en mayor o menor medida, durante el transcurrir vital del sujeto”. Es un daño que lo acompaña generalmente en su existir pues compromete de modo radical “su peculiar y única ‘manera de ser’<sup>198</sup>”.

No se trata, por consiguiente, de daño inasible y de cuya existencia no pueda darse cuenta, sino de uno concreto, cierto, real y por lo tanto indemnizable.

---

<sup>195</sup> Fernández Sessarego, Carlos. **El “proyecto de vida” ¿merece protección jurídica?** Revista Jurídica del Perú, No. 84, Febrero 2008, p. 330.

<sup>196</sup> Vásquez Ferreyra, Roberto A. **Responsabilidad por daños (Elementos)**. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 178

<sup>197</sup> De Trazegnies Granda, Fernando. **La responsabilidad extracontractual**. Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 2005, séptima edición, segunda reimpresión, tomo II, p. 19.

<sup>198</sup> Fernández Sessarego, Carlos. **Apuntes para una distinción entre el daño al proyecto de vida y el daño psíquico**. Hay, en el siguiente párrafo de dicho artículo una equivocación, pues se menciona que el daño al proyecto de vida no es “**ni transitorio ni permanente (...)**”, expresión que es una contradicción en sí misma. (La negrita es mía).

### 3. Daño al proyecto de vida y el daño moral

No cabe confundir, dice Fernández Sessarego, el daño al “proyecto de vida” con el daño moral”; éste afecta la esfera afectiva de la persona y sus consecuencias transitorias; aquél, compromete la libertad y sus consecuencias se extienden en el tiempo.

Gráficamente, nuestro autor ha señalado que en el supuesto de la muerte de una persona querida, el dolor (daño moral) se modifica y cede con el tiempo.

“En cambio, en el supuesto del “daño al proyecto de vida” la situación es diferente. Se trata de un daño cuyas consecuencias, que comprometen la existencia misma del sujeto, suelen perdurar. Ellas difícilmente logran ser superadas con el transcurso del tiempo. El daño causado es de tal magnitud que frecuentemente acompañan a la persona por toda la vida, por lo que compromete su futuro. La víctima ha perdido, en gran medida, su propia identidad. Dejó de ser lo que libremente se propuso ser. Dejó de realizarse a plenitud<sup>199</sup>”.

### 4. El proyecto de vida en el anteproyecto del código civil y comercial argentino

Importa destacar que el anteproyecto de código civil y comercial de la nación argentina utiliza la figura del “proyecto de vida”. Primero lo hace, al hablar del matrimonio, el que estima forma parte de un “proyecto de vida en común”, no obstante lo cual por “el respeto por la libertad y autonomía de la persona humana y su proyecto de vida (se) impone la obligación de evitar forzar a un sujeto a continuar en un matrimonio que ya no se desea”. Lo mismo se señala al regular las uniones con vivenciales.

Luego, lo aborda de manera más extensa, al tratar el tema de la responsabilidad. Así el artículo 1734 comprende al “proyecto de vida” como

---

<sup>199</sup> Fernández Sessarego, Carlos. **Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”**. Foro Jurídico, Año 1, No. 2, Julio 2003.

categoría indemnizable. La exposición de motivos del anteproyecto<sup>200</sup> haciendo referencia al tema, ha informado que el artículo 1660 del Proyecto de 1998 contenía el siguiente dispositivo:

“a) El daño patrimonial comprende el daño emergente y el lucro cesante. Se entiende por daño emergente a la pérdida o la disminución de bienes o de intereses no contrarios a la ley; y por lucro cesante, a la frustración de ganancias, en su caso, en razón de la mengua o la privación de la aptitud para realizar actividades remunerables. b) El daño extrapatrimonial comprende al que interfiere en el proyecto de vida, perjudicando a la salud física o psíquica o impidiendo el pleno disfrute de la vida, así como al que causa molestias en la libertad, en la seguridad personal, en la dignidad personal, o en cualesquiera otras afecciones legítimas. c) El daño al interés negativo comprende los gastos comprometidos con la finalidad de celebrar el contrato frustrado y, en su caso, una indemnización por la pérdida de probabilidades concretas para celebrar otro negocio similar; la prueba de éstas debe ser apreciada con criterio estricto. d) Damnificado indirecto es el tercero sobre quien repercute el daño que sufre otra persona. e) Indemnización de equidad es la que otorga el tribunal, sin sujeción a los riterios del artículo 1609, a favor del titular de un interés cuyo acogimiento es necesario para realizar la justicia en el caso”.

La exposición, aunque repara que en el derecho civil latinoamericano ha sido muy citado el Código Civil peruano (artículos 1984 – 1985) y menciona que “ha discutido si es necesario clasificar el daño patrimonial, extrapatrimonial o moral, distinguiendo distintos supuestos” ha considerado que se trata de “tarea que corresponde a la doctrina y la jurisprudencia, ya que una norma

---

<sup>200</sup> La Comisión, integrada por los doctores Ricardo Luis Lorenzetti, como Presidente, y Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, fueron las personas que presentaron el Anteproyecto. Ver: pp. 215 a 241 en [www.lavoz.com.ar/.../FUNDAMENTOS\\_DEL\\_ANTEPROYECTO\\_D](http://www.lavoz.com.ar/.../FUNDAMENTOS_DEL_ANTEPROYECTO_D).

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

general no podría dar cuenta de la enorme variedad de casos que se presentan”.

Finalmente, el anteproyecto prescribe en su artículo 1734 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 la interferencia en su proyecto de vida”.

Se trata de la incorporación expresa de la categoría “daño al proyecto de vida” en un cuerpo legal. No es la única norma donde se hace alusión a dicha expresión, ello también ocurre, como ya se dijo, cuando se aborda el tema de las uniones convivenciales<sup>201</sup>.

---

<sup>201</sup> Artículo 509.- **Ámbito de aplicación.** Las disposiciones de este Título se aplican a la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo.

## Capítulo II

### LA ACCIÓN INHIBITORIA

## CAPÍTULO II: LA ACCIÓN INHIBITORIA

### I. Generalidades

a. La lógica del Libro de Personas del código civil peruano se asienta en la defensa del ser humano. De hecho, contra la pretensión del Proyecto de Reforma y gracias a la pertinaz insistencia de Fernández Sessarego, el referido Libro encabeza el código. A ello se agrega una óptica alejada de contenido patrimonial y la idea que la vida humana empieza con la concepción<sup>202</sup>, de lo que fluye que se teje desde allí un manto de protección que se inicia en ese período, se extiende en el desarrollo y la realización de sus proyectos vitales y abarca, incluso, la voluntad que el ser humano exprese para ser cumplida después de su muerte.

Es claro que lo dispuesto en el código civil va en consonancia con lo señalado en la Constitución del Estado, llave de interpretación de los demás dispositivos existentes. El artículo primero de la norma fundamental señala que *“La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado”* y desde allí enumera (no de forma excluyente) la gama de derechos que el artículo 2 menciona: vida, libertad, identidad, integridad, igualdad, honor, secreto, etc.. Tal es la importancia que se le concede a estos derechos que el artículo 200 de la Constitución diseña las garantías constitucionales que se pueden ejercer en caso de su vulneración y tal es su extensión que mientras el código civil había señalado que los derechos patrimoniales del concebido estaban condicionados a que nazca vivo, la Carta Política sólo indica que el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece excluyendo la segunda parte de la norma del código civil, lo que permite extender su alcance interpretativo siguiendo la línea del principio *pro homine*.

---

<sup>202</sup> Cosa distinta es determinar cuándo se inicia la vida humana. Fecundación, anidación o surgimiento del sistema nervioso central son las teorías más seguidas. El asunto ha sido debatido en extenso (sin lograr unanimidad) por el Tribunal Constitucional en la sentencia sobre el expendio del Anticonceptivo Oral de Emergencia (Expediente 02005-2009-PA/TC). Hay que recordar que el propio fallo alude que se está ante una solución momentánea y que se toma mientras no existan precisiones científicas.

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

Aunque estamos haciendo alusión a la Constitución de 1993, no debe perderse de vista que el código civil de 1984 se promulgó bajo la vigencia de la Constitución de 1979, cuyo articulado es semejante a aquélla, aún cuando pueda extrañarse la contundencia de sus afirmaciones en lo que se refiere a la calidad de norma constitucional de los Tratados de Derechos Humanos o las expresiones del Preámbulo en la que expresamente los constituyentes declaran ser *“creyentes en la primacía de la persona humana y en que todos los hombres, iguales en dignidad, tienen derechos de validez universal, anteriores y superiores al Estado”*.

b. Cuando se promulgó el código civil de 1984 se encontraba en vigencia el código de procedimientos civiles de 1912. Aunque allí existían medidas cautelares como el embargo, el desarrollo del instituto cautelar era prácticamente desconocido entre los operadores jurídicos. Hubo que esperar al código procesal civil de 1993 para que se entendiera la mecánica de lo cautelar, los requisitos de ésta y las diferentes formas que reviste. Se trata de punto de singular importancia porque en algo explica la urgencia de los reformadores del código civil de incorporar norma procesal de protección en dicho cuerpo legal.

Dicho esto se comprenderá porque al interior del código civil de 1984 no sólo se diseñan normas sustantivas, sino además porque se ofrecen normas de contenido procesal<sup>203</sup>, que, en el caso cuestión, tienen como finalidad la defensa de la persona humana.

c. A pesar de lo expuesto se hace necesario meditar si deben necesariamente establecerse defensas procesales en el código civil.

Pero ello mismo sugiere preguntar si establecido mecanismos procesales en el cuerpo legal correspondiente (código procesal civil de 1993) es aún

---

<sup>203</sup> Sobre las normas de orden procesal ver: Zolezzi Ibárcena, Lorenzo. **Disposiciones de contenido procesal** en Para leer el código civil. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1985, pp. 147-171. Consultar también: Rubio Correa, Marcial. **El Título Preliminar del código civil**. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Décima edición, octubre 2008.

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

posible aceptar que normas de seguridad de este tipo se diseñen en el código civil.

d. En todo caso, caben hacer algunas precisiones:

- Los actos que menoscaban los derechos de la persona, pueden ser repelidos en su totalidad por las acciones de garantía, dado que éstas defienden no sólo la agresión actual, sino también la amenaza o posibilidad de daño, lo que hace parecer innecesario articulado en el código civil.
- Si se quiere alegar que las acciones de garantía resultan una vía especial y que los derechos de la persona deben también regularse por la vía ordinaria, puede responderse que ahora también en este campo existen las medidas cautelares en el Código Procesal Civil como instituciones apropiadas para ser utilizadas por el agredido en cualquier acto que vulnere cualquiera de sus derechos. Bastará, por tanto, utilizar los mecanismos que el Código Procesal Civil establece y al que dedica un Título entero, el IV de la Sección Quinta: Proceso Cautelar<sup>204</sup>.
- Por otra parte, si se considerara necesario establecer disposición de protección en el código civil, la pregunta que surge es si ésta debe regularse en el Libro de Derecho de las Personas o en el de Responsabilidad Civil.

---

<sup>204</sup> Al respecto, de vital importancia son las llamadas medidas innovativas, las mismas que incluyen el artículo 686 del Código Procesal Civil para preservar el derecho a la intimidad, la imagen y la voz y el 684 para la cautela posesoria. Pero más allá de este artículo, tanto la medida innovativa en general (artículos 682 a 686) como la de no innovar (artículo 687), las medidas anticipadas (artículo 618) y las medidas genéricas (artículo 629) resultan dispositivos adecuados para defenderse contra posibles daños.

Si esto fuera poco el artículo II del Título Preliminar del Código Civil establece que, ante un caso de abuso en el ejercicio del derecho, el afectado puede no sólo demandar una indemnización sino además exigir la adopción de las medidas necesarias para evitar o suprimir provisionalmente el abuso.

- Por último, lo que debe contestarse es si la eficacia de la protección se mide por la mayor cantidad de regulaciones que tenga o por su ubicación en determinado texto.

Tema tan amplio no será debatido aquí, sino tan sólo en lo que se relaciona con la acción inhibitoria, esto es, el dispositivo que hoy aparece en el artículo 17 del código civil.

## II. Los proyectos de protección a los derechos del ser humano en el código civil

### 1. Los proyectos

#### a. El proyecto De Trazegnies Granda

El artículo 15 del Anteproyecto del código civil de Fernando de Trazegnies denominado: **“DE LA RESPONSABILIDAD NO DERIVADA DEL ACTO JURIDICO”** regulaba mecanismos de defensa procesal ante la existencia de daño<sup>205</sup>. La propuesta señalaba lo siguiente:

**Artículo 15 (Paralización del Acto dañino): “El juez que conoce una causa sobre indemnización podrá adecuar, por cuenta, costo y riesgo del solicitante, la paralización inmediata de la actividad generadora del riesgo o daño y adoptar las medidas que juzgue indispensables con tal propósito, siempre que se encuentre verosímilmente acreditado que la naturaleza de los hechos que se pretende impedir conduce necesariamente a la producción del daño.**

**“Si en el curso del proceso se comprobara que la medida era innecesaria y se acreditaran los perjuicios derivados de su aplicación, en la sentencia el juez condenará al demandante que solicitó la paralización al pago de una indemnización al demandado.**

**“El juez podrá actuar de oficio en el sentido indicado en el párrafo anterior cuando el daño potencial o actual sea socialmente intolerable”.**

Trazegnies Granda informa que dicha norma fue omitida (“presumiblemente por error”) en la publicación que realizó la Comisión Reformadora (“El Peruano”, noviembre de 1982) pero que fue corregida ante la Comisión Revisora el 30 de marzo de 1983, aprobado por la Comisión No. 75 de la

---

<sup>205</sup> Resulta curioso que una persona tan rigurosa como Fernández Sessarego, y además participante activo de la Comisión Revisora del Código Civil, no haya tenido comentario alguno sobre la propuesta de Trazegnies Granda, elaborada como se ha dicho en 1980. Se trata, sin duda, de omisión explicable dado el cariz patrimonial de la norma proyectada.

referida comisión el 13 de abril de 1983 e incorporada al Proyecto con algunas enmiendas como el artículo 2050. Se encontraba aún presente en la versión denominada “Texto Final” que Jack Bigio le envió a Trazegnies Granda el 12 de enero de 1984 y en el Proyecto de la Comisión Revisora publicado en el diario “El Peruano” el 21 de febrero de 1984, como artículos 1937 y 1938. Por alguna razón -que Trazegnies Granda desconoce- el texto se perdió entre el 12 de enero y el 05 de julio de 1984<sup>206</sup>.

La norma no publicada decía lo siguiente:

**Artículo 2050: El juez que conoce una causa sobre indemnización podrá ordenar, por cuenta, costo y riesgo del solicitante, la paralización inmediata de la actividad generadora del riesgo o daño y adoptar las medidas que juzgue indispensable con tal propósito, siempre que se encuentre verosímelmente acreditado que la naturaleza de los hechos que se pretende impedir conduce necesariamente a la producción del daño.**

**“El juez podrá exigir, si lo estima prudente, que el solicitante constituya previamente garantía suficiente para cubrir los gastos derivados de una paralización innecesaria. Si en el curso del proceso se comprueba que la medida era innecesaria, la dejará sin efecto; y, acreditados los daños derivados de su aplicación, el juez condenará en la sentencia al demandante que solicitó la paralización al pago de la indemnización correspondiente.**

**“El juez podrá actuar de oficio en el sentido indicado en el párrafo anterior cuando el daño potencial o actual sea socialmente intolerable<sup>207</sup>”.**

Trazegnies Granda justificó su propuesta teniendo en consideración que el Código Civil de 1936, si bien contemplaba algunas situaciones de esta naturaleza en lo referente a la protección de las propiedades (por ejemplo en el artículo 861) era demasiado conservador al respecto, no existiendo en el Código de Procedimientos Civiles dispositivo que hiciera viable este derecho<sup>208</sup>, por eso lamenta la omisión normativa, pues indica que ella

---

<sup>206</sup> De Trazegnies Granda, Fernando. **La Responsabilidad Extracontractual**. Fondo Editorial de la PUCP. Séptima edición, segunda reimpresión, setiembre del 2005. Tomo II, p. 383.

<sup>207</sup> Este último párrafo fue eliminado y desagregado en otro artículo que olvidaba la expresión “socialmente intolerable” y la modificaba por la siguiente: “cuando la situación generadora del daño implique un riesgo para terceros”.

<sup>208</sup> De Trazegnies Granda, Fernando. **Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil**. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú., 1980, p. 350 y 409-410. La alusión al código de procedimientos civiles parece denotar que el articulado correspondiente debería estar en dicho cuerpo legal aun cuando el propio De Trazegnies Granda rechaza esta posición porque no se sujeta a la lógica del código en la que existen normas de propósitos similares “particularmente en el Libro I del Código

permitía lograr protección jurídica aún antes de obtener sentencia, lo que no se logra con otros dispositivos (**incluso, se refiere, al actual artículo 17 del código civil**) dado que hay que esperar la culminación del proceso para que cese el daño, lo que podría tornar a éste en irreparable.

De la lectura de la norma (un poco extensa y demasiado técnica para nuestro gusto) se desprende con claridad que lo que se proponía era una medida cautelar, piénsese nomás que se exige la apariencia del derecho y la inminencia de un grave daño para que la medida prospere; además había sanción si la solicitud era maliciosa, temas que han sido recogidos después en el Código Procesal Civil de 1993.

Hay que reparar en algunos hechos:

- Que debía solicitarse cuando el juez **conociera una causa sobre indemnización**, lo que limitaba sin duda la protección, pues impedía las medidas autosatisfactivas, en los que no se quiere indemnización sino simplemente paralizar el daño.
- Se trataba de medida cautelar, de hecho, Trazegnies Granda expresa lo siguiente: “La norma propuesta para la responsabilidad extracontractual tenía la ventaja de plantear claramente que no es preciso esperar a la finalización del juicio para hacer cesar el hecho dañino o para impedir que éste tenga lugar, sino que tal cesación podía otorgarse con carácter interlocutorio<sup>209</sup>”.
- La medida podía dictarse de oficio, aún cuando en este caso sólo se permitía tal actuación cuando el daño era “socialmente intolerable”, lo que descartaba presencia judicial en otros casos.

---

Civil”. **La Responsabilidad Extracontractual**. Fondo Editorial de la PUCP. Séptima edición, segunda reimpresión, setiembre del 2005. Tomo II, p. 384.

<sup>209</sup> De Trazegnies Granda, Fernando. **La Responsabilidad Extracontractual**. Fondo Editorial de la PUCP. Séptima edición, segunda reimpresión, setiembre del 2005. Tomo II, p. 385.

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

- El ejemplo propuesto por Trazegnies Granda alude al derecho de propiedad de claro contenido patrimonial, por lo que la norma parece haber sido pensada para protecciones de dicho tipo.

Con todo, no obstante de carecer de los *astreintes* y las *injunctions* reclamadas por Spota, De Trazegnies Granda considera que “nuestro arsenal jurídico de guerra” nos ofrece una amplia gama de posibilidades.

En principio, los interdictos, y de entre ellos el de “obra nueva” y el de “obra ruinoso”, términos que corresponden a la legislación de 1912 y no al código procesal civil de 1993. En ambos casos, Trazegnies Granda se lamenta que el código de procedimientos civiles no sea lo suficientemente claro sobre si la defensa es sobre la posesión *de iure* o la posesión *de facto* y que los términos hayan sido restringidos a construcción y no al más abierto de “obra”. No obstante ello, repara que allí se ofrecían posibilidades de la dación de órdenes interlocutorias, lo que posibilitaba que el demandante pudiera pedir que se ordenara durante el juicio medidas urgentes para evitar la continuación del daño<sup>210</sup>.

Considera también que el artículo II del Título Preliminar del Código Civil, referida al abuso de derecho (en estricto: ejercicio abusivo del derecho) puede ser utilizado como mecanismo de defensa de los derechos de la persona “con un poco de imaginación”, para luchar contra los daños ambientales. Se pregunta, Trazegnies Granda, si el referido dispositivo son interlocutorias o mandatorias y concluye que “la redacción del artículo permite pensar que se trata de ambos tipos de medidas: si lo que se quiere es también ‘evitar’ la comisión del daño, esto significa que pueden adoptarse medidas preventivas durante el juicio y no solamente definitivas con la sentencia<sup>211</sup>”.

---

<sup>210</sup> De Trazegnies Granda, Fernando. **La Responsabilidad Extracontractual**. Fondo Editorial de la PUCP. Séptima edición, segunda reimpresión, setiembre del 2005. Tomo II, pp. 387 a 397.

<sup>211</sup> De Trazegnies Granda, Fernando. **La Responsabilidad Extracontractual**. Fondo Editorial de la PUCP. Séptima edición, segunda reimpresión, setiembre del 2005. Tomo II, pp. 398.

Trazegnies Granda también hace alusión al artículo 17 del código civil, lamentando que aquí se utilice el término “acción” porque “hace pensar que la cesación del acto tiene que ser objeto de la demanda, lo que dejaría de lado las medidas interlocutorias” impidiendo, por ejemplo, que se paralice la publicación de un libro o que se difunda correspondencia epistolar confidencial.

Por último, también hace mención a la acción de amparo que permite la cesación definitiva del acto productor del daño como la paralización interlocutoria.

### **b. El proyecto Fernández Sessarego**

El maestro sanmarquino ha señalado que reuniendo el segundo apartado del artículo 107 con el artículo 118 del Proyecto de la Comisión Reformadora, propuso mediante memorando de 03 de octubre de 1983, un texto que debió ser el artículo 17 del actual código civil. La norma en mención decía lo siguiente:

**Artículo 17: “En los casos de desconocimiento de cualquiera de los derechos de la persona, se puede accionar para obtener su más amplia protección por todos los medios adecuados a la debida y oportuna tutela del derecho lesionado.**

**“El juez, a solicitud del interesado, puede ordenar la cesación de un hecho potencialmente susceptible de causar un daño a la persona o la paralización de una actividad generadora del daño, siempre que se encuentre verosímilmente acreditado.**

**“El juez de producirse un daño a la persona, fijará la indemnización que corresponda considerando independientemente las consecuencias patrimoniales de las extrapatrimoniales y del daño moral, si fuera el caso”.**

Sobre dicho texto, Fernández Sessarego manifestó que recogía:

- La posibilidad de todo tipo de reparación, aún “*la pública solicitud de excusas, la rectificación de una inexactitud, la publicación de una sentencia judicial, entre otros*”<sup>212</sup>.

---

<sup>212</sup> Fernández Sessarego, Carlos. **Derecho de las Personas**. Quinta edición, Lima, Cultural Cuzco, 1992, p. 71.

ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

- La acción inhibitoria que permitía “*accionar frente a la inminente amenaza a un derecho fundamental de la persona antes de que se produzca la acción dañina*”. Obsérvese en este caso que no se privilegia la indemnización (que siempre podía solicitarse), sí, en cambio, la cesación del daño.
- Es verdad que el segundo párrafo alude a términos propios de la medida cautelar, lo que dificulta determinar si estamos con propiedad ante una medida autosatisfactiva o si sólo estamos ante una medida cautelar.
- Curioso resulta advertir que el proyecto de Fernández Sessarego no contemple la cautelar de oficio, más aún la excluye desde que hay que “accionar” para lograr la protección y la medida se obtiene a “solicitud del interesado”.

Interesante, aunque no es materia de este trabajo, es reparar en los rubros indemnizatorios que la norma diseña (los que deben compulsarse con los que después se expone en el artículo 1985 del código civil) y que extrañamente no hace mención al daño a la persona y más aún diferencia el daño extrapatrimonial del daño moral.

### c. El proyecto de acción inhibitoria en los Diez años del código civil

Propuesta de enmienda de la comisión de responsabilidad civil

En el congreso celebrado en la Universidad de Lima con motivo de los diez años del código civil, la comisión de responsabilidad civil elaboró un proyecto que unificaba dicho tema y en cuyo artículo 10 se mencionaba lo siguiente<sup>213</sup>:

---

<sup>213</sup> **Propuesta de enmienda de la comisión de responsabilidad civil**, pp. 457 a 464, en **Diez años. Código Civil Peruano. Balance y Perspectivas. Congreso Internacional**. Universidad de Lima, 1995, Tomo II. En el referido Congreso, no sólo se mencionó esa propuesta sino además Víctor Pérez Vargas informó que la Asamblea Legislativa de Costa Rica, inspirado en la doctrina de Fernández Sessarego, había proyectado la siguiente norma: “El juez, a solicitud del potencial o actual afectado, del grupo representativo de intereses difusos, o del ente público correspondiente, puede ordenar sea la cesación de un hecho o conducta susceptibles de causar daño a las personas o a las cosas o al

**“Si la causa generadora del riesgo o daño se prolonga en el tiempo, luego de promovida la demanda, el juez podrá ordenar su remoción inmediata”.**

**En este caso serán aplicables las medidas cautelares establecidas en el código procesal civil y en las leyes especiales”.**

Explicando el contenido de dicha propuesta, Alberto Loayza Lazo indicó que “en esencia” se recogía la propuesta hecha en 1979 por Fernando de Trazegnies Granda, al que hemos hecho referencia en párrafos precedentes. Nada se menciona del artículo 17 del Fernández Sessarego<sup>214</sup>.

Queda claro que la alusión que hace el segundo párrafo del dispositivo al código procesal civil se explica porque el Congreso se desarrolló entre el 12 al 16 de setiembre del 2004 cuando ya se había promulgado dicho cuerpo legal y ya se había incorporado allí el llamado proceso cautelar.

Desde luego la norma tiene dos supuestos: el primero, supone que a iniciativa de parte se solicite la medida cautelar. En este caso, ella puede pedirse antes del inicio del proceso o luego de presentada la demanda, siguiendo las pautas prescritas en el código procesal civil. Ese es el marco general de protección.

El segundo supuesto, está contenido en el primer párrafo de la norma, pues aquí se le otorga al juez facultades para que de oficio emita la resolución que

---

ambiente, o la paralización de la actividad generadora del daño, mediante el trámite de los interdictos, o si fuere urgente mediante resolución judicialmente motivada, sin responsabilidad para él, siempre que se le acredite en forma verosímil la posibilidad y realidad del uso extralimitado de cualquier situación jurídica y siempre que sus medidas sean correspondientes al riesgo”. **El aporte personalista del código civil peruano**, pp. 42-43. Asimismo, Julio César Rivera señaló que medidas como éstas se encuentran en el artículo 28.1 del código civil suizo, el 70.2 del código civil portugués, el 9 del código civil francés y en el artículo 700 del código de procedimientos civiles italianos. El autor ha recordado que en el derecho francés (sentencia de la Corte de Casación de 1963) se han suprimido párrafos de libros, impedido la circulación de libros y revistas y prohibido la exhibición de filmes cinematográficos por haberse causado un “atentado intolerable” al derecho a la vida privada. Ver: **Responsabilidad civil por daños a los derechos de la persona**, pp. 232 a 235.

Con respecto a la acción preventiva, ella ha sido recogida en el Anteproyecto del código civil y comercial de la nación argentina. El artículo 1711 señala que ésta procede “cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución. Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño cuya ocurrencia se prevé”. Luego el código refiere que la sentencia deberá disponer se cumpla con una obligación de dar, hacer o no hacer.

<sup>214</sup> Loayza Lazo, Alberto. **Propuestas y fundamentos de las normas de enmiendas a la responsabilidad civil**, pp. 341 a 342, en **Diez años. Código Civil Peruano. Balance y Perspectivas. Congreso Internacional**. Universidad de Lima, 1995, Tomo II.

corresponda para remover el daño o la causa generadora de ésta. Desde luego, y esto era innecesario decirlo, esa facultad sólo podía tenerla luego de la presentación de la demanda, pues antes de ello carece de competencia.

### **III. La legislación vigente: el artículo 17 del código civil**

La propuesta de Fernández Sessarego no fue aceptada y sufrió severas modificaciones por parte de la Comisión Revisora. Su redacción quedó así:

**Artículo 17: “La violación de cualquiera de los derechos de la persona a que se refiere este título, confiere al agraviado o a sus herederos acción para exigir la cesación de los actos lesivos.**

#### **La responsabilidad es solidaria”**

La norma fue objeto de severas críticas por nuestro autor, fundamentalmente porque no dispone nada sobre las formas de reparación del daño ni se pronuncia sobre la defensa de los derechos en caso de amenaza.

Además ha señalado que el segundo párrafo ha sido redactado sin supuesto de hecho, debiéndose realizar un esfuerzo dialéctico para entender que la responsabilidad es solidaria si son dos o más los autores.

La norma, además, se ubica antes del artículo 18 que regula lo concerniente al derecho de autor, situación que resulta ilógica y asistemática, pues podría parecer que la defensa de ese derecho no es cautelado<sup>215</sup>.

En todo caso, en contra de lo expuesto en el Proyecto Trazegnies Granda y en el de Fernández Sessarego, lo escueto de la norma parecía impedir que la protección se extendiera a la vía cautelar, omisión imperdonable cuando, como se ha dicho en párrafos precedentes, el código civil de 1984 se promulgó durante la vigencia del código de procedimientos civiles de 1912, y que allí, salvo la existencia del embargo, no se trataba el proceso cautelar, tema que sólo encontrará cabida en el país con el código procesal civil de

---

<sup>215</sup> Vega Mere, Yuri. **Derecho Privado**, Editora y Distribuidora Jurídica Grijley, Lima, 1996, pp. 170-171. Fernández Sessarego, Carlos. **Derecho de las Personas**. Quinta Edición, Lima, Cultural Cuzco, 1992, pp. 74-75.

1993 y que de alguna manera (aunque no de forma exclusiva) fue divulgado en 1987, en **Temas de Proceso Civil** (Lima, Studium, 1987), por Juan Monroy quien además se remitirá al célebre libro de Piero Calamandrei: **Introducción al estudio sistemático de las Providencias Cautelares**.

#### **IV. Las propuestas de enmienda del artículo 17 del código civil**

Atendiendo a la debilidad de la norma se han elaborado las siguientes propuestas de enmienda:

##### **1. Proyecto Vega Mere**

###### **Artículo 17:**

**“En los casos de desconocimiento de cualquiera de los derechos de la persona, se puede accionar para obtener su más amplia protección por todos los medios adecuados a la debida y oportuna tutela del derecho lesionado.**

**“El juez, a solicitud y por cuenta del interesado, puede ordenar la cesación del hecho potencialmente susceptible de causar daño, siempre que se encuentre verosímilmente acreditado.**

**“El juez tendrá en cuenta el daño en sí mismo y sus repercusiones en la vida personal y de relación de la víctima, a efectos de determinar la forma adecuada de la reparación y el monto indemnizatorio, si fuera el caso.**

**“La responsabilidad es solidaria si el desconocimiento de uno de los derechos es obra de dos o más agentes.**

**“En caso de muerte de agraviado, la acción corresponderá al cónyuge, a los descendientes, a los ascendientes y a los hermanos excluyentemente, y en este orden”.**

La propuesta fue elaborada por Yuri Vega Mere, habiéndose publicado el planteamiento en la revista jurídica ADSUM<sup>216</sup>. Forma parte del Proyecto presentado a la Comisión de Derecho de Personas constituida por el Centro de Investigación Jurídica de la Universidad de Lima.

---

<sup>216</sup> Revista Jurídica ADSUM. Año III, No. 7, Lima, Perú, 1992, pp. 61 a 64.

## 2. Proyecto publicado en el diario oficial “El Peruano”

### Artículo 17:

“En los casos de amenaza o vulneración de cualquiera de los derechos e intereses existenciales que se deriven de la dignidad del ser humano, se puede demandar para obtener su más amplia protección por todos los medios adecuados a la debida y oportuna tutela del derecho o del interés existencial lesionado o amenazado.

“El juez a solicitud del interesado, ordenará la cesación de un hecho potencialmente susceptible de causar daño al sujeto o la paralización de la actividad generadora del daño.

“De producirse un daño a la persona se fijará la indemnización considerándose independientemente las consecuencias patrimoniales de las extrapatrimoniales”.

“Si el daño a la persona es ocasionado por dos o más personas, sin poder determinar su grado de participación, la responsabilidad será solidaria”.

Este proyecto fue publicado en el diario oficial “El Peruano” en la separata editada el 07 de Enero de 1995, pero fue elaborado por el Centro de Investigación de la Universidad de Lima<sup>217</sup>.

## 3. Comentarios a los proyectos formulados

Los proyectos se han redactado partiendo de los conceptos de Fernández Sessarego. Ambas propuestas son coincidentes en lo general, tienen como punto de partida y razón de ser la malograda propuesta de Fernández Sessarego, trabajan con los mismos conceptos, responden a las mismas inquietudes, tienen casi la misma extensión, tratan de abordar y resolver los mismos puntos y se encuentran animados de la misma idea, de forma tal que en los referidos ensayos se propone:

- ) La protección integral de los derechos de la persona.
- ) La reparación de los daños extrapatrimoniales en forma autónoma de los daños patrimoniales.
- ) La responsabilidad solidaria de los causantes del daño.

---

<sup>217</sup>. Ver Yuri Vega Mere. **Derecho Privado**. Editora y Distribuidora Jurídica Grijley, Lima, 1996, pp. 171 y ss.

**ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO**

Hay que reparar en la extensión de los dispositivos. Es evidente que existe (a) un afán de querer abarcar mediante la norma jurídica todas las múltiples variantes que nos ofrece el tema y, (b) el deseo del legislador de controlar cualquier posibilidad de reinterpretar la norma.

En segundo lugar, parece existir una innecesaria afiliación de la norma a determinada filosofía. Lejos de nosotros la idea de crear normas asépticas, apartadas de los temperamentos, las convicciones y las ideologías en turno, pero ello no debe conducirnos a limitar las normas jurídicas (generales y abstractas) en base a una filosofía única. Creemos en la obra abierta, en la polisemia, en el jardín de senderos que se bifurcan (para expresarnos a la manera de Borges) y no en encapsulamientos terminológicos, a los que llevan expresiones como “intereses existenciales” y “vida en relación”.

De otro lado, ambos proyectos, contrario a las ideas de Trazegnies Granda, no parten de la demanda de indemnización a la cesación de daños, sino siguiendo una ruta distinta, el camino que plantean es el la cautela de los derechos de la persona para arribar a la indemnización. Hay, sin duda, una lógica y una forma de enfocar el Derecho distintas.

Es verdad que no se es explícito en señalar que se está ante una medida autosatisfactiva y que la vía interpretativa a la que nos convocan las normas antes citadas (inicio de proceso -véase que se utiliza el término “accionar” o “demandar”- y posterior solicitud de cese) parecen indicar que se está ante un proceso cognitivo en la que se puede solicitar una cautelar..

Es curioso observar que mientras el proyecto Vega Mere omite señalar los rubros indemnizatorios, la propuesta de 1995 alude a las consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales del daño, lo que constituye una modificación a la inicial propuesta de Fernández Sessarego en la que, como se ha señalado en párrafos precedentes, a los conceptos aludidos se agregaba el de daño moral.

En lo que atañe a la obligación solidaria de quienes generan el daño, el proyecto de 1995 establece esta obligación cuando no se puede determinar

el grado de participación. ¿Qué sucede cuándo ocurre lo contrario?, ¿la obligación se hace mancomunada?, ¿se ha querido establecer una responsabilidad objetiva o se trata de una inversión de la carga de la prueba?, ¿se está una presunción *juris tantum* que admite prueba en contrario? En este punto es mucho más claro el proyecto Vega Mere.

Comentario aparte merece el último párrafo del proyecto Vega Mere: “En caso de muerte de agraviado, la acción corresponderá al cónyuge, a los descendientes, a los ascendientes y a los hermanos excluyentemente, y en este orden”. Se trata de norma que abiertamente se aleja del sistema sucesorio del código civil. En efecto, el orden de legitimidad que establece el proyecto es uno excluyente, de forma tal que el cónyuge descarta a los descendientes en contradicción al orden sucesorio establecido en el código civil. Las razones de esta discrepancia no se explican y parecen más bien constituir un error. Mucho más claro hubiera sido señalar que en caso de muerte del agraviado se encuentran legitimados los herederos en el orden dispuesto en el artículo 816 del código civil<sup>218</sup>.

## V. Las nuevas propuestas de enmienda: la acción inhibitoria<sup>219</sup>

### 1. Proyecto del segundo período de sesiones 1997-1998

**Artículo 18.- “La amenaza o vulneración del alguno de los derechos inherentes al ser humano faculta a cualquier persona a solicitar la paralización del hecho potencialmente susceptible de causar daño o la cesación de la actividad generadora del mismo, respectivamente.**

**El interesado podrá solicitar a la autoridad correspondiente la adopción de medidas inmediatas y apropiadas para evitar o suprimir el daño. También**

---

<sup>218</sup> “**Artículo 816.-** Son herederos del primer orden, los hijos y demás descendientes; del segundo orden, los padres y demás ascendientes; del tercer orden, el cónyuge; del cuarto, quinto y sexto órdenes, respectivamente, los parientes colaterales del segundo, tercero y cuarto grados de consanguinidad.

“El cónyuge también es heredero en concurrencia con los herederos de los dos primeros órdenes indicados en este artículo”.

<sup>219</sup> Además de la bibliografía que a continuación se ha de citar, comentarios sobre las modificaciones se encuentran en el trabajo de Carlos Fernández Sessarego denominado **Comentarios a la propuesta de enmiendas al Libro de Derecho de las Personas presentada por la Comisión de Reforma del Código Civil**. Ius et Veritas. Lima 2006. Año 16. No. 32. En ese trabajo se historia las diferentes comisiones de reforma existentes después de 1984.

podrá hacerlo ante el juez para la adopción de medidas urgentes, autónomas de un proceso principal”.

**Artículo 18 a.-** La indemnización por los daños derivados de la amenaza o vulneración de los derechos inherentes al ser humano, incluye las consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales. La pretensión no es acumulable a la prevista en el artículo 18.

**Cuando el daño es causado por dos o más personas la responsabilidad es solidaria”.**

La décima edición de **Derecho de las Personas** (Lima, Grijley 2007, pp. 103-104) menciona que las normas antes citadas se agregan a continuación de la que aborda los derechos de autor y se desdobra en dos numerales, situación que le parece errada a Fernández Sessarego porque considera que vendría a alterar sin mayor necesidad la numeración de la Sección Primera del Libro Primero del código civil. En la referida edición, Fernández Sessarego une ambos dispositivos con una modificación sustancial que aparece en el último párrafo, pues no se habla de “responsabilidad solidaria” sino de “responsabilidad concurrente”.

La modificación no carece de relevancia pues una responsabilidad de ese tipo no diferencia entre mancomunidad y solidaridad, y como esta última no se presume, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1183 del código civil, ha de entenderse que estamos ante una obligación mancomunada.

Hay en este proyecto una apertura a la legitimidad dado que quien puede accionar no sólo es el agraviado, sino “cualquier persona<sup>220</sup>”, lo que genera un interés difuso, cuya titularidad –dice el artículo 82 del código procesal civil- corresponde a un conjunto indeterminado de personas” (aunque la norma la limita a bienes de inestimable valor patrimonial, tales como la defensa del medio ambiente, de bienes o valores culturales o históricos o del consumidor”.

Existen dos puntos más que deben destacarse y que atañen a la diferencia que se hace entre “medidas inmediatas y apropiadas” y “medidas urgentes”. Se trata de dos institutos diferentes, en el primer caso se está hablando de

---

<sup>220</sup> Fernández Sessarego menciona que ello se deriva el principio de la dignidad humana. **Derecho de las Personas**, Décima edición, Lima, Grijley 2007, p. 106).

medidas cautelares y en el segundo supuesto de medidas autosatisfactivas, lo que se desprende del uso del término “autónomas de un proceso principal”. Es la primera vez, que de forma explícita, aparece esta institución. Hay que recordar que dicho proceso no ha sido regulado en el Código Procesal Civil (aunque algunos mencionan que el artículo 686 de dicho cuerpo legal y algunas normas del Código del Niño y del Adolescente pueden entenderse en ese sentido) y su introducción en esta propuesta constituye una novedad en nuestro sistema jurídico, más aún porque no provienen de un procesalista sino de un notable civilista.

En efecto, el primer párrafo del artículo 18 alude a la medida cautelar reformadora; en cambio, el segundo párrafo, en el que expresamente se hace mención que se pueden tomar medidas urgentes “autónomas del proceso principal” se refieren a las llamadas medidas autosatisfactivas.

El último punto a tener en cuenta es que la cesación del daño (por la vía de una demanda ordinaria o por la vía autosatisfactiva) excluyen la acumulación del pedido de indemnización, de lo que sigue que el proyecto distingue entre pretensión para evitar el daño y pretensión para reparar el mismo. La lógica es la que corresponde a una medida autosatisfactiva: cese del daño, que constituye la materia relevante de este tipo de procesos.

## **2. Proyecto del Tercer período de sesiones 2003-2006**

### **Artículo 17:**

**“1. La amenaza o vulneración de los derechos inherentes a la persona confiere al agraviado o a quien tenga legítimo interés el derecho a solicitar que se evite o suprima la actividad generadora del daño. Queda a salvo la pretensión de indemnización por el daño causado.**

**“2. Cuando el daño es producido por dos o más personas la responsabilidad es solidaria.**

**“3. Lo establecido en este artículo es aplicable a los demás sujetos de derecho”.**

Este nuevo programa utiliza el término “persona” antes que el de “ser humano” lo que le ha valido justificada crítica de Fernández Sessarego, pues

parece no contemplar el daño al concebido<sup>221</sup>, aunque es verdad que el párrafo 3 extiende el artículo a los “demás sujetos de derecho”.

Dicho párrafo además, al hablar de los “demás sujetos de derecho” parece extender la protección a las personas jurídicas, no obstante, que el profesor sanmarquino ha reparado que ello no es adecuado, pues la norma se refiere a “los derechos inherentes a la persona”, lo que no es de aplicación a la organización de personas<sup>222</sup>.

Asimismo limita la legitimidad a quien “tenga legítimo interés” de forma tal que rechaza los términos de la propuesta de 1997.

Un punto a destacar es que la norma nada habla de la tutela inhibitoria (o la medida urgente). El silencio, sin embargo, no parece indicar que ha sido desestimada, desde que, como ha ocurrido en todos los proyectos anteriores presentados por o bajo las ideas de Fernández Sessarego, se habla de pretensiones distintas: la primera, referida a la cesación de daños y la segunda, que “queda a salvo”, de lo que sigue que no se ventila con la primera, que atañe a la indemnización.

## VI. Las medidas autosatisfactivas

### 1. Lo cautelar y lo urgente

Bajo el apotegma: “Todo lo cautelar es urgente, pero no todo lo urgente es cautelar” la doctrina argentina (por todos Jorge Peyrano<sup>223</sup>) sentenció que lo urgente representaba un horizonte mucho más amplio que lo cautelar.

De ahí que haya mencionado que las llamadas medidas autosatisfactivas son soluciones jurisdiccionales urgentes, autónomas, despachables *inaudita*

---

<sup>221</sup> Ob. cit., p. 109.

<sup>222</sup> Ob. cit, p. 110.

<sup>223</sup> Aquí estamos siguiendo lo dicho por Jorge W. Peyrano en **La medida autosatisfactiva. Forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente: génesis y evolución y Régimen de las Medidas Autosatisfactivas. Nuevas Propuestas** en Medidas Autosatisfactivas, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1997, pp 13 a 35.

ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

*et altera pars* y mediando una fuerte probabilidad de que los planteamientos formulados sean atendibles. Importan una satisfacción definitiva de los requerimientos de sus postulantes y constituyen una especie de tutela de urgencia que debe distinguirse de las diligencias cautelares clásicas.

La característica principal de esta medida es que el pronunciamiento jurisdiccional que se emite se agota en sí mismo, no siendo necesario (como en las medidas cautelares) la iniciación de una acción principal para evitar la caducidad de lo dispuesto por el órgano jurisdiccional<sup>224</sup>. En otras palabras no es una medida instrumental.

Con ella se procura:

- Remediar la flaqueza propia de la teoría cautelar clásica conforme a la cual se hace necesario la instauración de proceso posterior, so pena del decaimiento de la cautelar.
- Constituir inapreciable herramientas para hacer cesar ciertas conductas o vías de hecho, en curso o inminentes

Peyrano ha señalado que antecedentes de este tipo de medidas estarían constituidos:

(i) En Francia “la jurisdicción de referée actúa prioritariamente suspendiendo la medida dañosa ordenando el secuestro del material impreso, el diario, libros, revistas, fotografías, cintas grabadas, películas cinematográficas, sin perjuicio del debate ulterior en el plenario ordinario subsecuente”.

(ii) En Italia, sobre todo en materia de atentados a la intimidad mediante la utilización indebida de la imagen, por la *azione* inhibitoria enderezada a la prohibición bajo sanción de un acto ilícito no ejecutado y la *azione di*

---

<sup>224</sup> Para decirlo con absoluta claridad: aquí el actor sólo quiere suspender el daño o la amenaza de éste, sin importarle (por lo menos en ese momento) indemnización alguna. Su pretensión –dada la gran probabilidad de ser declarada fundada– es resuelta de inmediato, sin traslado a la otra parte. Si el demandado no impugna el proceso queda culminado. Si lo hace empieza el contradictorio.

ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

*rimozione*, cuyo objeto es eliminar un ataque ya iniciado”. La regulación dada en Italia hace alusión a la tutela de los derechos derivados de la identidad personal, en especial al derecho al nombre y a la imagen propia<sup>225</sup>.

(iii) En Alemania por la denominada “acción de abstención o eliminación” y que ha venido siendo utilizada como medida cautelar de urgencia<sup>226</sup>.

(iv) Por último, en el derecho anglosajón por las llamadas *injuctions* que se refieren a las órdenes judiciales de hacer o de no hacer<sup>227</sup>.

<sup>225</sup>. “Libro Primero de las Personas y de la Familia” del Código Civil francés: Título I. De las personas físicas.

Artículo 7. Tutela del derecho al nombre.- La persona a la cual se discute el derecho al uso del propio nombre o que pueda sufrir perjuicio por el uso que otro haga indebidamente de dicho nombre, puede pedir judicialmente la cesación del hecho lesivo quedando a salvo el resarcimiento de los daños.

La Autoridad Judicial puede ordenar que la sentencia se publique en uno o más diarios.

8. Tutela del nombre por razones familiares.- En el caso previsto por el artículo anterior, la acción puede promoverse también por quien aún no llevando el nombre discutido o indebidamente usado, tenga un interés en la tutela del nombre que se funde en razones familiares dignas de ser protegidas

9. Tutela del seudónimo.- El seudónimo, usado por una persona en forma que haya adquirido la importancia del nombre, puede ser tutelado a tenor del artículo 7°.

10. Abuso de la imagen ajena.- Cuando la imagen de una persona o de los padres, del cónyuge o de los hijos haya sido expuesta o publicada fuera de los casos en que la exposición o la publicación es permitida por ley; o bien con perjuicio del decoro o de la reputación de dicha persona o de dichos parientes, la autoridad judicial, a petición del interesado puede disponer que cese el abuso, quedando a salvo siempre el resarcimiento de los daños.”

Por su parte, el Código de Procedimientos Civiles Italiano al referirse a las providencias de urgencias precisa en su artículo 700:

“Art. 700.- Quien tiene fundado motivo para temer que durante el tiempo necesario para hacer valer su derecho en vía ordinaria, sea éste amenazado por un perjuicio inminente o irreparable, puede solicitar, mediante escrito dirigido al juez las providencias de urgencia que aparezcan más idóneas según las circunstancias, para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión de mérito.”

<sup>226</sup>. “ Libro Primero - Parte General. Sección Primera – Personas. Título Primero: Personas Naturales

12. Si el derecho al uso de un nombre es usurpado al titular por otra persona o si se lesiona el interés del titular por la circunstancia de que otro use indebidamente el mismo nombre, dicho titular puede exigir de la otra persona la cesación de semejante perturbación. Si son de temer posteriores perturbaciones, puede entablar acción para la omisión.”

<sup>227</sup>. Como ha señalado Trazegnies las *injuctions* pueden dirigirse inclusive para impedir la realización de una actividad futura que razonablemente se piensa que pueda causar un daño. Por ejemplo, permite impedir que se publique un libro de contenido difamatorio en lugar de limitarse el agraviado a reclamar una indemnización por el daño ocasionado; se puede paralizar una actividad contaminante, obligar al vecino a construir una cerca más sólida para que su perro bravo no pueda escaparse y

## 2. La crítica de Ariano Deho

Ariano Deho ha criticado despiadadamente los artículos 18 y 18 A del proyecto de enmiendas del código civil, de cuyo contenido hemos hecho referencia en acápite anteriores. Se hace necesario hacer una recensión de sus opiniones.

**Artículo 18.- “La amenaza o vulneración del alguno de los derechos inherentes al ser humano faculta a cualquier persona a solicitar la paralización del hecho potencialmente susceptible de causar daño o la cesación de la actividad generadora del mismo, respectivamente.**

**“El interesado podrá solicitar a la autoridad correspondiente la adopción de medidas inmediatas y apropiadas para evitar o suprimir el daño. También podrá hacerlo ante el juez para la adopción de medidas urgentes, autónomas de un proceso principal”.**

En principio critica la legitimación abierta diseñada en la norma en tanto vulnera el principio dispositivo del código procesal e ignora que “la legitimación procesal consiste en la afirmación de la titularidad de una situación activa de ventaja protegida por el ordenamiento jurídico<sup>228</sup>”.

Más “alarmante” le parece que el segundo párrafo del proyecto señale que el interesado puede solicitar “a cualquier autoridad” ignorando que el único depositario de la función jurisdiccional del Estado es el juez. Esta “administrativización” de la tutela de los derechos inherentes le parece clara cuando la última parte de la norma agrega: “También podrá (cualquiera) hacerlo ante el juez”.

---

eventualmente morder al solicitante sin tener que esperar la mordida para reclamar y luego quedar en la misma situación de peligro frente al perro, etc.

“El Derecho inglés tradicionalmente se había desarrollado dentro de cánones muy rígidos, a partir del S. XIII gran cantidad de súbditos comienza a dirigirse al Rey con el propósito de que resuelva sus problemas de manera más rápida, prescindiendo de las Cortes. El Rey encarga ésta tarea al Lord Canciller y, a mediados del S. XIV se le reconoce ya como una instancia judicial diferente, bajo el nombre de Corte de Cancillería. Esta Corte, imbuida del mismo espíritu creativo de los pretores romanos, no se limita a la aplicación del Derecho tradicional sino que desarrolla nuevas soluciones más flexibles y adaptadas a las necesidades efectivas de los reclamantes. En este contexto aparece la *injunctio*. Estamos glosando a Trazegnies Granda, Fernando de. **La Responsabilidad Extracontractual**. Biblioteca Para leer el código civil. Vol. IV. Tomo II. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Primera Edición, 1988, p. 370.

<sup>228</sup> Ariano Deho, Eugenia. **Reflexiones sobre la tutela inhibitoria y resarcitoria de los derechos**. En Problemas del Proceso Civil. Jurista Editores, Lima 2003, p. 724.

Finalmente, le parece un verdadero “monstruum” de inconstitucionalidad aquello de “medidas urgentes autónomas de un proceso principal”, pues consagra una “tutela sin proceso”, esto es, la denominada “acción inhibitoria” que siendo una pretensión de condena necesita ser declarada en un proceso de cognición que implica contradictorio efectivo e igualdad de oportunidades procesales para ambas partes. No es, dice, “suprimiendo el proceso como mecanismo de tutela como se va a lograr una mejor tutela”, dado que “(l)a seductora idea de que pueda haber una tutela “inmediata”, “rápida” sin solución de continuidad entre el “pedido” y su concesión, debe descartarse por inconstitucional”. Para solucionar cualquier demora, asegura, bastan las medidas cautelares<sup>229</sup>.

**Artículo 18 a.- La indemnización por los daños derivados de la amenaza o vulneración de los derechos inherentes al ser humano, incluye las consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales. La pretensión no es acumulable a la prevista en el artículo 18.**

**Cuando el daño es causado por dos o más personas la responsabilidad es solidaria”.**

En relación al artículo 18 A, Ariano Deho se sorprende que pretendiéndose consagrar una “protección unitaria e integral” excluya la pretensión indemnizatoria de la consignada en el artículo 18. No hay justificación para ello, opina y “ninguna razón justifica que se constriña a plantear las demandas por separado<sup>230</sup>”.

## **VII. El inmenso campo de las medidas cautelares**

### **1. La eficacia del Derecho**

Peyrano ha señalado que la nota característica del derecho post-moderno es su performatividad, es decir, su necesidad de eficacia real.

---

<sup>229</sup> Ariano Deho, Eugenia. **Reflexiones sobre la tutela inhibitoria y resarcitoria de los derechos**. En Problemas del Proceso Civil. Jurista Editores, Lima 2003, p. 725-726.

<sup>230</sup> Ariano Deho, Eugenia. **Reflexiones sobre la tutela inhibitoria y resarcitoria de los derechos**. En Problemas del Proceso Civil. Jurista Editores, Lima 2003, p. 727.

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

Describiendo la historia del Derecho Procesal este autor ha advertido cuatro grandes etapas: la forense, la procedimental, la procesal y una última signada por “el acceso de la eficacia a la escala de valores del proceso”<sup>231</sup>. Un proceso ineficaz –ha dicho- carece de sentido: el fin del proceso es solucionar el conflicto de intereses de manera real y en el menor tiempo posible.

Dentro de esa órbita se circunscribe el abandono del formalismo jurídico en busca de una lógica dialéctica o recurso de argumentación, tan necesario cuando “el texto no suministra los medios adecuados a los fines buscados”<sup>232</sup>. En el mismo sentido, el análisis económico del derecho ha puesto énfasis en los costos de transacción del proceso y en la necesidad de que en un mundo de escasos recursos a menor costo se consiga mayor eficacia.

Ese es el mundo post-moderno que nos ha tocado vivir: en moral, en economía, en política, también en Derecho. Mundo desideologizado que pretende lo práctico y conveniente. Con todos los peligros que encierra, se advierte de inmediato sus logros: en Derecho, por lo pronto, la oportunidad de hacer efectivo el acceso a la justicia.

En efecto, la doctrina ha advertido la necesidad de asegurar los mandatos judiciales, entendiendo que la duración de los procesos es uno de los defectos que no pueden ser eliminados del todo, piénsese, por ejemplo, en lo arbitrario e irracional que sería un proceso sin contradicción. Para disminuir los riesgos de esa exigencia temporal y para evitar daños irreparables no es de extrañar que hayan surgido medidas de arreglo

---

<sup>231</sup> Peyrano W, Jorge. **Derecho Procesal Civil**. Ediciones Jurídicas. Lima, 1995, p. 80.

<sup>232</sup> Perelmam, Chaim. **El razonamiento jurídico**. Revista de Derecho procesal Civil. No. 2. Lima, Marzo 1998, p. 31.

provisional de la situación en litigio<sup>233</sup>, tales arreglos, repetimos, han sido denominados medidas cautelares.

## **2. La protección de la persona humana por la vía de las medidas cautelares en general**

No es materia del presente trabajo discernir sobre el proceso cautelar o las medidas cautelares en general. Basta con señalar su naturaleza de medidas precautorias cuya finalidad consiste en impedir que el resultado de un proceso se vea frustrado por las contingencias que pueden acaecer durante el transcurso de la litis.

Se ha precisado además que son tres los requisitos para su operatividad: la verosimilitud del derecho (*fumus bonus iuris*), entendida ésta como la apariencia del derecho invocado, por lo tanto, no la certeza ni el conocimiento exacto, sino sólo la posibilidad de que el derecho exista; el peligro en la demora (*periculum in mora*) entendida como el peligro que el transcurso del tiempo puede ocasionar de forma de hacer ineficaz lo resuelto en la sentencia y la contracautela, que algunos no consideran requisitos sino presupuesto de admisibilidad y que consiste en la caución que asegura a la otra parte el resarcimiento por los posibles daños que pudiera sufrir<sup>234</sup>.

Igualmente la doctrina es coincidente en afirmar que con la medida cautelar se pretende asegurar que el fallo definitivo se cumpla, ya conservando una situación de hecho o de derecho, ya modificando la situación existente. En el primer caso, nos encontramos con una medida cautelar conservativa, en el segundo con una medida cautelar innovativa<sup>235</sup>.

Pero a esta división se ha agregado una tercera, consistente ya no en asegurar conservativa o innovativamente los hechos o el derecho, sino en

---

<sup>233</sup> Carnelutti, Francesco. **Sistema de Derecho Procesal Civil**. Uteha Argentina, Buenos Aires, 1944, p. 243.

<sup>234</sup> Martínez Botos, Raúl. **Las Medidas Cautelares**. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1990.

<sup>235</sup> Carnelutti, Francesco. **Sistema de Derecho Procesal Civil**. Uteha Argentina, Buenos Aires, 1944, p. 245.

anticipar los efectos mismos de la sentencia. Esa medida se ha denominado medida temporal en el fondo en la legislación peruana, aun cuando otros las denominen como sentencias anticipatorias, decisiones anticipatorias, etc.. Cualquiera de los casos antes señalados son posibles de ser utilizados para la protección de la persona humana.

### 3. El poder general de cautela

Ariano Deho ha realizado singular análisis sobre la medida cautelar en el Perú. Para dicha tratadista, siguiendo a Calamandrei, si el proceso es un instrumento, lo cautelar es el *instrumento del instrumento*. Ha reparado además en la función publicística de este instituto que se dispone, antes que en interés de los individuos, en interés de la administración de la justicia, lo que supone que al lado de la medida cautelares típicas (concedidas en torno a un determinado y concreto peligro en la demora) se le concede al juez la posibilidad de emitir medidas “que permitan neutralizar con anticipación y, rápidamente, los peligros que, durante el tiempo necesario para obtener la tutela definitiva se pueda comprometer la efectividad o la fructuosidad final”. Este poder de emitir medidas cautelares atípicas –dice Ariana Deho– constituye el poder general de cautela<sup>236</sup>.

Para nuestra autora, en el Perú, las normas le han dado al juez un super poder general de cautela, siguiéndose un diseño que pasa por cinco puntos: en primer lugar, la medida anticipada (artículo 618); luego, la medida cautelar genérica (artículo 629), en tercer lugar, la medida temporal sobre el fondo (artículo 674); posteriormente, la medida innovativa (artículo 682); por último, la medida de no innovar (artículo 687).

En ese sentido, aunque le parece mal y considera que tal estructura proviene de una “no muy profunda y atenta lectura” de Calamandrei y de la doctrina argentina, concluye que “no existe ningún límite para que el juez peruano pueda dictar cualquier medida cautelar atípica, con cualquier

---

<sup>236</sup> Ariana Deho, Eugenia. **Problemas del proceso civil**. Jurista Editores E.I.R.L. Primera edición, Lima 2003, pp. 673 a 675.

contenido, en cualquier dirección, tendiente a lograr la finalidad del proceso cautelar cual es asegurar la eficacia de la tutela definitiva<sup>237</sup>.”

Tal superpoder cautelar se verifica cuando se advierte: (i) que la cautelar del 618 permite emitir medidas con igual o semejante contenido a lo que será la decisión definitiva; (ii) que la medida temporal sobre el fondo pasa de ser una cautelar en estricto para convertirse en una tutela sumaria de urgencia no cautelar, pues al obtenerse la tutela definitiva, la sentencia sólo pasaría a cumplir la función de producir la inmutabilidad de la cosa juzgada; (iii) que las medidas innovativas y de no innovar se encuentran condicionadas a su residualidad y al temor de un perjuicio irreparable; (iv) que la medida cautelar genérica permite al juez dictar la medida cautelar que considere<sup>238</sup>.

Es verdad que Ariana Deho discrepa completamente del modelo procesal cautelar peruano, pero aún así, más allá de estas diferencias, estimamos que las conclusiones a las que arriba, en cuanto a lo moldeable de lo cautelar, son inobjetables, por lo que ellas constituyen en el país la fuente principal de protección de los derechos de la persona<sup>239</sup>.

#### 4. Las medidas temporales sobre el fondo

##### 4.1. Precisiones sobre la temporal sobre el fondo

Se debe a Calamandrei el haber precisado el contenido de este instituto. Este autor<sup>240</sup> analizando el *periculum in mora* se percató de la existencia de

---

<sup>237</sup> Ariana Deho, Eugenia. **Problemas del proceso civil**. Jurista Editores E.I.R.L. Primera edición, Lima 2003, pp. 681 a 682.

<sup>238</sup> Ariana Deho, Eugenia. **Problemas del proceso civil**. Jurista Editores E.I.R.L. Primera edición, Lima 2003, pp. 683 a 693.

<sup>239</sup> Para evitar este superpoder, Ariana Deho sostiene que el juez deberá tener en cuenta que: “1. No deberá emitir una medida cautelar en donde el sujeto activo de la misma obtenga más de aquello que le será reconocido en sede de tutela de fondo, en donde el derecho encontrará su plena y definitiva realización; 2. Deberá evitar disponer medidas cautelares con un contenido y efectos objetivamente irreversibles o que sean de difícil reversión; 3. Deberá tener en cuenta los intereses del sujeto pasivo evitando que la medida le produzca efectos excesivamente dañosos. **Problemas del proceso civil**. Jurista Editores E.I.R.L. Primera edición, Lima 2003, pp. 693.

<sup>240</sup> Calamandrei, Piero. **Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares**. Buenos Aires, 1945, pp. 71 y ss.

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

dos tipos de peligro a los que denominó peligro de infructuosidad y peligro de retraso. El primero (infructuosidad) es el que amenaza el ideal de que el deudor demandado cumpla el contenido del pronunciamiento judicial: el legislador para evitarlo se pronuncia por las medidas cautelares típicas, ya conservativas o innovativas.

El segundo (peligro de retraso) alude al hecho de que la simple demora puede reportar la ineffectividad total de lo conseguido en la sentencia. Está constituido “no por la temida desaparición de los medios necesarios para la formación o para la ejecución de la providencia principal sobre el fondo, sino precisamente por la prolongación, a causa de las dilaciones del proceso ordinario, del estado de insatisfacción del derecho, sobre el que se contiene en el juicio de mérito<sup>241</sup>”. En estos casos lo único operativo es que la medida cautelar caiga directamente sobre la relación sustancial controvertida, es decir, que se anticipe los efectos de la sentencia.

En consecuencia, mientras las medidas cautelares en general persiguen garantizar el cumplimiento de la sentencia definitiva, las medidas temporales sobre el fondo, y esto es lo característico en ellas, consisten en ser pronunciamientos previos a la sentencia definitiva que anticipan lo que presumiblemente va a ser el pronunciamiento final en el proceso principal.

En tal sentido, De Lázari<sup>242</sup> ha señalado que “si bien en la mayoría de los casos corrientes la actividad preventiva tiene lugar de un modo conservatorio (asegurando los medios para el cumplimiento oportuno de la sentencia), en ocasiones también puede llegar a alcanzar un rol más acentuado, si así fuese exigido según las particularidades, concretamente haciendo coincidir el contenido de la medida cautelar con el contenido mismo de la sentencia final a la que se aspira”.

---

<sup>241</sup> Calamandrei, Piero. **Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares**. Buenos Aires, 1945, p. 72.

<sup>242</sup> De Lázari, Eduardo. **Protección cautelar del derecho a la intimidad** en La medida cautelar innovativa “emboza. Análisis del Código Procesal Civil, Lima 1994, Cultural Cuzco, p. 437.

## 4.2. Las medidas temporales sobre el fondo en el ordenamiento peruano

**Artículo 674.-** Excepcionalmente, por la necesidad impostergable del que la pide o por la firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada, la medida puede consistir en la ejecución anticipada de lo que el Juez va a decidir en la sentencia, sea en su integridad o sólo en aspectos sustanciales de ésta.

### a. Apuntes previos

La doctrina peruana ha sido muy parca en el estudio de las medidas temporales sobre el fondo. Así Sagástegui<sup>243</sup> se limita a reiterar lo señalado en el Código Procesal Civil. Hinostroza Mínguez, por su parte, le dedica sólo 17 páginas, la mayor parte de ella dedicadas a glosar diversos artículos del Código y no al estudio de la institución materia de comentario<sup>244</sup>. Hernández Lozano<sup>245</sup>, a su vez, sigue el mismo camino mientras que Hurtado Reyes<sup>(246)</sup> no señala nada al respecto.

Antes, Monroy<sup>247</sup> se había limitado a definir esta medida como aquella “que anticipa exactamente lo que presumiblemente va a ser el pronunciamiento final en el proceso principal”. Sin embargo, Monroy, no se adentra a especular más sobre el asunto, de manera que sobre los antecedentes legislativos, sobre los alcances o sobre las diferencias propias con las otras medidas cautelares nada se dice.

---

<sup>243</sup> Sagástegui, Pedro. **Procesos de Ejecución y Procesos Cautelares**. Editorial San Marcos. Lima 1996, pp. 307 a 309 y 343 a 345.

<sup>244</sup> Hinostroza Mínguez, Alberto. **El embargo y otras medidas cautelares**. Librería y Ediciones Jurídicas. Lima 1998. No obstante lo manifestado merece destacarse del libro de Hinostroza su avisado conocimiento del código procesal civil, lo que le ha permitido percatarse que fuera de las normas específicas también se encuentra regulada una medida de este tipo en el artículo 530 que norma el proceso de expropiación.

<sup>245</sup> Hernández Lozano, Carlos. **Proceso Cautelar**. Ediciones Jurídicas. Segunda Edición, Lima 1997.

<sup>246</sup> Hurtado Reyes, Martín. **Apuntes de las medidas cautelares en el Proceso Civil**. Librería Ediciones Jurídicas. Lima 1998.

<sup>247</sup> Monroy, Juan. **Temas de Proceso Civil**. Studium Ediciones. Lima 1987, p. 59.

ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

En cambio, como se ha mencionado en el ítem anterior Ariana Deho se muestra preocupada por el instituto desde que se transforma en un fin en sí mismo provocando una satisfacción anticipada del proceso de fondo.

**b. Ubicación de la norma**

Marcial Rubio<sup>248</sup> ha señalado la importancia de utilizar el método sistemático por ubicación de la norma. Definiendo el concepto ha dicho: “Según el método sistemático por ubicación de la norma, su interpretación debe hacerse teniendo en cuenta el conjunto, sub-conjunto, grupo normativo, etc., en el cual se halla incorporada, a fin de que su que quiere decir sea esclarecido por los elementos conceptuales propios de tal estructura normativa”. Más adelante ha agregado que “el método reposa en la concepción del derecho como un sistema estructural y discrimina la interpretación en función de ello y no del “cuerpo legislativo” en el que se halla la norma jurídica”.

En ese contexto, podemos apreciar que este instituto ha sido regulado en los artículos 671 a 681 del Código Procesal Civil que corresponde al Subcapítulo 2, denominado Medidas Temporales sobre el Fondo, integrante del Capítulo II, llamado Medidas Cautelares Específicas. Este capítulo a su vez forma parte del Título IV del Código Procesal Civil titulado Proceso Cautelar.

<b>PROCESOS</b>	<b>Medidas Cautelares</b> (Capítulo I)	Disposiciones Generales (Subcapítulo 1)
		Procedimiento Cautelar (Subcapítulo 2)
		Medidas para futura Ejecución forzada (Subcapítulo 1)

<sup>248</sup> Rubio Correa, Marcial. **El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho**. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Segunda Edición 1985, pp. 252 a 254.

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

<b>CAUTELARES</b>	<b>Medida Cautelares Específicas</b> (Capítulo II)	Medidas Temporales sobre el fondo (Subcapítulo 2) Medidas Innovativas (Subcapítulo 3) Medidas de no innovar (Subcapítulo 4)
-------------------	---	---

En consecuencia, el legislador ha diseñado la norma dentro de la órbita del proceso cautelar.

Resulta de vital importancia ubicar sistemáticamente la norma puesto que si las medidas temporales sobre el fondo son medidas cautelares sus disposiciones generales, salvo excepciones, regularán este instituto. De ello se desprende el carácter provisorio, instrumental y práctico de las medidas temporales sobre el fondo y la necesidad de que dicten inaudita parte. Por lo tanto, tendremos que rechazar la opinión de Adolfo A. Rivas cuando sostiene que, en los casos de alimentos, asuntos de familia e intereses de menores, desalojo y separación o divorcio se impone la bilateralidad. No es así en nuestro ordenamiento, puesto que el legislador no ha querido diferenciar entre las decisiones anticipatorias y las medidas cautelares.

No obstante ello el tema merece algunas precisiones pues en algunos casos, a diferencia de la medida cautelar en general, no es indispensable acreditar el peligro en la demora y tampoco presentar contracautela. Además dado su carácter excepcional se exige mayor grado de verosimilitud.

### c. Requisitos para su procedencia

La norma exige dos requisitos: excepcionalidad y necesidad impostergable del que la pide o firmeza del fundamento de la demanda o prueba aportada. De ello se desprende:

(-) **Carácter residual:** Debe anotarse la calidad de excepcional que tiene la medida. Al igual que en los casos de la medida innovativa o de innovar sólo

resulta procedente en circunstancias singulares y cuando no prospere otro tipo de medida.

(.) **Necesidad impostergable del que la pide o firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada:** La existencia de la conjunción disyuntiva “o” supone que la medida procede cuando se presenta cualquiera de las dos posibilidades. Ello requiere un análisis más específico:

i. En principio, si se trata del supuesto de medida impostergable sólo puede prosperar cuando concurren todos los requisitos de toda medida cautelar, esto es, verosimilitud del derecho (pero aquí con mayor probabilidad de certeza que la medida cautelar general dada su excepcionalidad), peligro en la demora y contracautela.

ii. En el caso de firmeza de la demanda y prueba aportada deben hacerse algunas precisiones:

**Primero:** No se trata de firmeza de la demanda, sino firmeza de la pretensión.

**Segundo:** En este caso debe suponerse que la medida no podría solicitarse antes del proceso principal, toda vez que no existiría demanda alguna de la que se pueda asegurar su firmeza. Cabe preguntarse si el legislador ha querido esto o, si por el contrario, ha sido un error y debió haber colocado la expresión firmeza de la solicitud cautelar. Nosotros nos inclinamos por suponer que se trata de este último supuesto.

**Tercero:** Reiteramos que la firmeza de la demanda sólo se logra por la prueba aportada. Sin embargo tratándose de cuestiones de derecho, la prueba aportada, aunque en esencia no pueda reputarse de esa manera, será la propia legislación.

**Cuarto:** En el supuesto de firmeza de la demanda y prueba aportada no se regulará como medida cautelar general, pues en estos casos ya no importa el peligro en la demora (que puede o no existir) sino la indisponibilidad del derecho. Cabe además no solicitar la contracautela.

#### **d. Medidas Temporales sobre el Fondo y Medidas Cautelares en general.**

Adolfo A. Rivas en un ensayo sugerente<sup>249</sup> ha diferenciado las medidas temporales sobre el fondo (a las que él denomina decisiones anticipatorias) de las medidas cautelares en general.

Rivas parte del análisis de la cosa juzgada la que define como “la virtud jurídica de vigencia del fallo judicial en la medida y con los alcances fijados por el orden jurídico”. Esa afirmación le permite sostener que la cosa juzgada no emana del fallo en sí, sino de su reconocimiento y valoración dadas por un factor externo vigente.

Además para Rivas la cosa juzgada está sometida al postulado de la relatividad jurídica, lo que impide darle valor absoluto ya que se encuentra vinculada con el juicio en la que se logre y con la realidad que fuera puesta a consideración del juez. Por consiguiente, lo importante es la realidad en la cual se dicta la sentencia: mientras ella no cambie la cosa juzgada es irrecurrible, pero si ésta cambia la cosa juzgada podrá ser modificada.

Rivas entiende que la cosa juzgada será inmutable sólo en cuatro hipótesis básicas: (a) relaciones jurídicas agotadas por el cumplimiento del fallo; (b) relaciones jurídicas en curso de cumplimiento; (c) prohibición de discutir la causa; y (d) relaciones jurídicas administrativas que por su naturaleza sean inalterables. En los demás casos “la cosa juzgada podrá tener vigencia meramente temporal con arreglo al principio del *rebus sic stantibus* siempre que así lo posibilite el orden jurídico”.

De lo afirmado se desprende la existencia de una cosa juzgada provisional que se sustenta en pronunciamientos dictados con un conocimiento

---

<sup>249</sup> Rivas, Adolfo A. **Decisiones Anticipatorias**. Revista Peruana de Derecho Procesal. No. 2, Lima, Marzo 1998, pp. 539 a 557.

incompleto, provisional, no definitivo y que fuerzan a uno ulterior, con respecto al mismo conflicto pero dentro de la misma causa<sup>250</sup>.

A su vez la cosa juzgada provisional puede ser asegurativa o anticipatoria.

a) **Cosa Juzgada Asegurativa:** Son las llamadas medidas cautelares. Aquí hay cosa juzgada porque se decide de manera definitiva acerca de lo requerido y mientras no se produzca un cambio de la realidad dicha decisión permanecerá inalterable. Es un pronunciamiento con limitación cualitativa. Hay permanencia, posibilidad de ejecutar lo decidido y la viabilidad del *rebus sic stantibus*. Pero es también provisional, pues persiste hasta el momento de la sentencia definitiva, momento en el que correrá la suerte de este pronunciamiento.

b) **Cosa Juzgada Anticipatoria:** Son las decisiones anticipatorias. Su objeto es anticipar el efecto de cumplimiento de lo requerido por el actor, es decir, a satisfacer la pretensión, total o parcialmente, antes del momento en que corresponda un pronunciamiento definitivo. Aquí lo decidido adquiere vigencia temporal que le permite ser inmune a la impugnación o medio por el cual se le quiera alterar, posibilita la ejecución o el cumplimiento y con ello la satisfacción de la pretensión, pero de manera tal que ese estado perdure hasta la sentencia definitiva que puede dejarlo sin efecto o por el contrario avalarlo.

De lo manifestado se desprende con claridad que para Rivas una cosa con las medidas cautelares (cosa juzgada provisional) y otra las medidas temporales sobre el fondo o decisiones anticipatorias (cosa juzgada anticipatoria). De ahí que él mismo se haya encargado de precisar tanto las semejanzas como las diferencias.

---

<sup>250</sup> Rivas, Adolfo A. Ob. Cit., pp. 544-545. Por el conocimiento que se alcance en la resolución que tenga carácter de cosa juzgada ésta puede ser natural, horizontal o vertical. Esta última es la que interesa al autor y la que subdivide en cualitativas o cuantitativas. Limitación cualitativa: cuando el juez se ve obligado a no profundizar en su conocimiento, debiendo sólo captar la situación en conflicto: falta de legitimación, medida cautelar. Limitación cuantitativa: cuando no es posible utilizar determinadas pruebas (recibo de pago en desalojo). Dadas estas limitaciones se generarán convicciones propias cuando existe declaración de certeza o impropia cuando se trate de limitaciones verticales.

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

- Semejanzas: -) Provisoriedad; -) el otorgarse inaudita parte; -) la contracautela.
- Diferencias: -) Las medidas cautelares sirven para asegurar el cumplimiento de la sentencia a dictarse; las decisiones anticipatorias importan el cumplimiento de la prestación requerida; -) las medidas cautelares proceden ante el peligro de la demora; las decisiones anticipatorias tienen su origen en la indisponibilidad del derecho; -) las medidas cautelares importan la existencia de una pretensión específica, distinta de la que hace al objeto principal del pleito, resultan instrumentales con respecto a la sentencia definitiva. Las decisiones anticipatorias no hace sino la misma pretensión, constituyendo una modalidad de cumplimiento escalonado y no una herramienta para garantizarlo; -) la decisión anticipatoria se basa en un grado mayor de verosimilitud; -) las medidas cautelares proceden siempre con contracautela; la decisiones anticipatorias pueden obviar este requisito<sup>251</sup>.

Coincidimos en lo fundamental con Rivas, sin embargo advertimos que la opción tomada por nuestro legislador es la de considerarla como medida cautelar, de modo que desde ese ángulo debe meritarse, a pesar de las inconsecuencias a las que posteriormente nos referiremos.

#### **e. Uso de la medida temporal sobre el fondo**

Hemos dicho ya que el articulado del código referido a medidas temporales sobre el fondo no representa clausura alguna para que pueda utilizarse en otros supuestos; de hecho, como se ha señalado en la nota 236 una especie de medida temporal sobre el fondo surge en el artículo 530 del código procesal civil sobre expropiación, lo que denota que tenemos una norma de apertura.

---

<sup>251</sup> Rivas, Adolfo A. Ob. Cit., pp. 555-556.

**ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO**

Siendo ello así, nada obsta para que en casos de daño a la persona (piénsese en una serie de publicaciones que agreda la intimidad de un sujeto) pueda utilizarse esta medida, obteniéndose la anticipación de la sentencia dada la verosimilitud de la demanda.

Hay que advertir que el artículo 677 del código procesal civil expresa que cabe invocarla en asuntos de familia cuando media agresión física o psicológica. Se trata de uno de los supuestos de daño a la persona y de la posibilidad de obtener protección inmediata para lograr el cese de ésta.

### Capítulo III

## DAÑO MORAL: ¿ESPECIE O GÉNERO?

### Capítulo III: DAÑO MORAL: ¿ESPECIE O GÉNERO?

No es este un trabajo que expresamente deba abordar con amplitud el tema del daño moral. Si lo hace es porque su distinción con el daño a la persona forma parte de uno de los ejes estructurales que definen dicho instituto. De ahí que aquí lo que se presenta es apenas una digresión que permita tener en cuenta el marco teórico y, por supuesto, las distinciones que Carlos Fernández Sessarego plantea.

#### 1. Antecedentes

No son daños de reciente acogimiento por parte del Derecho; por el contrario, el daño moral –como menciona Morales Godo- no fue ignorado en Roma. Así mediante la *actio injuriarum* se concedía defensa contra los golpes o heridas, difamación, ataques al honor y reputación, en fin lo que hoy se conoce como daño a la persona. Esta acción era personalísima y de naturaleza penal. Su función primordial era indemnizar el daño no patrimonial<sup>252</sup>.

A este respecto, Ihering ha señalado que en Roma el ofendido no sólo recibía reparación por las pérdidas pecuniarias, sino también por las restricciones aportadas a su bienestar o a su conveniencia por los desagradados, las agitaciones del espíritu, las vejaciones, etc..

En la Edad Media la legislación de partidas permitió que se pudiera resarcir el daño moral. Esta línea ha sido seguida por los códigos posteriores.

Pero es recién a partir del siglo anterior, que el tema haya terreno en la doctrina y jurisprudencia, considerándose a Ihering el precursor de las nuevas interpretaciones. Ihering, afirmó en base a sus estudios sobre el derecho romano, que todos los bienes, incluso los no derivados del patrimonio, debían ser protegidos por sí mismos.

---

<sup>252</sup>. Morales Godo, Juan. **El daño a la persona**. Revista de Derecho y Ciencias Políticas. UNMSM. Vol. 49, Años 91 y 92. Lima, Perú, p. 177.

## 2. Concepto de daño moral

Mosset Iturraspe<sup>253</sup> ha señalado que “el daño moral, como daño jurídico, se ubica en el campo de la responsabilidad civil de manera definitiva, clara y armoniosa, sin contradicciones ni zonas grises”. Tal afirmación constituye más bien un principio a seguir, pues de inmediato da cuenta de otras teorías que dan cuenta que los daños morales sólo existen “cuando van acompañados de desequilibrios patrimoniales”. Con todo, ellos están constituidos “por las perturbaciones del ánimo, los padecimientos afectivos”. Tales daños –ha sostenido- deben diferenciarse de los patrimoniales, pues el daño moral incide “en los estados del espíritu” mientras que el daño patrimonial “en los estados económicos.

Por su parte, de todas las clasificaciones que se formulan –ha dicho Brebbia- la más importante es la que tiene en cuenta el bien jurídico menoscabado<sup>254</sup>, pues ella la separa en dos categorías: daños patrimoniales y daños morales. Brebbia refiere que es la más aceptada por los autores y la que aparece consagrada en todas las legislaciones.

Sobre los derechos patrimoniales ha indicado que no hay mayor discusión, pues ellos atañen a la protección de bienes que tienen un valor pecuniario, es decir, que pueden ser apreciados adecuadamente en dinero. El problema reside en los “derechos de la personalidad”, precisando que algunos (por todos, Orgaz) le han negado el carácter de derechos subjetivos. Para Brebbia, los derechos de la personalidad no pueden definirse por negación (“son aquellos que no poseen contenido patrimonial) si no por lo que son de manera específica, y así entiende que tal categoría de derecho “tiene por objeto o finalidad la protección de aquellos bienes que hemos denominado personales y que otros autores califican de facultades o presupuestos de la personalidad”. ¿Cuáles son estos bienes? “aquellos inherentes a las personas que se adquieren y pierden con independencia de la voluntad de

---

<sup>253</sup> Mosset Iturraspe, Jorge. **Responsabilidad por daños**. Editorial Ediar. Buenos Aires, 1986, pp. 55 y ss.

<sup>254</sup> Brebbia, Roberto H. **El daño moral**. Editorial Orbir, Buenos Aires, pp. 51 y ss.

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

las mismas, no admiten traducción adecuada en dinero y son inalienables e imprescriptibles, hallándose en consecuencia fuera del comercio jurídico”. Cuando el daño se produce sobre tales derechos hay un daño moral o extrapatrimonial.

De otro lado, Cubides Camacho<sup>255</sup> considera que la clasificación de “daño material” y “daño moral” es una de las más significativas, siendo la primera la que afecta el patrimonio de la víctima y la segunda “es la tristeza, la aflicción, el sentimiento de amargura que le produce a una persona determinado hecho”.

Igualmente, Aguiar Dias<sup>256</sup> ha señalado –distinguiéndose de Brebbia- que el daño moral “no discurre de la naturaleza del derecho, bien o interés jurídico lesionado, sino del efecto de la lesión”, de forma tal que es posible “que exista daño patrimonial a consecuencia de una lesión a un bien no patrimonial, como daño moral como resultado de la ofensa a un bien material”.

Por último, para concluir este breve esbozo descriptivo, Mariano Espinoza de Rueda ha señalado que el verdadero daño moral es el que produce un perjuicio moral estrictamente sin trascendencia al orden económico y sin ser susceptible de valoración (por ej. el dolor)<sup>257</sup>. Empece su categórica afirmación, al establecer la clasificación de daños morales, incluye los atentados a los derechos a la personalidad<sup>258</sup>.

De otro lado, Díez-Picazo y Antonio Gullón clasifican al daño en patrimonial y moral, refiriendo que ésta comprende “la lesión o violación de bienes y derechos de la persona. Son, por así decirlo, daños extrapatrimoniales, y se

---

<sup>255</sup> Cubides Camacho, Jorge. **Hecho imputable dañoso**. En Del daño. Editorial Jurídica Bolivaria. Segunda edición. Bogotá, 2003, pp. 261-262.

<sup>256</sup> Aguiar Dias, José de. **El daño moral**. En Del daño. Editorial Jurídica Bolivaria. Segunda edición. Bogotá, 2003, pp. 485-495.

<sup>257</sup> Espinoza de Rueda, Mariano. **Aspectos de la responsabilidad civil con especial referencia al daño moral**. Anales de Derecho. Revista de la Universidad de Murcia. No. 9, 1986, España, p. 55.

<sup>258</sup> Espinoza de Rueda, Mariano. Ob. cit., p. 56.

indemnizan prescindiendo de que un ataque a aquellos bienes y derechos tengan también repercusión en el patrimonio<sup>259</sup>”.

Hay aquí, pues, un nutrido grupo de profesores del Derecho que presentan nociones a veces similares y a veces contrapuestas de lo que es el daño moral, advirtiéndose que esas diferencias se suscitan en torno a si la definición corresponde hacerla desde la naturaleza del derecho o desde las consecuencias de las daño, y si el daño moral se reduce a dolor o se propaga a otras esferas.

En todo caso, limitar el daño moral como aflicción o pena ha sido superada, primero por la generosa jurisprudencia francesa y luego por la doctrina extranjera, todo ello producto de los ataques a los derechos de la persona que hicieron necesario reformular los viejos conceptos y extender el campo del daño moral. A este respecto, si bien el artículo 1382 del Código Civil Francés no contuvo especificación alguna, la jurisprudencia francesa interpretó la norma creativamente para indemnizar lo que hoy se conoce como daño a la persona, no siéndole necesario nuevas categorías, sino simplemente reinterpretar la que poseían<sup>260</sup>.

### **3. El daño moral en el Derecho Civil peruano**

Para Fernández Sessarego el “daño moral” no es una instancia autónoma o diferente del “daño a la persona”, “sino que se trata de la lesión a uno de los aspectos psíquicos no patológicos de la misma, de carácter emocional”. Lo que se agravia –dice nuestro autor- son los “principios morales” de una persona, lo que le produce perturbaciones psíquicas que le causan perturbación. En esa perspectiva, constituye una provincia del “daño a la

---

<sup>259</sup> Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio. **Sistema de Derecho Civil**. Volumen II. Novena edición, segunda reimpresión. Madrid, 2002, p. 546.

<sup>260</sup> Fernández Sessarego no desconoce que el daño moral francés incluye lo que el denomina daño a la persona (Nuevas tendencias, p. 285, por ejemplo salvaguarda la alegría de vivir, el bienestar, la comodidad, el reposo, etc. y p. 297, en el que señala un ejemplo de la Jurisprudencia Francesa: condena al director de un diario que divulgó la dirección y número telefónico de la casa de campo que frecuentaba un importante personaje público).

persona” en su categoría de “daño psicosomático”, preponderantemente de carácter psíquico<sup>261</sup>.

Por otra parte, Fernández Sessarego ha manifestado que la doctrina peruana había reducido el daño moral a la aflicción, a la pena, al sufrimiento y que esta restricción conceptual hacía necesaria la creación del daño a la persona. Para avalar esta postura ha citado a León Barandiarán y con menor énfasis a Fernando de Trazegnies.

La afirmación resulta cierta en lo relacionado con Leon Barandiarán<sup>262</sup> que efectivamente redujo el campo del daño moral a los términos señalados por Fernández Sessarego. Con respecto a De Trazegnies, la aseveración resulta dudosa, pues si bien, en un primer término, el referido autor pareció restringir el daño moral a los términos señalados por su contendor, el ejemplo que coloca (el daño que sufre la actriz que trabaja con su rostro) y el posterior desarrollo de su obra confirmó que su noción de daño moral (al igual que la jurisprudencia francesa) cubría la lesión de cualquiera de los derechos de la personalidad y aun del proyecto de vida<sup>263</sup>.

Además de manera explícita, el ex ministro había referido que el daño moral no estaba limitado “a la afección o al sufrimiento, sino que habitualmente tal expresión se entiende también en el sentido de los efectos no patrimoniales de la violación de los derechos de la personalidad<sup>264</sup>”. Ciertamente es que para confirmar su exposición, De Trazegnies no se refiere a la doctrina peruana, sino más universal dice: “Basta interrogar a los autores franceses (...)”. No deja de ser extraño que a pesar de las afirmaciones expuestas, De Trazegnies concluya que el concepto de daño moral no es unívoco “sino que

---

<sup>261</sup> Fernández Sessarego, Carlos. **Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”**. Foro Jurídico. Julio 2003. Año. 1. No. 2.

<sup>262</sup> León Barandiarán José. **Manual de Acto Jurídico**. Cuarta Edición s/f., p. 80.

<sup>263</sup> De Trazegnies Granda, Fernando. **Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil**. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú., 1980, p. 414 y De Trazegnies Granda, Fernando. **La Responsabilidad Extracontractual**. Biblioteca Para leer el código civil. Vol. IV. Tomo II. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Primera Edición, 1988, p. 92.

<sup>264</sup> De Trazegnies Granda, Fernando. **La Responsabilidad Extracontractual**. Biblioteca Para leer el código civil. Vol. IV. Tomo II. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Séptima Edición, 2005, p. 111.

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

existe gran controversia en la doctrina y en la legislación comparada sobre sus alcances<sup>265</sup>.

Por otra parte, un pionero en los estudios de responsabilidad extracontractual, el profesor Alberto Rey de Castro, desmentía la supuesta uniformidad de considerar el daño moral sólo en su sentido restringido; por el contrario, señalaba que si bien el concepto de daño moral resulta heterogéneo, “pone en juego los intereses morales y afectivos, y comprende, también, los perjuicios causados contra los derechos inherentes a la personalidad”<sup>266</sup>. Rey de Castro ha agregado:

“Ya no se concibe los dolores físicos o afectivos como los únicos indemnizables. Existe una gama de amenazas a la felicidad y a la seguridad del hombre que suscita el deber de reparar. El círculo de derechos extra patrimoniales mira particularmente a proteger la personalidad e intimidad del hombre”<sup>267</sup>.

A estas afirmaciones debemos aunar las expresiones de Osterling y Cárdenas Quirós, (autores del Libro de Obligaciones del Código Civil y a los que Fernández Sessarego denomina intérpretes auténticos), que también delinean el daño moral en su concepto más amplio, es decir, como lesión a cualquiera de los derechos de la personalidad<sup>268</sup>.

Sin embargo, no debe perderse de vista que Taboada Córdova al discutir el tema del daño moral no era lo concluyente que se cree. De hecho, la extensa cita que León Hilario recoge del libro de este autor lo acredita<sup>269</sup>.

---

<sup>265</sup> De Trazegnies Granda, Fernando. **La Responsabilidad Extracontractual**. Biblioteca Para leer el código civil. Vol. IV. Tomo II. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Séptima edición, 2005, p. 108.

<sup>266</sup> Rey de Castro, Alberto. **La Responsabilidad Civil Extracontractual**. Lima, Universidad Mayor de San Marcos, 1972, p. 345.

<sup>267</sup> Rey de Castro, Alberto. Ob. cit., p. 347.

<sup>268</sup> Código Civil. Exposición de Motivos y Comentario, p. 449.

<sup>269</sup> León, Leysser R. **Equívocos doctrinales sobre el daño moral**. En Ob. cit., pp.. 294-296.

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

“(P)or *daño moral* se entiende la lesión a los sentimientos de la víctima y que produce un gran dolor o aflicción o sufrimiento en la víctima”.

Es verdad que más adelante, Taboada dice:

“Del mismo modo pensamos que los sentimientos que se protegen legalmente bajo el concepto de daño moral, no sólo son aquellos que tenemos por otras personas, sean miembros de nuestra familia o no, sino también por nosotros mismos, en función a nuestra propia identidad y escala de valores”.

Se trata, como se ve, de una posición que distingue el daño moral del “daño a la persona”, ambos con autonomía propia, al extremo que la conclusión a la que llega el fallecido profesor es que se trata de categorías distintas “pues una cosa es la persona y su proyecto de vida, y otra muy distinta son sus sentimientos”.

Del mismo modo, Alex Plácido refiriéndose al “daño moral” señala que:

“es una especie de los daños subjetivos y está referido a un daño psicosomático que afecta la esfera psíquica del sujeto en su ámbito sentimental o afectivo. Es un daño emocional en cuanto comporta dolor o sufrimiento<sup>270</sup>”.

La opinión de Espinoza Espinoza en este punto es de absoluta claridad. En efecto, al clasificar los daños mencionará que estos pueden ser patrimoniales y extrapatrimoniales y que ésta comprende el “daño a la persona”, entendido como la lesión a los derechos existenciales o no patrimoniales de las personas y al daño moral, definido como “el ansia, la angustia, los sufrimientos físicos o psíquicos, etc.” padecidos por la víctima,

---

<sup>270</sup> **Derecho de Familia II.** Curso a distancia a cargo de Alex Plácido Vilcachagua. Academia de la Magistratura. Lima, 2000, p. 112. S/PAP/58, pp. 112-113.

que tienen “el carácter de efímeros y duraderos”<sup>271</sup>. Las expresiones, en realidad, corresponden a la de Fernández Sessarego, a quien de hecho cita y considera “autorizada doctrina”. Más adelante dirá:

“En conclusión, si bien daño a la persona y daño moral son idénticos en cuanto a su contenido extra-patrimonial, ambos difieren, puesto que la relación entre el primero y el segundo es de género a especie<sup>272</sup>”.

Beltrán Pacheco, a su vez, refiere que el daño moral:

“es aquel que afecta la esfera sentimental y/o de honorabilidad de un sujeto”,

y de hecho para clasificar los daños utiliza la estructura presentada por Fernández Sessarego en **Hacia una nueva sistematización**<sup>273</sup> ...

En cambio, León Hilario, siguiendo las enseñanzas de De Trazegnies Granda, se ha referido a la funcionalidad del daño moral y a la inutilidad del daño a la persona en el derecho civil peruano y ha indicado que la propuesta de eliminación del daño moral es absolutamente minoritaria.

#### **4. La reparación del daño moral**

Algunos han considerado que el daño moral no debe ser resarcido teniendo en cuenta su inestimabilidad pecuniaria, el rechazo que produce la idea de reducir a dinero los bienes de orden espiritual y de sentimientos y al hecho que el perjuicio causado consiente formas de satisfacción no pecuniarias. Se ha agregado en lo que atañe a la inestimabilidad económica que si el interés no es estimable pecuniariamente, no hay resarcimiento sino pena.

---

<sup>271</sup> Espinoza Espinoza, Juan. **Derecho de la Responsabilidad Civil**. Lima, Sexta edición, julio 2011, pp. 248-249.

<sup>272</sup> Espinoza Espinoza, Juan. Ob. cit., p. 249.

<sup>273</sup> Beltrán Pacheco, Jorge. **Responsabilidad Civil Extracontractual**. AMAG. Separata S/PAP/086, pp. 43-45.

Así se ha manifestado que la reparación:

“Es peligrosa porque es arbitraria. Y lo es de doble manera. Lo es porque no hay daño, pérdida de valor que el dinero pueda compensar. Y por eso es arbitraria. ¿cuánto vale en el caso el daño moral?”<sup>274</sup>

En el Perú, Trazegnies es de la misma opinión<sup>275</sup>:

“(…) lo extrapatrimonial, por definición, no puede medirse en dinero ni consecuentemente repararse con dinero”, ha dicho con lógica implacable.

León Hilario, por su parte, ha rebatido el daño a la persona desde su funcionalidad. Siguiendo a Gastón Fernández Cruz señalará que la función de la reparación civil en los casos de daños extrapatrimoniales es una aflictiva-consolatoria, lo que lo lleva a concluir que en estricto no hay “resarcimiento” ni “indemnización” sino una sanción civil indirecta o una pena privada<sup>276</sup>.

“Corolario de este atendible esquema es que el otorgamiento de sumas en los procesos por concepto de “daño moral” (del *danno non patrimoniale* en Italia) representa un caso de pena privada, lo cual queda confirmado por la dificultad de cuantificar el dolor, la afectación del estado de ánimo, y por los criterios utilizados por la magistratura

---

<sup>274</sup> Cammarota, Antonio. **Responsabilidad Extracontractual**. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1947, p. 107. Cammarota observa que, sin embargo, en Argentina se observa uniformidad para acordar la reparación del daño, siendo el criterio de BIBILONI único. Ob. cit., pp. 112-113.

<sup>275</sup> De Trazegnies Granda, Fernando. **La Responsabilidad Extracontractual**. Biblioteca Para leer el código civil. Vol. IV. Tomo II. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Primera Edición, 1988, p. 110. En **Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil**. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú., 1980, pp. 413-414 este autor señalará que si bien no cree en la reparación del daño moral, como quiera que en nuestro medio esa idea resultaría extraña, opta porque se repare pero solo para situaciones excepcionales.

<sup>276</sup> León, Leysser R. **Equívocos doctrinales sobre el daño moral**. En Ob. cit., pp. 308-309. Sobre la sanción punitiva ya se había expresado Fernando de Trazegnies. Ob. cit., pp. 100-101.

para la determinación de la obligación resarcitoria y/o sancionatoria<sup>277</sup>”.

Modernamente, agrega, se ha aceptado de modo definitivo el principio de la reparación moral, la misma que tiene tanto de punitiva como de compensatoria<sup>278</sup>.

En tal sentido, se ha señalado que si bien hay autores que aseguran que el dinero no puede ni debe servir de precio al dolor, en general las legislaciones de hoy admiten el perjuicio extrapatrimonial, dándosele a los jueces amplia facultad para establecer la cuantía de la reparación<sup>279</sup>.

En tiempos más recientes De Cupis, ha señalado lo inconveniente de sostener la inmoralidad de la reparación pecuniaria del daño no patrimonial, concepto que resulta absurdo pues permite dejar sin reparación al dañado. Giorgi ha sido más explícito, preguntándose: “Si se debe resarcimiento por el robo de un asno, ¿Nada se debe por robar el honor, la tranquilidad y la libertad<sup>280</sup>”.

Con todo, debe señalarse que habrá algunos casos en que no sea necesaria la reparación económica, por ejemplo, la rectificación de publicaciones infamantes. En el extranjero, los Tribunales franceses han expedido sentencia cuya condena es la del “Franco simbólico” y las Cortes Inglesas acogen los llamados “nominal damages”.

## 5. ¿Guerra de etiquetas?

Como se ha mencionado en párrafos anteriores De Trazegnies Granda considera que el daño a la persona no tiene categoría propia. Además ha referido que si bien la expresión daño moral “no es feliz” y que puede

---

<sup>277</sup> León, Leysser R. Ob. cit., p. 312.

<sup>278</sup>. Espinoza de Rueda, Mariano. Ob. cit., pp. 57-59.

<sup>279</sup>. Rey de Castro, Alberto. Ob. cit., p. 347-349.

<sup>280</sup>. Guevara Pozo, Víctor. **Necesarias precisiones sobre el daño a la persona**. Revista del Foro. Lima, Julio-Diciembre 1991, Año LXXIX, p. 85.

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

denominarse de cualquier otra manera (él prefiere daño extrapatrimonial), no debe quedarse el debate en un “pleito de etiquetas” sino en saber si se está ante dos campos conceptuales distintos.

En esa perspectiva estima que el dolor y el sufrimiento tienen el mismo tratamiento que el proyecto de vida o el honor, por lo que pertenecen al mismo campo y deben merecer un mismo nombre genérico. Por lo demás – culmina- la categoría de “daño a la persona” conlleva los mismos derechos y obligaciones que el daño moral, de lo que sigue que operativamente son iguales<sup>281</sup>.

Del mismo parecer es León Hilario.

Ello difiere de lo señalado por Fernández Sessarego, conforme con amplitud se ha expuesto en la segunda parte, capítulo I de esta tesis.

---

<sup>281</sup> De Trazegnies Granda, Fernando. **La Responsabilidad Extracontractual**. Biblioteca Para leer el código civil. Vol. IV. Tomo II. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Séptima Edición, 2005, p. 112.

**Parte 4**

**LA JURISPRUDENCIA Y LA ACADEMIA**

## Capítulo I

### LA JURISPRUDENCIA

## CAPÍTULO I: LA JURISPRUDENCIA

### I. Generalidades

El Derecho es, por esencia, un asunto coexistencial; ello impone que los conceptos que se elaboren se confronten con la sociedad que los admite o los rechaza. Se trata de una compulsa entre teoría y práctica que no valida el concepto en sí mismo pero que informa sobre su legitimidad social.

Vista así las cosas se expone aquí algunas notas propias del escenario jurídico peruano relativas a los sistemas de estudio existentes, al conocimiento que se tiene sobre el tema y a algunas (breves pero necesarias) jurisprudencias peruanas.

### II. La jurisprudencia peruana

#### 1. La sede judicial

a. En general la jurisprudencia, luego de algún silencio, ha sido concordante en admitir la existencia del “daño a la persona”<sup>282</sup>, lo que ciertamente al inicio de la promulgación del código resultaba un tema absolutamente novedoso.

Así ha clasificado los daños en “patrimoniales” y “no patrimoniales”, teniendo a los primeros como aquellos “susceptibles de ser evaluados pecuniariamente” y a los segundos como aquellos de “naturaleza especial (que) forman en su conjunto lo que la persona es: la vida, la salud, la integridad física, el honor, la libertad”<sup>283</sup>.

Díaz Cáceda ha indicado que son tres las sentencias pioneras: la dictada por el 18vo Juzgado Civil de Lima (diciembre de 1995), una sentencia en

---

<sup>282</sup> Algunas sentencias han sido mencionadas por Fernández Sessarego en **El “daño al proyecto de vida” en la doctrina y la jurisprudencia contemporánea**. Foro Jurídico. Año 9. Abril 2010. No. 10. Allí se mencionan los casos Encarnación Toscano, NN contra Unión de Cervecerías Backus y Jhonston, José Robles Montoya, Frida Fabiola Salinas Janssen y Mariátegui Chiappe.

<sup>283</sup> Casación 39736-2006/Lima. Sala Civil Permanente de la Corte Suprema. El Peruano. Separatas de casación, 01 de febrero del 2007, p. 18864.

casación de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema y la expedida por el 63mo Juzgado Civil de Lima.

En el primero de los fallos el juzgador señalará que el daño a la persona es la “anulación del proyecto de vida”; en el segundo, se cita expresamente a Fernández Sessarego (Derecho y Persona) y en la última se habla que el daño a la persona “forma parte del denominado daño extrapatrimonial o daño subjetivo” (...) “que lesiona a la persona en sí misma, estimada como valor espiritual, psicológico, inmaterial”<sup>284</sup>.

b. En la Casación 2449-2006/Cusco, la Corte Suprema ha indicado que el “daño a la persona” es el “daño no patrimonial inferido en los derechos a la personalidad, en los valores que pertenecen más al campo de la subjetividad que a la realidad”. Se trata de una definición bastante reducida del tema y en la que no se hace alusión al daño al proyecto de vida<sup>285</sup>.

La Sala, sin embargo, aprecia la diferencia entre “daño a la persona” y “daño moral” sosteniendo que “el primero de ellos (es) el que se configura como una afectación de los derechos de la personalidad; y el segundo, como el dolor o la angustia que experimenta una persona a causa de un evento dañoso, existiendo entre ambos conceptos una relación de género a especie<sup>286</sup>”. Es obvio que aquí se aprecia una conceptualización reducida del “daño moral” y la notoria aceptación de las ideas de Carlos Fernández Sessarego.

c. Posteriormente, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema emitirá sentencias francamente contradictoria. En efecto, en la casación 3187-2005/La Libertad hará coincidir el “daño moral” con el “daño a la persona”, esto es, aplicará una noción extensiva del primer concepto al considerarlo

---

<sup>284</sup> Díaz Cáceda, Joel. **El daño a la persona y el daño al proyecto de vida**. Jurista Editores. Lima, marzo 2006, pp. 61-66.

<sup>285</sup> Hinojosa Mínguez, Alberto. **Guía actualizada de casaciones**. Período 2006-2008. Jurista editores. Lima, enero 2010, p. 250. No. 825. Casación 2449-2006/Cusco.

<sup>286</sup> Hinojosa Mínguez, Alberto. **Guía actualizada de casaciones**. Período 2006-2008. Jurista editores. Lima, enero 2010, p. 250. No. 826. Casación 1545-2006/Piura.

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

como el producido “a raíz de la violación de algunos de los derechos inherentes a la personalidad” que “afecta a la personalidad física o moral, o a ambas a la vez, a la integridad de las facultades físicas, a las sensaciones y sentimientos del alma<sup>287</sup>”.

No obstante ello, en la casación 3323-2007/Lambayeque restringirá este concepto para considerar el “daño moral” como la “lesión a los sentimientos de la víctima, que se refleja en una aflicción o sufrimiento de la víctima<sup>288</sup>”.

d. En una sentencia que motivó la ira de León Hilario<sup>289</sup> la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema (Casación 3973-2006-Lima) resolviendo un caso de indemnización en un proceso de divorcio, no se pronunció estrictamente sobre el “proyecto de vida” aún cuando la estimó al considerar que la víctima había sufrido desmedro a dicho proyecto en su vida matrimonial.

e. En la sentencia expedida por el 46to JCLima, Expediente 12381-2006, causa seguida por Ramón Ramírez Erazo contra la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, más allá de los gruesos errores que anota Jairo Cieza Mora (que van desde la confusión entre responsabilidad subjetiva y objetiva, el descuido en el estudio de la Ley General de Procedimiento Administrativo, el desconocimiento de lo que es lucro cesante y daño emergente y hasta la incorrección lógica de señalar que lo que en el país es “daño moral” es igual al “daño a la persona”, no obstante indemnizar por ambos conceptos) el juzgado señaló que el “daño a la persona” comprende el daño psicológico, el daño psicosomático y el daño al proyecto de vida (considerando II.14) y amparó este, pues consideró que “el demandante es

---

<sup>287</sup> Hinostroza Mínguez, Alberto. Ob. cit., Casación 3187-2005/La Libertad. Se publicó en el diario oficial El Peruano el 02 de octubre del 2006.

<sup>288</sup> Hinostroza Mínguez, Alberto. Ob. cit., Casación 3323-2007/Lambayeque. Se publicó en el diario oficial El Peruano el 02 de diciembre del 2008.

<sup>289</sup> León Hilario, Leysser. **¡30,000 dólares por daños morales en un divorcio. De cómo el “daño al proyecto de vida” continúa inflando peligrosamente los resarcimientos**”. Diálogo con la Jurisprudencia Mayo 2007. No.104.

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

una persona dedicada al estudio e investigación, conforme consta en autos, ya que cuenta con diversos títulos y grados, siendo evidente que la conducta de la demandada truncó sus expectativas profesionales<sup>290</sup>”.

f. En una sentencia expedida por 66to Juzgado Especializado de Lima, indemnización solicitada tras la muerte del torero español Tomás Reyna Rincón y que ordenó el pago de doscientos mil soles a la Municipalidad de Miraflores<sup>291</sup>, se señala que el “daño moral” es el dolor o aflicción del menor José Tomás Reina García quien sufre la irreparable pérdida de su padre, lo que definitivamente le producirá un menoscabo en su desarrollo emocional (...) además se trunca el denominado proyecto de vida de la víctima, que es un mecanismo que cristaliza lo que para el ser humano constituye su plena realización en cuanto persona”. La sentencia entiende que se ha culminado con el proyecto de vida del fallecido “en cuanto al truncamiento de su desarrollo profesional (porque) la víctima había iniciado una carrera profesional de torero, encontrándose aún en la etapa inicial del mismo, no siendo un torero consolidado ni de renombre”; asimismo “la muerte le ha negado a la víctima la posibilidad de un desarrollo personal y familiar” (p. 118).

g. Resulta importante conocer el fallo de la Corte Superior de Tumbes en el expediente 00492-2003, seguido por Gerardo Fidel Viñas Dioses contra el Estado Peruano<sup>292</sup>. Viñas Dioses había sido detenido injustamente por el Estado Peruano acusándolo de terrorismo. La Corte, en fallo dividido,

---

<sup>290</sup> Diálogo con la Jurisprudencia. **(Entre Corchetes). Comentarios y Anotaciones**. Enero 2010. No. 136. Resulta importante detallar que la Revista asume que “lamentablemente, en nuestro sistema se transplantó la doctrina italiana del “daño a la persona”, convirtiéndola en norma, sin tener el cuidado de observar que dicha doctrina fue creada en Italia debido a su especial regulación. (...) Así, para estos casos la jurisprudencia creó muchos daños: daño a la salud, daño biológico, daño al proyecto de vida, daño a la persona, daño existencial, etc..” (p. 114).

<sup>291</sup> Espinoza Espinoza, Juan. **Dos recientes casos de responsabilidad civil con ocasión de las funciones en los juzgados peruanos ... y dos oportunidades perdidas para un desarrollo jurisprudencial**. Diálogo con la Jurisprudencia. Febrero 2009. No. 125. En su comentario Espinoza Espinoza, refiriéndose al “proyecto de vida”, intuye que al verse dado por menoscabo con respecto al fallecido torero “se trataría de un derecho que se debe adquirir *iure successionis*”. El mismo autor señala también que el daño al proyecto de vida es un criterio para cuantificar el daño a la persona.

<sup>292</sup> [\[PDF\] 1 expediente n - Poder Judicial del Perú. historico.pj.gob.pe/.../%5C...](#)

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

reformó la sentencia en la parte que declaraba infundada la demanda en lo que concierne a la indemnización por “daño a la persona” y señaló en su considerando décimo lo que sigue: “En cuanto al extremo que declara infundado el daño a la persona, daño considerado también como daño subjetivo, es aquel que agravia o afecta la naturaleza del ser humano como ente viviente, al ser como hombre, e incide contra el sujeto de derecho por excelencia, se puede apreciar según la teoría sustancial de este daño, se encuentra dividido en un daño psicosomático, el cual incide sobre el cuerpo o la psique; y un daño a la libertad, el cual es llamado también daño al proyecto de vida, y se considera como aquel que afecta el destino que la persona otorga a su vida, de esto podemos inferir que el recurrente, como consta a folios siete, ha probado que ha sido estudiante de la Facultad de Ingeniería Pesquera de la Universidad Nacional de Tumbes, pudiendo haber tenido la oportunidad de alcanzar dicha profesión sino no hubiese sufrido la detención arbitraria que lo condenó a la privación de su libertad, por más de ocho años; cabe precisar que por la privación de la libertad que sufriera el demandante, constituyendo violación a los derechos de la persona, se asignó el monto de quince mil nuevos soles para la reparación del daño al proyecto de vida, resultando una cantidad mínima e insuficiente, puesto que si entendemos que el proyecto de vida está inmerso en el daño a la persona, se deberá tener en cuenta los aspectos esbozados en este proceso con respecto a los daños sufridos por el recurrente como sujeto de derecho, razón por la cual se estima que modificando el monto, fijándole en Setenta y Cinco Mil Nuevos Soles (S/.75,000.00) resulta pertinente por los más de ocho años que se le privó arbitrariamente de su libertad, viéndose truncado su futuro profesional, más las limitaciones que sufrió cuando estuvo recluido que le afectaron un nivel psicosomático”.

Hay aquí un voto concordante del magistrado Faya Salas quien premunido de las ideas de Milmaiene y Fernández Sessarego menciona: “Por otro lado el daño al proyecto de vida, que tiene como causa u origen un daño psicosomático, bloquea, como apunta Milmaiene, el “logro de ansiadas metas u objetivos vitales, relacionados con fuertes ideales...”, e implica “un

hecho traumático en situación, relacionado con los valores, las metas y los ideales de un sujeto particular”. Es decir, el daño al proyecto de vida es un daño que incide en el ámbito axiológico, teniendo como consecuencia una pérdida del sentido de la vida”.

## 2. Las sentencias del Tribunal Constitucional

a. En el trabajo denominado “El daño al proyecto de vida en la doctrina y jurisprudencia contemporánea<sup>293</sup>”, Fernández Sessarego ha mencionado dos sentencias en las que el Tribunal Constitucional ha utilizado el concepto de “proyecto de vida”. Se trata de los casos denominados “Juan Carlos Caballero” y “Félix Calderón Urtecho”.

b. Caso Juan Carlos Caballero. Se trata de la causa 0090-2004-AA/TC mediante la cual el accionante, quien había pasado a la situación de retiro policial, solicita su reincorporación. El Tribunal, dado que el demandante había cobrado su compensación por tiempo de servicios, desestima el amparo, pero, siguiendo las técnicas del *overruling*, que permiten la variación jurisprudencial a futuro, estima que la renovación de los cuadros militares y policiales deben respetar el debido proceso y la interdicción de la arbitrariedad, pues de no ser así se vulneran derechos constitucionales.

El considerando 45 de la sentencia es relevante para nuestro estudio. Allí se dice de manera expresa: “Al respecto, la falta de motivación en las resoluciones de pase a retiro por renovación de cuadros implica un desconocimiento de la dignidad de los oficiales afectados, pues no tuvieron siquiera la oportunidad de conocer por qué se truncaba intempestivamente su carrera, la cual podría ser el resultado de un proyecto de vida en el ámbito laboral. En torno a ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido en el caso Loayza Tamayo [sentencia de reparaciones del 27 de noviembre de 1998: [http://www.corteidh.or.cr/serie\\_c/Serie\\_c\\_42\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/serie_c/Serie_c_42_esp.doc)] que “el ‘proyecto de

---

<sup>293</sup> Fernández Sessarego, Carlos. El “daño al proyecto de vida” en la doctrina y la jurisprudencia contemporánea. Foro Jurídico. Año 9. Abril 2010. No. 10.

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

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. (...) Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte. (...) no se trata de un resultado seguro, que haya de presentarse necesariamente, sino de una situación probable (...) dentro del natural y previsible desenvolvimiento del sujeto, que resulta interrumpido y contrariado por hechos violatorios de sus derechos humanos. Esos hechos cambian drásticamente el curso de la vida, imponen circunstancias nuevas y adversas y modifican los planes y proyectos que una persona formula a la luz de las condiciones ordinarias en que se desenvuelve su existencia y de sus propias aptitudes para llevarlos a cabo con probabilidades de éxito”.

El Tribunal asume a totalidad el concepto y las implicancias del “daño al proyecto de vida”.

c. En el caso Calderón Urtecho, tal como lo señala la sentencia 2254-2003-AA/TC, se había cesado a un funcionario diplomático, a pesar de haber obtenido como promedio final 19.50 y el segundo puesto en el orden de méritos. Para el Tribunal “las juntas calificadoras, introduciéndose de esa manera, para decidir los ascensos, criterios ajenos a la competencia, méritos y aptitud profesional de los postulantes” actuaron de manera discriminatoria.

El fundamento 12 de la sentencia es terminante al aceptar el daño al proyecto de vida. De manera expresa, el Tribunal Constitucional dice: “ Por lo tanto, está probado que se violó sistemáticamente el derecho 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 en autos”.

### **3. El pleno casatorio civil del 2011**

#### **a. Generalidades**

El 18 de marzo del 2011 se llevó a cabo el III Pleno Casatorio Civil. Se hace necesario conocer el contenido de la demanda y las sentencias expedidas a fin de entender correctamente el sentido del precedente vinculante.

#### **b. La demanda y la reconvención**

Los puntos en discusión derivaban de la demanda presentada por René Huaquipaco Hanco sobre divorcio por la causal de separación de hecho y régimen de visitas, y la posterior reconvención de su cónyuge, Catalina Ortiz Velazco de Huaquipaco. La señora señalaba que había convivido con el actor desde el año 1980, desde que tenía 19 años de edad, siendo que “por ansiar un mejor futuro para su familia le insistió al demandante para que estudie mientras ella se dedicaba al cultivo de café en el sector de Putina Punco. Es el caso –señala la reconviniente- que el actor ingresó a la universidad para estudiar la carrera magisterial en Juliaca mientras ella le enviaba dinero para sus estudios, pero el actor siempre le pedía más, ya para la confección del terno, ya para paseos de excursión, sus gastos de estudio, su alimentación, el alquiler del cuarto y otros”. Señala además que el demandante la abandonó para irse con otra mujer, la humilló, no le mandaba dinero para sus hijos y hasta la golpeó. Asimismo, refiere que los bienes gananciales adquiridos durante el matrimonio, como son cinco máquinas de tejer y doscientos veinticinco varillas de fierro para construcción, fueron vendidas por el demandante, además que se llevó el dinero ahorrado, ascendente a US\$.6,000.00 (seis mil dólares americanos), dejándola en el más completo abandono moral y material, por lo que interpone reconvención para que el demandante la indemnice por el daño moral y personal, y le pague por concepto de indemnización la suma de S/.250,000.00 (doscientos cincuenta mil nuevos soles).

#### **c. Las sentencias**

**ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO**

La sentencia de primera instancia declaró fundada la demanda, autorizó el régimen de visitas, declaró fundada en parte la reconvencción y ordenó que el demandante indemnice a favor de la demandada la suma de S/.10,000.00 (diez mil nuevos soles. En este punto, la sentencia indica que la indemnización corresponde sólo al daño moral, porque de los actuados se advierte que como consecuencia de la separación de hecho entre los cónyuges ha sido Catalina Ortiz Velazco quien ha sufrido menoscabo en su esfera moral, afectándose sus sentimientos al no continuar vigente el vínculo matrimonial y mantener una familia, extremos que se infieren por constituir consecuencias naturales del decaimiento del matrimonio.

Ambas partes interpusieron apelación. René Huaquipaco Hanco lo hizo refiriendo que fue la demandada quien promovió la separación, que ésta no apoyó sus estudios en forma exclusiva ya que también lo apoyaron sus padres y que prestó alimentos sin necesidad de exigencia judicial.

Catalina Ortiz Velazco lo hace sosteniendo que ella ha cumplido con los deberes conyugales, ayudando decisivamente al sostenimiento de la familia; agrega que el demandante contrajo otro compromiso y abandonó el hogar bajo un clima de violencia al haber sustraído los bienes gananciales, dejándola sola al cuidado de los hijos.

La Sala Superior confirmó la sentencia apelada en cuanto declaró fundada la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho, con lo demás que contiene; igualmente en el extremo que declaró fundada la reconvencción sobre indemnización y ordenó que el demandante indemnizara a la demandada con la suma de S/.10,000.00 (diez mil nuevos soles); revocó la sentencia en el extremo que declaró fundada la pretensión de régimen de visitas, y reformándola declaró sin objeto pronunciarse por sustracción de la pretensión del ámbito jurisdiccional; integrándola declaró el cese del derecho de la mujer a llevar el apellido del cónyuge y la pérdida del derecho hereditario entre las partes.

En esta sentencia se estableció que a la cónyuge perjudicada se le debía indemnización por el daño y perjuicio sufrido debido a la aflicción de los

sentimientos y frustración del proyecto de vida matrimonial, tratándose de un supuesto de responsabilidad civil familiar de tipo contractual.

#### **d. Recurso de Casación y precedente judicial vinculante**

El demandante interpuso recurso de casación señalando que se había aplicado indebidamente el artículo 345-A del Código Civil que alude a la indemnización en caso de perjuicio por separación<sup>294</sup>.

Aunque se debatieron algunos otros puntos, referidos a la función tuitiva del juez en los casos de proceso de divorcio y a la necesidad de “flexibilizar algunos principios y normas procesales como los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones en atención a la naturaleza de los conflictos que debe solucionar, derivados de las relaciones familiares y personales”, circunstancia derivada de la fórmula política propia de un Estado democrático y social de Derecho, interesa aquí ceñirnos sólo a la parte en que la sentencia alude al “daño a la persona” y al proyecto de vida<sup>295</sup>.

Hay que recordar que estrictamente la demandante no solicitó indemnización por “daño a la persona” (daño al proyecto de vida). En su escrito lo que refiere es que entregó “los mejores años de su vida” al reconvenido y que por ello se le debe indemnizar con la suma de S/. 250,000.- por daño

---

<sup>294</sup> Artículo 345-A: “El juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulta perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal y ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder”.

<sup>295</sup> Otro tema que se debatió fue la naturaleza de la indemnización señalada en el artículo 345 A del código civil. El fundamento 53 de la sentencia casatoria se refirió a su carácter alimentario, reparador, indemnizatorio, obligación legal o responsabilidad extracontractual, decidiéndose, finalmente (siguiendo el pedido del *amicus curiae*, León Hilario) que se trataba de una obligación legal basada en la solidaridad familiar (punto 57), concluyendo que “no es pertinente aplicar a la indemnización mencionada las reglas de la responsabilidad civil, y dentro de ésta, por ejemplo, las reglas de responsabilidad objetiva, las de fractura del nexo causal o de las concausas, entre otras”. Tal afirmación parece desdeñarse lo señalado en el fundamento 50 cuando expresa que si bien es indiferente la culpabilidad, “para la determinación de la indemnización se hace necesario recurrir a ciertos elementos de la culpa o el dolo” (sic). Tal interpretación, además, ha originado la crítica inmediata de Juan Espinoza Espinoza, como es de ver en **Tercer Pleno Casatorio Civil**. Fondo Editorial del Poder Judicial. Lima, 2011, p. 32.

moral<sup>296</sup>. Congruente con dicho pedido la sentencia de primera instancia declaró fundado el pedido por el referido daño.

Subido el expediente en apelación, la sentencia de vista refiere que se debe indemnización a la cónyuge “por el daño y perjuicio sufrido debido a la aflicción de los sentimientos y frustración del proyecto de vida matrimonial” (fundamento 10). Esta incorporación fue la materia de debate del Pleno Casatorio, discutiéndose: (i) la diferencia del “daño a la persona” con el daño moral; y (ii) la existencia de un “daño al proyecto de vida matrimonial”.

#### **e. El daño a la persona y el daño moral**

La Sala Casatoria identificó el término “daño personal” utilizado en el artículo 345 A del código civil como el de “daño a la persona” (fundamento 66).

En principio, la Corte acepta la distinción entre “daño a la persona” y daño moral. Así, el fundamento 66 de la sentencia casatoria, si bien expresa que “no hay criterio unánime sobre la relación de estos dos conceptos” y que “se ha sostenido que un criterio válido de clasificación es aquel que considera que los daños solamente se clasifican en patrimoniales y morales<sup>297</sup>”, termina por aceptar que tal distinción existe.

Así sostiene que doctrina nacional autorizada<sup>298</sup>, indica que la relación que hay entre “daño a la persona” y daño moral es de género a especie, aunque advierte las serias deficiencias del código de utilizar el “daño moral” como sinónimo del “daño a la persona” (artículo 1322 del cc) o de tenerlo en su alcance “más restringido y específico como en el supuesto del artículo 1984 y, aún diferenciándolo del daño a la persona como ocurre en el del artículo 1985” (Fundamento 71).

---

<sup>296</sup> Tercer Pleno Casatorio Civil, ob. cit., pp. 123-127.

<sup>297</sup> El Pleno no se hace referencia a ningún autor.

<sup>298</sup> Aquí se apela a lo expuesto por Espinoza Espinoza.

**ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO**

Con todo, la Sala Casatoria refiere: “Es pertinente puntualizar que el daño a la persona debe comprender al daño moral” y que éste “viene a estar configurado por las tribulaciones, angustias, aflicciones, sufrimientos psicológicos, los estados depresivos que padece una persona” (Fundamento 71).

El fundamento 74 de la sentencia también hará expresa mención de lo aquí señalado. El fallo dice: “Con relación a la indemnización por daño moral, que se halla comprendido dentro del daño a la persona (...)”

De otro lado, el “daño personal” a que alude el artículo 345 A del código civil, es identificado con el daño a la persona formulado en el artículo 1985 del Código Civil.

En el fundamento 67, nuevamente sin precisar fuentes, refiere que “no hay consenso en la doctrina respecto a si este daño comprendería todos los aspectos y componentes de la compleja personalidad humana”; admite en cambio, que el “daño a la persona “ distingue el daño biológico y el daño a la salud, siendo el primero la faz estática del daño y el segundo, el cariz dinámico, que ha llegado a incluir “el daño a la vida de relación (privación objetiva de la posibilidad de realizar actividades normales, cotidianas como practicar deportes, escuchar música, viajar, asistir o participar a espectáculos de cualquier índole), el perjuicio de afecto (el detrimento subjetivo que experimentan ciertas personas vinculadas a la víctima en los casos de lesión o muertes, tales como los parientes), el daño estético (afecta las posibilidades de afirmación del individuo en la vida social, derivada de la degradación de su aspecto por una deformidad física), el daño sexual (por ejemplo quien resulta contagiado por una enfermedad transmisible por vía sexual o el caso de la mujer violada, etc.), el daño psíquico (perturbación de la personalidad de la víctima de carácter patológico)”.

**f. El daño al proyecto de vida.**

En lo que atañe al daño al proyecto de vida, la sentencia casatoria (Fundamento 69) refiere que es Carlos Fernández Sessarego su autor.

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

Citando el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos refiere que instituye una noción distinta del daño emergente y del lucro cesante, “pues 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 (...) se asocia al concepto de realización personal que a su vez se sustenta en las opciones para conducir la vida y alcanzar el destino propuesto. Por ende, la pérdida de dichas opciones es reparable aún cuando no se trate de un resultado seguro sino probable –no meramente posible- dentro del natural y previsible desenvolvimiento del sujeto, que resulta interrumpido y contrariado por los hechos violatorios de sus derechos humanos”. No obstante, repara que la Corte Interamericana mencionada no reparó dicho daño porque estimó que “la evolución doctrinaria y jurisprudencial no reconoce la posibilidad de su cuantificación independiente” y que “la emisión de la correspondiente sentencia de fondo implica un principio de satisfacción”. En ese contexto alude al juez Oliver Jackman, en cuanto este expresa que “la noción del denominado ‘proyecto de vida’ concepto que es nuevo en la jurisprudencia de esta Corte y que, en mi respetuosa opinión, adolece de falta de claridad y fundamento jurídico (...)”, para luego, sin desconocer que en el caso Cantoral Benavides, se hizo significativos avances respecto al daño al proyecto de vida, concluye señalando que su aplicación “resulta muy discutible, con poco desarrollo en la doctrina y en la jurisprudencia (...) no solamente por la imprecisión de su contenido y alcances sino fundamentalmente porque en muchos de sus aspectos y hechos, sobre todo en los más remotos, la relación de causalidad entre el hecho y el daño sería muy controversial, y en algunos otros extremos hasta carecería de aquella relación de causalidad. Además, para su cuantificación no habría una base objetiva de referencia, tampoco indicadores mensurables, puesto que el proyecto de vida se sustenta en gran parte en probabilidades, es decir en probables realizaciones de la personalidad que tienen un fuerte grado de subjetividad y largo alcance en el tiempo” (Fundamento 70).

A pesar de ese rechazo, la Corte Casatoria estima que “podría analizarse la posibilidad de su aplicación razonable en ciertos casos específicos y sobre todo acreditándose la concurrencia del nexo causal entre el hecho y el daño concreto imputado” pero que “para los efectos del divorcio por la causal de separación de hecho en particular, uno de los aspectos esenciales para la procedencia del pago de la indemnización o la adjudicación de un bien está dado por la existencia de la relación o nexo de causalidad entre los perjuicios sufridos por el cónyuge y la separación de hecho o, en su caso, con el divorcio en sí”.

Debe señalarse que el *amicus curiae*, Leysser León, rechazó la frustración del proyecto de vida matrimonial porque se trata de figura “sin fundamento jurídico ni legal”, siendo además que no puede ser resarcible porque: (a) no puede ser cubierto mediante un contrato de seguro; (b) resulta discriminatorio ya que los jueces tienden a diferenciar los “proyectos de vida” exclusivamente en función de la posición social y de la capacidad económica de la parte gravada; y (iii) es incuantificable sobre bases ciertas<sup>299</sup>.

También, como se observa en líneas anteriores, Morales Hervias se ha pronunciado contra el Tercer Pleno Casatorio por su absoluta imprecisión y descuido. Así ha referido que el fundamento 70 cuestiona el daño al proyecto de vida, pero más adelante lo acepta para temas propios de la responsabilidad extracontractual<sup>300</sup>.

### III. El proyecto de vida en la Corte Interamericana de Derechos Humanos

#### 1. El sistema de reparaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Faúndez Ledesma ha señalado que los mecanismos de control contemplados por la Convención Americana de Derechos Humanos

---

<sup>299</sup> Tercer Pleno Casatorio Civil, ob. cit., pp. 250-251.

<sup>300</sup> 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.** Diálogo con la Jurisprudencia. Junio 2011. No. 153,p. 53.

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

comprende, fundamentalmente, un sistema de peticiones individuales y otro de comunicaciones estatales.

A diferencia de otras legislaciones, se permite al individuo, sin intermediario alguno, recurrir directamente a las instancias internacionales denunciando la violación de la Convención. En la primera parte interviene la Comisión de Derechos Humanos; si aquí no se alcanza reparación alguna el proceso es conocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En su primera etapa (ante la Comisión) el procedimiento contempla las siguientes fases<sup>301</sup>: a. Una primera etapa en la que Comisión establece su competencia; b. La fase de admisibilidad de la petición. c. El establecimiento de los hechos que han dado origen a la petición. d. La mediación y el esfuerzo de la comisión para procurar un arreglo amigable entre las partes. e. La decisión de la Comisión.

Sobre este último punto, el artículo 50 de la Convención señala que la decisión se emite en el plazo de 180 días. La Comisión emite sus conclusiones, pero también puede formular proposiciones y recomendaciones. Este es el último paso en el procedimiento antes de que el asunto pueda ser sometido a la consideración de la Corte.

Faúndez Ledesma<sup>302</sup> ha señalado que el Informe tiene la características de: a) Obligatorio; b) Confidencial; y c) Puede ser objeto de reconsideración<sup>303</sup>.

Cuando la causa se convierte en contenciosa se sigue un procedimiento que constituye réplica del establecido por la Corte Internacional de la Justicia y la

---

<sup>301</sup> Los artículos 48 a 50 de la Convención regulan este trámite.

<sup>302</sup> Faúndez Ledesma, Héctor. **El sistema de protección interamericana de los Derechos Humanos**. Instituto Americano de Derechos Humanos. San José, 1996, p. 274 y siguientes.

<sup>303</sup> Faúndez Ledesma, Héctor. **El sistema de protección interamericana de los Derechos Humanos**. Instituto Americano de Derechos Humanos. San José, 1996, p. 274 a 279.

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

Corte Europea de Derechos Humanos<sup>304</sup>. El procedimiento se inicia con la demanda presentada por la Comisión o por el Estado parte; demanda que debe ser fundamentada, ya que debe contener una exposición de los hechos, los fundamentos de derecho y las conclusiones pertinentes.

Admitida la demanda es posible que se tramiten excepciones preliminares que no suspenden el procedimiento.

No habiéndose planteado excepciones o habiéndose desechado éstas, se inicia la fase escrita y oral del procedimiento; en la etapa oral se producen una o varias audiencias, declarando testigos, peritos o las personas que la Corte desee oír, los que deben ser interrogados por los jueces y, en su caso, por las partes.

El asunto contencioso puede culminar con terminación anticipada cuando: a. La parte actora desiste, siempre que las otras partes acepten el desistimiento; b. Cuando existe solución amistosa. c. Cuando existe allanamiento por parte del Estado.

En el proceso caben las medidas cautelares, siempre que se trate de casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario para evitar daños a las personas.

Una vez que ha terminado la instrucción y se han celebrado las audiencias, la Corte delibera y emite el fallo respectivo. Este es definitivo e inapelable, pero cabe que se solicite la interpretación de la decisión.

La sentencia de la Corte contiene el establecimiento de los hechos, la calificación jurídica de éstos, la determinación de la responsabilidad estatal que importa garantizar el derecho conculcado y el deber de reparar e indemnizar.

---

<sup>304</sup> Fix Zamudio, Héctor. **El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en las constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos**, en: Los Derechos Humanos y su protección internacional. Grijley. Lima, 2009, p. 87.

## **2. La modalidad de las reparaciones en la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

El artículo 63, párrafo 1 de la Convención refiere que una vez establecida la responsabilidad del Estado, éste tiene la obligación de reparar las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de los derechos o libertades conculcadas, además de pagar una justa indemnización a la parte lesionada.

En diversas sentencias<sup>305</sup>, la Corte ha concluido que la indemnización constituye la manera más adecuada para reparar el daño, y que la manera de lograrlo es apelando a la *restitutio in integrum*; en general, la Corte ha apelado a conceptos propios del derecho civil para buscar la adecuada indemnización.

## **3. Las indemnizaciones fijadas por la corte interamericana de derechos humanos**

Baltodano Estrada<sup>306</sup> ha señalado que las reparaciones de la CIDH se establecen tomando en cuenta tres conceptos: daño material, daño moral y daño al proyecto de vida

a. Daño material: en esta categoría se incluye el daño emergente y el lucro cesante que tiene que ver con el daño efectivamente sufrido y con lo que se dejó de percibir. La corte establece el daño material verificando a la persona, su patrimonio, su capacidad laboral y la proyección de estos.

b. Daño moral: Se trata de daños que no tiene carácter económico patrimonial y que reparan las humillaciones de las víctimas y el desconocimiento de su dignidad. La corte ha dejado de hablar de daño moral y utiliza actualmente el concepto de daño inmaterial.

---

<sup>305</sup> Caso Velásquez Rodríguez, párrafo 25 y Caso Godínez de la Cruz, párrafo 23.

<sup>306</sup> Baltodano Estrada, Carolina. **Lectura social de las reparaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos de violación al artículo 5 de la Convención Americana**. En: [www.uned.ac.cr/SEP/recursos/investigaciones/.../TFGCarolinaBaltodano.pdf](http://www.uned.ac.cr/SEP/recursos/investigaciones/.../TFGCarolinaBaltodano.pdf)

En lo que se refiere al Daño al Proyecto de Vida se trata de concepto nuevo que debe ser explorado.

Sin embargo, en general, la Corte suele utilizar los conceptos de daño material e inmaterial, y para el caso en cuestión, tiene al daño moral y al daño al proyecto de vida (y otro tipo de daños) como uno de naturaleza inmaterial.

#### **4. El daño al proyecto de vida en el trabajo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>307</sup>**

##### **4.1. Las sentencias**

##### **4.1.1. El caso Loayza Tamayo (27 de noviembre de 1988)**

###### **a. El caso**

María Loayza Tamayo, profesora de la Universidad San Martín de Porres, junto con un familiar suyo, fue arrestada por miembros de la División Nacional contra el Terrorismo (DINCOTE) de la Policía Nacional de Perú, en un inmueble de su propiedad ubicado en Calle Mitobamba, Manzana D, Lote 18, Urbanización los Naranjos, Distrito de los Olivos, Lima, Perú.

María Elena Loayza Tamayo estuvo detenida por la DINCOTE desde el 6 hasta el 26 de febrero de 1993 en la cual permaneció 10 días incomunicada y fue objeto de torturas, tratos crueles y degradantes y de apremios ilegales; todo con la finalidad de que se autoinculpara y declarara pertenecer al Partido Comunista de Perú -Sendero Luminoso (PCP-SL). Sin embargo, la víctima declaró ser inocente, negó pertenecer al PCP-SL y, por el contrario, *“criticó sus métodos: la violencia y la violación de derechos humanos por parte de ese grupo subversivo”*. El 3 de marzo fue trasladada

---

<sup>307</sup> Confrontar, más allá de la bibliografía que se ha de citar, los artículos de Fernández Sessarego denominados: **El daño al “proyecto de vida” en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Derecho PUCP. 2003. No. 56. **El “daño al proyecto de vida” en la doctrina y la jurisprudencia contemporáneas**. Foro Jurídico. Abril 2010. Año 9. No. 10.

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

al Centro Penitenciario de Máxima Seguridad de Mujeres de Chorrillos y, según la Comisión, se encontraba encarcelada en Perú hasta la fecha de la demanda.

Durante los 10 días en que permaneció detenida no se le permitió comunicarse con su familia ni con su abogado, quienes tampoco fueron informados del lugar de detención. La familia de María Elena Loayza Tamayo se enteró de su detención el 8 de febrero de 1993, por una llamada anónima. No se interpuso ninguna acción de garantía en su favor porque el Decreto Ley N° 25.659 (Ley antiterrorista), prohibía presentar el “*recurso de hábeas corpus por hechos relacionados con el delito de terrorismo*”.

El 26 de febrero de 1993 María Elena Loayza Tamayo fue presentada a la prensa, vestida con un traje a rayas, imputándosele el delito de traición a la patria. Se le abrió el Atestado Policial por ese delito y, al día siguiente, fue puesta a disposición del Juzgado Especial de Marina, para su juzgamiento. Se realizaron diversos trámites judiciales ante órganos de la jurisdicción interna peruana.

En el Fuero Privativo Militar se le procesó por el delito de traición a la patria: el Juzgado Especial de Marina, integrado por “*jueces militares sin rostro*”, la absolvió; el Consejo Especial de Guerra de Marina en alzada la condenó y el Consejo Supremo de Justicia Militar ante un recurso de nulidad la absolvió por ese delito y ordenó remitir lo actuado al Fuero Común.

En esta jurisdicción se le procesó por el delito de terrorismo: el 43° Juzgado Penal de Lima dictó auto de instrucción; el “*Tribunal Especial sin rostro del Fuero Común*”, basado en los mismos hechos y cargos la condenó a 20 años de pena privativa de la libertad. Contra dicha sentencia se interpuso recurso de nulidad ante la Corte Suprema de Justicia, la que declaró sin lugar el pedido.

## **b. La sentencia de la Corte**

Resulta de singular importancia el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia de reparación del caso Loayza Tamayo contra el Estado Peruano, pues al sentenciar, la Corte señaló que el daño al proyecto de vida era una noción distinta al daño emergente y al lucro cesante y que:

“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. En rigor, son la expresión y garantía de la libertad. Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación” (Punto 148).

Más adelante agregará 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” (Punto 152). No obstante ello, y a pesar de que se reconoce la existencia de un grave perjuicio al proyecto de vida (Punto 153), la Corte se abstuvo de cuantificar el daño dado que “la evolución de la jurisprudencia y la doctrina hasta la fecha no permite traducir este reconocimiento en términos económicos”.

Es necesario señalar que el concepto de proyecto de vida fue recogido por la Corte luego de intensos debates. Ello se desprende de los votos singulares que forman parte de la sentencia. Así, el juez Carlos Vicente de Roux Rengifo se apartó de la decisión de la Corte en relación con el monto de la indemnización compensatoria “porque (se) ha debido comprender también una cantidad de dinero específicamente destinada a reparar los daños en el proyecto de vida”. Interesante es anotar que Roux Rengifo advierte tres hechos que han motivado la coincidencia con nuestro autor. El primero es que no todo proyecto es el que merece ser indemnizado, sino aquel que trastoca “a fondo el marco afectivo y espiritual en que se desenvuelve la vida de la familia, o trunquen una evolución profesional que ha consumido

grandes esfuerzos y empeños”. El segundo que los jueces deben tener en cuenta para fijar la indemnización que no hay ninguna tragedia eterna y que la víctima no permanecerá atrapada en el inmovilismo<sup>308</sup>. El último, pero no menos relevante, la distinción que Roux Rengifo hace entre “daño al proyecto de vida” y “daño moral”, entendiendo que el primero alude a modificaciones del entorno objetivo que se prolongan en el tiempo y se objetivan en “las alteraciones a las condiciones de existencia” mientras que el segundo expresa “el sufrimiento o la aflicción subjetivos de la víctima, que son indemnizados, como perjuicios morales, mediante el reconocimiento del *precium doloris*”.

Por su parte, los jueces Cancado Trindade y Abreu Burelli, en voto conjunto, emitieron algunas reflexiones sobre el tema. Estos magistrados diferencian los daños al interés patrimonial de los daños causados al ser humano, por lo que reconocen la importancia de la sentencia de la Corte al recoger el concepto de daño al proyecto de vida. De no ser así, se preguntan los jueces: “¿cómo se lograría la *restitutio in integrum* como forma de reparación?, ¿cómo se procedería a la rehabilitación de la víctima como forma de reparación?, ¿cómo se afirmaría de modo convincente la garantía de no-repetición de los hechos lesivos en el marco de las reparaciones?”.

Sin embargo, para estos jueces, la forma de reparar este tipo de perjuicios no se traduciría en dinero, tal como se señala en el Punto 11 de su voto conjunto: “De todo esto resulta claro que las reparaciones no pecuniarias son mucho más importantes de lo que uno podría *prima facie* suponer”. Aun así señalan que “todo el capítulo de las reparaciones de violaciones de derechos humanos debe (...) ser repensado desde la perspectiva de la integralidad de la personalidad de la víctima y teniendo presente su realización como ser humano y la restauración de su dignidad” situación que, agregan, deberá “ser objeto de mayor desarrollo jurisprudencial en el futuro” (Punto 17).

---

<sup>308</sup> Fernández Sessarego, Carlos. **Los 25 años del código civil peruano**, Lima 2009, Motivensa SRL., p. 590 y p. 592.

Una opinión contraria fue la del Juez Oliver Jackman, único de los siete magistrados que se opuso al concepto de proyecto de vida. Este magistrado, a pesar de estar de acuerdo “con lo ordenado en los puntos dispositivos y con las *rationes decidendi* de la sentencia como un todo” señala que no puede unirse “con plena convicción al entusiasmo por el denominado proyecto de vida” atendiendo que los criterios jurisprudenciales (caso Velásquez Rodríguez, Indemnización Compensatoria, sentencia de 21 de julio de 1989), expedidos al amparo del artículo 63 de la Convención, le permitían a la Corte “sin necesidad de crear un nuevo rubro de reparaciones” evaluar cualquier tipo de daño. “Por ende, una pretensión fundada en la ‘pérdida de oportunidades de desarrollo’ puede ser examinada como cualquier otra pretensión”.

Con natural complacencia, Fernández Sessarego ha celebrado la incorporación del “daño al proyecto de vida” en las sentencias de la CIDH. Lamenta, sin embargo, que la Corte se haya negado a una compensación por este tipo de afectaciones y concuerda con las expresiones de Roux Rengifo en lo contradictorio que es reparar el “daño moral” (predominantemente subjetivo) y no el “daño al proyecto de vida” (substancialmente objetivo). De hecho, Roux Rengifo considera que debió indemnizarse a la víctima con US\$ 124,190.30<sup>309</sup>

#### **4.1.2. Caso Cantoral Benavides (03 de diciembre de 1991)**

##### **a. El caso**

El fundamento 63 de la sentencia informa sobre el contenido de la discusión y los hechos probados para la Corte: (i) El 6 de febrero de 1993 Luis Alberto Cantoral Benavides fue detenido, sin una orden judicial expedida por una autoridad competente, por agentes de la DINCOTE, en su domicilio ubicado en la calle Jirón Obreros 566, 4to. piso “A” del distrito La Victoria, Ciudad de Lima, Perú; (ii) Luis Alberto Cantoral Benavides no tenía antecedentes penales; (iii) Los miembros de la DINCOTE llegaron a la casa para detener a

---

<sup>309</sup> Los 25 años del código civil peruano, Lima 2009, Motivensa SRL., pp. 586-589.

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL "DAÑO A LA PERSONA" EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

José Antonio Cantoral Benavides, hermano de Luis Alberto Cantoral Benavides, pero que, al no encontrar al primero, detuvieron al segundo. El hermano mellizo de Luis Alberto Cantoral Benavides, Luis Fernando Cantoral Benavides, acompañó voluntariamente a su hermano a las instalaciones de la policía y fue posteriormente detenido y condenado a 25 años de prisión; (iv) Al momento de llevarse a cabo la detención de Luis Alberto Cantoral Benavides, se encontraba vigente en el Departamento de Lima y en la Provincia Constitucional del Callao, un estado de emergencia y suspensión de las garantías contempladas en los incisos 7 (inviolabilidad de domicilio), 9 (libertad de tránsito en el territorio nacional), 10 (libertad de reunión) y 20.g) (detención con orden judicial o por las autoridades policiales en flagrante delito) del artículo 2 de la Constitución peruana que regía en ese momento; (v) Luis Alberto Cantoral Benavides fue exhibido públicamente a través de los medios de comunicación, vestido con un traje a rayas como los que usan los presos, como integrante del Partido Comunista del Perú Sendero Luminoso cuando aún no había sido legalmente procesado ni condenado (vi) Luis Alberto Cantoral Benavides estuvo encarcelado durante el primer año de reclusión bajo un régimen de aislamiento celular continuo, dentro de una celda reducida, sin ventilación ni luz natural, en la que debía permanecer 23 horas y media -sólo disponía de media hora diaria para salir a un patio-. Además tenía un régimen de visitas restringido; sólo podía recibir una vez al mes la visita de sus familiares directos, sin contacto físico entre él y la visita, tenía restricciones para realizar trabajo físico o intelectual y se le mantenía en condiciones de hacinamiento; (vii) El juez encargado de ejecutar la sentencia que disponía la libertad de Luis Alberto Cantoral Benavides, liberó por error, el 25 de agosto de 1993, a su hermano mellizo, Luis Fernando Cantoral Benavides, quien había sido condenado a 25 años de pena privativa de libertad. Luis Alberto Cantoral Benavides siempre permaneció detenido; (viii) En el proceso tramitado en el fuero militar contra Luis Alberto Cantoral Benavides se dificultó a la defensa el acceso al expediente, pues contó sólo con una tarde para su estudio y para preparar sus alegatos; no se le permitió entrevistarse libremente y en privado con su defendido y se le concedieron sólo 15 minutos para su defensa oral; algunas

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

de las actuaciones del proceso penal militar no le fueron notificadas ni al abogado defensor ni a Cantoral Benavides; tuvo dificultades para acceder a la prueba y controvertirla; las audiencias se realizaban en los establecimientos militares o penitenciarios, sin acceso al público; (ix) Durante el proceso seguido ante el fuero común por el delito de terrorismo, no obstante que pudo Luis Alberto Cantoral Benavides designar un abogado de su elección, a éste se le dificultó ejercer la defensa adecuadamente; (x) Luis Alberto Cantoral Benavides estuvo privado de libertad en forma ininterrumpida desde el 6 de febrero de 1993 hasta el 25 de junio de 1997, cuando fue liberado; (xi) Durante la época de la detención de Luis Alberto Cantoral Benavides existía en el Perú una práctica generalizada de actos de agresión física y psíquica contra las personas investigadas por delitos de traición a la patria y terrorismo; y (xii) El Estado tuvo conocimiento de los actos de agresión física y psíquica cometidos contra Luis Alberto Cantoral Benavides y, a pesar de ello, no desarrolló investigación alguna al respecto

**b. La sentencia de la Corte**

En este caso la Corte expresamente reparó el daño al proyecto de vida.

En el párrafo 60 la Corte indicó que las torturas sufridas por Cantoral Benavides le ocasionaron una grave alteración que el curso que normalmente hubiera seguido su vida, al extremo que “los trastornos que esos hechos le impusieron le impidieron la realización de su vocación, aspiraciones y potencialidades de la víctima” lo que ha representado un serio menoscabo para su proyecto de vida (párrafo 80).

La Corte estimó que la vía más idónea para establecer dicho proyecto, consistía en que el Estado le proporcione una beca de estudios para cubrir la carrera profesional que elija así como los gastos de manutención en un centro de reconocida calidad académica.

En la mencionada sentencia se encuentra el voto razonado de Cancado Trindade, quien indica que “la reparación al daño al proyecto de vida no se reduce a una indemnización más: se efectúa, en el *cas de espèce* por las

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

garantías de las condiciones extendidas a la víctima para su formación como ser humano y su educación en nivel superior (párrafo 2)”. Concluye expresando que “la corte interamericana afirma el valor superior de la garantía de la educación como forma de reparación del daño al proyecto de vida y una víctima de violación de los derechos humanos protegidos por la convención interamericana (párrafo 13)<sup>310</sup>.”

<sup>310</sup> En este caso no participó el juez Oliver Jackman, no obstante en el caso Gutiérrez Soler emite un voto en discordia y señala: “En la presente sentencia, la Corte “reconoce la ocurrencia de un daño al ‘proyecto de vida’ del señor Wilson Gutiérrez Soler, derivado de la violación de sus derechos humanos.” Ha decidido, sin embargo, no cuantificar este daño “en términos económicos, ya 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”.

“En el *Caso Loayza Tamayo*, el Tribunal también reconoció “la existencia de un grave daño al ‘proyecto de vida’ de María Elena Loayza Tamayo, derivado de la violación de sus derechos humanos”, pero sostuvo que “la evolución de la jurisprudencia y la doctrina hasta la fecha no permite traducir este reconocimiento en términos económicos”. En ese caso, como en el presente, la Corte consideró que “el acceso mismo de la víctima a la jurisdicción internacional y la emisión de la sentencia correspondiente” consistieron en reparaciones adecuadas para el daño identificado”.

“En su sentencia sobre reparaciones del *Caso Cantoral Benavides*, la Corte observó que los hechos de ese caso

ocasionaron una grave alteración del curso que normalmente habría seguido la vida de Luis Alberto Cantoral Benavides. 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. Todo esto ha representado un serio menoscabo para su “proyecto de vida”.

“En esa oportunidad, dejando al lado la reticencia que había demostrado en el *Caso Loayza Tamayo*, el Tribunal sostuvo – y, en consecuencia, ordenó – 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 [...] en un centro de reconocida calidad académica”.

“No participé en esa sentencia debido a razones de fuerza mayor. Si hubiera participado, habría estado de acuerdo con el fallo de la Corte con base en los hechos; sin embargo, me habría visto en la necesidad de expresar, tal como hice mediante mi Voto Separado en *Loayza Tamayo*, las reservas más fuertes en relación con la pretendida *ratio decidendi*; esto es, la tesis de que ahora existe otra categoría de daños dirigida a la reparación del daño al “proyecto de vida” de la parte lesionada, la cual es de alguna manera separada y distinta a la categoría de daños actualmente conocida como daños “morales” o “inmateriales”.

En mi Voto en *Loayza Tamayo*, sostuve que

[e]n mi opinión, los extensos precedentes que la Corte ha establecido en su jurisprudencia le permiten, sin necesidad de crear un nuevo rubro de reparaciones, evaluar el daño al que se ha hecho referencia y ordenar las medidas pertinentes de acuerdo con el artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...]. De acuerdo con la Convención, la Corte tiene la autoridad para ordenar el pago de “una justa indemnización” a un requirente exitoso. En consecuencia, una vez que se ha cumplido con el estándar de causalidad del daño en un caso dado, el Tribunal está en libertad de tomar una decisión sobre la base de cualquier daño

### 4.1.3. Caso “Niños de la Calle” (19 de noviembre de 1999)

#### a. El caso

La Corte consideró probado: (i) Que las presuntas víctimas, Henry Giovanni Contreras, de 18 años de edad; Federico Clemente Figueroa Túnchez, de 20 años; Julio Roberto Caal Sandoval, de 15; Jovito Josué Juárez Cifuentes, de 17, y Anstrum Aman Villagrán Morales, también de 17 años, eran “niños de la calle”, amigos entre sí y vivían en la 18 calle, entre la 4ª y 5ª avenidas, en la zona 1 de la Ciudad de Guatemala; dentro de ese área frecuentaban particularmente el sector conocido como “Las Casetas”, ocupado por puestos de venta de alimentos y bebidas, sector que fue el escenario de los hechos del presente caso; (ii) En la época en que sucedieron los hechos, 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; (iii) En horas diurnas del 15 de junio de 1990, en el área de “Las Casetas”, una camioneta se acercó a los jóvenes Contreras, Figueroa Túnchez, Caal Sandoval y Juárez Cifuentes; de dicho vehículo bajaron hombres armados, que obligaron a los jóvenes a subir al mismo y se los llevaron; (iv) Los cuerpos de los jóvenes Juárez Cifuentes y Figueroa Túnchez fueron encontrados en los Bosques de San Nicolás el 16 de junio de 1990 y los cadáveres de los jóvenes Contreras y Caal Sandoval fueron descubiertos en el mismo lugar el día siguiente. La causa de la

---

identificable sufrido por el requirente como resultado de las violaciones de los derechos y libertades protegidos en la Convención.

“Si bien apoyo completamente el fallo de la Corte en relación con las reparaciones ordenadas para el señor Gutiérrez Soler, no estoy convencido de que haya un elemento en el presente caso que me lleve a modificar el punto de vista elaborado en el *Caso Loayza Tamayo*”.

“El concepto de daño compensable al llamado “proyecto de vida” – aparte de la impresión que podría generar de una Corte demasiado ansiosa en encontrar formas novedosas para castigar a los estados demandados – es, en mi opinión respetuosa, artificial, y una creación que no responde a una necesidad jurídica identificable”.

muerte fue oficialmente atribuida, en todos los casos, a lesiones producidas por disparos de armas de fuego en el cráneo.

#### **b. La sentencia de la Corte**

Tanto Fernández Sessarego<sup>311</sup> como Ana Salado Osuna<sup>312</sup> y Joel Díaz Cáceda<sup>313</sup> han señalado que en este caso también se aborda el tema del daño al proyecto de vida. Así Fernández Sessarego expresa que cuando la Corte alude “al menoscabo de aquellos valores muy significativos para las personas y otras perturbaciones que no son susceptibles de medición pecuniaria”, se está refiriendo al proyecto de vida. Por su parte, Salado Osuna reseña la sentencia y manifiesta que en supuestos como la muerte de niños resulta imperioso reparar el “daño al proyecto de vida” y que ésta tiene que ser distinta a la indemnización que corresponde por daño material o daño moral. Por su parte, Díaz Cáceda refiere que dicha sentencia mantiene los criterios del caso Cantoral Benavides en materia de reparaciones.

Las expresiones de dichos profesores no parecen estar ajustadas a la realidad de la sentencia, salvo lo señalado en el párrafo 89, en el que la Corte expresa que va a valorar la destrucción del proyecto de vida de los jóvenes asesinados y sus allegados. No obstante tal valoración no fue efectuada explícitamente al momento de ordenar la reparación.

Debe observarse el voto concurrente de Cancado Trindade y Abreu Burelli. Dichos magistrados señalan que aquí se aborda el tema de proyecto de vida desde el derecho a la vida, en el punto que el Estado tiene obligaciones negativas de no privar a nadie de la vida arbitrariamente y obligaciones positivas de tomar las medidas para asegurar que el derecho no sea violado.

---

<sup>311</sup> Fernández Sessarego, Carlos. **Los 25 años del código civil**. Motivensa Editora Jurídica. Lima, 2009, p. 599. No obstante lamenta el paso atrás que da la Corte al no distinguir con claridad el “daño moral” del “daño a la persona” y el hecho de no reparar por separado los daños materiales de los inmateriales.

<sup>312</sup> Salado Osuna, Ana. **Los casos peruanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Editora Normas Legales S.A.C. Trujillo, 2004, p. 436.

<sup>313</sup> 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. Jurista Editores. Lima, 2006, p. 127. ss.

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

En esa óptica, atendiendo las condiciones en las que desarrollaban su existencia los “niños de la calle”, los magistrados indican que el Estado debe ofrecer condiciones mínimas para desarrollar una vida digna porque “el proyecto de vida es consustancial del derecho de la existencia, y requiere para su desarrollo condiciones de vida digna, de seguridad e integridad de la persona humana<sup>314</sup>”. Terminan expresando: “Una persona que vive en la miseria no se encuentra en la condición de crear su proyecto de vida (pues) experimenta un estado de padecimiento equivalente a una muerte espiritual”.

Expuesta así las cosas, parece ser que el término “proyecto de vida” no fue asumido por estos magistrados en su noción de reparación del daño, sino más bien en el de “libre desarrollo de la personalidad” o en el de “vida digna”; de allí que no se haga mención en la parte resolutive que tal concepto sirva para lograr una mayor o menor reparación.

Resulta de singular importancia el voto razonado de Roux Rengifo. Este magistrado expresó que en orden al daño moral la Corte ha hecho una distinción pertinente en torno a los sufrimientos y aflicción a las víctimas directas y sus familiares y al menoscabo de valores muy significativos para las persona. Para Roux Rengifo hubiera sido mas conveniente la expresión de daño inmaterial que la de daño moral y refiere que es posible hablar de las siguientes clases de daños morales.

- 1 Los padecimientos psíquicos y físicos sufridos por la familia directa y indirecta.
2. Otros daños inmateriales entre los cuales debe considerarse:
  - a. La pérdida de la vida, considerada como valor autónomo
  - b. La destrucción del proyecto de vida, para que se demuestre que se truncó éste.

---

<sup>314</sup> Caso “Niños de la Calle”. Voto concurrente de Cancado Trindade y Abreu Burelli, párrafo 8.

c. La alteración de las condiciones emocionales y afectivas de existencia que se sufre por la pérdida de un pariente muy próximo<sup>315</sup>.

#### 4.1.4. Caso **Bámaca Velásquez vs Guatemala (22 febrero 2002)**

##### a. El caso

El fundamento 29 de la sentencia da cuenta de los hechos que consideró probados la Corte: (a) que Efraín Bámaca Velásquez nació el 18 de junio de 1957 y se desempeñaba como comandante de la URNG al momento de los hechos; b) que antes de incorporarse a la URNG la víctima se dedicaba a la actividad agrícola, junto con otros miembros de su familia, brindándoles a éstos una colaboración económica para afrontar los gastos del hogar; c) que a partir del año 1991 participó en las negociaciones de los acuerdos de paz en Guatemala por parte de la URNG; y que en Guatemala se logró el “Acuerdo sobre el definitivo cese al fuego” en diciembre de 1996; d) que el 12 de marzo de 1992, cuando se produjo un enfrentamiento entre la guerrilla y el ejército, Bámaca Velásquez tenía aproximadamente 35 años. En la misma fecha fue detenido y comenzó su desaparición forzada; e) que existía una práctica en el ejército de capturar guerrilleros y mantenerlos en reclusión clandestina y éstos eran torturados en diferentes estancias militares, con el propósito de obtener información útil para el ejército. En el caso del señor Bámaca Velásquez, éste fue trasladado al menos a tres destacamentos militares con los fines señalados; f) que durante su detención Efraín Bámaca Velásquez fue sometido a tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes; g) que Efraín Bámaca Velásquez fue visto por última vez en la enfermería de la Zona Militar No. 18 de San Marcos cuando, atado a una cama de metal, era interrogado y sometido a torturas; h) que la víctima aspiraba a incorporarse a la actividad productiva de su país, una vez que el conflicto

---

<sup>315</sup> En este punto, Fernández Sessarego muestra su desavenencia. El maestro sanmarquino prefiere antes que el término “daño inmaterial” el más genérico de “daño a la persona”, pues el daño lo recibe éste “aunque las consecuencias sean inmateriales”, dado que no cabe confundir la naturaleza del ente dañado (en este caso la persona) con las consecuencias (que sí pueden ser materiales o inmateriales)”. **Los 25 años del código civil peruano**, Lima 2009, Motivensa SRL., pp. 600-601.

hubiera llegado a su fin; y i) que a la fecha se desconoce el paradero de los restos mortales del señor Bámaca Velásquez.

#### **b. La sentencia de la Corte**

En este caso fueron los representantes de la víctima los que consideraron que el daño sufrido por Bámaca Velásquez (desaparición forzada) impidió a Jennifer Halperin desarrollar su proyecto de vida, "al imposibilitar que alcanzara sus metas personales, profesionales y familiares junto a él" (Fundamento 69). Los peticionarios consideraron que el proyecto de vida era autónomo del daño moral y material.

No hubo respuesta a ninguna de las inquietudes pues la Corte al momento de ordenar la reparación no mencionó ese tipo de daños<sup>316</sup> por lo que quedó sin resolver dos puntos esenciales: (i) ¿es posible otorgar a los deudos reparaciones por "proyectos de vida" cuando la víctima ha fallecido?; (ii) ¿se trunca el "proyecto de vida" de una esposa cuando fallece su marido?

#### **4.1.5. Caso Hermanos Gómez Paquillauri (08 de julio del 2004)**

##### **a. El caso**

Los hechos que la Corte consideró probados fueron los siguientes: (i) Rafael Samuel Gómez Paquiyauri nació el 7 de febrero de 1974 en San Miguel, Lima. Su hermano, Emilio Moisés Gómez Paquiyauri nació el 6 de febrero de 1977 en San Miguel, Lima. Ambos eran estudiantes en la época de los hechos, y ocasionalmente ayudaban a su padre en diferentes labores, incluida la reparación de buques; (ii) En la mañana del 21 de junio de 1991, Rafael Samuel y Emilio Moisés Gómez Paquiyauri se dirigían al trabajo de su madre en la provincia del Callao, cuando fueron interceptados y detenidos

---

<sup>316</sup> No obstante el voto razonado de Cancado Trindade hace mención a la "proyección del sufrimiento humano en el tiempo" y recuerda las expresiones de la señora Jennifer Harbury, quien interrogada había declarado la "realidad muy dura" de los hechos que le ha despertado "pesadillas" constantes y le ha hecho escuchar "gritos en la noche" (imaginando a su esposo "quemándose o suplicando ayuda"), lo que se ha transformado para ella en "un estado permanente" de angustia. "(T)engo la necesidad de tenerlo en los brazos (...) y meterlo en su fosa (...), dejar su ataúd con cariño, (...) necesito tenerlo (...) en mis brazos una vez más", dice la señora Harbury.

**ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO**

por agentes de la Policía Nacional Peruana que buscaban personas involucradas en supuestos actos terroristas, en cumplimiento del plan “Cerro Noventiuno”; (iii) Que luego de su detención, Rafael Samuel y Emilio Moisés Gómez Paquiyauri fueron arrojados al suelo, golpeados a puntapiés, y un policía se paró sobre sus espaldas. En seguida los policías les cubrieron la cabeza y así los arrastraron a la maletera de un auto patrullero; (iv) Que los hermanos Rafael Samuel y Emilio Moisés Gómez Paquiyauri fueron entonces trasladados, bajo custodia policial, hasta un lugar llamado “Pampa de los Perros”, donde fueron golpeados a culatazos de escopeta y posteriormente asesinados mediante disparos con armas de fuego en la cabeza, tórax y otras partes del cuerpo; (v) Que aproximadamente una hora después de su detención, los cadáveres de Rafael Samuel y Emilio Moisés Gómez Paquiyauri fueron ingresados a la morgue del hospital San Juan, el cual actualmente se llama “Daniel Alcides Carrión”, como NN (No Identificados); (vi) Que antes de morir, Rafael Samuel y Emilio Moisés Gómez Paquiyauri fueron objeto de torturas producidas por agentes de la Policía Nacional del Perú; (vii) Que en la morgue, los cuerpos de Rafael Samuel y Emilio Moisés Gómez Paquiyauri estaban llenos de sangre y tierra, sucios, mojados; había masa encefálica en sus cabellos y Emilio tenía uno de sus dedos desprendidos. Ambos tenían los ojos vaciados; (viii) Que los agentes estatales involucrados en los hechos trataron de presentar ante la opinión pública a Rafael Samuel y Emilio Moisés Gómez Paquiyauri como si hubieran sido terroristas, y su muerte se hubiera producido en el marco de un enfrentamiento armado (Fundamento 67).

**b. La sentencia de la Corte**

En este caso, la Corte evaluó la muerte de 2 hermanos de 14 y 17 años asesinados por la policía del Estado.

Los padres de los jóvenes asesinados solicitaron se reparara el “proyecto de vida de la familia Gómez Paquiyauri (...) cimentado en la promesa de lo que podían lograr los hijos”, lo que claramente importa un lucro cesante y no propiamente un daño al proyecto de vida. De hecho, la Corte menciona que

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

“el proyecto de vida de los hermanos estaba íntimamente ligado con el de la familia, ya que los padres eran inmigrantes de la zona de la sierra central del Perú, en donde la familia es concebida como una unidad económica en la que todos los miembros aportan en el desenvolvimiento de la vida familiar y su sustento” (Fundamento 203) y, por tal motivo, sin mencionar para nada la idea de “proyecto de vida” otorga indemnización por US\$ 100,000.- por “pérdida de ingresos”, esto es, por lucro cesante (Fundamento 205)

En cambio, apelando al concepto genérico de daño inmaterial el que “puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia” (Fundamento 211), brinda reparación extensa a las víctimas aunque ello implicó un retroceso en torno al uso del concepto de “daño al proyecto de vida”.

Tal cambio originó el voto singular de Francisco Eguiguren. Este jurista señaló (punto 3):

“Respecto al tema de las reparaciones, considero que hubiera sido preferible establecer como criterio predominante la reparación del daño al proyecto de vida, ocasionado por la ejecución de ambos niños. Ello lo encuentro preferible y más adecuado que haber considerado dentro del daño material la pérdida de ingresos, como se ha hecho en ésta y otras sentencias de la Corte. El daño al proyecto de vida, conforme señalaron los jueces Cançado Trindade y Abreu Burelli en su voto razonado conjunto en el caso Loayza Tamayo, resulta un concepto más apropiado tratándose de una reparación por violaciones graves a los derechos humanos. Permite tomar distancia de criterios propios del Derecho Civil Patrimonial, como la pérdida de ingresos, el daño emergente, el daño al patrimonio familiar o el lucro cesante”

Y más adelante:

“El daño al proyecto de vida involucra tanto aspectos materiales como inmateriales en la violación de este derecho fundamental de la persona; comprende así no sólo una reparación indemnizatoria por la privación arbitraria de la vida, sino por la afectación y truncamiento al libre desarrollo de la personalidad, la interrupción de las acciones que pudieron realizar ambos niños no sólo en lo laboral (pérdida de ingresos) sino también en aspectos espirituales, la realización personal y familiar, la consecución de planes y metas. Valorar el daño material estimándolo en pérdida de ingresos, resulta poco satisfactorio sobre todo tratándose de niños o adolescentes que no han adquirido aún propiamente una inserción laboral o realización profesional, ni una incorporación efectiva en el mercado de trabajo. El reconocimiento de un daño al proyecto de vida, resulta así más integral y consistente desde una perspectiva de protección a los derechos humanos, apartándose de corrientes esencialmente patrimonialistas. Además incluye la dimensión inmaterial, lo que hace innecesario tener que contemplar por separado un daño moral a las víctimas directas cuando éstas han muerto.. Considero, pues, que la Corte podría revisar los criterios para establecer las reparaciones en casos futuros, con mayor razón cuando se trata de niños o adolescentes privados de la vida”

El magistrado peruano recogiendo la noción de “proyecto de vida” sostuvo que éste “involucra tanto aspectos materiales como inmateriales en la violación de este derecho fundamental de la persona; comprende así no sólo una reparación indemnizatoria por la privación arbitraria de la vida, sino por la afectación y truncamiento al libre desarrollo de la personalidad, la interrupción de las acciones que pudieron realizar ambos niños no sólo en lo laboral (pérdida de ingresos) sino también en aspectos espirituales, la realización personal y familiar, la consecución de planes y metas”.

#### **4.1.6. Caso Instituto de Reeducción del Menor vs Paraguay (2 setiembre 2004)**

##### **a. El caso**

En el proceso quedó acreditado: (i) El Instituto era un establecimiento para internar a niños en conflicto con la ley. Esta población fue creciendo, de manera que se originaron serios problemas de hacinamiento e inseguridad entre los internos; (ii) Los internos en el Instituto estaban recludos en celdas insalubres con escasas instalaciones higiénicas. Además estaban mal alimentados y carecían de asistencia médica, psicológica y dental adecuada; (iii) El Instituto no contaba con un número adecuado de guardias en relación con el número de internos; (iv) Los guardias del Instituto recurrieron frecuentemente al uso de castigos violentos y crueles con el propósito de imponer disciplina en la población de internos. Como métodos de castigo se utilizaron, *inter alia*, aislamiento, palizas, torturas, y traslados a cárceles de adultos; (v) El 11 de febrero de 2000 ocurrió un incendio en el Instituto, a raíz del cual fallecieron nueve internos y resultaron heridos decenas más; (vi) El 5 de febrero de 2001 se produjo otro incendio en el Instituto, en el cual resultaron heridos o quemados los siguientes nueve internos; (vii) El 25 de julio de 2001 hubo otro incendio en el Instituto originado en el amotinamiento de los internos, generándose muertos y heridos; (viii) Tras el incendio de 11 de febrero de 2000 algunos internos fueron remitidos a la Penitenciaría Regional de Emboscada, un penal para adultos. Algunos menores fallecieron allí (Fundamento 134).

##### **b. La sentencia de la Corte**

En la sentencia la Corte expresó que los estándares internacionales, cuando se trata de niños, obligan al Estado a tomar medidas de protección especial, pues ellos se encuentran en una etapa crucial de su desarrollo físico, mental y moral que impactará su proyecto de vida (párrafo 156). La nota al pie de este párrafo hace referencia al caso Loayza Tamayo (párrafo 148) en la parte que conceptúa el proyecto de vida. Así expresa: (...) “se asocia al

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

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 fin que se propone. En rigor, las opciones son la expresión de garantía y la libertad. Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encarrilar su existencia y llevarla a su natural culminación. Estas opciones poseen, en si mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implica la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta corte”.

Es pertinente señalar que en el transcurso del proceso diversos peritos opinaron sobre la destrucción del proyecto de vida de los menores. Así el perito Carlos Arestivo (párrafo 69.e) señaló que los jóvenes debían tener un acompañamiento terapéutico que les permita reflexionar sobre su vida y les permita crear un nuevo proyecto de vida. En el párrafo 79.h, el perito Arturo García Méndez también señaló que la reparación debía tener en cuenta cuál había sido y cual podía haber sido el proyecto de vida de las víctimas. Por su parte, la perito Clericó Deusht (párrafo 69.i) indicó que el Estado debía favorecer y facilitar que los individuos desarrollen un proyecto de vida según sus aspiraciones. Hay que reparar que la Corte expresó que debía establecer si el Estado adoptó las iniciativas para garantizar a los internos una vida digna con objeto de fortalecer su proyecto de vida (párrafo 181). En esa perspectiva, puede concluirse que evaluó si los daños sufridos iban a impactar en una u otra forma en su proyecto de vida.

A pesar de ello, al momento de establecer las reparaciones, la Corte no hizo mención a este tipo de daños, aunque (párrafo 295) hizo “mención al menoscabo de valores muy significativos para las personas” que a Fernández Sessarego le parece hacer alusión al daño al proyecto de vida.

#### **4.1.7. Caso Tibi vs Ecuador (7 setiembre 2004)**

##### **a. El caso**

La Corte consideró probado lo siguiente: (i) En un operativo policial fue detenido el señor Daniel Tibi vinculándolo al delito de narcotráfico. No se le comunicó las razones de su detención, estuvo sin defensa legal durante un mes y se le mandó a prisión; (ii) El señor Daniel Tibi, de nacionalidad francesa, nació el 23 de noviembre de 1958 y tenía 36 años de edad cuando ocurrieron los hechos. Residía en la Ciudad de Quito, Ecuador, se dedicaba al comercio de piedras preciosas y arte ecuatoriano. Fue detenido por agentes del Estado el 27 de septiembre de 1995. Luego de permanecer veintisiete meses, tres semanas y tres días privado de libertad, fue liberado el 21 de enero de 1998; (iii) La señora Beatrice Baruet, de nacionalidad francesa, convivía con el señor Daniel Tibi cuando ocurrieron los hechos del caso. La señora Baruet tiene dos hijas: Sarah Vachon, quien nació el 27 de agosto de 1983, y Jeanne Camila Vachon, quien nació el 1 de octubre de 1989. Al momento de los hechos, Sarah tenía doce años de edad y Jeanne Camila seis. Las dos niñas vivían con su madre y el señor Daniel Tibi. La señora Baruet tenía tres meses de embarazo; (iv) La menor Lisianne Judith Tibi, hija del señor Daniel Tibi y de la señora Beatrice Baruet, nació el 30 de marzo de 1996. En ese momento, su padre permanecía detenido en la Penitenciaría del Litoral; (v) El señor Valerian Edouard Tibi, hijo de una relación anterior del señor Daniel Tibi, nació el 10 de septiembre de 1982 y vivía en Francia. Al momento de los hechos, tenía 13 años y mantenía comunicación con su padre; (vi) Al tiempo de los hechos, la señora Beatrice Baruet envió a su hija Sarah Vachon a Francia. Cuando la señora Baruet visitaba al señor Daniel Tibi en la cárcel, llevaba algunas veces a su hija Jeanne Camila, y ambas permanecían en la celda del detenido. En una ocasión, la niña fue testigo de una pelea carcelaria, y desde entonces no quiso regresar a la cárcel. (vii) Valerian Edouard, el hijo del señor Tibi, no pudo visitarlo ni verlo durante su encarcelamiento. (viii) La niña Lisianne Judith Tibi fue llevada por su madre, en numerosas oportunidades, a la

cárcel donde estaba detenido su padre; (ix) Posteriormente, la persona que señaló al señor Tibi como narcotraficante refirió que lo hizo bajo presión y amenaza de la policía. El juez de la causa sobreseyó la causa y Daniel Tibi se marchó a Francia; (x) Después de ser liberado, el señor Tibi regresó a Francia y se separó de la señora Beatrice Baruet, de su hija e hijastras. Además, perdió comunicación con su hijo Valerian Edouard.

#### **b. La sentencia de la Corte**

En este caso Daniel Tibi, comerciante de piedras preciosas, fue arrestado el 23 de setiembre de 1995 sin orden judicial, recluido en la cárcel, torturado, golpeado, quemado y “asfixiado”.

Los representantes de la víctima señalaron que la violación de sus derechos humanos privaron al señor Tibi de desarrollar su proyecto, impidiéndole alcanzar las metas profesionales y familiares que se había planteado junto a su familia. Específicamente mencionaron: “Las violaciones a sus derechos humanos privaron al señor Tibi de la posibilidad de desarrollar su “proyecto de vida”, impidiéndole alcanzar las metas personales, profesionales y familiares que se había planteado junto a su familia. El señor Tibi tenía planes concretos tanto profesionales como personales para su futuro; estos planes quedaron descartados cuando fue privado de libertad arbitrariamente más de dos años. Las violaciones de las que fue objeto el señor Tibi alteraron gravemente el curso que normalmente habría seguido su vida; impidieron la realización de su vocación, aspiraciones, potencialidades, y causaron que nunca más pueda desarrollar actividades físicas normales” (Párrafo 240.e).

La Corte (párrafo 295) indicó que las violaciones cometidas en contra de Tibi alteraron de forma manifiesta su proyecto de vida, esto es, las expectativas de su desarrollo personal y es atendiendo a la frustración de dicho proyecto (y a los demás daños inmateriales ocasionados) que la Corte le concedió una compensación de 82,500 euros.

La sentencia tiene un voto razonado del juez Sergio García Ramírez, quien de manera expresa titula el subcapítulo 17: “**Protección a la familia y proyecto de vida**”. Para Ramírez el proyecto de vida se trata “de más que las oportunidades, chances, expectativas”; son metas razonables proyectos accesibles, que constituyen el derrotero para el desarrollo de la persona. Se trata, en suma, de “una decisión concreta por parte del titular de los derechos afectados”.

Para el juez Ramírez en el caso Tibi dicha persona había construido un proyecto que quedó destruido a partir de los hechos violatorios de la convención. “Se produjo la destrucción de ese proyecto y la aparición de otro curso de vida, no deseado” (Fundamento 86),

#### **4.1.8. Caso Hermanas Serrano Cruz vs El Salvador 09 de setiembre del 2005)**

##### **a. El caso**

La Corte estimó probado que: (i) El 13 de noviembre de 1995 la señora María Victoria Cruz Franco solicitó a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia que decretara un auto de exhibición personal a favor de sus hijas Ernestina y Erlinda Serrano Cruz, por el supuesto “secuestr[o de las mismas] por miembros del Batallón Atlacatl en [el] operativo realizado el dos de junio de mil novecientos ochenta y dos”; (ii) El 14 de marzo de 1996 la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia resolvió sobreseer el proceso de exhibición personal por “no haber establecido los extremos procesales para establecer la infracción constitucional”, con base en que “el hábeas corpus no e[ra] un medio para investigar el paradero de una persona detenida ilegalmente hace trece años “más aún si el Batallón Atlacatl ya no exist[ía] en virtud de los Acuerdos de Paz”

##### **b. La sentencia de la corte**

Cancado emite un voto disidente y disiente del contenido de las sentencia de fondo, en tanto no es posible señalar que dos niñas desaparecidas en un conflicto armado puedan desarrollar un auténtico proyecto de vida.

#### **4.1.9. Caso Gutiérrez Soler (12 de setiembre 2005)**

##### **a. El caso**

La Corte estimó probado: (i) Que el señor Gutiérrez Soler fue detenido el 24 de agosto de 1994 por la UNASE (Unidad de Antisecuestros y Extorsión) y conducido al sótano de las instalaciones de dicha entidad; (ii) Allí fue objeto de torturas (se le esposó a las llaves de un tanque de agua, se le hizo quemaduras en los órganos genitales y otras lesiones graves); (iii) No contó con la asistencia de representante legal; (iv) Las torturas causaron al señor Gutiérrez Soler perturbaciones psíquicas permanentes que fueron evaluadas en el peritaje practicado el 8 de agosto de 1996 por el Grupo de Psiquiatría y Psicología Forense de la Regional Bogotá; (v) Ninguna persona ha sido sanciona por la detención arbitraria; (vi) Posteriormente, Gutiérrez Soler fue absuelto del delito de extorsión y ha tenido que trasladarse a Estados Unidos debido a las amenazas en su contra; (vii) Los hechos han perjudicado a los hijos de Gutiérrez Soler.

##### **b. La sentencia de la Corte**

La Corte, en su fundamento 87, recordó que “La Comisión alegó que el proyecto de vida del señor Wilson Gutiérrez Soler ha sido “destruido[] por la impunidad de los responsables y la falta de reparación”. Por su parte, los representantes argumentaron que los hechos del caso *sub judice* cambiaron “radicalmente” su vida, y causaron la ruptura ‘de su personalidad y sus lazos familiares”.

En esa perspectiva, la Corte concuerda con la Comisión, pues “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

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

condiciones de soledad, penuria económica y quebranto físico y psicológico<sup>317</sup>”, dejándole no sólo “cicatrices físicas, sino también ha disminuido de manera permanente su autoestima y su capacidad de realizar y gozar relaciones afectivas íntimas”.

Son esas consideraciones, las que llevan a la Corte a “reconoce(r) la ocurrencia de un daño al “proyecto de vida” del señor Wilson Gutiérrez Soler, derivado de la violación de sus derechos humanos”, pero al igual que había ocurrido en el caso Loayza Tamayo se abstiene de cuantificar el daño económicamente ya 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 (*supra* párrs. 76, 78, 84.a y 85.a). La naturaleza compleja e íntegra del daño al “proyecto de vida” exige medidas de satisfacción y garantías de no repetición (*infra* párrs. 103, 104, 105, 107 y 110) que van más allá de la esfera económica. Sin perjuicio de ello, el Tribunal estima que ninguna forma de reparación podría devolverle o proporcionarle las opciones de realización personal de las que se vio injustamente privado el señor Wilson Gutiérrez Soler”.

Aquí también el juez Oliver Jackman emite un voto en discordancia que en su totalidad ha sido transcrita en la nota 307 de esta tesis y cuyo contenido es similar al que emitió en el caso Loayza Tamayo.

La sentencia también presenta un voto razonado de Cancado Trindade quien se lamenta que:

“(d)espués de los avances jurisprudenciales sobre el concepto del derecho al “proyecto” de vida en los casos *Loayza Tamayo versus Perú* (reparaciones, 1998), *Niños de la Calle” versus Guatemala* (fondo, 1999, y reparaciones, 2001) y *Cantoral Benavides versus Perú* (reparaciones, 2001)”por razones de falta de consenso, no haya

<sup>317</sup> La víctima dice: “definitivamente esto acab[ó] mi vida – y no sólo la mía – la de mi hijo, la de mi esposa [...]. Mi familia se perdió, el vínculo familiar de padres-hijos se perdió [...]. No solamente me quitaron mi propio valor, sino me quitaron mi familia, mis padres” (fundamento 88).

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

avanzado en la construcción jurisprudencial, situación que lo obliga a dejar constancia de sus reflexiones personales”.

Así, en términos casi heideggerianos (de hecho el título de su exposición es: **“El Tiempo, el Proyecto de Vida y la Vulnerabilidad de la Existencia Humana”**) señala que la idea de proyecto encierra toda una dimensión temporal y, por ello, es “esencialmente existencial”.

“Es decir, en el marco de la transitoriedad de la vida, a cada uno cabe proceder a las opciones que le parecen acertadas, en el ejercicio de plena libertad personal, para alcanzar la realización de sus ideales. La búsqueda de la realización del proyecto de vida desvenda, pues, un alto valor existencial, capaz de dar sentido a la vida de cada uno”.

De ahí que el Derecho no pueda quedar indiferente a la ruptura de esa búsqueda y así lo ha hecho la Corte, pues cuando ha ordenado la publicación de las partes relevantes de la presente sentencia, “ponderó que así lo hacía como una "medida de satisfacción adicional" a fin de:

"reparar el daño sustancial al proyecto de vida y honra del Sr. Wilson Gutiérrez Soler y de sus familiares", así como a fin de evitar la repetición de hechos (de tortura y malos tratos) como los del presente caso (párr. 105). Dentro de este entendimiento, con el cual estoy básicamente de acuerdo para preservar la especificidad del daño al proyecto de vida (que coexiste con el daño moral), podía y debía la Corte, sin embargo, haber procedido a un nuevo avance jurisprudencial del concepto de derecho al proyecto de vida”.

Esa forma de reparación es la que le parece adecuada, dado que:

“(d)istintamente del daño moral, a mi juicio los daños al proyecto de vida y al proyecto de post-vida no se cuantifican, no son susceptibles de "cuantificaciones", por cuanto buscan la reparación mediante obligaciones de hacer que conlleven a medidas de satisfacción (v.g.,

honrar los muertos en las personas de los vivos) (párr. 77)<sup>318</sup>. La "cuantificación" del daño moral, a su vez, se da en beneficio esencialmente de los que siguen vivos (víctimas directas o indirectas) (párr. 74)".

#### **4.1.10. Caso Masacre de Mapiripán (15 de setiembre del 2005)**

##### **a. El caso**

El fundamento 96 de la sentencia da cuenta de los hechos ocurridos: (i) El 12 de julio de 1997 aproximadamente un centenar de miembros de las AUC aterrizaron en el aeropuerto de San José de Guaviare en vuelos irregulares procedentes de Neclocí y Apartadó y fueron recogidos por miembros del Ejército sin que éstos últimos practicaran ningún tipo de control; (ii) Al llegar a Mapiripán, los paramilitares tomaron control del pueblo, de las comunicaciones y de las oficinas públicas y procedieron a intimidar a sus habitantes, y a secuestrar y producir la muerte de otros; (iii) Los testimonios de los sobrevivientes indican que el 15 de julio de 1997 las AUC separaron a 27 personas identificadas en una lista como presuntos auxiliares, colaboradores o simpatizantes de las FARC y que estas personas fueron torturadas y descuartizadas por un miembro de las AUC conocido como "Mochacabezas"; (iv) Los paramilitares permanecieron en Mapiripán desde el 15 hasta el 20 de julio de 1997, lapso durante el cual impidieron la libre circulación a los habitantes de dicho municipio, y torturaron, desmembraron, desvisceraron y degollaron aproximadamente a 49 personas, arrojando sus restos al río Guaviare. Además, una vez concluida la operación, las AUC destruyeron gran parte de la evidencia física, con el fin de obstruir la recolección de la prueba.

##### **b. La sentencia de la Corte**

---

<sup>318</sup> En este punto el voto razonado hace una extensa digresión sobre el "deber de la memoria" como posibilidad de rectificación del daño.

En el municipio de Maripipán varios ciudadanos fueron masacrados por autoridades colombianas. Llevado el caso a la Corte ésta ordenó la reparación por el daño sufrido.

Aquí debe advertirse el voto razonado de Gustavo Zafra. Dicho magistrado expresa que la reparación por violación de los derechos a la vida, tiene como título el incumplimiento del Estado de su posición de garante.

Zafra considera que el proyecto de vida es la recuperación de la identidad personal o libre desarrollo de la personalidad, entiende que se trata de un debate conceptual importante pero lo práctico es que el Estado cumpla con su obligación (5.a 5.b)<sup>319</sup>.

#### **4.1.11. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs Paraguay (29 de marzo del 2006)**

##### **a. El caso**

Se trataba del caso de reivindicación de tierras por parte de una Comunidad indígena a la que se había singularmente postergado y a la que se había reducido a las zonas de estancias ganaderas, donde vivían en situaciones de precariedad.

##### **b. La sentencia de la Corte**

No hubo en el principal consideraciones sobre el “proyecto de vida”; sin embargo, en el párrafo 18 de su voto, Cancado Trindade señaló que algunos miembros de dicha comunidad murieron en la indigencia total sin poder desarrollar su proyecto de vida.

Para Cancado el proyecto de vida sirve para preservar la identidad cultural.

---

<sup>319</sup> “Si a lo anterior lo llamamos proyecto de vida, o recuperación de la identidad personal, o libre desarrollo de la personalidad, es un debate conceptual importante. Sin embargo, lo práctico para el cumplimiento de la sentencia, es que el Estado asuma seriamente la obligación jurídica de capacitar y prestar la ayuda médica y psicológica a estas personas, en Mapiripán o en el municipio donde se domicilien” (Fundamento 5.b. del voto razonado del juez Gustavo Zafra Roldán).

#### **4.1.12. Caso Serveyón García (21 setiembre 2006)**

##### **a. El caso**

El párrafo 79 informa que el día 15 de septiembre de 1995 la Fuerza de Seguridad Pública (FUSEP) realizó detenciones colectivas, que comprendieron la captura de 128 personas, en el marco de un operativo policial preventivo e indiscriminado (...) en la ciudad de Tegucigalpa, con el objeto de evitar disturbios durante los desfiles que se realizarían para celebrar el Día de la Independencia Nacional de Honduras” (párr. 79.5). Entre los detenidos estaban Marco Antonio Servellón García (16 años), Rony Alexis Betancourth Hernández (17 años), Diomedes Obed García (19 años) y Orlando Álvarez Ríos (32 años), las víctimas en el presente caso (o sea, dos niños, un joven y un adulto), - que poco después fueron encontrados asesinados, con disparos en la nuca, cabeza y pecho, en distintos lugares de la ciudad de Tegucigalpa, por lo que se denominó, y se tornó conocido, el episodio, como el caso de los “cuatro puntos cardinales”.

##### **b. La sentencia de la Corte**

Los representantes de la víctima solicitaron que se indemnizara por violación al proyecto de vida. Tal pedido se hizo distinguiéndolo del daño moral aún cuando hacen a éste el continente de la reparación. Así el rubro 167.c.i. señala: “la vulnerabilidad de las víctimas frente a los agentes estatales, la forma de su detención, las amenazas y torturas de que fueron objeto, su sufrimiento emocional y físico, y las formas de ejecución, deben ser consideradas para estimar una indemnización por “daño moral”. Además, debe ser considerada para la estimación del “daño moral” la violación al proyecto de vida de las víctimas”.

Al momento de resolver, la Corte no hizo mención a tal tipo, pero si indicó que reparaba “el menoscabo de valores muy significativos”.

## **4.2. Los informes**

### **a. Informe N° 67/00. Caso Rivadeneyra Fernández**

En este caso el peticionante solicitó que se le indemnizara con 1,300,0000 dólares por el daño al proyecto de vida. El solicitante refirió que la Superintendencia de Banco del Ecuador pretendió controlar las sociedad financiera principal provocando la quiebra de la institución.

El caso fue declarado inadmisibile.

### **b. Informe 105/05, solución amistosa en la llamada masacre Villatina (27 octubre del 2005)**

Se trataba de un asesinato realizado en dicha localidad por 12 hombres miembros de la policía nacional, quienes bajaron de sus automóviles y ordenaron a niños y jóvenes que se encontraban en la zona que se tendieran en el suelo para luego abrir fuego contra ellos.

En el debate para aprobar los términos de la solución amistosa la comisionada Susana Villarán hizo referencia que se negó a los niños su proyecto de vida.

### **c. Informe la Infancia y sus derechos en el sistema interamericano de protección a los derechos humanos.**

En este informe, la Corte reseñando el caso “Niños de la calle”, refiere que cuando el Estado no evita que los niños vivan en miseria, los priva de las mínimas condiciones de vida y les impide sus desarrollo integral, les está negando su derecho al proyecto de vida (párrafo 132).

### **d. Informe 82/08 (30 de octubre del 2008)**

En este informe se encuentra la solución amistosa entre la Sra. X y familiares contra el Estado colombiano. Dicha señora había sido objeto de captura y violación sexual por parte de 3 miembros del ejército de ese país. El caso se resolvió por la vía de la solución amistosa el 19 de julio del 2007.

**ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO**

En la solución amistosa se expresa que el Estado debe reparar los perjuicios morales y materiales y “los daños a la vida en relación” sufridos por la víctima, la madre de la víctima y los hermanos de la víctima.

La corte determinando la compatibilidad de cumplimiento advierte que la solución amistosa le otorga a la víctima becas educativas a favor de sus hermanos y que ello forma parte de la reconstrucción del proyecto de vida.

**e. Informe N° 24/09, solución amistosa Penagos Martínez y México (20 de marzo del 2009)**

El estado mexicano reconoció como daño material el daño ocasionado al proyecto de vida. Se trataba del caso de una detención arbitraria seguida de secuela de torturas y la muerte extrajudicial de Reyes Penagos.

**f. Informe nº 26/09, caso Wallace Almeyda (20 marzo 2009)**

La corte señaló que “cuando dejaron morir desangrando a la víctima sin que se prestara auxilio alguno, se le truncó la vida y la posibilidad de desarrollar bajo condiciones de dignidad”.

La corte señaló que existe el deber de todo Estado de propiciar oportunidades que tiendan a garantizar a todo persona el progreso personal para conducir su vida hacia el desarrollo. Para la corte eso es el proyecto de vida. Importa señalar que en nota al pie, la Corte hace mención al caso Loayza Tamayo.

**g. Informe sobre los derechos de las mujeres en Chile (párrafo 83)**

En este caso el Estado informó que ha diseñado un programa para ofrecer a las mujeres víctimas de violencia familiar “un lugar seguro de residencia, atención legal y psicosocial que favorezca la reestructuración de su proyecto de vida.

### **4.3. Opiniones Consultivas**

#### **a. Opinión consultiva N° 17. Condición jurídica y derechos humanos del niño.**

Existe un voto concurrente de Cancado Trindade. En dicho voto, el referido magistrado recuerda que en la sentencia “Niños de la Calle”, la Corte expresó que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida, el mismo que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos.

En el párrafo 52 reitera que todo niño tiene derecho a crear y desarrollar su propio proyecto de vida. Asimismo para Cancado el proyecto de vida es un acto de estricta justicia (párrafo 60)

### **4.4. Otras expresiones de la Corte**

#### **a. Comunicado de Prensa 33/01**

Dicho comunicado hace mención a la visita realizada por la corte a la República de Colombia del 7 al 10 de diciembre del 2001.

En dicho documento la Corte corroboró la existencia de desplazamiento selectivo que afecta principalmente a maestros y sindicalistas amenazados de muerte y expresamente indicó que tales actos obligan a dichos ciudadanos a trasladarse a otras regiones sin recibir asistencia estatal o sin poder continuar con su proyecto de vida.

## **Capítulo II**

### **LOS ESTUDIOS EN LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA Y LOS SYLLABUS UNIVERSITARIOS**

## CAPÍTULO II: LOS ESTUDIOS EN LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA Y LOS SYLLABUS UNIVERSITARIOS

### I. LA ENSEÑANZA

#### 1. La Academia de la Magistratura

Interesa saber los estudios que se han seguido en diferentes entidades con respecto al “daño a la persona”, más aún si el propio Fernández Sessarego ha clamado por su colaboración con estas palabras: “(...) al mismo tiempo nos preguntamos con impaciencia ¿cuándo se crearán tribunales dedicados a la reparación (de) los daños a las personas? ¿Qué espera la Academia de la Magistratura para impartir cursos sobre la materia al lado de los derechos reales y los contratos? ¿Cuándo empezaremos a cambiar e mentalidad?”<sup>320</sup>

En primera instancia se han encontrado en la biblioteca de la Academia de la Magistratura 49 estudios de Derecho Civil, realizados en torno al Programa de Actualización y Perfeccionamiento de Magistrados y al Programa de Capacitación Académica para el Ascenso. Se trata de separatas preparadas por los profesores-coordinadores del curso que inciden en temas que la referida institución considera importantes para el desarrollo de la labor profesional del juez. El material encontrado empieza en el año 1996 y culmina en el 2006. No hay, en la actualidad, registros de años posteriores.

Las 49 separatas son las siguientes:

	Año	Tema	Coordinador
1	1996	Realidad jurídica de la mujer en el Perú	Amag
2	1996	Realidad jurídica de la mujer en el Perú.	Amag
3	1996	Curso intercambio de experiencias entre magistrados de España y Perú. Aborda los temas de nulidad y anulabilidad del acto jurídico.	Amag
4	1998	Responsabilidad civil extracontractual	Taboada Córdoba, Lizardo
5	1998	Régimen Familiar	Plácido Vilcachagua, Alex
6	1998	Régimen Familiar	Plácido Vilcachagua, Alex
7	1998	Responsabilidad civil extracontractual	Taboada Córdoba, Lizardo

<sup>320</sup> Fernández Sessarego, Carlos. **Los 25 años del código civil peruano de 1984**. Motivensa Editora Jurídica. Lima 2009, p. 503.

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

8	1998	Responsabilidad civil extracontractual	Taboada Córdoba, Lizardo
9	1998	Interpretación de contratos	Loayza Lazo, Alberto
10	1998	Interpretación de contratos	Loayza Lazo, Alberto
11	1998	Responsabilidad civil extracontractual	Taboada Córdoba, Lizardo
12	1998	Derecho Civil y Procesal Civil	Amag
13	1999	Temas del proceso civil	Amag
14	1999	Derecho Civil: Módulo 4	Amag
15	1999	Derecho civil y procesal civil	Amag
16	2000	Derecho de Familia I	Plácido Vilcachagua, Alex
17	2000	Derecho de Familia I	Plácido Vilcachagua, Alex
18	2000	Derecho de Familia II	Plácido Vilcachagua, Alex
19	2000	Derecho de Familia II	Plácido Vilcachagua, Alex
20	2000	Nulidad de Acto Jurídico	Taboada Córdoba, Lizardo
21	2000	Nulidad de Acto Jurídico	Taboada Córdoba, Lizardo
22	2000	Derecho de la Infancia	Cabello Matamala, Julia
23	2000	Derecho de la Infancia	Cabello Matamala, Julia
24	2000	Responsabilidad civil extracontractual	Taboada Córdoba, Lizardo
25	2000	Responsabilidad Civil extracontractual.	Palomino Manchego, José
26	2000	Responsabilidad civil extracontractual	Taboada Córdoba, Lizardo
27	2000	Responsabilidad civil extracontractual	Taboada Córdoba, Lizardo
28	2001	Derecho Civil: Módulo 2	Taboada Córdoba, Lizardo
29	2001	Derecho Civil. I Nivel	Amag
30	2001	Derecho Civil. I Nivel. Material de Trabajo	Amag
31	2001	.Derecho Civil. II Nivel Material de lecturas	Taboada Córdoba, Lizardo
32	2001	Derecho Civil: Módulo 2	Taboada Córdoba, Lizardo
33	2001	Derecho civil: Módulo 3	Mejorada Chauca, Martín
34	2002	Responsabilidad Civil	Taboada Córdoba, Lizardo
35	2002	Las relaciones obligatorias dinerarias y el régimen de intereses en el código civil	Barchi Velaochaga, Luciano
36	2002	Derecho Civil: primer nivel	Taboada Córdoba, Lizardo
37	2002	Módulo: Derecho Civil	Taboada Córdoba, Lizardo
38	2002	Módulo: Derecho Civil	Mercado Newman, Edgardo
39	2002	Módulo: Derecho de Familia	Cabello Matamala, Julia
40	2002	Módulo: Derecho Civil	Morales Godo, Juan
41	2003	Derecho Civil. Obligaciones	Barchi Velaochaga, Luciano
42	2005	Responsabilidad Civil	Amag
43	2005	Doctrina y legislación del niño y adolescente	Amag
44	2006	Temas de Derecho de Familia y del Niño	Plácido Vilcachagua, Alex
45	2006	Temas de Derecho de Familia y del Niño	Plácido Vilcachagua, Alex
46	2006	Temas de Derecho de Familia y del Niño. Parte II	Plácido Vilcachagua, Alex
47	2006	Módulo de Derecho Civil	Beltrán Pacheco, Jorge
48	2006	Módulo 3. Especialidad Civil	Hinojosa Uchofen, Carlos
49	2006	Derecho Civil I	Loayza Lazo, Alberto

De las 49 separatas es necesario tener en cuenta las realizadas y/o compiladas por Lizardo Taboada Córdoba y que atañen al tema de la Responsabilidad Extracontractual y la realizada por Alex Plácido Vilcachagua referida al Derecho de Familia.

Los trabajos de Taboada Córdoba para la AMAG son varios<sup>321</sup>; se tratan, en general, de documentos similares que vienen anteceditos por las propias expresiones del autor y, luego, por material de lectura. En ninguno de los casos, estas separatas incorporaron artículo alguno de Carlos Fernández Sessarego a pesar que tocan el tema del “daño a la persona” y que adjuntan un trabajo de Ricardo Luis Lorenzetti referido al tema, específicamente el denominado: “El daño a la persona: solución de casos de colisión de derechos fundamentales”.

Esta omisión se hace más grave cuando el propio Taboada Córdoba al instruir a los magistrados en el Programa de Actualización y Perfeccionamiento hace: (i) referencia al daño moral y al daño a la persona (por extraño que parezca, no cita a Fernández Sessarego); (ii) empieza el tema del daño extrapatrimonial con el daño moral (al que reduce “a la lesión a los sentimientos de la víctima”, p. 61) y (iii) concluye afirmando: “Por nuestra parte, entendemos que la fórmula más sencilla y adecuada para entender el significado de daño a la persona es estableciendo que se produce dicho daño cuando se lesione la integridad física del sujeto, su aspecto psicológico y/o su proyecto de vida, todo lo cual deberá ser obviamente acreditado” (p. 65).

Posteriormente, la misma Academia sacaría una nueva edición de la separata con agregados que correspondían a Jorge Beltrán Pacheco, quien también se refiere al daño al proyecto de vida en términos similares a los expuestos por Carlos Fernández Sessarego, sin que también, en este caso,

---

<sup>321</sup> Aquí se hace referencia al **Responsabilidad Civil Extracontractual**. AMAG. Separata S/PAP/108. El módulo introductorio y la compilación estuvo a cargo de Lizardo Taboada Córdoba.

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

se incorporara trabajo del profesor sanmarquino como material de lectura<sup>322</sup>, aún cuando si se le cita.

En efecto, Beltrán Pacheco desarrolla la “clasificación moderna postulada por FERNÁNDEZ SESSAREGO en su artículo **“Hacia una nueva sistematización del daño a la persona”**, para quien los daños deben ser clasificados” en daño subjetivo que incluye el daño psicosomático (dalo biológico y daño a la salud) y el daño a la libertad, y el daño objetivo constituido por el daño emergente y el lucro cesante.

En cambio, la separata dedicada al Derecho de Familia y elaborada por Alex Plácido dedica todo un capítulo (el cuarto) al régimen de responsabilidad civil familiar, refiriéndose en este caso a la clasificación por el ente dañado, señalando que se trata del daño objetivo y el daño subjetivo (es decir, “daño a la persona”), el mismo que incide en el soma, en la psique y en la libertad<sup>323</sup>.

Una de las preguntas de evaluación que este autor hace es la siguiente: ¿Cómo se manifiestan los daños causados en el ámbito familiar?, respondiendo él mismo lo que sigue: “Por ello, cuando se trata la responsabilidad civil familiar, estaremos frente a daños subjetivos, sin que ello no signifique que éstos pueden tener resultados tanto personales como extrapersonales. De ordinario, se producirán daños psicosomáticos; y no con poca frecuencia se presentarán daños al proyecto de vida” (p. 123).

Interesa destacar que Plácido Vilcachagua entregó como material de lectura dos artículos de Carlos Fernández Sessarego: el primero de ellos

---

<sup>322</sup> Nos referimos a la separata denominada **Responsabilidad Civil Extracontractual**. AMAG. Separata S/PAP/086. El módulo introductorio y la compilación estuvo a cargo de Lizardo Taboada Córdoba y Jorge Beltrán Pacheco.

<sup>323</sup> Derecho de Familia II. Curso a distancia a cargo de Alex Plácido Vilcachagua. Academia de la Magistratura. Lima, 2000, p. 112. S/PAP/58.

denominado “Daño a la Persona y Daño Moral en la doctrina y en la jurisprudencia latinoamericana” y el otro llamado “Daño Psíquico”<sup>324</sup>.

## 2. Algunos *syllabus* universitarios

a. El curso de Derecho de las Personas en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos es enseñado en el Segundo Año de Derecho con un puntaje de 6 créditos. El *syllabus* formulado por el doctor Jacobo Romero Quispe señala que el Tema XIII está dedicado a la “Acción por violación de los Derechos de la Persona”, siendo que allí se abordan los siguientes temas: “Noción de daño. El daño en la actual dimensión social. Principios aplicables para el resarcimiento del daño. Daños resarcibles: Daño económico. Daño a la propiedad. Daño a la persona o subjetivo: a) daño psicosomático: biológico y a la salud b) El daño biológico y el débito conyugal c) El daño biológico y el resarcimiento a la persona *more uxorio* (conviviente) d) Daño Psíquico. Lesión al patrimonio moral. Daño moral a la persona jurídica. Daño a la libertad. Evaluación de los Daños”.

b. Otra de las personas que enseña el curso en la misma casa de estudios es la doctora Teresa de Jesús Seijas Rengifo quien en el Tema XIII toca el tema de la “Acción por violación de los Derechos de la Persona”. Es de lamentar que la autora no haga mayor referencia al punto.

c. En todo caso, tanto en el curso dictado por Romero Quispe como por Reijas Rengifo la bibliografía se ciñe a las obras de Fernández Sessarego y a los que aquí hemos llamado “apologistas”, sin que haya referencias en el material de lectura que se sugiere al alumnado de los detractores.

d. Literatura mucho más plural y actual es la que ofrece el profesor Héctor Elvis Martínez Flores, profesor del curso de Responsabilidad Civil en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Los temas 5 y 6 hacen referencia al daño moral y al “daño a la persona” y la bibliografía comprende textos, sólo para hablar de autores peruanos, de Espinoza Espinoza,

---

<sup>324</sup> Derecho de Familia II. Curso a distancia a cargo de Alex Plácido Vilcachagua. Academia de la Magistratura. Lima, 2000, p. 112. S/PAP/58ML.

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

Fernández Cruz, Fernández Sessarego (entre otros “Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”), León Hilario, Morales Hervias, Taboada Córdova y Trazegnies Granda.

e. El mismo curso es dictado en la misma universidad por la profesora Elcira Vásquez Cortez. Su *syllabus* es muy genérico y su bibliografía se reduce a 16 libros. No hay alusión alguna a material de Fernández Sessarego; sí, en cambio, al de León Hilario y Trazegnies Granda.

f. En la Universidad Privada Antenor Orrrego de Trujillo, el curso de Derecho de las Personas es dictado por Jorge Luis Veneros Ulloa. El contenido de curso, siguiendo la línea trazada por el código, hace mención al daño a la persona, aunque posteriormente hace referencia al daño subjetivo, sin hacer mención alguna al daño al proyecto de vida. No obstante ello, 7 de los 31 libros que constituyen la bibliografía, son de Carlos Fernández Sessarego, lo que demuestra la tendencia doctrinaria de dicha casa de estudios.

g. En el año 2005, Gilber Alberto Sánchez Souza era el profesor del curso en la Universidad José Carlos Mariátegui. Desconocemos quien lo es en la actualidad. A pesar de ser dato añejo, se trae a colación el punto, pues a esa fecha (21 años después de la promulgación del código) en la referida casa universitaria no se observaba en su *syllabus* tema referido al “daño a la persona” o al daño al proyecto de vida. De hecho, la bibliografía aportada sólo era de 4 libros, si bien es cierto que uno de ellos era “La persona en la doctrina jurídica” de Carlos Fernández Sessarego.

h. En la Universidad Alas Peruanas, el curso de Derecho de las Personas en el semestre 2009 fue dictado por las profesoras Marlene Romero y Luisa Escobar Delgado. Ellas tienen como texto básico el “Derecho de las Personas” de Carlos Fernández Sessarego. Aunque la Unidad de Aprendizaje II se denomina “PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS DERECHOS PERSONALES Y REGULACIÓN DE LOS ATRIBUTOS ESENCIALES DE PERSONA” no hay referencia al “daño a la persona”. La bibliografía misma es escasa, si bien es cierto que dos libros (de un total de un total de 11 que sugieren las profesoras) son del profesor sanmarquino.

i. En cambio la Universidad César Vallejo le dedica toda la sesión sexta al “daño a la persona”. Lo hace en los siguientes términos: “Definición-clasificación, procedencia de la reparación civil, cuantificación del daño. Crítica al tratamiento legal del daño subjetivo en el Código Civil Peruano”. Desconocemos con exactitud a que alude esa crítica, más aún si la bibliografía que acompaña el *syllabus* no menciona a ninguno de los discrepantes aquí anotados, salvo la velada oposición de Espinoza Espinoza.

## II. LA ENCUESTA

Como se ha mencionado en el capítulo 1 de esta tesis, la encuesta fue realizada a 100 personas, en dos momentos distintos: el primero, en las sedes judiciales de Lima Norte y Lima el 01 de junio del 2011. En cada lugar respondieron 25 personas, haciendo un total de 50 personas, 10 de los cuales fueron magistrados y 40 auxiliares jurisdiccionales.

El segundo momento se realizó en la sede del Colegio de Abogados de Lima el 29 de mayo y el 05 de junio del 2012. Aquí se entregó la encuesta a 50 personas, todos ellos abogados.

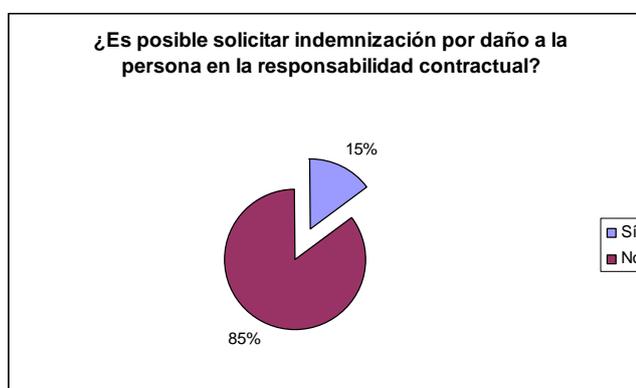
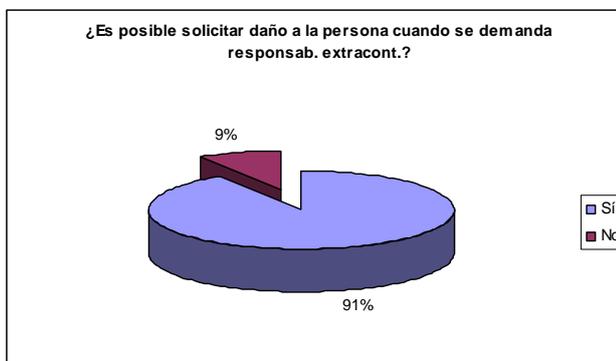
La muestra, por lo tanto, corresponde a personas ligadas al acontecer jurídico, lo que algunos llaman los “operadores jurídicos”. De allí que propiamente no se está aquí ante una encuesta, si entendemos ésta como una continuidad de preguntas de fácil solución. Por el contrario, se quiso *ex profeso* formular interrogantes con alguna rigurosidad, al extremo que algunos de los encuestados señalaron que antes que un sondeo se trataba de un examen. En todo caso, las respuestas son las siguientes:

### 1. Las responsabilidades y el daño a la persona

91 personas contestaron que era posible solicitar indemnización por “daño a la persona” cuando se demandaba por responsabilidad extracontractual. En cambio, cuando la pregunta giró en torno a la responsabilidad contractual, la

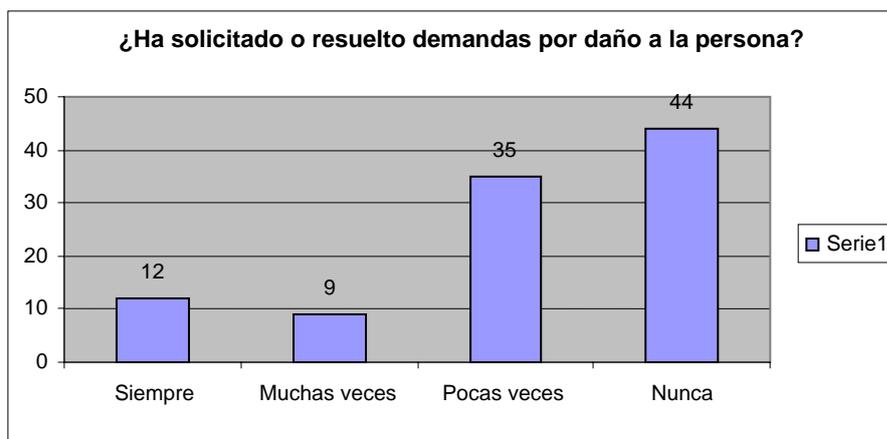
## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

respuesta casi se invirtió, al punto que 85 ciudadanos contestaron que eso no era posible.



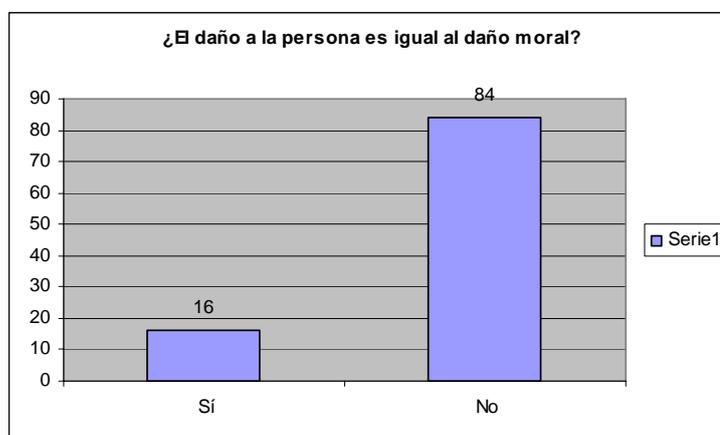
Esta pregunta debe engarzarse con una hecha posteriormente y que atañe sobre casos resueltos o demandas presentadas en casos de responsabilidad extracontractual, pues más allá que se haya delimitado ese campo para el tema del “daño a la persona”, apenas el 21% refirió que las presentaba todas o muchas veces, contra un 79% que respondió con muy pocas veces y nunca, siendo que este último valor llegó al 44%, casi la mitad de los entrevistados.

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO



### 2. Daño a la persona y daño moral:

Era indispensable en una tesis como ésta hacer la pregunta inevitable: ¿es el “daño a la persona” igual al daño moral? Al parecer el ministerio pedagógico de Carlos Fernández Sessarego ha dado sus frutos, desde que un 84% de personas expresaron su negativa.

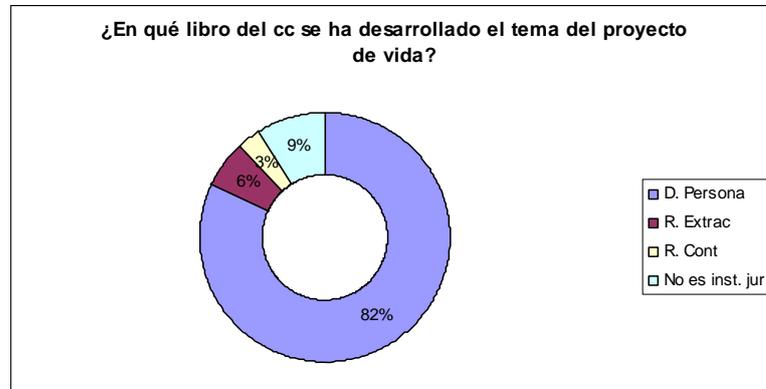


### 3. El proyecto de vida y las instituciones jurídicas

Siguiendo este escarceo para determinar el conocimiento del tema se le preguntó a los operadores jurídicos dónde estaba incorporado el “proyecto de vida” en el código civil. Aquí la respuesta fue abrumadora para indicar que no se trataba de institución jurídica, acaso por una suerte de positivismo

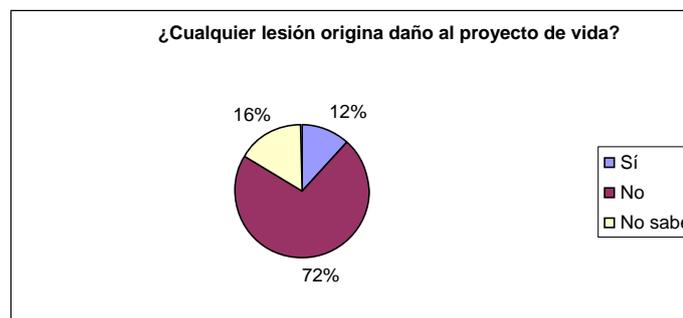
ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

jurídico (que Fernández Sessarego ha advertido claramente) que hace suponer que lo no contenido en la ley no existe.



#### 4. Los límites del daño al “proyecto de vida”:

A fin de precisar los alcances del tema se requirió a los encuestados para que informaran si cualquier lesión originaba “daño al proyecto de vida”. 72 encuestados contestaron de manera negativa. Aunque es verdad que aquí se está sólo ante términos cuantitativos, pues nada se menciona sobre el contenido mismo de la lesión, el resultado no deja de ser interesante dada la contundencia de la respuesta que permitiría concluir, *prima facie*, que este “proyecto de vida” es una lesión (*rectius*: daño) de naturaleza diferente.

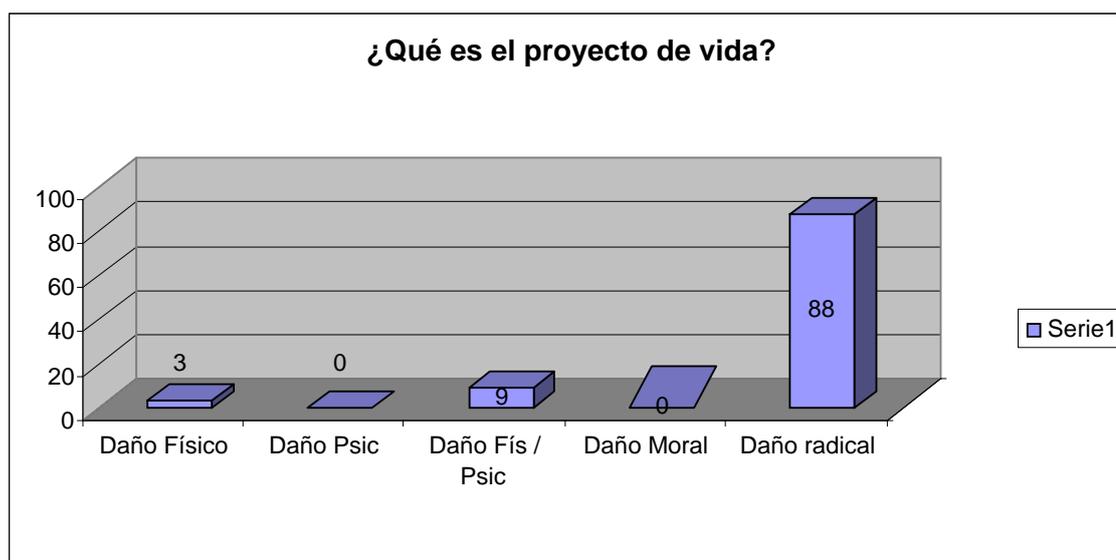


Eso además queda verificado con el cuadro siguiente que grafica lo que los operadores jurídicos entienden por daño al “proyecto de vida”. Se trata de respuestas fundamentales, pues aquí los rubros de respuesta se refirieron al

**ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO**

daño físico, al daño psicológico, al daño físico y/o psicológico a la persona, al daño moral y al daño que trunca el destino de la persona.

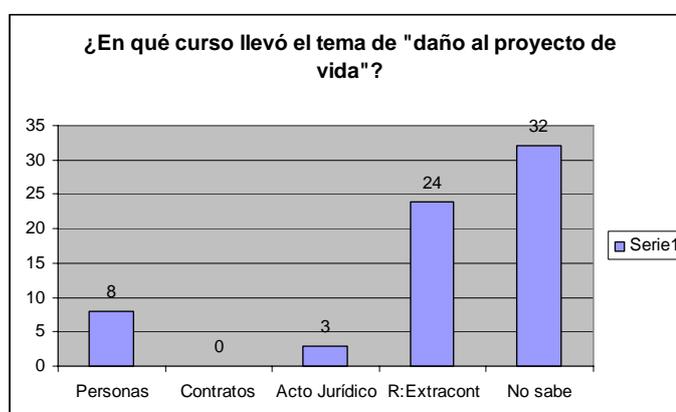
Como se observa 88 personas señalaron que el daño al “proyecto de vida” era un daño radical que trunca el destino de la persona.



**5. Estudios universitarios y “daño al proyecto de vida”:**

Constituyó un error no haber requerido información sobre los años de estudios universitarios, circunstancia que nos impide el cruce de datos para determinar los momentos precisos en que el concepto hizo su aparición y tuvo su auge en la vida universitaria. Con todo sigue siendo interesante saber que 2/3 de los abogados se informaron del tema en la Universidad; tan llamativo como lo anterior es conocer que de esos 67 que conocieron el “proyecto de vida” en las aulas universitarias, cerca de la mitad (32) no se acuerda en qué curso lo conoció, 24 señalen que lo hicieron en Responsabilidad Extracontractual y sólo 8 se refieran al de Derecho de las Personas.

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL "DAÑO A LA PERSONA" EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

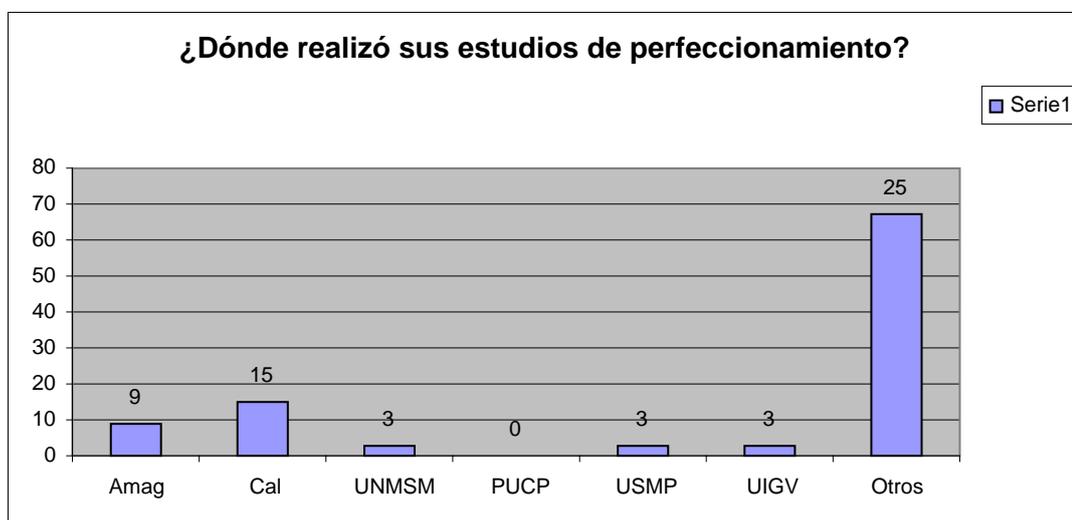


Ligado con el tema anterior pero un paso más adelante, el cuadro siguiente nos permite saber si en los cursos de perfeccionamiento, en estricto los post – universitarios, el encuestado ha seguido siendo informado sobre el daño al proyecto de vida. Es grato saber que el 68% de los ciudadanos encuestados respondieron que sí.



**ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO**

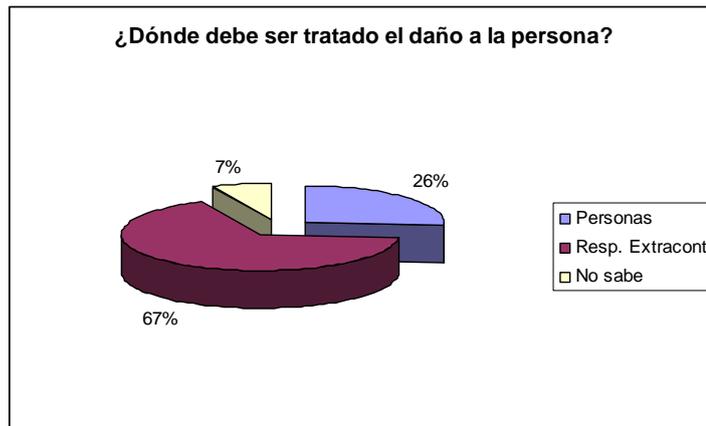
En su mayor cantidad la mayor parte de estas personas indicaron que los estudios lo recibieron en el Colegio de Abogados de Lima, la Academia de la Magistratura y en otras entidades.



**6. ¿El “daño a la persona” en el Libro de Personas o en el Libro de Responsabilidad Extracontractual?**

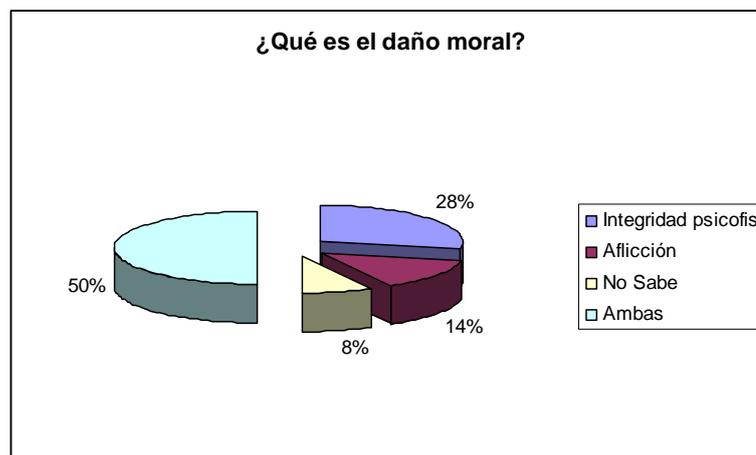
Una clara muestra que las instituciones se separan de sus creadores parece constituir esta respuesta, pues a pesar que ella nació en el Libro de Personas y en el contexto de la creación del nuevo código, el 67% de los encuestados refirió que su contenido es propio de la responsabilidad extracontractual.

ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO



## 7. El daño moral

El estudio nos llevó a preguntar si el daño moral es sólo aflicción sufrimiento, si atañe a la integridad psicofísica del individuo o si comprende los dos conceptos anteriores. El 50% de los encuestados respondieron esto último, pero el otro 50% le dieron connotaciones más limitadas.



Siguiendo las mismas pautas se preguntó si el daño moral podía surgir de la inexecución de obligaciones. Se trata, como se sabe, de norma expresa contenida en el código, no obstante lo cual el 44% dijeron que no o que no sabían.

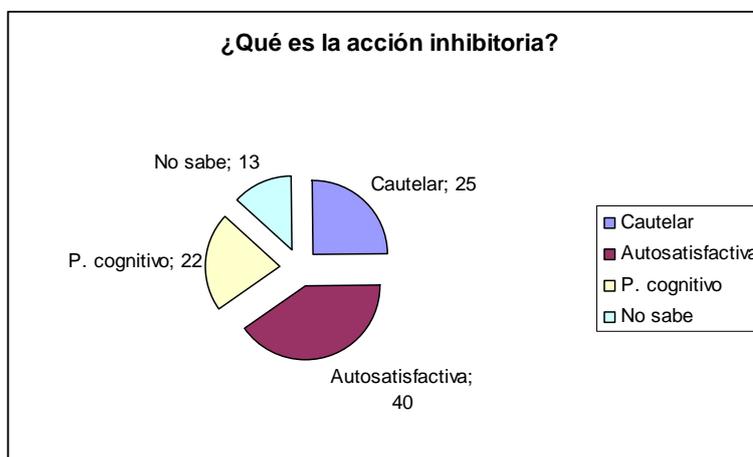
## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO



### 8. La acción inhibitoria:

En torno a la acción inhibitoria la pregunta fue puntual pues se quería saber si se le tenía por medida cautelar, por medida autosatisfactiva o si se le confundía con un proceso cognitivo.

Sólo el 40% lo tiene como medida autosatisfactiva lo que a claras luces demuestra el desconocimiento que se tiene sobre el tema.

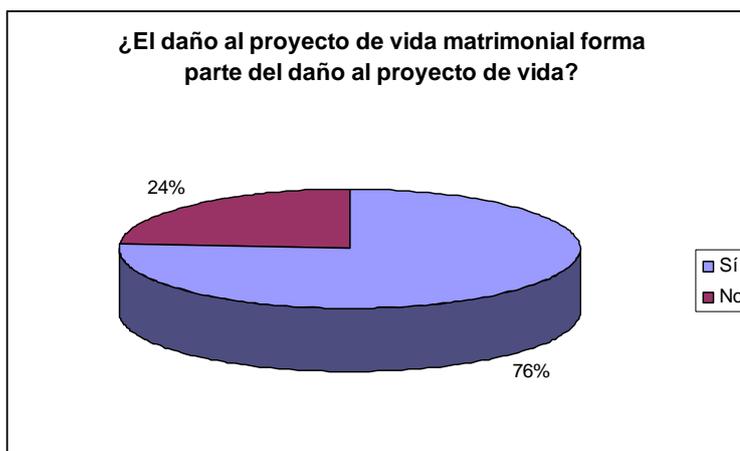


### 9. El Pleno Casatorio Civil del 2011

El Pleno Casatorio Civil 2011 abordó la frustración del “proyecto de vida matrimonial”. Era necesario, por consiguiente, verificar si se sabía de la existencia de las discusiones del Pleno y si se estaba de acuerdo con su contenido. El resultado obtenido es que el 44% no conocía del tema discutido, aún sin conocerlo el 76% estaba en desacuerdo con la idea que

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

no se indemnizara, dado que estimaron que el daño al “proyecto de vida matrimonial” formaba parte del daño al proyecto de vida.



**Parte 5**

**EL BALANCE TEÓRICO**

## PARTE 5: EL BALANCE TEÓRICO

### 1. El derecho como libertad

Fernández Sessarego no sólo ha aportado algunos conceptos jurídicos al derecho peruano; ha hecho algo más: ha traído una fe. Es posible disentir de ella; lo que no se puede hacer es ignorarla. Es, como toda fe, inclusiva y a la vez intransigente. O con ella o contra ella. Es una fe que convoca pero también aparta. Como todo credo nuevo: incluye a algunos y aleja a otros. Por eso su necesidad de establecer divisiones entre patrimonialistas y humanistas, cada quien con una visión distinta de las cosas; éstos defensores de la persona; aquéllos formalistas en su apego a la ley y materialistas en su afecto por los bienes.

De ahí que en los libros de Fernández Sessarego encontremos términos como “juristas sensibles”, “alertas”, “liberados”, “que perciben con creciente lucidez”, “lo mejor de la doctrina”, etc., en contraposición a los “intransigentes”, que permanecen “dentro de una óptica patrimonialista”, en suma, los “menos sensibles de los juristas”. Esta manera de utilizar el lenguaje fija dos posiciones morales antagónicas: en principio, la de los defensores de la dignidad humana y por ello con la verdad en la mano, y, luego, la de los otros: los discrepantes, los afectados con el virus de la inconsciencia y el materialismo más grosero, y, en consecuencia, equivocados<sup>325</sup>. Por supuesto, Fernández Sessarego, tributario de la filosofía de la existencia y del personalismo de Mounier, señala estar al lado del humanismo.

Se trata de una división inaceptable que tiene como fin cerrar la polémica, dada la imposibilidad del debate si quien critica lleva en sí el reproche moral. Y, sin embargo, a pesar de ello –paradojas de la existencia- no hay por qué

---

<sup>325</sup> Esta propensión a discutir conceptos partiendo desde la persona y no desde las ideas ha terminado por ser bastante común. Espinoza Espinoza, por ejemplo, es afecto a utilizar la expresión “autorizada doctrina”. Por supuesto, ellas suelen coincidir, con la posición del autor. ¿Quién autorizó dichas doctrinas? ¿Hay un Index de autorizaciones doctrinarias que el mundo moderno desconoce?

desatender tal clasificación sólo porque se haya querido con ella descartar la polémica.

En todo caso, la fe que propone Fernández Sessarego se asienta en la libertad y desde allí se desarrolla. Esa fe no nace con el “daño a la persona” ni mucho menos con el “daño al proyecto de la vida”; es una fe que se vislumbra desde su tesis de 1950: **Bosquejo para una determinación ontológica del Derecho**, libro que durante tantos años no se animaría a publicar, acaso por aquello que primero es el verbo y luego la escritura.

En efecto, en sus bisoños 24 años, aludiendo a la vida como libertad, Fernández Sessarego dijo:

“Yo decido ser como me plazca. Mi vida como conducta puede realizar tales o cuales valores, de mayor o menor jerarquía, o ser desvaliosa; puede adecuarse a un tipo de conducta que se diluya entre otras, que sea mediocre, que se desdibuje, que se pierda en lo colectivo. O puedo afirmar mi libertad, mi personalidad, imponer mi decisión valiosa, mi peculiar manera de ser, personal, auténtica<sup>326</sup>”. He ahí dibujada su creencia. Es el derecho como libertad. El ser humano como libertad. No es que se vaya en busca de la libertad; es que se es ya libertad, y por eso se valora, y por eso se escoge, y por eso se proyecta, todo en un mundo que es siempre coexistencial.

Su **Bosquejo** –en la que traza con meridiana claridad la idea del tridimensionalismo<sup>327</sup>- y su **Noción jurídica de la Persona**, esto es, sus dos primeras obras, no hacen sino referencia al ser libre en el que cree y desde allí –es verdad que en términos filosóficos y aún sin el significado jurídico

---

<sup>326</sup> Fernández Sessarego, Carlos. **El Derecho como Libertad**. Ara Editores. Lima 2006, p. 153.

<sup>327</sup> Si bien David Sobrevilla ha señalado que en ella hay expresiones que hacen pensar en un tridimensionalismo sólo genérico, no es menos cierto que también agrega que hay un “vigoroso tridimensionalismo específico” denotadas en términos como éste: “Conducta, norma y valor son los elementos ontológico, lógico y estimativo del Derecho que en unidad integral motivan su aparición. Y el Derecho no es ninguno de estos elementos en forma aislada”. **El Derecho como Libertad**, prólogo, p. 21.

que posteriormente le diera, pero con razones que ya se vislumbraban<sup>328</sup>- a la idea de un proyecto vital que debe preservarse.

Sus ideas posteriores –piénsese en la importancia que le da al consentimiento informado, esto es, a la llegada de la libertad a la medicina; al derecho a la identidad (descubierto mientras observaba en La Habana una obra de Sartre), o, lo que es lo mismo, a la libertad dinámica- son clara muestra de lo que aquí se afirma.

Pero luego de esos dos primeros trabajos, Fernández Sessarego deja de publicar. Más allá de conferencias y alguno que otro artículo, hay un silencio que parece inexplicable de persona que contaba con una sólida formación filosófica y jurídica, y que además se dedicaba a la docencia universitaria.

(H)ay que comprobar con melancolía que la vida de una persona toma a veces un rumbo que le impide realizar posibilidades que están a su alcance”,

dice Sobrevilla refiriéndose a Fernández Sessarego, y acaso “movidos por (esas) urgencias” de nuestro acontecer, quizás la actividad política o la de su propio trabajo, hay un silencio que se extiende por dos décadas y que se corta abruptamente luego del viaje que emprende a Italia.

Ese viaje es un momento especial para Fernández Sessarego; es, además, un traslado sorprendente, pues dejaba en el país el exitoso estudio jurídico que dirigía y cargando consigo, a los 50 años de edad, a toda su familia, arribaba a dicho país para hacerse cargo de un Instituto Italo/Latinoamericano, en el preciso momento que la península se agitaba en el debate doctrinario y jurisprudencial surgido a raíz del “daño a la persona”.

---

<sup>328</sup> “La vida –dice Fernández Sessarego- resulta así una sucesión de haceres de acuerdo con un proyecto. Y en este permanente quehacer de la existencia, en este poder-ser, el hombre va definiendo lo que va a ser en el futuro. La vida es dinamismo constante, un tener que decidir lo que va a ser. Tenemos que escoger, que decidir, pero para decidir es necesario elegir entre las posibilidades que nos ofrecen las cosas, el mundo, los otros. Y para elegir debemos preferir. Para preferir es necesario valorar, estimar, de donde la vida resulta ser un conjunto, una sucesión de valoraciones. Por eso la estructura de la vida humana es estimativa. El valorar, el estimar constituye un a instancia de la vida. Los valores se insertan, de este modo, en la realidad primaria”. Ob. cit., p. 112.

Son 6 años de ausencia en lo que parece ser una especie de rito de iniciación.

Cuando regresa, Fernández Sessarego viene absolutamente renovado. No sólo contribuye con la formación del código civil de 1984 –que él había iniciado en 1965-, sino además, luego de 22 años de silencio, vuelve a publicar un libro de contenido jurídico, a quienes le seguirán después más de una decena de ellos.

Como Mariátegui, seis décadas antes, Fernández Sessarego había desposado en Italia algunas ideas y con el jolgorio de quien ha descubierto la fe, la entrega, apelando a la “informalidad legislativa<sup>329</sup>” en el testamento legal que se iba a promulgar, para encargarse, luego, de proporcionar la buena nueva a los demás.

## 2. La escuela nueva

En el Perú, el “daño a la persona” empieza con él. Aún a pesar de las debilidades de una nueva fe que no se asentaba en una idea clara, la doctrina peruana coincidió en su mayoría y sin mayor discusión con las tesis que él enarbolaba. Es verdad que los aportes de los evangelistas resultaron las más de las veces reiterativos de los conceptos elaborados por el profesor universitario. Así, se consideró el daño moral como especie del daño a la persona, se conceptuó al daño moral como aflicción, pena, sufrimiento; se concordó con la necesidad de reparar (no de resarcir) el daño a la persona; la necesidad de legislar el daño a la persona en el Libro de Personas y de regular la acción inhibitoria. Las coincidencias llegaron al extremo de proponer normas modificatorias al Código Civil que recogían las propias concepciones filosóficas de nuestro autor<sup>330</sup>.

---

<sup>329</sup> El término es de León Hilario y hace referencia a la incorporación del “daño a la persona” en el código civil vía una reunión extraoficial entre Fernández Sessarego y la Comisión Revisora a escasos 23 días de la promulgación de ese cuerpo legal.

<sup>330</sup> Vega Mere, Yuri. **Derecho de las Personas**, p. 171 y **Proyecto de Modificaciones al Libro I del Código Civil: Derecho de las Personas**. Revista ADSUM, Año III, No. 7, Lima, 1992. **Proyecto publicado en el diario oficial “El Peruano”. Separata de 7 de Enero de 1995.**

Se trata de una generación formada en las aulas universitarias por Fernández Sessarego. Ahí están Yuri Vega Mere en San Marcos y Olenka Woolcott Oyague y Enrique Varsi Rospigliosi en la Universidad de Lima o de profesores cercanos a él como Juan Morales Godo, Víctor Guevara Pezo o Carlos Cárdenas Quirós. El propio Juan Espinoza Espinoza, alguna vez devoto discípulo de don Carlos, integró este grupo. En todo caso, la nueva fe la traía don Carlos, prospera en San Marcos y se extiende a la Universidad de Lima (en el momento en que nuestro autor se hace cargo del Centro Investigación de dicha entidad). A ellos se agregaran muchos años después Díaz Cáceda (de cuyo libro hay referencia aquí), García Chávarri y Gattas Abugatás, todos ellos estudiantes de La Católica que, sin embargo, fueron alumnos de Fernández Sessarego en la referida universidad cuando luego de un largo intervalo (indescifrable, si se tiene en cuenta que él había formado parte de la Comisión que emprendió la reforma curricular de la PUCP) lo volvieron a convocar, y ahora último Carlos Agurto Gonzales y Sonia Quequejana Mamani, quienes analizando el “daño a la persona” acaban de culminar su periplo itálico.

Es el regreso de Italia el momento del estallido, de la explosión, del impulso intelectual que lleva a Fernández Sessarego a escribir de continuo trabajos sobre el “daño a la persona”. Ya no se trata sólo de la Exposición de Motivos (libros que titula **Derecho de las Personas** y que edita hasta en 14 oportunidades), sino de artículos que han sido reseñados en su interesante Biobibliografía publicada en **Persona, Derecho y Libertad**<sup>331</sup>.

Así, entre 1990 hasta el año 2008, sin contar con las publicaciones en periódicos, ni libros editados, publica en las revistas especializadas los siguientes artículos específicos sobre el tema: *Tutela Jurídica de la Persona* (El Jurista), reedita *Hacia una nueva sistematización del daño a la persona* (Cuadernos de Derecho, Ponencias I Congreso Nacional de derecho Civil y

---

<sup>331</sup> **Persona, Derecho y Libertad**. Calderón Puertas, Carlos - Zapata Jaén, María Elisa - Agurto Gonzales, Carlos, coordinadores. Editorial Motivensa, Lima, 2009. Ver pp. 1067 a 1146. La biobibliografía ofrece, además, los libros publicados, los congresos nacionales e internacionales, la colaboración en obras colectivas realizadas en el Perú y en el extranjero y hasta las exposiciones realizadas por Fernández Sessarego.

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

Comercial, Estudios en honor de Pedro J. Frías, Gaceta Jurídica), *Apuntes para una distinción entre el daño al proyecto de vida y el daño psíquico* (Thémis), *El daño a la persona, ¿capricho o innovación?* (Folios), Precisiones preliminares sobre el daño a la persona (Thémis), *El Título Preliminar y el Libro de Derecho de las personas en la perspectiva de la reforma del Código civil de 1984* (Revista Jurídica del Perú), *La reforma del Código civil de 1984* (Revista Jurídica del Perú), *Perspectivas de la reforma del Código civil de 1984* (Normas Legales), *Daño Psíquico* (Scribas, Normas Legales), *Daño al Proyecto de Vida* (Derecho PUC, Studi in onore de Pietro Rescigno, Responsabilidad Civil y del Estado, Revista Jurídica de Puerto Rico), *Daño a la persona y daño moral en la doctrina y la jurisprudencia latinoamericana actual* (Thémis), *El daño al proyecto de vida en una reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Thémis, Diálogo con la Jurisprudencia, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Revista Peruana de Jurisprudencia), *Daño moral y daño al proyecto de vida* (Derecho de Daños No. 6, Cathedra, Revista Jurídica del Perú), *El proyecto de vida y los derechos fundamentales en el Anteproyecto Constitucional* (Revista Jurídica del Perú), *Nuevas reflexiones sobre el daño a la persona* (Revista Jurídica del Perú, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros), *Apuntes sobre el daño a la persona* (Ius et Veritas), *Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”* (Foro Jurídico, Revista Jurídica del Perú, Revista de Responsabilidad Civil y del estado, Responsabilidad Civil: nuevas tendencias, Studi in inore di cesare Massimo Bianca), *El daño al proyecto de vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Derecho PUC No. 56, Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Revista Peruana de Jurisprudencia, Revista del Centro de Educación y Cultura), *El derecho de Daños en el umbral de un nuevo milenio* (Doxa), *Recientes decisiones de los Tribunales Internacionales de los Derechos Humanos: la reparación del “daño al proyecto de vida”* (Revista Jurídica del Perú), *El “daño a la libertad fenoménica” o “daño al proyecto de vida”* (Jus. Doctrina y Práctica), *Los jueces y la reparación del daño al proyecto de vida* (Revista Oficial del Poder

Judicial), *El proyecto de vida ¿merece protección jurídica?* (Revista Jurídica del Perú), *¿Merece protección jurídica el proyecto de vida?* (Foro Jurídico).

Se trata de un cúmulo de exposiciones en las que va perfeccionando una tesis que había intuido, que había expuesto con poca claridad al comienzo y a la que, por supuesto, ante los embates e inconsistencias existentes empezaba a apuntalar con el esfuerzo del maestro de obras y la agudeza y sabiduría del arquitecto.

Como toda fe que se entrega y que se adquiere, Fernández Sessarego crea una escuela. Es una iglesia constituida y asentada sobre firmes bases. Parece la ortodoxia pero no lo es. Es una escuela nueva, mayoritaria por donde se le vea, pero profundamente ajena a las viejas tradiciones, que, por supuesto, con indignación claman por el regreso al pasado y desdeñan la nueva doctrina con tal acritud que piden su “aniquilación” (Morales Hervias) o expresan su “inutilidad” (León Hilario).

### **3. La ortodoxia**

A contracorriente de la nueva doctrina, desde la Universidad Católica, una escuela liderada por De Trazegnies Granda se preparaba para discutir las tesis de Fernández Sessarego. Es el propio ex ministro quien, luego de declararse desconcertado por la intromisión de la nueva figura, lanza el primer embate, premunido de su clasicismo francés y su conocimiento del tema. No hay daño a la persona sino daño moral, dice terminante. Su voz fue escuchada, primero, en Trujillo por Duncan Sedano y, luego, por las nuevas generaciones que asumían el profesorado en esa universidad. Allí están Rómulo Morales Hervias, si bien estudiante de la de Lima, con estudios en la Pontificia, y el propio Leysser León Hilario, acaso el crítico más feroz del “daño a la persona”. Ambos, sin embargo, tributarios expresos de los trabajos de De Trazegnies Granda.

Será León Hilario quien en la Revista Jurídica del Perú<sup>332</sup> coloque sus 9 tesis cuestionando a Fernández Sessarego. Lo hizo con fastidio, molesto hasta por las propias expresiones utilizadas por el maestro sanmarquino. Los nuevos académicos contestaban y aquello que empezó a ser pacífico de pronto se transformó en una discusión áspera, fuerte, a veces de afrentas, desde luego no por el lado del profesor sanmarquino, quien, acaso desde la colina donde vivía, observaba, “viendo las cosas pasar” (para utilizar las sabias y gráficas palabras de Enrique Carrillo, “Cabotín”) los artificios verbales que celebraban un funeral de un concepto que gozaba de buena salud.

Salud, sí, pero tanta como la ortodoxia que arremetía. Ya nada era igual. Véase una revista tan leída como **Diálogo con la Jurisprudencia** y su rechazo regular o “Entre Corchetes” del “daño a la persona” para percatarse del cambio. Dos formaciones doctrinarias se enfrentaban, una correspondía a la tradición cartesiana y metódica francesa; la, otra, a las inquietudes doctrinarias venidas de Italia, a las que se une la fe filosófica de Fernández Sessarego, ligada a la filosofía de la existencia y al ser humano como libertad.

#### 4. La fe

No hay fe que surja acabada. Los credos se forjan con los años. A las palabras iniciales se le agregaron nuevas, y sobre ellas, se edificó, piedra sobre piedra, el “daño a la persona”, que pasó de ser una noción absolutamente frágil a adquirir consistencia y densidad jurídica.

En efecto ¿qué se quiso decir con el término daño a la persona en los inicios (1984-1985)? No mucho o, por lo menos, una gran confusión conceptual

---

<sup>332</sup> León, Leysser R. **Equívocos doctrinales sobre el daño moral**. En Revista Jurídica del Perú. (Trujillo, Perú). Año LIII, no. 52 (nov. 2003).

existía al momento de su incorporación en el código, incluso desde su propia terminología<sup>333</sup>.

No deja de ser sintomático que en las **Consideraciones Sistemáticas Preliminares para la revisión del Libro Primero del Código Civil** (que, como ya se ha dicho fueron publicadas en 1964, reeditadas en 1965 y vueltas a publicar en **La Persona en la doctrina jurídica contemporánea**<sup>334</sup>), Fernández Sessarego mencione, refiriéndose a los derechos incorporados en el código civil que se trata de “tutelar derechos esenciales de la persona, **de índole moral**, ligados con la esfera íntima de su libertad”. La negrita es nuestra. Es obvio que entonces, y por lo menos hasta 1984, no había distinguido el daño moral del daño a la persona.

Así, al motivar las razones del artículo 17 del código civil, nuestro autor denominó a la nueva figura de manera indistinta **daño no patrimonial** o **daño a la persona**; la imprecisión llegó al extremo de utilizar el término **daño no patrimonial** en 31 oportunidades y el de **daño a la persona** sólo 13 veces<sup>335</sup>, quizás porque entonces asimilaba ambas expresiones sin realizar distinción alguna.

“El **daño no patrimonial a la persona** –dice Fernández Sessarego– es conocido en doctrina bajo diversas denominaciones tales como “daño a la persona”, “daño no patrimonial”, “daño extraeconómico”, “daño biológico”, “daño a la integridad psicosomática”, “daño a la vida de relación”, “daño inmaterial” y, más restringidamente, “daño a la salud”. **Sea cual fuere la denominación que adopte**, lo importante es verificar que bajo todas y cada una de tales expresiones se aloja

---

<sup>333</sup> Calderón Puertas, Carlos. **Origen, desarrollo y vicisitudes del daño a la persona en el Derecho Peruano**. Normas Legales. Tomo 276, mayo 1999.

<sup>334</sup> Universidad de Lima, Serie Derecho y Ciencia Política No. 2, 1984, p. 25.

<sup>335</sup> Fernández Sessarego, Carlos. **Derecho de las Personas**, Quinta edición, 1992, Cultural Cuzco, Lima, Perú, pp. 68 a 78.

un mismo y único concepto: el daño a la persona de carácter no patrimonial<sup>336</sup> (la negrita es mía).

Lo que parece más exacto es que al momento de promulgarse el Código Civil el concepto de daño a la persona en la mente de su expositor no estaba aún definido, representando tan sólo una suerte de reiteración legal creada con el objeto de evidenciar de manera expresa la necesidad de defender los derechos del ser humano. Construcción que se hacía, por lo demás, por la profunda desconfianza del profesor de San Marcos a los jueces de la república.

Con todo, hemos advertido ya, que desde los inicios Fernández Sessarego plantó las columnas que sustentarían la edificación que iba construyendo. Ellas estaban ligadas a la distinción entre daño a la persona y daño moral, la incorporación del daño al proyecto de vida y de la necesidad de protección vía la acción inhibitoria. De cada uno de dichos puntos se ha hecho referencia aquí.

## 5. Una importación sin póliza

Espinoza Espinoza con agudeza y conocimiento del tema ha señalado que el Perú se compró el pleito italiano sobre el “daño a la persona”. Aquí hemos indicado hasta la saciedad la forma en que términos como los de “daño biológico” y “daño a la salud” ingresaron al debate peninsular mediterráneo dado el encapsulamiento de sus normas jurídicas que no permitían reparar debidamente los daños extrapatrimoniales.

---

<sup>336</sup> Fernández Sessarego, Carlos. Ob. cit., p. 69. En todo caso, Fernández Sessarego ha recordado que las precursoras reflexiones sobre el “daño a la persona” aparecieron en un artículo publicado en el Libro Homenaje a León Barandiarán (El daño a la persona en el código civil de 1984), esbozándose allí las nociones de “daño a la persona”, “daño moral” y “daño al proyecto de vida”. Esa fue –según el autor. La primera oportunidad “en que se hizo referencia escrita a esta radical modalidad de “daño al proyecto de vida”, idea que había madurado a través del tiempo, a partir de una más honda reflexión sobre la estructura ontológica del ser humano artífice y protagonista del Derecho”. Posteriormente – indica- sus reflexiones le llevaron a presentar una ponencia con ocasión del Congreso Internacional “El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano” que organizara en 1985 el Centro de Investigación Jurídica de la Universidad de Lima. “Desde aquel entonces –dice- la idea encontró su propio camino”. **Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”**. Foro Jurídico. Julio 2003. Año. 1. No. 2.

Ello, y por supuesto, nuestro emparentamiento con la doctrina francesa (que sólo conoce al daño patrimonial y al daño moral), ha llevado a algunos a señalar que tal importación era innecesaria y que la discusión entre el “daño moral” y el “daño a la persona” era irrelevante, pues ésta era una especie de la primera, y aquélla es suficiente para comprender todo tipo de daño extrapatrimonial.

Rey de Castro ha sido lo suficientemente claro para señalar que el mundo moderno ya no concebía los dolores físicos o afectivos como los únicos indemnizables; su personalidad e intimidad también lo son. Esto es, en el Perú, en el lejano 1972, y hay que decirlo con claridad, alguna doctrina había comenzado a extender los alcances del “daño moral” y la judicatura (aunque sin mayor consistencia teórica) también iba por ese camino.

Es cierto que Fernández Sessarego, para respaldar su tesis, argumentó un alcance restringido del daño moral, pero dentro de esos parámetros su discurso no resultaba convincente. No ignoraba nuestro autor de los alcances más amplios que la doctrina y jurisprudencia le iban dando a la expresión daño moral, al entenderla como lesión a todo tipo de los derechos de la personalidad<sup>337</sup>, pero también manifestaba que la figura había sido entendida en el Perú en su noción restringida, esto es, como aflicción, sufrimiento, dolor.

No me queda la menor duda que en esos momentos aurales la doctrina fue, en general, demasiado complaciente con la figura del “daño a la persona”, aceptándola sin mayor discusión. El tema imponía un análisis más riguroso que el que se realizaba, tanto más si al reducir los alcances del daño moral el profesor sanmarquino luchaba contra los fantasmas del pasado. En efecto –y en esto debe concordarse con De Trazegnies Granda

---

<sup>337</sup>. El derecho francés partiendo de una labor recreativa valiosa, interpretó el artículo 1382 del Código Civil de 1804 (referido al daño moral) en sus concepciones más amplias, permitiendo que la jurisprudencia acoja la reparación del daño a la persona en su integridad y sin ningún inconveniente. Ver De Trazegnies Granda, Fernando. **La Responsabilidad Extracontractual**. Biblioteca PARA LEER EL CODIGO CIVIL. Vol. IV. Tomo II. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Primera Edición, 1988, p. 109. Confrontar con Fernández Sessarego, Carlos. **Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas**. Universidad de Lima, 1990, pp. 284 y ss..

y León Hilario- la doctrina y jurisprudencia francesas se habían desprendido del concepto restringido de daño moral (circunscrito a la aflicción, sufrimiento, pena) y habían interpretado el término **dommage** (daño) en su más amplio significado, lo que les permitió defender cualquier perjuicio ocasionado a los derechos de la personalidad, incluso (es verdad sin las connotaciones filosóficas luego utilizadas) la noción del proyecto de vida. De ello se desprende que tanto el daño moral en su alcance amplio (que es tanto como decir en su alcance moderno) y el daño a la persona resultaban teniendo el mismo contenido: se trataba entonces de la misma categoría conceptual, de un simple cambio de denominación<sup>338</sup>.

Es verdad que alguna jurisprudencia italiana aún permanecía atada a la connotación restringida de daño moral. Pero eso era un problema en Italia, no en el Perú, donde, como ya se dijo, no existía tal inquietud; por el contrario, casi en forma unánime la crítica aceptaba la noción de daño moral en su más amplio sentido.

Fue, para decirlo de alguna forma, una importación sin póliza.

Con todo, el maestro sanmarquino había tenido “intuiciones” afortunadas. Su innegable capacidad de estudio, sus conocimientos filosóficos, su búsqueda incesante, le permitieron desarrollar una tesis apenas pergeñada cuando la incorporó al Código. Cuando en **Hacia una nueva sistematización de los daños a la persona** (1993) clasifica los daños por la naturaleza del ente y por sus consecuencias justificó la nueva terminología. Ya no se trataba sólo de un cambio de nombre. Con la división propuesta establecía la terminología adecuada (hay un daño a las personas y hay un daño a las cosas: ambas clases de daño deben diferenciarse), hacía las reducciones del caso delimitando concluyentemente al daño moral y colocaba a la persona como centro de la división. Propuesta de esa manera su doctrina debía rechazar términos como la de daños patrimoniales o

---

<sup>338</sup>. Lejos de nosotros aceptar la denominación daño moral, pero planteadas las cosas tal como se había hecho de manera preliminar mucho más preciso hubiera sido hablar de daño extrapatrimonial o daño no patrimonial, término este último que además fue utilizado por el propio Fernández Sessarego.

extrapatrimoniales porque la estructura colocaba como criterio fundamental de distinción al ser humano. Aunque, como se ha dicho, al final todo daño afecta al ser humano y no se defiende mejor a la persona por colocarle tal o cual apelativo, no es menos cierto que acentuar determinados criterios proporcionan una atmósfera y un espíritu distintos, tan necesarios al momento de evaluar los hechos y las normas jurídicas.

## 6. La vigencia del daño moral en el ordenamiento jurídico peruano

Pero el debate si existía, es decir, tal como lo indicaba Fernández Sessarego, el daño moral era posible de ser entendido de forma restringida y así entendido cabía –explícita o implícitamente- su eliminación. Concordaron con esa posición Vega Mere, Varsi Rospigliosi, Woolcott Oyague, Beltrán Pacheco, Morales Godo y Plácido Vilcachagua, profesores que no le merecen ninguna atención a León Hilario, quien en el listado que efectúa para demostrar que la eliminación del “daño moral” para sustituirlo por “daño a la persona” era minoritaria en nuestro medio, sólo reseña lo dicho por León Barandiarán, Trazegnies Granda, Cárdenas Quirós, Espinoza Espinoza y Taboada Córdova.

La enumeración hecha por León Hilario no sólo es incompleta sino también desacertada. Bien pudo él mismo haberse incorporado en la relación afín a Fernández Sessarego en los tiempos en que sostenía lo siguiente:

“Erradicar la locución “daño a la persona”, al menos en nuestro caso, no significa dejar desprotegido al individuo que padece un daño de carácter personal, porque este queda bien tutelado por la cláusula normativa general del artículo 1969. **Y si se elimina el daño moral porque es una “muletilla” o una “antigualla” (...) se pasa a entender como “daño a la persona” lo ahora etiquetado como “daño moral” más otras nociones como “daño a la vida en relación”, el “daño psíquico” o el “daño al proyecto de vida”** (la negrita es mía).

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

Esto es, casi precisamente, lo que había alegado Fernández Sessarego, quien tiene al “daño moral” como especie del género más amplio denominado “daño a la persona”<sup>339</sup>. Hay que recordar, como hemos advertido en la nota 163, que el artículo donde León Hilario hace tal afirmación fue publicado en el 2002, es decir, cuando ya Fernández Sessarego había señalado reiteradas veces que el daño moral era entendido en su noción restringida<sup>340</sup>.

Por si fuera poco, la existencia de dicha división, casi sin quererlo, era admitida hasta por Trazegnies Granda, que si bien expresó que el “daño a la persona” era una institución innecesaria, también mencionó que se trataba de una subespecie del “daño moral”. O lo que es lo mismo, era una porción de un continente, de lo que sigue que era algo existente, y esa existencia, como implícitamente lo señala, estaba constituido por lo que Fernández Sessarego denominó daño al proyecto de vida.

De otro lado, León Hilario yerra cuando menciona que Cárdenas Quirós no ha planteado la eliminación del daño moral del código civil. En las casi tres páginas en las que se dedica a reseñar lo dicho por ese autor<sup>341</sup> nada hay que nos permita arribar a dicha conclusión; es verdad que Cárdenas Quirós presenta una nueva terminología (daño subjetivo), pero ello era acorde con la idea de sujeto de derecho llevada por Fernández Sessarego al código civil y, además, se trata de expresión coetánea de ambos autores, como lo hemos indicado en la Parte 2. Capítulo 1, rubro 4.1. de esta tesis. En lo demás, hay concordancia y, por supuesto, una crítica a lo asistemático del uso indistinto de “daño a la persona” y daño moral.

Cierto es que Cárdenas Quirós dice (en cita traída por León Hilario):

---

<sup>339</sup> León, Leysser. **Consideraciones sobre los daños por homicidio de un ser querido y las técnicas para su resarcimiento**, En Ob. cit., pp. 219.

<sup>340</sup> De paso, el cambio de opinión de León Hilario, realizado en **Funcionalidad del daño moral ...** no se debe, como asegura a las “naturales limitaciones bibliográficas” que tuvo al realizar sus estudios en Italia, pues ellos empezaron en diciembre de 1999, esto es, 15 años después que Fernández Sessarego había emitido la primera declaración sobre la noción restringida del daño moral.

<sup>341</sup> León Hilario, Leysser. **Equívocos doctrinales sobre el daño moral**, pp. 291-294

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

“debe deplorarse que el Código peruano incurra en un defecto de técnica legislativa, pues, por ejemplo, en el caso del artículo 1322, que se ocupa de la responsabilidad por el daño moral causado como consecuencia de la inejecución de una obligación, se atribuye al daño moral alcances amplios, confundiéndose así con el *daño personal*, mientras que en el artículo 1985 se distingue claramente el daño a la persona del daño moral (...). En el caso del artículo 1984, es claro que se utiliza la expresión “daño moral” en un sentido restringido. Desgraciadamente, la Comisión Revisora del Código Civil no cuidó que se guardara la indispensable unidad en la terminología empleada en dicho cuerpo legal<sup>342</sup>”

De tales expresiones no puede concluirse contradicción a lo propuesto por Fernández Sessarego, más aún cuando éste ya en 1990 sostenía:

“Esta última prescripción –alude al daño moral- pudo técnicamente haberse suprimido, en tanto el daño moral se subsume dentro del concepto genérico de daño extrapatrimonial. Empero por razones didácticas y hasta para contrarrestar la corriente predominante que reduce, de acuerdo principalmente con la tradición, el concepto de daño moral a la esfera exclusiva de lo afectivo, se consideró en este caso imprescindible incorporar este distingo. El proyecto en mención, al sacrificar una redacción técnicamente más adecuada, pretendió, por contraste, resaltar el concepto de daño a la persona preterido en nuestra doctrina y jurisprudencia nacionales<sup>343</sup>”.

Es decir, sólo se trataba de un asunto de política legislativa, de lo que se podía lograr, y no de una diferencia conceptual, al extremo que el propio Cárdenas Quirós, cuando critica lo asistemático de las expresiones en el código civil, dice:

---

<sup>342</sup> León Hilario, Leysser. **Equívocos doctrinales sobre el daño moral**. Ob. cit., p. 292.

<sup>343</sup> Fernández Sessarego, Carlos. **Nuevas tendencias**, ob. cit. P. 315. Ver también **Los 25 años del código civil peruano de 1984**, ob. cit., p. 499.

“(L)o propio, como lo ha destacado Fernández Sessarego, era ubicar el tema en el Libro Primero del Código (...)”<sup>344</sup>

y más adelante estima que al daño subjetivo (“daño a la persona”) se opone al daño objetivo, “alejándonos de la clasificación que distingue el daño en patrimonial y no patrimonial<sup>345</sup>”. ¿Es posible decir que Cárdenas Quirós no estaba planteando la eliminación del daño moral?

Por otra parte, León Hilario menciona que el esquema propuesto por Espinoza Espinoza “inspirado por sus lecturas europeas, y bien informado sobre los cuestionamientos locales, preserva el daño moral, y demuestra coherencia, por lo tanto, con el dictado del Código Civil<sup>346</sup>”, pero eso no parece convenir con alguien que extrae de su trabajo la cita que se reproduce en la nota 45 de los **Equívocos doctrinales ...**<sup>347</sup> (es verdad que en fecha posterior al trabajo de León Hilario). En efecto, en la nota 119 hemos hecho cabal referencia a los distinguos en las ediciones del **Derecho de las Personas (2012)** y su **Derecho de la Responsabilidad Civil (2011)**. Así, en el 2011 (p. 250), Espinoza Espinoza decía “autorizada doctrina argentina” (se refiere a Mossett Iturraspe) ha mencionado “que hay que omitir la categoría moral de los códigos para sustituirla por la de daño a la persona”; no obstante ello, decide compartir “doctrina nacional” (alude a Lizardo Taboada) que estima que “la fórmula parece muy interesante pero no convincente”. En cambio, en el 2012, tratando el mismo punto, tal expresión no existe. ¿No hay aquí un cambio de criterio?

Con todo, no se trata de un asunto de números, ni de posiciones mayoritarias ni minoritarias. La verdad no siempre tiene que ver con lo que opinan las mayorías. De lo que se trata es de determinar que había un

---

<sup>344</sup> Cárdenas Quirós, Carlos. **Estudios de Derecho Privado**, ob. cit., p. 115.

<sup>345</sup> Cárdenas Quirós, Carlos. **Estudios de Derecho Privado**, ob. cit., p. 119.

<sup>346</sup> León Hilario, Leysser. **Equívocos doctrinales sobre el daño moral**. Ob. cit., p. 301.

<sup>347</sup> León Hilario, Leysser. **Equívocos doctrinales sobre el daño moral**. Ob. cit., nota 45, p. 302

**ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO**

debate, que diversos juristas sostenían posiciones contrarias, que eso además era un asunto que también se observaba en el horizonte extranjero con repercusiones en el país, y que hasta en los cursos de la Academia de la Magistratura había discrepancias sobre si el término adecuado era el de “daño a la persona” o la del “daño moral”, al extremo que Beltrán Pacheco y Plácido Vilcachagua establecían la diferencia asumiendo los conceptos de Fernández Sessarego, mientras que Lizardo Taboada, aún asumiendo una posición contraria, señalaba que “daño a la persona” y daño moral son categorías independientes.

¿Planteadas así las cosas no eran necesarias algunas precisiones?

**7. La desconfianza a la magistratura**

Hay algunos datos que merecen ser tomados en cuenta.

El primero de ellos alude a que el Derecho no vive en el cielo de los conceptos jurídicos (para utilizar una feliz expresión de Ihering) sino en la propia realidad. El segundo, casi correlato del primero, atañe a que la solución de los conflictos lo resuelven los jueces. El último, corresponde a la desconfianza que Fernández Sessarego tiene de los magistrados del país.

Es por ese escepticismo a la labor de la magistratura por la que, en un primer momento, nuestro autor parece querer desprenderse del daño moral. Sus propias expresiones confirman esta apreciación:

“El artículo 17 fue (...) concebido como instrumento que permite al juez, con toda amplitud y sin problemas de interpretación, hacer cesar, sancionar y aun prevenir cualquier tipo de daño cometido o que potencialmente pudiera cometerse contra la persona”.

Y más adelante:

“El artículo 17 (...) fue pensado como medio al servicio del juez, a fin de que sin dudas ni titubeos, pudiera sancionar adecuada y oportunamente cualquier daño contra la persona<sup>348</sup>”.

Concebido de esta manera el dispositivo denotaba una clara animadversión a la judicatura, a la que convertía (regresando a los tiempos de la revolución burguesa) en boca de la ley.

Poco convincente resulta establecer una distinción de este tipo apelando a esa figura. Nada más peligroso, La propia doctrina italiana, cuya influencia ha sido tan decisiva para Fernández Sessarego, advertía de los riesgos de crear normas inmóviles, sujetas a la voluntad del legislador. El deseo de nuestro jurista de regresar a las viejas ideas Montesquieu constituían un olvido de la polisemia moderna, de la múltiple interpretación y de la creatividad judicial. El riesgo se acrecentaba cuando dividía a los juristas en personalistas y patrimonialistas, negando a éstos la sensibilidad suficiente para entender los problemas que él abordaba. Se trataba, desde luego, de una división inaceptable que trataba de vedar de plano cualquier asomo de crítica.

No parece ser ese el camino adecuado para presentar una verdadera distinción conceptual. Y, sin embargo, no debe desdeñarse plantear normas desde la realidad en la que se vive. Es posible que la noción amplia de daño moral hubiera podido ser aceptada por una judicatura más ambiciosa y más creativa, pero no es menos verdad que nuestra judicatura no se ha caracterizado precisamente por su afán innovador.

## **8. La necesidad del cambio**

¿Significa ello que el cambio de denominación debía evitarse?

Creo que no. Hay dos consideraciones que me llevan a esta respuesta. La primera, tiene que ver con la expresión “daño moral” como tal. Ella, malgrado

---

<sup>348</sup> Fernández Sessarego, Carlos. **Derecho de las Personas**, Quinta Edición, Cultural Cuzco, 1992. La negrita es nuestra.

la doctrina francesa y el galicismo, es incorrecta. La vigésimo segunda edición del diccionario de la Real Academia Española presenta ocho definiciones de esta palabra. Son las siguientes:

“1. Pertenciente o relativo a las acciones o caracteres de las personas, desde el punto de vista de la bondad o la maldad. 2. Que no pertenece al campo de los sentidos, por ser de la apreciación del entendimiento o de la conciencia. 3. Que no concierne al orden jurídico, sino al fuero interno o al respeto humano. 4. Ciencia que trata del bien en general, y de las acciones humanas en orden a su bondad o malicia. 5. Conjunto de facultades del espíritu, por contraposición a físico. 6. Ánimos, arrestos. 7. Estado de ánimo, individual o colectivo. 8. En relación a la tropas, o en el deporte, espíritu o confianza en la victoria”.

No hay nada que indique en el idioma castellano que “moral” es contrario a lo “material” en el sentido que León Hilario menciona<sup>349</sup>. Lo es, sin duda, pero por no “pertenecer al campo de los sentidos”. Sólo así lo “moral” se transforma en lo inmaterial, pero aún así el término resulta inadecuado pues nada hay más propio de los sentidos que la tortura (el daño psicosomático para utilizar los términos de Fernández Sessarego) que frustra el proyecto de vida.

Hay, pues, por lo menos una imprecisión terminológica (“poco feliz” diría De Trazegnies) que no existe, en cambio, cuando se habla de daño patrimonial o extrapatrimonial, o de daño personal o extrapersonal porque entonces el acento remarca con claridad de qué se está hablando, y de paso delimita la discusión.

Es verdad que la expresión “daño moral” recoge una larga tradición que en sí misma no es objetable, pero que no tiene por qué mantenerse sólo por ella. Estoy seguro, por ejemplo, que los objetantes al cambio de denominación son, cuando el tema se deriva al “acto jurídico” y al “negocio

---

<sup>349</sup> León Hilario apela para sustentar la clasificación al diccionario de la lengua francesa.

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

jurídico”, los primeros que rechazan la tradición asumida por el código civil de 1984. Y ello porque los términos tienen un contenido y porque no se trata de mantener la tradición por sí misma

Sin duda, como se ha dicho, todo puede ser “daño a la persona” al igual, como ha recordado Burgos, que todos los derechos son humanos, pero cuando se utiliza esta expresión la idea queda donde debe estar: primero es la persona y luego su patrimonio; primero el Libro de Personas, luego los demás. Porque, y esto es el segundo punto, de esto se trata. Es una cuestión de expresión, pero es más: es, como dice Osvaldo Burgos, “un cambio de paradigma”. Cuando la responsabilidad subjetiva va cediendo a la responsabilidad objetiva, y ésta a su vez tiende al sistema de seguros, lo que se desplaza es el centro de atención: lo importante no es quién comete el daño sino cómo se repara éste; de allí como correlato, lo que tiene que venir a continuación es determinar que, en definitiva, la reparación tiene que ser entendida desde el sujeto y no desde el patrimonio que es afectado.

Nadie discute lo que el derecho francés o alemán señalan sobre este punto, lo que importa es destacar que en ambas legislaciones, que corresponden a sistemas decimonónicos, se empieza por el patrimonio y desde ahí se deriva a la persona.

Una concepción, como la de Fernández Sessarego, invierte ese sistema. El asunto es de tal trascendencia que el derecho del propietario se remece porque la palabra “patrimonio” desaparece y los daños, por la naturaleza del ente afectado se convierten en daños subjetivos y daños objetivos, y por las consecuencias, en daños personales y extrapersonales.

No es un asunto menor, ni un distingo trivial, pues de allí se derivan consecuencias reales. De Trazegnies Granda, quien aborda primero el estudio de los daños patrimoniales y, luego, los extrapatrimoniales, cuando define el daño moral lo hace en este sentido:

“En principio, el daño moral *stricto sensu* es aquél que no tiene ningún contenido patrimonial<sup>350</sup>”.

Y León Hilario (refiriéndose a Savatier):

“No reviste ninguna dificultad analizar el sistema francés. La distinción tradicional es más bien sencilla: están los daños “materiales”, que afectan los bienes del individuo, y los daños “inmateriales”, o “morales” **que afectan todo lo que no pueda considerarse en el campo anterior**<sup>351</sup>” (la negrita es mía).

¿Puede definirse algo por su negación? ¿No hay, por lo menos, una pereza intelectual y, en todo caso, un asumir qué se considera lo más importante? Los ejemplos que ofrece Trazegnies Granda, por lo demás, y hasta su propio proyecto de protección aluden a la propiedad y no a la persona.

## 9. La reparación integral

Es en esa misma perspectiva que privilegia al ser humano antes que a la propiedad, que la reparación civil tiende a la reparación integral. León Hilario se muestra horrorizado por esto y sostiene: “El espejismo de la “reparación integral de los daños”, que los propios franceses consideran un “mito” cuando se trata de la compensación de daños a la salud o de atenuaciones pecuniarias del daño moral, tiene el defecto, en resumen, de privilegiar exclusivamente la función “reparadora” de la responsabilidad civil”.

En cambio, de Trazegnies Granda le dedica el numeral 342 de su obra, refiriendo: “El principio general que rige casi unánimemente en esta materia consiste en que la víctima debe ser resarcida por todo el daño que se le ha

---

<sup>350</sup> De Trazegnies Granda, Fernando. **La Responsabilidad Extracontractual**. Biblioteca Para leer el código civil. Vol. IV. Tomo II. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Séptima Edición, 1988, p. 94.

<sup>351</sup> León Hilario, Leysser. **Funcionalidad del daño moral**, ob. cit., p. 242. Tan es así que la cita que ofrece es la que René Savatier expone en su Tratado de la responsabilidad civil en el derecho francés: “Entendemos por daño moral todo sufrimiento humano que no es resultado de una pérdida pecuniaria”. El profesor peruano agrega: “El ilustre civilista francés define la figura en oposición al *dommage pécuniaire*”. Ver nota 43.

causado. Este principio es el que se le conoce como reparación plena o integral<sup>352</sup> y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (que de paso establece la distinción entre “daño material” y “daño inmaterial”) también la sostiene<sup>353</sup>).

Nadie dice que esto sea fácil y, a menudo, apenas se podrá avizorar la reparación integral, pero ello no tiene por qué desencantar a nadie.

Es, en suma, la necesidad de modificar la perspectiva desde la patrimonialidad a la humanidad de la víctima, la que justifica un cambio de denominación porque ella obliga a colocar el acento donde corresponde, buscar una reparación total, y “aprehender el interés legítimo afectado y determinar, luego, por qué vía se llega a esa afectación, manifestada siempre en su imposibilidad, retardo o menoscabo sobreviniente”. Ello asume consecuencias prácticas, también advertidas por Burgos. En efecto, consideraciones como las expuestas permiten que ante un daño de incapacidad sobreviniente la reparación no se limite “a un cálculo matemático de pérdida de ingresos o disminución porcentual de posibilidades laborales a futuro”.

## 10. El enriquecimiento del concepto

Hemos mencionado los defectos de un concepto impreciso al momento de su ingreso al panorama jurídico nacional. Lo que queda por mencionar es el enriquecimiento del término producto de las disquisiciones de Fernández Sessarego. Hay, repetimos, una vaguedad en sus primeras expresiones, pero no es menos cierto que desde el inicio planteó los temas por los que se derivó la polémica, esto es, la diferencia entre daño a la persona y daño moral, la incorporación del concepto “proyecto de vida” y el tema de protección del ser humano desde la acción inhibitoria, a lo que se une un continuo trabajo para fortalecer el concepto.

---

<sup>352</sup> De Trazegnies Granda, Fernando. Ob. cit., p. 16. El párrafo se llama *La restitutio in integrum*.

<sup>353</sup> Caso Gutiérrez Soler. Sentencia de 12 de setiembre del 2005, párrafo 63. “La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior”.

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

En esa perspectiva, los temas fundamentales de la noción de Fernández Sessarego no son en nada inútiles ni repetitivos. En principio, como se manifestó en el rubro anterior, por la necesidad de cambiar la expresión “daño moral” por “daño personal”, a pesar de la doctrina y la jurisprudencia francesa.

En segundo lugar, se está ante un “daño a la persona” que se enriquece sistemáticamente. Hay una clasificación sobre el punto, ya por su naturaleza, ya por sus consecuencias; hay distinciones entre el “daño moral”, el “daño psíquico” y el “daño al proyecto de vida”; hay una formulación sobre lo que significa y hasta un sustento filosófico sobre el punto. León Hilario se incomoda (más bien se irrita) por dicho sustento, pero eso es precisamente lo que diferencia el pragmatismo de la reparación y cuando se dice “pragmatismo” no hay agresión alguna; finalmente se trata de una opción.

Enseguida, porque la noción de “daño a la persona” caló en la judicatura nacional. Es una noción viva.

Así un criterio importante para mantener la expresión “daño a la persona” es el sostenido por Espinoza Espinoza. La cita es extensa pero indispensable.

“¿Podemos –dice- prescindir de la voz de “daño a la persona? y subsumirla en la de “daño moral”? la respuesta, necesariamente, es la afirmativa, pero creo que también podemos mantener la diferencia conceptual, al menos, por dos motivos:

- a. La voz “daño a la persona” no sólo está regulada en el artículo 1985 c.c.: también la encontramos (en su momento) en el art. 32 de la Ley de Protección al Consumidor, en materia de responsabilidad civil por productos defectuosos (al lado del daño moral) (...) y ahora en el art. 103 del Código de Protección y Defensa del Consumidor (...); en el artículo 345-A cc. (...); así como en (...) la Ley del Procedimiento Administrativo General el cual también reconoce (al lado del daño moral) la voz daño a la persona (...).

- b. No me parece exacto decir que la jurisprudencia desconoce la voz “daño a la persona”. En una investigación he constatado, como detalle a continuación que, lamentablemente, los abogados piden y los jueces fallan indemnizaciones por todo concepto, por lo cual, también se podría decir lo mismo respecto de la voz “daño moral”.”.

El modelo jurídico diseñado por el código civil en el cual se diferencia el “daño a la persona” del “daño moral” circula desde hace más de veinticinco años en nuestros operadores jurídicos y guste o no, ha calado también en ellos (...) <sup>354</sup>.

Incluso, que León Hilario se haya convertido en “*amicus curiae*” en el Tercer Pleno Casatorio Civil 2011 para criticar los conceptos de Fernández Sessarego informa sobre el vigor del referido daño, al extremo de la necesidad que ha tenido de impugnarlo.

## 11. La filosofía de la libertad

La filosofía es una explicación del mundo; es también un comportarse conforme al convencimiento que se tenga de él. La imagen del filósofo alejado de la realidad forma parte de un cliché que no siempre se ajusta a los hechos. El Derecho que es un mundo de conceptos, es, fundamentalmente, una actividad práctica. Las ideas nada valen sino sirven para ejecutarlas.

Cuando Fernández Sessarego asume al ser humano como libertad, admite también las consecuencias de su pensar. En un mundo donde el ser humano nace aún sin poder valerse a sí mismo, queda clara la necesidad de coexistencia para vivir en él. El seno de la madre no sólo es alimento; es también cobijo, afecto, coexistencia que marca desde el inicio. Nuestra falta de plenitud para obtener lo que queremos marca nuestra convivencia. Antes que el tú y el yo, decía Martín Buber, está el *entre*, esa ligazón que nos une a los otros.

---

<sup>354</sup> Espinoza Espinoza, Juan. **Derecho a la Responsabilidad Civil**. Sexta edición. Lima, 2011, pp. 251-252.

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

Esa libertad se desarrolla en el tiempo, que es siempre limitado, acaso, como se ha dicho con melancolía, una chispa entre dos nadas. Es en el corto tiempo limitado de nuestro existir que esperamos lograr lo que creemos ha de satisfacer nuestra vida.

Pero si nos concebimos como libertad entonces somos también nuestros grandes electores. El ser humano es el ser que elige, que se imagina y lucha por su destino. El novelista de sí mismo, como decía Ortega y Gasset. Su identidad es la propia historia que se forja.

Se trata de una concepción del mundo, probablemente tan válida como cualquier otra. Es una idea, por lo demás, en la que coincido con Fernández Sessarego, alejados ambos de todo esencialismo que pretende definir al ser humano desde un *ex ante* y no desde su propio quehacer. Es una filosofía además que condena al hombre a ser libre y, por lo tanto, le otorga –fuera de todo relativismo moral- gran responsabilidad personal.

Son esos conceptos los que utiliza Fernández Sessarego. Los recoge como tributario de la filosofía de la existencia; lo pudo hacer también desde el raciovitalismo de Ortega/Marías.

Pero toda filosofía trae consigo sus efectos. Algún despistado puede pensar que ella se encuentra alejada del orden social. Cometería grave error. Lejanos los tiempos en que se consideraba al pensamiento como parte de la superestructura creada por el modo de producción económico. Lo que hay es una continua imbricación: tecnología, construcciones filosóficas, realidad, es el mundo que se transforma en comunión conjunta. La filosofía liberal creó su propio derecho, con deficiencias es verdad (y algunas de ellas se han anotado aquí) pero tan generoso que desde el derecho natural racional desembocó en una teoría de los derechos fundamentales y desde el derecho político creó un sistema democrático donde habían ciudadanos y elecciones (y lo que ello conlleva: libertad de expresión, de asociación, de opinión, etc.). Era una filosofía que creía en un mundo de propietarios, alababa al individuo y asumía la nueva realidad tecnológica que le imponía la revolución industrial. Ese fue el mundo de los códigos del siglo XIX.

Pero el siglo XX no tenía por qué “comprar” las ideas del siglo XIX. Sacudido por una depresión, dos guerras mundiales y la insatisfacción espiritual que ello generó, la filosofía de mediados del siglo XX descreo de las Iglesias y asume al hombre como libertad. La nueva realidad tuvo que crear su propio derecho. El positivismo kelseniano no podía quedar incólume ante un mundo que se destruía. Se puede ser consciente de ello o no, se puede creer que sólo se está haciendo Derecho y que no hay ningún sustento filosófico en lo que se expone, pero esa es una falsedad. Radbruch no expuso su celebrada fórmula sobre la ley injusta animado por elaborar conceptos, sino porque hubo un genocidio que debía castigarse incluso a falta de norma previa o con norma previa que así lo permitía.

Los juristas italianos no estaban haciendo filosofía cuando discutían con fervor por qué no debía entenderse el daño desde la capacidad de trabajo del damnificado; hacían, sin duda, Derecho; actuaban como dogmáticos o como operadores jurídicos, pero aún así partían de supuestos filosóficos que enriquecían sus nociones. La injusticia de plantearse las cosas como en el caso Gennarino (1971) le fueron patentes y es porque ampliaban los alcances interpretativos de normas restrictivas y constitucionalizaban la responsabilidad civil desde el artículo 32 de su Carta Política. Es el Derecho desde una nueva ideología.

## 12. Fernández Sessarego y el proyecto de vida

A diferencia de sus colegas italianos, Fernández Sessarego si fue consciente de las implicancias jurídicas de la filosofía de la existencia y el personalismo<sup>355</sup>. Caso curioso el suyo, pero no único. Quien haya leído a

---

<sup>355</sup> “¿Cómo es un jurista sin filosofía? Para responder a su pregunta creo que es necesario tener claro que existen tres niveles entre los hombres y mujeres que se dedican al estudio y aplicación del Derecho”.

“El primer nivel es el jusfilosófico. El jusfilósofo es el que se preocupa, coherente y persistentemente, por conocer los supuestos de la disciplina jurídica, o, en otras palabras, saber cuál es el objeto de su estudio. El segundo nivel es el del científico del derecho, designado generalmente como jurista, casi siempre académico, profesor universitario. Al jurista corresponde, sobre la base de los supuestos que le ofrece la jusfilosofía, el estudio de las instituciones jurídicas y la redacción de constituciones, de códigos y de leyes. El tercer nivel es el del llamado comúnmente operador del derecho. Es decir, el

Recasens Siches, conocerá del aporte orteguiano en su **Filosofía del Derecho**. Sin embargo, lo inusual fue que en un asunto nutrido de dogmatismo alguien se atreviera a sostener que el daño debía ser mirado desde la libertad que es el propio ser humano. Si hubiera sido procesalista, acaso Fernández Sessarego, desde la idea de un ser libre que es temporal, hubiera sustentado las medidas cautelares desde nuestra propia finitud y la necesidad de alcanzar ahora, y ya, nuestras satisfacciones materiales, sin esperar la culminación de un proceso lento y moroso. Su tema, sin embargo, era el Derecho de las Personas y desde allí incursionó en un área tomada por los juristas del patrimonio: la responsabilidad civil. Hago aquí sólo una identificación; no me cabe duda que ellos también –aunque desde otra óptica- defienden la dignidad del ser humano, pero perspectivas distintas a menudo contienen consecuencias distintas.

Por eso, el daño moral es definido desde la negación del “daño patrimonial” y hasta a veces es confundido con éste. Trazegnies Granda dice:

“el mal llamado daño moral es, en realidad, un daño patrimonial económico; pero cubre todos estos aspectos en los que el menoscabo es difícil de probar cuantificadamente, razón por la cual se le otorga al juez una mayor libertad para determinar la indemnización mediante el recurso a crear doctrinariamente una categoría elástica, que no

---

abogado o el juez que interpreta y aplica las normas jurídicas. Es un técnico que, generalmente, no conoce a fondo o simplemente desconoce los fundamentos o supuestos de los materiales que maneja en su cotidiano quehacer aunque es un excelente conocedor del ordenamiento jurídico positivo vigente en un determinado país. Para dominar el Derecho el ideal es ser, simultáneamente, jusfilósofo, jurista y operador del Derecho. Le pongo un ejemplo: para comprender en qué consiste el “daño a la persona” hay que saber, hasta donde ello es posible a la altura de nuestro tiempo, cuál es la estructura del ser humano. Sin ello es imposible penetrar en el campo del “daño a la persona” y del derecho en general”.

“Me pregunta Ud. cómo es un jurista sin filosofía, le respondo así: Un operador del Derecho es, metafóricamente hablando, como un constructor que no ha elaborado los planos ni los estudios estructurales, que desconoce los suelos de la obra que debe edificar aunque sabe construir la edificación. Pero el primer supuesto del Derecho es conocer al ser humano, y esa es la tarea primaria del jusfilósofo”. Entrevista con el autor, abril del 2000.

requiere de una probanza estricta, a la que se denomina daño moral<sup>356</sup>”.

¿Hay o no una óptica distinta?

### 13. Los alcances del proyecto de vida

A pesar de lo expuesto hay que tener en claro si estamos ante categoría autónoma o ante un criterio de cuantificación. Espinoza Espinoza cree en esto último. Fernández Sessarego, por su parte, estima que se está ante categoría autónoma.

Aunque bastante apreciable la tesis de Espinoza Espinoza (sobre todo por el peligro de la “inflación de resarcimientos”) no es posible aceptarla por quien considera al ser humano como libertad. Si esa es su naturaleza resultaría incoherente no tenerla como categoría autónoma y reducirla a mero criterio cuantificador.

Ello, además, va en consonancia con un modelo que privilegia una clasificación que parte de la naturaleza del ente afectado, como lo planteó Fernández Sessarego en **Hacia una nueva sistematización**. Hay aquí también concordancia con lo expuesto por Cárdenas Quirós, conforme se ha expuesto en párrafos precedentes.

En cambio, sí constituye criterio de cuantificación determinar cuándo hay frustración, cuándo menoscabo y cuándo retardo del proyecto de vida, pues se trata de clasificación que incide en el daño y, desde luego, en la reparación a otorgar.

Criterio para cuantificar la reparación también lo constituye determinar los alcances del proyecto de vida. Sobre este aspecto, Fernández Sessarego ha hablado de la existencia de proyectos múltiples. Nosotros hemos advertido las coincidencias de nuestro autor con Julián Marías. En ambos casos, además, se señala que en todos esos proyectos lo que debe privilegiarse es

---

<sup>356</sup> La cita es tomada del artículo de León Hilario, **Funcionalidad del “daño moral”...**, ob. cit., p. 237. Hay que señalar que León Hilario discrepa de Trazegnies Granda.

el proyecto más importante, pues ese constituye la vocación personal y lo que de verdad se quiso hacer.

De allí que hay que ser cauteloso con la reparación del proyecto de vida. No hay que confundirla con las *chances*, en tanto ella se encuentra vinculada al daño patrimonial y no al daño a la libertad<sup>357</sup>; tampoco debe descarriarse la mirada al conjunto de proyectos existentes (alternativos diría el maestro sanmarquino), sino debe atenderse al proyecto radical; por último, se debe ser restrictivo con su uso para evitar la repetición de reparaciones.

Sobre el tema, Osvaldo Burgos siguiendo a Zavala de Gonzales ha señalado lo siguiente: a) todas las personas tienen proyectos pero no todos los proyectos tienen el mismo valor; b) hay proyectos de vida generales y proyectos de vida únicos; y c) a mayor particularidad del proyecto, mayor entidad del resarcimiento<sup>358</sup>. Siguiendo la visión comentada concluye que el daño al proyecto de vida debería ser objeto de resarcimiento atendiendo: a) la viabilidad de rehacer el proyecto original; b) la viabilidad de creación de un proyecto alternativo; y c) el grado de desarrollo que el individuo dañado había alcanzado en “su” proyecto hasta el momento de ocurrencia de la acción u omisión dañante<sup>359</sup>. Burgos ha terminado elaborando una tabla de 20 reglas posibles para el resarcimiento<sup>360</sup>.

#### **14. El daño al proyecto de vida en caso de fallecimiento**

Salado Osuna, analizando un caso peruano en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, opina que el proyecto de vida debe ser indemnizado

---

<sup>357</sup> Osvaldo Burgos señala: “Desde nuestro punto de vista, las diferencias entre el daño a la pérdida de chance y el daño al proyecto de vida son ontológicas - es decir, refieren a la distinta naturaleza del ser de cada uno de ellos- y no meramente contextuales”- Ob. cit., p. 241. Y más adelante sostiene que existen coincidencias entre ambas: proyección al futuro, todo proyecto es, al fin, una chance y deben probarse con suficiencia, pero difieren, entre otros, porque: a) el proyecto de vida puede ser sustituido, la chance no; b) el proyecto de vida se aprecia dentro de la complejidad de la singularidad de cada quien, no siendo siempre así en la pérdida de la chance; c) la chance es más determinable. Ob. cit., pp. 243-244-.

<sup>358</sup> Burgos, Osvaldo R. Ob. cit., pp. 148-149.

<sup>359</sup> Burgos, Osvaldo R. Ob. cit., pp. 150-151.

<sup>360</sup> Burgos Osvaldo R. Ob. cit., pp. 404-433.

aún si la víctima ha fallecido. Así se pregunta: “¿la reparación del “daño al proyecto de vida” sólo es aplicable en relación con las víctimas sobrevivientes, o también es aplicable a las víctimas que han fallecido como consecuencia de una ejecución extrajudicial o que se presume su fallecimiento como consecuencia de una desaparición forzada o del uso desproporcionado de la fuerza?”<sup>361</sup> Luego, se responde que en estos casos también se acaba con el futuro de la víctima y recalando en el caso “Niños de la Calle” expresa su complacencia

Aunque refiriéndose al daño moral, Díez-Picazo y Gullón también se interrogan si en estos casos sus herederos están legitimados para pedir la reparación?

Es verdad que los autores españoles no hacen referencia al “proyecto de vida” pero su inquietud debe trasladarse a esta zona penumbrosa que ha originado, como se ha visto en líneas anteriores que se señale que es posible dicha indemnización.

En cambio, para continuar con Díez-Picazo y Gullón, ellos responden afirmativamente, siguiendo las enseñanzas de De Castro (**La indemnización por causa de muerte**) que “el daño se produce a la persona que vive, a ella se le quita la vida o se le da muerte”; es ésta siempre consecuencia, pero lo que da origen a la indemnización es el daño. Con todo, los autores españoles han advertido que el Tribunal Supremo no acepta esta posición de transmisión a los herederos, salvo para daños patrimoniales o para reclamar *iure proprio* “indemnización por los daños morales y materiales que experimentan por la muerte de un ser querido”<sup>362</sup>.

---

<sup>361</sup> Salado Osuna, Ana. **Los casos peruanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Editora Normas Legales S.A.C. Trujillo, 2004, p. 435.

<sup>362</sup> Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio. **Sistema de Derecho Civil. Volumen II**. Novena edición, segunda reimpresión. Madrid, 2002, p. 546.

En sede nacional, Espinoza Espinoza se pregunta si debe abrirse un derecho sucesorio en este caso<sup>363</sup>.

El tema es, como se advierte, polémico. Nosotros creemos que el ser humano es siempre un *faciendo*, está destinado a hacerse, a irse realizando, lo que lo lleva a la creación de proyectos vitales a fin de novelar la vida que le toca vivir (para utilizar una frase elegante de Ortega y Gasset). Pero en el orden del daño al proyecto de vida lo que se repara es el propio daño a una existencia que continúa, cierto que menoscabada, pero que prosigue. En buena cuenta, para ser consecuentes con la idea anexa al proyecto de vida éste se extingue cuando concluye la propia existencia, dado que entonces nuestra narración temporal habrá terminado. Cosa distinta es la indemnización a los familiares de la víctima, pero entonces no se repara el daño al proyecto de vida sino el daño moral (*rectius*: daño a la persona).

### 15. Proyecto de vida de los menores

En el caso “Niños de la Calle”, Díaz Cáceda sostiene que los menores en las condiciones en las que se encontraban no tenían capacidad de decidir libremente lo que querían con su vida<sup>364</sup>. *Verbigratia*, no merecían reparación por daño al proyecto de vida.

Hay que recordar aquí que el “proyecto de vida” no es algo que se pueda evadir; puede ser más visible a unos que a otros, pero lanzado al mundo sólo le queda al ser humano hacer, lo que supone elegir y trazarse sus horizontes.

Se hace más difícil establecer el proyecto de vida de los menores, pero no es imposible que ellos lo tengan (piénsese en el ajedrecista que se inicia a temprana edad en el deporte y que encamina su vida hacia ello).

---

<sup>363</sup> Espinoza Espinoza, Juan. **Derecho de la Responsabilidad Civil**. Sexta edición. Lima, Julio, 2011, pp. 252-253.

<sup>364</sup> 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. Jurista Editores. Lima, 2006, p. 129.

## 16. El proyecto de vida y la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Fernández Sessarego afirma que la noción de proyecto de vida ha sido asumida por la Corte Interamericana. A pesar de su entusiasmo –justificado por una primera oleada de sentencias- hay que decir que la Corte ha dado marcha atrás<sup>365</sup>.

En efecto, si en el caso Loayza Tamayo había admitido la fórmula del proyecto de vida (aunque sin utilizarla al momento de la reparación) y en el caso Cantoral Benavides había reparado el daño utilizando esa figura, en las demás sentencias ha dado varios pasos atrás, usando la clásica distinción de daño material y daño inmaterial para fijar las indemnizaciones.

Es verdad que tanto en los fallos de la Corte como en los Informes y Opiniones que emite, la Corte sigue utilizando la expresión “proyecto de vida”, pero a menudo lo hace como sinónimo de “libre desarrollo de la personalidad”, y las más de las veces con expresa mención que no se utiliza para la reparación por no ser necesaria.

El propio Cancado Trindade, quien considera útil la nueva categoría, ha negado que sea posible de cuantificarlo (a diferencia del daño moral que beneficia a los que siguen vivos, directa o indirectamente), pues la reparación que impone es la de obligaciones de hacer que conllevan a medidas de satisfacción.

## 17. Daño al concebido

Polémica ha generado saber si existe responsabilidad por el daño genético. Makianich<sup>366</sup>, a quien glosamos en este apartado, ha señalado que por daño genético debe entenderse la mutación de un gen o un cromosoma. Si la mutación proviene de la transmisión de las herencia estaremos ante un daño

---

<sup>365</sup> En esa perspectiva, la alegría de Díaz Cáceda no resulta congruente con la retirada del concepto en la Corte.

<sup>366</sup> Makianich de Basset, Lidia Noemí. Daño Genético en La responsabilidad. Homenaje al profesor doctor Isidoro Goldenberg. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina, 1995.

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

genético hereditario; si está desvinculada de todo factor hereditario, se presentará un daño genético no hereditario.

Respecto a los daños genéticos no hereditarios, la controversia consiste en derogar o no la inmunidad parental. Mientras que con los daños genéticos hereditarios el problema consiste en determinar si los padres afectados deben o no deben tener hijos y si puede considerárseles culpables cuando no está a su alcance impedir la transmisión de la tara.

La jurisprudencia norteamericana ha reconocido que el derecho del hijo a iniciar la vida sana de mente y cuerpo, implica el deber legal de la madre de brindarle el mejor ambiente prenatal posible “La violación o ruptura de este deber originaría un nuevo daño extracontractual, sujeto a reparación”. Los fallos. Sin embargo, no han sido uniformes habiéndose considerado que tener a la madre como garante de la salud del hijo por nacer implicaría la intromisión del Estado en su derecho de privación y autonomía física.

Se trata, como ha señalado Graciela Medina, de las injusticias prenatales, conocidas como *wrongful birth*, *wrongful life* y *wrongful pregnancy*<sup>367</sup>.

Ya hemos dicho que es posible la existencia de daño al concebido y que éste puede generar indemnización, indistintamente de quien sea quien le provoque el daño.

---

<sup>367</sup> El *wrongful birth* (nacimiento injusto) es “la acción mediante la cual ambos, o cualquiera de los padres, demandan a su médico y/o centro médico por no haber detectado o no haberles informado que darían a luz a un niño enfermo, privándolos, en consecuencia, de tomar una decisión informada sobre la continuación o interrupción del embarazo, cuidados especiales en el parto o métodos muy estrictos de contracepción”.

El *wrongful life* (vida injusta) “es la acción mediante la cual un menor, o adulto en representación del menor, demanda al médico y/o centro médico de sus progenitores, en la medida que por no haber sido por: a) su diagnóstico negligente y/o b) la información incompleta o errónea que le fue brindada a sus padres, él no hubiera nacido para experimentar el sufrimiento propio de su enfermedad congénita”.

El *wrongful pregnancy* (embarazo injusto) “es la acción mediante la cual ambos, o cualquiera de los padres, reclama que debido a la negligencia de su médico al: a) recetarles o suministrarles anticonceptivos; b) realizarles una esterilización o c) practicarles un aborto, concibieron a un niño no planeado”. Medina, Graciela. Responsabilidad por nacimiento con discapacidad: *wrongful birth* una década en la jurisprudencia el Tribunal Supremo Español. En *Persona, Derecho y Libertad*, Lima, Motivensa 2009, pp. 625 a 648.

## 18. El daño a la persona jurídica

Fernández Sessarego ha definido al sujeto de derecho como el ente al cual el ordenamiento jurídico imputa derechos y deberes. En esta perspectiva ha señalado que el Código Civil ha establecido cuatro categorías de sujetos de derecho (el concebido, la persona humana, la persona jurídica debidamente constituida y las organizaciones no registradas) que representan las diferentes facetas de la vida en relación del ser humano.

Utilizando estos conceptos, Carlos Cárdenas modificó la expresión daño a persona por la de daño subjetivo, a fin de comprender a todos los sujetos de derecho. Siendo esto así no habría ninguna razón para sostener que el daño a la persona no pueda ser sufrido por una persona jurídica.

Sin embargo, Juan Morales Godo ha rechazado esta noción. Para Morales (que convino en utilizar la expresión daño subjetivo pero sólo pensando en el concebido), las personas jurídicas no pueden sufrir este tipo de daño, porque éste sólo atañe a los ataques a los derechos de la personalidad. No le es ajena la idea de entender a las personas jurídicas como centros de imputación normativa, conformada por seres humanos, pero señala que en el fondo se trata de una “pluralidad reducida a la unidad normativa”.

“Existen ciertos bienes -señala Morales glosando a Fueyo Laneri- que deben ser protegidos en el caso de las personas jurídicas, como el honor, la reputación, el crédito, la confianza comercial, etc, lo que no estamos de acuerdo es en considerarlos como derechos de la personalidad (...) En todo caso, es preferible pensar en una categoría jurídica especial” <sup>(368)</sup>. Su discrepancia llega hasta recusar el artículo 3 de la Constitución de 1979, cuando hace extensivo los derechos humanos a las personas jurídicas, en cuanto le sean pertinentes.

---

<sup>368</sup>. Morales Godo, Juan. El daño a la persona. Revista de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Volumen 49, Años 91 y 92, Lima, p. 180.

**ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO**

Como para darle la razón a Morales Godo, la Constitución de 1993 ha eliminado dicho dispositivo, por lo que pudiera parecer que los derechos fundamentales no amparan a las personas jurídicas.

Nosotros creemos que Morales Godo está es un error. Primero, porque si acepta la expresión daño subjetivo debe aceptar también las consecuencias que el uso de ese término segundo. Segundo, porque la persona humana se desarrolla en su vida social y en ese ámbito sus derechos deben también ser resguardados. Ciertamente es que la Constitución del 93 ha eliminado el artículo 3 de la Constitución del 79, pero de ello no puede deducirse que las personas jurídicas carezcan de derechos fundamentales. Bastaría citar el artículo 2, inciso 13 de la Carta Política: “Toda persona tiene derecho: A asociarse y constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica” para verificar que los derechos fundamentales también atañen a las personas jurídicas. En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado (Exp. 698-96. AA/TC, La Rotonda SA contra Municipalidad e Lima Metropolitana y Municipalidad de La Molina, El Peruano, 29 de agosto de 1997): “Cabe señalar que siendo la entidad demandante una persona jurídica, ésta no puede encontrarse carente de atributos fundamentales; que, en el presente caso, por demás entendemos que los tiene, ya que si bien la Constitución vigente no lo reconoce expresamente tampoco puede interpretarse ello como que los niegue, no sólo porque existe la posibilidad de acudir a la cláusula abierta prevista en el artículo 3 de la norma fundamental, sino y sobre todo porque el art. 2, inciso. 17 de la misma reconoce el derecho de toda persona a participar en forma individual o social en la vida de la nación; no puede ser coherente asumir que por un lado se habilite el ejercicio de facultades a toda asociación –entendida en términos constitucionales- y por el otro se les niegue las garantías necesarias para que tal derecho se materialice”.

### 19. La declaración de inutilidad del “daño a la persona” y su pedido de aniquilación

En un artículo transido de enfado, Morales Hervias propone la aniquilación del “daño a la persona”. Sus tesis son erradas por muchas consideraciones.

En principio, asimila el concepto de “daño existencial” con el de “daño a la persona”, como si esa fuera la idea de Fernández Sessarego. Es un lamentable error tanto más que el maestro sanmarquino ha rebatido la idea del daño existencial en diversos artículos que Morales Hervias parece desconocer. Bastaría, para sacarlo de su error, si le era penosa la lectura de Fernández Sessarego, que se hubiera valido de los **Equívocos doctrinales sobre el daño moral** de Leysser León, quien, además de agradecerle allí sus útiles comentarios, sus consejos, su siempre buena disposición para el intercambio de ideas y el aliento que le brinda, dice: “Me alegra, de todas formas, y para anotar lo con su mismo estilo, que, en el 2003, Fernández Sessarego, pág. 17 “coincida conmigo”, o “me dé la razón”, al menos formalmente, en lo tocante al rechazo del último giro de la moda italiana en el campo de la responsabilidad civil, el llamado *danno esistenziale*”<sup>369</sup>.

En artículo anterior, pero también presente en la misma obra antes anotada (p. 180), León Hilario dirá, desdeñando el daño existencial: “Con todo, no es improbable que el *boom* italiano del daño existencial tenga eco en nuestro medio. Un “eco del eco”, ciertamente, si se niega la novedad de la categoría. A lo mejor ha repercutido ya, aunque me consta que el profesor Fernández Sessarego, a quien se deben los estudios más exhaustivos sobre el daño no patrimonial en el Perú, ha hecho bien en centrar el debate en el tema del daño a la persona, de lo que deduzco tanto un cerrar de puertas a categorías sin valor o generadoras de confusión (vistos los esfuerzos del

---

<sup>369</sup> León, Leysser L. **La Responsabilidad Civil**. Segunda edición, Lima, 2007, p. 278, nota 3. En el caso de Fernández Sessarego pudo haber consultado, por ejemplo, **Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”**. Foro Jurídico. Julio 2003. Año. 1. No. 2. Allí menciona la “inutilidad” del “daño existencial” que pretende comprender “todas las lesiones que acarrear consecuencias no patrimoniales que no se encuadran dentro del estricto, histórico y tradicional concepto de ‘daño moral’”, daños que nuestro autor se encuentra en el amplio campo del daño psicosomático.

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

maestro sanmarquino por pulir de impurezas un espectro otrora dominado, también entre nosotros, por el daño moral) cuanto una simplificación provechosa del discurso”.

Sea como fuera las expresiones de Morales Hervias parten de una declaración de principios que no prueba, sino que sólo asevera, y que llega al extremo de referir que la doctrina italiana se ha ocupado de negar el “daño al proyecto de vida” cuando se trata, más bien, de un asunto que emerge en la doctrina peruana<sup>370</sup>.

Por otra parte, Morales Hervias presenta algunas expresiones discordantes con ellas mismas. Así siguiendo a De Trazegnies Granda refiere que el “daño a la persona” es una “subespecie” del daño moral, esto es, un grupo en el que se subdivide la especie daño moral, como quiere el idioma y la biología, lugar de donde se toma prestado el término. Momentos después indicará que tales conceptos “hay que entenderl(os), simplemente, como una reiteración, un pleonasma”. O hay diferencias o no las hay. O se es subespecie o se es reiteración. O es lo uno o es lo otro, como la lógica enseña desde Parménides.

No sólo existe este equívoco lógico; también ha referido que la doctrina contraria al “daño a la persona” ha cuestionado “el argumento humanista de esta doctrina existencialista con argumentos incontestables” que le parecen son los De Trazegnies Granda cuando menciona:

“(…) sostener que los daños espirituales pueden repararse con dinero implica adoptar una posición materialista y patrimonialista porque supone que, en última instancia, el dinero proporciona toda clase de felicidades y alivia los males de cualquier orden”.

Repárese que lo que se cuestiona a la posición de Fernández Sessarego es la de pretender reparar el “daño a la persona” con dinero, de lo que sigue que ello o le horroriza o resulta cuestionable por la propia naturaleza del

---

<sup>370</sup> Confrontar: Fernández Sessarego, Carlos. **Los 25 años del código civil peruano de 1984**. Lima, 2009, 524.

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

daño. En buena cuenta, invirtiendo su propio ejemplo, ¿se es humanista cuando se indemniza la pérdida del patrimonio y se rechaza (ya no digo la frustración del despliegue de la libertad) sino la reparación por la muerte de un familiar?, ¿recibir dinero en dicha situación vuelve a la víctima un grosero patrimonialista?<sup>371</sup>.

Imprudente crítica la suya cuando páginas más adelante dice:

“La función de la responsabilidad civil en el caso de los daños morales es “compuesta”, porque, por un lado, se tiende a brindar una forma de satisfacción y/o gratificaciones a la víctima del hecho ilícito, en el sentido de asegurarle un beneficio económico –**y al respecto, es innegable que el dinero también puede servir para dicho fin-**, y, por otro lado, para sancionar el comportamiento del responsable de la infracción” (p. 53, la negrita es mía).

En realidad, la tesis de Morales Hervias –pero sin su solidez jurídica- son, en gran parte, las mencionadas por León Hilario. Éste con mayor propiedad dirá que las voces de “daño existencial” y “daño al proyecto de vida” son equivalentes pero no iguales, lo que importa rigurosidad en su dicho. La misma rigurosidad obliga a señalar que él mismo reparó en el cierrapuertas que Fernández Sessarego hizo de esta parte de la doctrina italiana.

Aunque en párrafos anteriores ya se expresaron algunas ideas sobre lo expuesto por León Hilario resulta pertinente detenerse en dos aspectos.

El primero de ellos está constituido por el ejemplo que propone para descartar el proyecto de vida. Conviene, entonces, reiterar lo ya manifestado:

“Frente a un conjunto de personas casualmente congregado en la vía pública, e integrado por un deportista con futuro promisorio, una estudiante de primer año de la Escuela Nacional de Ballet, un campeón

---

<sup>371</sup> En realidad se trata de reducir al daño moral como “precio del dolor” y de llenarla de un barniz que ensucie al solicitante por la osadía de querer mitigar su dolor con satisfacciones pecuniarias.

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

juvenil de matemáticas y un obrero subcontratado a través de una compañía de intermediación (...)” contra quién se dirigiría el auto si se pudiera vislumbrar los proyectos de vida. Sin duda contra el obrero porque esa decisión “eficiente” “le garantizaría asumir el menor resarcimiento o en el peor de los casos para la víctima, no pagar nada o ni siquiera ser demandado”

Se trata de un ejemplo falaz, pues asume una mente capaz de “vislumbrar los proyectos de vida”, pero además porque bien podría cambiarse la expresión “proyecto de vida” por “lucro cesante” o “daño emergente”. En ese supuesto, ¿cuál sería la decisión más adecuada? En buena cuenta, entre un obrero que gana 1000 soles mensuales y un empresario que gana 100,000 soles mensuales, ¿no es a este último a quien debería indemnizársele por daño patrimonial en mayor medida? ¿No hay una mayor pérdida diaria por la inactividad laboral del empresario? ¿No recurrirá a mejores clínicas para recuperar la salud perdida? Para utilizar los propios términos de León Hilario habría que decir que “sin duda” el vehículo debería dirigirse “contra el obrero porque esa decisión “eficiente” “le garantizaría asumir el menor resarcimiento”, acaso “ni siquiera ser demandado”.

¿Puede extraerse de allí la eliminación del “lucro cesante” y del “daño emergente”?

Un segundo punto a tratar es el rechazo del proyecto de vida porque:

(a) no puede ser cubierto mediante un contrato de seguro; (b) resulta discriminatorio ya que los jueces tienden a diferenciar los “proyectos de vida” exclusivamente en función de la posición social y de la capacidad económica de la parte gravada; y (iii) es incuantificable sobre bases ciertas<sup>372</sup>.

---

<sup>372</sup> Tercer Pleno Casatorio Civil, ob. cit., pp. 250-251.

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

Tal criterio también debe ser rechazado. Burgos ha reparado, por ejemplo, en el hecho que cuando un deportista asegura sus piernas, lo que está haciendo, en realidad, es asegurar su “proyecto de vida”.

El segundo punto de su crítica también debe descartarse. En realidad, el trato discriminatorio es el que León Hilario tiene con la judicatura. Se trata, además, de posición sin sustento alguno, contradictorio por lo demás con lo expuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A ello debe añadirse que es una crítica aparente, pues pretende descartar la noción no por ella misma sino por el supuesto mal uso que hacen otros. Eso es lo mismo que decir, para irse al campo del derecho penal, que como los jueces colocan penas diminutas, deben terminarse con los procesos judiciales. Es una censura que olvida el objeto de la crítica y la traslada a personas que, por lo demás, si fuera cierto lo imputado por León Hilario, podrían ser auxiliados por la Academia de la Magistratura para precisar los criterios de cuantificación.

Por último, refiere que el daño al proyecto de vida es incuantificable sobre bases ciertas. Como aquí se ha dicho reiteradas veces es lo mismo que sucede con el daño moral, al extremo que el artículo 1332 del código civil ha precisado que si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa. Dicha norma ha servido a la judicatura para determinar las reparaciones por daño moral. La tesis, además, resulta discutible si esa misma pregunta se efectúa en torno a la reparación que se debe por la aflicción por la muerte de un familiar (tema absolutamente subjetivo). ¿Cuál sería para León Hilario la cuantificación cierta del daño? Sus expresiones son más explícitas:

“Corolario de este atendible esquema es que el otorgamiento de sumas en procesos por concepto de “daño moral” (del *danno non patrimoniale* en Italia) representa un caso de pena privada, lo cual queda confirmado por la dificultad de cuantificar el dolor, la afectación del estado de ánimo, y por los criterios utilizados por la magistratura

para la determinación de la obligación resarcitoria y/o sancionatoria<sup>373</sup>”.

Alguna vez dicho autor mencionó que había hecho la prueba de escribir las mismas líneas reemplazando por “daño al proyecto de vida” las menciones al “daño existencial, advirtiendo que el valor de la crítica se mantenía. Con esa misma perspicacia, si hubiera cambiado “daño a la persona” por “daño moral” la crítica realizada por él se hubiera mantenido porque en realidad, más allá que considere adecuado el término daño moral, también descrea de ésta categoría, pues ella es pena privada (como decía De Trazegnies Granda), difícil de cuantificar y reparada deficientemente por los jueces.

Con todo, hay que indicar que es evidente el peligro de exageradas reparaciones, pero ello no descarta el daño. Para eso mesura, agudeza y sensibilidad, conforme lo solicitado por Fernández Sessarego, y el auxilio de las precisiones realizadas por Matilde Zavala y Osvaldo Burgos.

## **20. Apostilla final**

28 años después de la entrada en vigencia del código civil peruano, el estado del “daño a la persona” es el que se ha mostrado. No se trata, como se observa, utilizando una expresión grata a los profesores peruanos, de una doctrina “pacífica”; por el contrario, siempre generó controversia, primero, acaso con excesiva timidez; luego, probablemente, con algo de brusquedad.

Aquí se ha rastreado a fondo lo dicho por protagonistas y antagonistas –en ambos casos, como hubiera advertido Unamuno, personas en lucha. Se trata, más allá de algunas expresiones inaceptables, de un momento grato para el Derecho Civil peruano porque el debate no sólo enriqueció la discusión, sino que suscitó descubrimientos, reelaboraciones y puntualizaciones que empezaron en el gabinete de estudio, se trasladaron a las revistas especializadas y llegaron al área propia de los operadores jurídicos: la sede judicial. Se trata de un evento nuevo cómo no había

---

<sup>373</sup> León Hilario, L. La responsabilidad civil, ob. cit., p. 312.

**ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO**

acontecido antes en el panorama jurídico peruano, tan dado a la inercia y a la aceptación sin más de lo que parece nuevo.

**Parte 6**

**CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

**Capítulo I**  
**CONCLUSIONES**

## PARTE 6: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

### CAPÍTULO I: CONCLUSIONES

#### I. LA HIPÓTESIS PLANTEADA

Como se dijo en la primera **Parte** de este trabajo se partió de la hipótesis que el **concepto de “daño a la persona” era conocido por la comunidad jurídica del país e implicaba una distinción sustancial con el “daño moral”**.

Para verificar la hipótesis planteada se analizó el tiempo de incorporación de la categoría “daño a la persona - proyecto de vida” en la teoría de Derecho de las Personas a partir de la década de 1980 y su respectiva divulgación. Asimismo se verificó si el concepto “daño a la persona - proyecto de vida” difiere del concepto de daño moral.

Realizado los estudios respectivos se llegó a determinar lo siguiente:

- a. El “daño a la persona” ingresó de manera “subrepticia” al ordenamiento legal peruano. Hubo una suerte de “informalidad legislativa”.
- b. Su ingreso fue polémico. Desde el inicio originó dos tomas de posición distintas, encabezadas por Fernández Sessarego y De Trazegnies Granda.
- c. La persistencia, el trabajo metódico, la vocación magisterial de Fernández Sessarego originaron una aparente paz doctrinaria, la que, sin embargo, desde inicios del presente siglo ha sido rota.
- d. A pesar que los estudios de la Academia de la Magistratura no suelen tocar temas de Derecho de las Personas, los textos de Responsabilidad Extracontractual han hecho mención al “daño a la persona” y al “daño al proyecto de vida”.

**ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO**

- e. Los syllabus de Derecho de las Personas se han entregado entusiastas a referirse al tema del “daño a la persona”. Sólo en la Universidad César Vallejo el syllabus menciona la existencia de críticas, pero no precisa cuáles y de su bibliografía no se puede inferir mucho.
- f. La encuesta realizada determinó que las expresiones “daño a la persona” y “daño al proyecto de vida” se encuentran internalizadas dentro de los operadores jurídicos.
- g. Un sector de la doctrina, entre los que destaca León Hilario, han iniciado una mordaz batalla doctrinaria, que se extiende de las aulas universitarias a los propios campos de estudios judiciales, para dejar sentada la inutilidad del “daño a la persona”.
- h. Sin embargo, 28 años después de la promulgación del código, el “daño a la persona” y el “daño al proyecto de vida” se han instalado en los fallos judiciales y en las normas legales, y se puede concluir que los referidos conceptos son conocidos por la comunidad jurídica del país y se ha establecido una distinción sustancial con el daño moral.

**II. CONCLUSIONES**

Procede emitir algunas conclusiones:

**1. Sobre el daño a la persona en la obra de Fernández Sessarego:**

- a. El daño a la persona es una institución creada por la doctrina y jurisprudencia italianas. Su concepción era necesaria en ese país debido a las restricciones que el artículo 2059 del Código Civil italiano imponía para la reparación de los daños a la persona. Para sortear este escollo los juristas italianos debieron recurrir al artículo 2043 del Código Civil y a la norma constitucional (artículo 32) referida al derecho a la salud.

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

- b. Por eso la noción se ha conocido indistintamente como daño a la salud, daño biológico, daño a la integridad sicosomática, etc., es decir, denominaciones que se desprenden del concepto de salud.
- c. Influenciado por el uso de esos términos, Fernández Sessarego utiliza, en su clasificación de daños, denominaciones tales como daño biológico y daño a la salud<sup>374</sup>.
- d. Al incorporarse el daño a la persona al Código Civil, Fernández Sessarego aún no tenía en claro su concepto. Con la nueva figura pretendió terminar, fundamentalmente, con una interpretación restringida del daño moral. El ingrediente nuevo lo constituyó la idea de proyecto de vida. La ambigüedad resultaba tan manifiesta que nuestro autor no diferenciaba el daño no patrimonial del daño a la persona.
- e. No obstante lo señalado, la noción de daño a la persona se constituyó con base a cinco pilares definidos que fueron desarrollándose conceptualmente con posterioridad. Se trataba: (a) de la necesidad de una nueva terminología; (b) de una nueva estructura clasificatoria de los daños; (c) de la diferencia con el daño moral; (d) de la necesidad de protección jurídica, y (e) del proyecto de vida.
- f. Fernández Sessarego denominó al nuevo instituto jurídico, en una primera instancia, en forma indistinta, daño no patrimonial y daño a la persona; luego, daño a la persona, y, posteriormente, daño subjetivo, al percatarse, merced al trabajo de Carlos Cárdenas, que con el término daño a la persona se dejaba de lado a las personas no inscritas y al concebido, por lo que resultaba más apropiado tratar el tema de los daños desde la perspectiva de los sujetos de derecho.

---

<sup>374</sup> Nuestro autor señalará que la división de daño biológico y daño a la salud es sólo teórica dada la unidad inescindible del ser humano.

- g. En un trabajo posterior, Fernández Sessarego regresa a la expresión daño a la persona por una suerte de tributo a la naciente figura creada.
- h. Con todo, el maestro sanmarquino había tenido “intuiciones” afortunadas. Su innegable capacidad de estudio, sus conocimientos filosóficos, su búsqueda incesante, le permitieron desarrollar una tesis apenas pergeñada cuando la incorporó al Código. Cuando en **Hacia una nueva sistematización de los daños a la persona** (1993) clasifica los daños por la naturaleza del ente y por sus consecuencias justificó la nueva terminología. Ya no se trataba sólo de un cambio de nombre. Con la división propuesta establecía la terminología adecuada (hay un daño a las personas y hay un daño a las cosas: ambas clases de daño deben diferenciarse), hacía las reducciones del caso delimitando concluyentemente al daño moral y colocaba a la persona como centro de la división. Propuesta de esa manera su doctrina debía rechazar términos como la de daños patrimoniales o extrapatrimoniales porque la estructura colocaba como criterio fundamental de distinción al ser humano. Aunque, como se ha dicho, al final todo daño afecta al ser humano y no se defiende mejor a la persona por colocarle tal o cual apelativo, no es menos cierto que acentuar determinados criterios proporcionan una atmósfera y un espíritu distintos, tan necesarios al momento de evaluar los hechos y las normas jurídicas.
- i. La nueva estructura (que fue presentada formalmente en el **I Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial** llevada a cabo en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos en 1993) dividía los daños: (a) **por la naturaleza del ente en daño a la persona** (integrado por el daño psicosomático –a su vez dividido en daño biológico y daño a la salud- y **daño al proyecto de vida**) y **daño a las cosas**; y (b) **por las consecuencias**: fraccionado en daño personal y daño extrapersonal. Estos dos últimos criterios reemplazaban a los conocidos daños patrimoniales y extrapatrimoniales.

**ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO**

- j. La clasificación elaborada enfatiza el aspecto **persona** y representa la mejor justificación conceptual a la tesis propuesta, pues ya no son las consecuencias del perjuicio las que tipifican el daño a la persona, sino la naturaleza del ente dañado.
- k. Posteriormente, a la sistematización realizada se incorpora el daño psíquico como daño a la unidad psicosomática, diferenciándolo del “daño moral” (que afecta el estado psíquico pero no de forma patológica) y del “daño al proyecto de vida” que supone el retardo, menoscabo o destrucción de lo más radical que hay en el ser humano.
- l. Existen deficiencias en la norma y se han elaborado diversos proyectos para su sustitución.

**2. Con respecto al daño moral:**

- a. Nuestro autor puso énfasis en aludir a su sentido restrictivo de aflicción, sufrimiento, dolor, señalando que así había sido entendida por la doctrina peruana.
- b. No era esto, sin embargo, absolutamente cierto. Un grueso sector de la doctrina, encabezado por De Trazegnies Granda, consideraba al daño moral en su acepción amplia y ya antes, obra de Rey Castro, también lo había reconocido así.
- c. No obstante, si existía tal discusión, aunque sin la aparente unanimidad señalada por nuestro autor.
- d. Fernández Sessarego señaló que la diferencia entre el daño a la persona y el daño moral era de género a especie: el daño moral, afirmó, se reducía al dolor, sufrimiento, aflicción; el daño a la persona agregaba a estos criterios cualquier lesión a los derechos de la personalidad, además del proyecto de vida y el daño psíquico.

- e. Excepto Trazegnies en el Perú (con la salvedad que él también la aceptaba dada la tradición jurídica del país<sup>375</sup>) y de algún otro jurista influido por los viejos conceptos de la doctrina francesa, nadie se oponía a que los daños morales pudieran ser reparados de manera extensiva. La tónica general fue aceptar este tipo de reparaciones, que se denominaron así: reparaciones, por lo menos, como el propio Fernández Sessarego se percató, desde el año 1940.

### 3. Con respecto al Proyecto de Vida:

- a. La noción de proyecto de vida encuentra sustento en la filosofía existencial y en el raciovitalismo de Ortega y Gasset. Uno de los discípulos de este filósofo, Julián Marías, había desarrollado el tema en los mismos términos a los que arribará, posteriormente, Fernández Sessarego.
- b. El mérito del sustento jurídico le corresponde a Fernández Sessarego.
- c. La noción es fascinante en su contenido y ha ganado adeptos tanto dentro de nuestro país como fuera de él, pues permite una defensa integral de la persona en cuanto libertad y desarrollo.
- d. La Corte Interamericana de Derechos Humanos aceptó el concepto de proyecto de vida en la sentencia de reparación del caso Loayza Tamayo contra el Estado Peruano. En la demanda se solicitó una reparación integral al Estado Peruano por un caso derivado de violación de derechos humanos. Al sentenciar, la Corte señaló: (Punto 148): **“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. En rigor, son la expresión y garantía de la libertad. Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y**

---

<sup>375</sup>. De Trazegnies, Fernando. **Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil.** Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú., 1980, p. 414.

**llevarla a su natural culminación**”. Más adelante se agregará 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”** (Punto 152). No obstante ello, y a pesar de que se reconoce la existencia de un grave perjuicio al proyecto de vida (Punto 153), la Corte se abstendrá de cuantificar el daño dada que **“la evolución de la jurisprudencia y la doctrina hasta la fecha no permite traducir este reconocimiento en términos económicos”**.

- e. Empero la negativa de cuantificar el daño, es obvio que la noción fue recogida por la Corte Interamericana, constituyendo un caso modélico de trascendente repercusión jurídica.
- f. La Corte, además, en el caso Cantoral sí estableció expresa reparación, pero luego, a pesar de utilizar el término proyecto de vida, no ha cuantificado los daños utilizando esta categoría, limitándose a utilizar la clasificación de daño material y daño inmaterial.
- g. Con todo, la polémica existente al interior de la Corte, fundamentalmente los votos razonados de Oliver Jackman y Cancado Trindade establecen las posiciones disímiles.
- h. A pesar de estas reticencias jurisprudenciales, el Tribunal Constitucional ha aceptado la figura y el anteproyecto del código civil argentino la regula de manera expresa.
- i. Las reparaciones por concepto de “proyecto de vida” no tienen por qué originar una inflación de pagos. Para ello se ha ser riguroso contemplado las afirmaciones y negaciones de Mosset Iturraspe y las viabilidades de Matilde Zavala.

#### **4. Sobre la guerra de etiquetas entre el “daño a la persona” y el “daño moral”**

**ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO**

- a. No hay una mera discusión de “etiquetas”; los términos “daño a la persona” y “daño moral” tienen significado distintos y representan una visión del mundo también distinta.
- b. Ninguna de las definiciones de “moral” alude a lo jurídico.
- c. El “daño a la persona” implica colocar el acento en la reparación total. Es, como se ha señalado, un cambio de paradigma.
- d. No obstante lo expuesto, la incorporación del “daño a la persona” en el código civil peruano es asistemática, encontrándose normas dispersas y con diferente denominación (ya sea daño moral, ya “daño a la persona”,

**5. Sobre la acción inhibitoria**

- a. Ella no está formulada en el código civil.
- b. Los proyectos de modificación la contemplan de manera explícita. Sin embargo, se tratan de regulaciones detallistas y a menudo inconexas.
- c. Las medidas cautelares diseñadas en el código procesal civil constituyen también un manto de protección a los derechos del ser humano.

**Apostilla final**

No obstante lo manifestado el debate no ha concluido. En el campo legislativo, la expresión “daño a la persona” se ha trasladado a otras fuentes legales; en el plano judicial, el “daño al proyecto de vida” es moneda común. Sin embargo, resulta de interés reflexionar sobre los aspectos de este daño, sobre si es categoría propia o criterio de cuantificación, si se hace necesario una estructura de baremos para empezar a cuantificar el daño, y si se debe buscar fórmulas de restricción que importen no inflar las reparaciones.

## CAPÍTULO II: RECOMENDACIONES

1. Como quiera que en el país existen legislativamente (y no sólo en el código civil) de manera copulativa las expresiones “daño a la persona” y “daño moral”, debe tenderse a la eliminación de esta última por ser imprecisa, por referirse a término ajeno a lo jurídico y porque de ninguna forma abarca substancialmente el “proyecto de vida”.

2. La protección del “daño a la persona” es un asunto propio del derecho procesal. Debe dejarse al código procesal civil que aborde este punto, ya por la vía cautelar, ya por la vía de la medida autosatisfactiva. No estando regulada la medida autosatisfactiva en el código procesal civil corresponde hacer una norma jurídica sobre el punto. Lo expuesto no implica abandono del artículo 17 del código civil, dada la necesidad que aquí también se mencione formas de protección específicas.

3. Debe tenerse claro que el “daño a la persona” también se extiende a todos los sujetos de derechos.

4. A fin de evitar la inflación de reparaciones, la Academia de la Magistratura debe fomentar estudios que expliquen a detalle la noción de “proyecto de vida” y su calidad de daño cierto. Para ello los estudios de Mosset Iturraspe y Matilde Zavala serían convenientes.

5. El artículo 17 del código civil debe ser modificado de la siguiente forma:

- **Artículo 17: “La violación o amenaza de cualquiera de los derechos del ser humano, confiere al agraviado, a sus herederos o a sus representantes legales la posibilidad de accionar para obtener su más amplia protección”.**

**“La defensa de estos derechos se realizarán por los mecanismos establecidos en el código procesal civil, sin perjuicio del uso de otras normas que pudieran existir en otras leyes”.**

- El artículo sugerido es claro y concreto.
- Como se observa, las modificaciones planteadas son mínimas.

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

- En principio, se le ha agregado al actual primer párrafo la palabra “amenaza”, de manera que el artículo regule tanto la defensa contra la agresión actual (violencia) como la posibilidad de ella (amenaza). Con ello se pretende que los derechos del ser humano sean defendidos en su integridad. Aceptando la propuesta primigenia de Fernández Sessarego se cambia la expresión “persona” por la más correcta de “ser humano”, a fin de abarcar también al concebido. Se advertirá que los términos utilizados son casi los mismos del Código. Hemos creído conveniente hacerlo así porque el lenguaje nos parece el más adecuado y el más claro, y en el entendido que los Códigos no se hacen para los juristas sino para la sociedad.
- Hemos tratado de evitar que de la norma fluya explícitamente una determinada posición filosófica, por lo que rechazamos el uso de términos como “interés existencial” pues esto significa introducir “subrepticamente” una bandería filosófica. El existencialismo filosófico, por más grato que sea a los autores de las propuestas, no debe ser mezclado en forma expresa con la legislación, pues de aceptar eso, entonces se podría aceptar también dispositivos que mencionaran los intereses “esenciales”, los “metafísicos” o las declaraciones jurídicas plenas de jusnaturalismo y divinidad.
- Dejamos para la legislación sobre acciones de garantía y para el campo de las medidas cautelares, lo relacionado con la acción inhibitoria. Los motivos que nos llevan a ello ya han sido precisados. En este punto, nos parece necesario incorporar la figura del proceso urgente (medidas autosatisfactivas) en el Código Procesal Civil.
- Nada hemos mencionado de la responsabilidad solidaria porque ella ya ha sido contemplada en el artículo 1983 del Código Civil. Expresar lo mismo significa una reiteración ofensiva.

6. El artículo 1322 del código civil señala lo siguiente:

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

- **Artículo 1322:** “El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento”.
- Nuestro Código Civil de 1936 no admitió este tipo de daños en la responsabilidad contractual. Dentro de la economía del código, ha dicho Rey, no es posible conceder reparaciones por el daño moral en el incumplimiento contractual, conforme lo señala el art. 1148 que limita la posibilidad de reparación por daño moral al caso del acto ilícito<sup>376</sup>.
- En el mismo sentido, Leon Barandiarán precisará que el daño moral sólo está limitado a los actos ilícitos
- El Código Civil 1984, en cambio, si admite el daño moral. Se trata, como ha dicho Osterling, de “una regla novedosa y de importancia relevante en la legislación peruana<sup>377</sup>”. El mismo Osterling ha señalado que este tipo de daño es poco frecuente en materia contractual, pero que ello no es objeción para que no deba ser reparado. El clásico ejemplo de la pérdida del único ejemplar de la fotografía de un ser querido, ya difunto, perdida a raíz de un contrato de depósito, es clara muestra de la posibilidad de ocasionar un daño moral por la inejecución de un contrato.
- El artículo 1322 aparecía en el Anteproyecto Osterling “**DE LAS OBLIGACIONES Y DE SUS MODALIDADES Y EFECTOS**” publicado en 1980, con el mismo tenor en el numeral 178. Allí Osterling señala que el artículo encuentra sus antecedentes en el artículo 1382 del C. Francés, 823, primer párrafo del Código Alemán, 99, tercer párrafo del Código Suizo de las Obligaciones, el 76 del Código Civil Brasileño y el 299 del Código Helénico.

<sup>376</sup>. Rey de Castro, Alberto. **La Responsabilidad Civil Extracontractual**, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1972, pp. 344-345.

<sup>377</sup>. Osterling Parodi, Felipe. **Las Obligaciones**. Para leer el Código Civil. Volumen VI. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial 1988, Segunda Edición, p. 209.

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

- En el derecho comparado, la jurisprudencia y la doctrina francesas se inclinan por la reparación del daño moral contractual; en Italia también la mayoría de autores lo acepta. En cuanto a Austria se resaltan los artículos 305 y 306 del Código Civil. Si bien el código Alemán es restrictivo en este punto la doctrina aboga por la reparación del perjuicio moral. En Argentina, tanto Mosset como Brebbia han manifestado que no existen argumentos por el que pueda excluirse al daño moral de las relaciones contractuales<sup>378</sup>.
- El término daño moral en el caso del artículo 1322 puede interpretarse como equivalente al de daño a la persona, tal como lo señala la Exposición de Motivos: “El daño moral es el inferido en el derecho de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica. Son en cuanto a la naturaleza del derecho vulnerado, aquéllos que recaen sobre bienes inmateriales, tales como los que lesionan los derechos de la personalidad; y también los que recaen sobre bienes inmateriales, pero que independientemente del daño moral, originan, además una pérdida pecuniaria<sup>379</sup>”.
- En tal sentido, debe establecerse una nomenclatura común a fin de evitar distorsiones, por lo que el artículo 1322 en concordancia con el artículo 1985 del mismo Código, deben referirse al daño a la persona, reemplazando además la palabra resarcimiento por la de reparación.
- El artículo 1322 modificado sería el siguiente:

**Artículo 1322: “El daño a la persona, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de reparación”.**

---

<sup>378</sup>. Morales Godo, Juan. **El daño a la persona**. Revista de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Volumen 49, Años 91 y 92, Lima, p. 180.

<sup>379</sup>. Fernández Sessarego Carlos. **Protección Jurídica de la Persona**. Lima, Universidad de Lima, 1992, p. 174 y Osterling Parodi, Felipe. **Las Obligaciones**. Para leer el Código Civil. Volumen VI. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial 1988, Segunda Edición, p. 208. En el mismo sentido, Mosset Iturraspe, Jorge. **Responsabilidad por Daños**. Editorial Ediar. Buenos Aires, 1986, p. 61.

### 7. El artículo 1984 del código civil prescribe:

- **Artículo 1984: “El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a sus familiares”**
- Aquí el daño moral se entiende en su concepción restringida. Ello se deduce, ha dicho Fernández Sessarego, por cuanto el artículo 1985 establece la distinción entre daño a la persona y daño moral, y por el hecho de haber sido el doctor León Barandiarán (cuya noción de daño moral se limitaba a las figuras de pena, aflicción, sentimiento) el autor de dicho numeral.
- En efecto, como se ha señalado, la noción que León Barandiarán tenía del daño moral era la que alude Fernández Sessarego. Ello, sin embargo, no fue obstáculo alguno para que la jurisprudencia ampliara sus alcances, desde que las normas no son de sus autores sino lo que los receptores podamos hacer de ella.
- De otro lado, es obvio que al incorporarse al código (de manera subrepticia) el “daño a la persona” en el artículo 1985 del código civil, la coherencia exige que sólo se mantenga una de las expresiones. Nosotros hemos optado por daño a la persona, de lo que sigue la exclusión del daño moral.
- **El artículo 1984 debería ser modificado de la siguiente manera: “El daño a la persona es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a sus familiares”**

### 8. El artículo 1985 del código civil prescribe:

- **“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”**

- Este es el artículo que incorporó en forma subrepticia el “daño a la persona”. Nos remitimos a lo ya señalado en este escrito.

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

- Cabe hacer una puntualización: o se trata de daño a la persona o se trata de daño moral. Una de las dos expresiones debe cancelarse. Nuestro criterio, como lo hemos mencionado en párrafo anterior, consiste en la eliminación del daño moral.
- El artículo 1985 debería prescribir lo siguiente: **“La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante y el daño a la persona, 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”**

9. Duncan Sedano han advertido tres clases de daños no patrimoniales en el Código Civil.

- El Daño no patrimonial extracontractual, regulados en los artículos 257 (Si se declara infundada la oposición, quien la formuló queda sujeto al pago de la indemnización de daños y perjuicios. Los ascendientes y el Ministerio Público están exonerados de esta responsabilidad. Si la denuncia hubiera sido maliciosa, es igualmente responsable quien la formula. **En ambos casos, la indemnización la fija prudencialmente el juez, teniendo en cuenta el daño moral**) y 414 (En los casos del artículo 402, así como cuando el padre ha reconocido al hijo, la madre tiene derecho a alimentos durante los sesenta días anteriores y los sesenta posteriores al parto, así como al pago de los gastos ocasionados por éste y por el embarazo. **También tiene derecho a ser indemnizada por el daño moral en los casos de abuso de autoridad o de promesa de matrimonio, si esta última consta de modo indubitable, de cohabitación delictuosa o de minoridad al tiempo de la concepción.** Estas acciones son personales, deben ser interpuestas antes del nacimiento del hijo o dentro del año siguiente; se dirigen contra el padre o sus herederos y pueden ejercitarse ante el juez del domicilio del demandado o del demandante).

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

- El Daño no patrimonial familiar: cuando se incumplen las obligaciones emergentes del matrimonio. Es el único daño no patrimonial tipificado: artículos 283 (Son aplicables a la invalidez del matrimonio las disposiciones establecidas para el caso del divorcio en lo que se refiere a la indemnización de daños y perjuicios) y 351 (Si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, **el juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral**).
- El Daño no patrimonial contractual estipulado en el artículo 1322 del Código Civil, bajo la denominación de daño moral, del que ya se ha hecho referencia en párrafos precedentes y cuya interpretación motivó el Tercer Pleno Casatorio Civil.
- Por su parte, el artículo 345 A establece la indemnización por el llamado divorcio remedio (“Para invocar el supuesto del inciso 12 del Artículo 333 el demandante deberá acreditar que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo”).

“El juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder”.

“Son aplicables a favor del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho, las disposiciones contenidas en los Artículos 323, 324, 342, 343, 351 y 352, en cuanto sean pertinentes”.

- En todos estos casos, la expresión daño moral debe ser sustituida por la de “daño a la persona”.

## APÉNDICES

## **Apéndice 1**

### **CONTENIDO DE LA ENCUESTA**



El daño moral

El daño que trunca el destino de la persona

**7. En sus estudios universitarios se abordó el concepto de “daño al proyecto de vida”:**

Sí

No

**8. En caso la anterior respuesta haya sido afirmativa: ¿En qué curso se abordó el concepto de proyecto de vida? (marque el más aproximado):**

Personas

Contratos

Acto Jurídico

Responsabilidad

Extracontractual

**9. ¿Las normas sobre reparación del daño a la persona deben estar en el Libro de Personas o en el Libro de Responsabilidad Extracontractual?**

Personas

Responsabilidad Extracontractual

**10. ¿La responsabilidad contractual puede general daño moral?**

Sí  No

**11. El daño moral:**

Es sólo aflicción sufrimiento

Es sólo daño a la integridad psicofísica del individuo

Los dos conceptos anteriores

**12. La acción inhibitoria:**

Es una medida cautelar

Es una medida autosatisfactiva

Es un proceso de conocimiento



**Apéndice 2****ENTREVISTA A CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO:  
EL DAÑO A LA PERSONA<sup>380</sup>**

---

<sup>380</sup> La entrevista fue realizada hace cerca de 13 años en el estudio que Carlos Fernández Sessarego mantenía en San Isidro. Se realizó en diferentes sesiones y se abordaron distintos temas: uno de ellos el que forma parte de este apéndice. l

## El daño

**Una de las nociones más originales de la doctrina jurídica peruana es la de “daño a la persona”. Se trata de un concepto formulado y redefinido por Ud. Para hablar de este esfuerzo suyo, laborioso, meritorio, creo que debemos empezar por su concepto de daño. ¿Cuál es éste?**

Daño es todo acto que causa una lesión, un menoscabo ya sea al ser humano en cuanto tal o a las cosas del mundo o a las cosas que conforman el patrimonio de determinada persona.

Daño, pues, es menoscabo, lesión. Pero el concepto de daño, como sucede con las monedas, presenta dos caras inseparables que teóricamente pueden distinguirse pero que en la práctica son inseparables. En el daño hay dos dimensiones: una es el evento dañoso, por ejemplo, tomar un martillo, un mazo y propinar golpes a la cabeza de una persona. Ese es el daño-evento, ese evento origina una consecuencia, que representa la segunda dimensión del daño. Entonces tenemos el daño-evento que es el hecho en sí mismo y el daño-consecuencia que es lo causado por el daño-evento. Lo que tiene que quedar en claro es que si no hay evento no hay consecuencia y si no hay consecuencia no hay daño porque el concepto de daño engloba el hecho mismo y las consecuencias derivadas de ese acto. No se trata de dos conceptos; se trata de dos dimensiones que forman parte de un único concepto de daño. Por ello consideramos redundante decir, como es tradicional, “daños y perjuicios”, desde que este último matiz está considerado dentro del concepto mismo de daño. Ello resulta muy claro desde que no hay “daño”, en sentido estricto, sin la existencia de consecuencias dañinas. Si no existe el evento o si existiendo éste no se produce ninguna consecuencia, no se puede hablar de daño.

La distinción entre daño-evento y daño-consecuencia, aspectos de un mismo daño, la encontré leyendo una sentencia del Tribunal Constitucional Italiano del año 1986. En esa sentencia se hablaba de estas dos dimensiones. La crítica italiana quedó desconcertada porque esa era la primera vez que se

**ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO**

utilizaba esta nomenclatura que yo adopté posteriormente porque me pareció perfecta. Desde ahí vi mucho más claro que no se podía hablar de daños y perjuicios porque si no hay perjuicios no hay daño.

**Esta categoría que denominamos Daño, que engloba estas dos dimensiones que Ud. ha señalado, parece implicar la necesidad de eliminar la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, dado que antes que determinar responsabilidades resulta más importante determinar la existencia del daño.**

Vea Ud., debemos tener un Derecho de Daños donde deberá atenderse al daño, a la magnitud del daño, al tipo de daño, a la víctima del daño, después determinar la indemnización adecuada y, finalmente, buscar al agente causal del daño. Este es el orden lógico. No es responsabilidad civil; la responsabilidad civil es una consecuencia de que se ha producido un daño. Antes es el daño; después la responsabilidad civil. La responsabilidad implica que hay un ser humano que ha sido víctima del daño y que debe ser indemnizado aunque no aparezca un agente del mismo porque si no hay agente hay que inventarlo, hay que hacer un fondo, hay que crear seguros, en fin, lograr el ideal de que no haya víctima que se quede sin reparación.

**En consecuencia, no existen diferencias reales entre la responsabilidad extracontractual y la contractual.**

Le reitero, la idea central de la responsabilidad, a partir de una concepción personalista del Derecho, no es la de priorizar la búsqueda del agente del daño para atribuirle cierto grado de responsabilidad. Lo fundamental es determinar la magnitud del daño sufrido por la víctima. Es así que el damnificado, y no el agente, se convierte en el centro del sistema de la responsabilidad. Este vuelco revolucionario se concreta en la nueva denominación con la que se conoce a la responsabilidad civil: el Derecho de Daños.

La nueva concepción personalista del Derecho determina que lo importante en la actualidad es que la víctima siempre sea indemnizada por el daño

**ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL "DAÑO A LA PERSONA" EN EL DERECHO CIVIL PERUANO**

injustamente sufrido. Esto es lo que resulta de preferente interés para los juristas dotados de una mayor sensibilidad humanista. Ello obliga a aguzar la imaginación y el ingenio de los juristas para que ello suceda aún en los casos en que el agente del daño sea insolvente y no se halle en capacidad de contribuir a la reparación del daño por él cometido.

Después de lo dicho, que sirve de sustento a la respuesta a la pregunta que me formula, debo decirle, y usted convendrá conmigo, que a la víctima no le interesa que la fuente del daño tenga su origen o no en un contrato, que ella sea contractual o extracontractual. Ello es irrelevante para la víctima del daño: a ella le interesa que se le indemnice por el daño injusto que ha padecido. ¿O no?. Por ello considero que para el efecto de la indemnización de daños no es relevante la tradicional clasificación de la responsabilidad civil en contractual y extracontractual por lo que se debe encaminar a la unificación, dejando a salvo algunos matices que si puedan conservar alguna utilidad. Por lo demás, existe en el derecho comparado regímenes jurídicos donde ello ha ocurrido.

Debería serlo. En realidad las diferencias entre una y otra responsabilidad son sólo de matiz. Cuando los jueces se interioricen más en el personalismo jurídico comprenderán mejor que la responsabilidad civil gira en torno al daño o, para decirlo mejor, de la víctima del mismo.

**En el trabajo que está Usted próximo a publicar sobre la responsabilidad de los médicos, ¿se plantea este tema?**

Sí, si. Sostengo que la diferencia es irrelevante y que lo sustancial es que la víctima del daño médico no quede nunca sin reparación. Inclusive llego a límites que para muchos serían utópicos: entre un agente inocente y una víctima inocente me inclino por ésta última.

De lo manifestado se puede deducir que habría pasar de la responsabilidad subjetiva a la objetiva y culminar con una especie de Seguro Social.

Yo diría que sí. Por ejemplo, en caso que una persona sea atropellada por un microbusero es difícil obtener reparación. Entonces hay que ir al Seguro. Por eso cada microbús tiene su seguro o debería tenerlo.

**En el Código Civil de 1984 se intentó diseñar un sistema que permitiera la presencia de seguros. Se dice que esta idea fracasó porque las propias aseguradoras se opusieron. ¿Cree Ud. que están dadas las condiciones en el país para establecer un sistema general de seguros?**

No creo que los Seguros en el país estén desarrollados suficientemente. Las condiciones en general del país no lo permiten. Se podría desarrollar a nivel, por ejemplo, del daño causado por los automotores, tal vez, de alguna manera eso ya está funcionando porque, como ya lo manifesté, ahora se exige que los microbuseros tomen seguros a favor de sus pasajeros. Quizás eso pero nada más.

En Estados Unidos es muy frecuente demandar por responsabilidad de los médicos, alegando malas prácticas o errores. Como el monto que se reclama en estas demandas es bastante alto, el médico no tiene como pagar estas indemnizaciones. ¿Qué ha ocurrido? Se ha establecido un seguro médico que es costoso y que incrementa el costo de la consulta. ¿Por qué? Porque el médico está incluyendo en sus honorarios el costo del Seguro. En el Perú jamás podríamos tener este tipo de seguros mientras haya gente en situación de extrema pobreza y médicos proletarizados que apenas tienen para sobrevivir. ¿Cómo se les va a exigir un seguro? El problema del país no permite establecer un seguro general, lo que sin duda sería lo más recomendable.

### **El daño a la persona. Antecedentes**

**Pasemos al daño a la persona. Lo primero que debo preguntar es un asunto de técnica legislativa. Actualmente el daño a la persona está legislada, fundamentalmente, en el Libro de Derecho de las Personas. ¿Es ese el lugar que le corresponde?**

**ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO**

Era necesario incorporarlo ahí. Pero si el concepto de daño a la persona se incorpora plenamente al conocimiento general ya no será necesario describirlo en el Libro de Derecho de las Personas sino sólo en la parte que corresponda al Derecho de Daños y consiguiente Responsabilidad Civil. Ese es un paso para el futuro. Sin embargo, primero había que describir el concepto.

Ud. sabe que el artículo 17º del código civil fue mutilado. En nuestra ponencia, y ahora en la revisión que se está haciendo, se decía que hay un daño en el que nadie ha reparado, que es el daño a la persona. Por razones que seguramente luego comentaremos se hizo necesario señalar su existencia de la manera como está ahora en el código. En el futuro va a tener que desarrollarse en la sección de Daños. Empero, como lo repito, había que empezar en algún lugar.

**El artículo 2059º del código civil italiano de 1942 y el artículo 32º de la constitución italiana de 1947 originaron una interesante polémica en Italia sobre los alcances del término “daño a la salud”. ¿Son esos debates la fuente de sus estudios sobre el daño a la persona?**

Claro.

Yo viví en Italia por algo más de cinco años, a partir de julio de 1977, en que fui contratado para trabajar en un organismo internacional. Retorné luego para culminar la redacción del código civil de 1984. En el tiempo que residí en dicho país tuve la oportunidad y el privilegio de hacer amistad con importantes juristas, así como concurrir a congresos, visitar bibliotecas, leer sin mesura. Leyendo revistas de la época, efectivamente, tomé conocimiento de la polémica existente sobre los alcances del artículo 2059º del código civil italiano en cuanto al daño a la persona que los juristas italianos, por lo general, designaban como “daño biológico” y, más tarde, como “daño a la salud”. Pude también tomar conocimiento que recién se empezaba a tratar la materia del “daño a la persona” a nivel jurisprudencial, al que se le refería con distintas denominaciones o etiquetas como las de “daño estético”, “daño a la vida de relación”, “daño sexual”, por ejemplo. Pude conocer, asimismo,

las posiciones de dos escuelas pioneras en el tratamiento del tema, la genovesa y la pisana y los alcances de su incipiente jurisprudencia en la materia. No existía en esos años una noción integral del ser humano y, por consiguiente, el “daño a la persona” era un concepto genérico que comprendía, por ello, todos los daños que podían infringírsele.

Cabe recordar, de otro lado, que acababa de superarse, no sin esfuerzo, la noción de que los daños a la persona sólo se reparaban en la medida que el ser humano era creador de riqueza. Se le había reducido a la condición de *homo faber*. Desde esta singular posición patrimonialista los daños cometidos a los niños, los ancianos, las amas de casa, los desocupados, los religiosos, por ejemplo, quedaban sin indemnizar. Su delito: no ser productores de riqueza.

**¿Qué profesores italianos conocidos por Ud. fueron los precursores del esfuerzo por delinear los contornos del “daño a la persona”?**

Recuerdo que en los inicios del movimiento para ir delineando el concepto de daño a la persona -aunque se le denominase daño biológico o daño a la salud- se constituyeron dos escuelas, la genovesa y la pisana. En los tribunales de Génova y de Pisa aparecieron dos tendencias que, jurisprudenciales en sus comienzos, fueron analizadas, sistematizadas y desarrolladas por los juristas de ambas escuelas.

Los profesores genoveses que más destacaban en el estudio de este nuevo “daño a la persona” -como nosotros lo llamamos- eran Alpa y Bessone. El primero, que actualmente es profesor en Roma, editó un libro llamado **Daño biológico**. A su vez, en Pisa, el eminente profesor Busnelli lideraba la escuela que acuñó, fundándose en el artículo 32º de la constitución italiana, la expresión “daño a la salud”, refiriéndose y analizando los que ellos consideraban como el “daño a la persona”.

Al tomar conocimiento de todo lo antes referido empecé a interesarme por el tema y me dediqué a revisar jurisprudencia referida a la interpretación que, por entonces se hacía, de aquel famoso artículo 2059º que prescribía que el

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

daño no patrimonial debía ser resarcido sólo en los casos determinados por la ley. El daño “no patrimonial” no sería otro para los juristas italianos que el “daño a la persona”, aunque sólo se hacía alusión a sus consecuencias no mensurables, directa e inmediatamente, en dinero. Los jueces y juristas eran de la unánime opinión que la única ley que se refiere a este tipo de daño era aquella contenida en el artículo 185° del Código Penal de 1930. Este numeral determina que sólo se repara el daño no patrimonial en caso de un delito. Como se advierte, ni las ideas ni las denominaciones en torno al “daño a la persona” estaban aún ni claras ni definidas.

La general interpretación del artículo 2059° era naturalmente rígida. No obstante, lo que avivaba el debate era el que el mencionado artículo 2059° se hallaba en contradicción con lo dispuesto en el artículo 2043° del código civil italiano. Este último numeral prescribe que todo daño injusto debe ser reparado. Ante lo dispuesto por este artículo surgía la natural y lógica pregunta, ¿por qué no reparar, sin limitaciones, el “daño a la persona”, aunque, como está dicho se le designase como daño biológico o daño a la salud?. Ante la confusión y las dudas reinantes, frente a los tanteos o las justas críticas de la doctrina y de la jurisprudencia que enfrentaban esta situación, una sentencia de la Corte Constitucional dictada en 1986 puso término a esta espinosa cuestión. En ella se declaraba que el artículo 2059° se debía aplicar solamente cuando se trataba del daño conocido como “daño moral”, entendido como dolor o sufrimiento, mientras que el daño a la salud - es decir, el “daño a la persona”- se fundamentaba en el artículo 32° de la Constitución de 1947, que protege la salud. Esta sentencia abrió el camino para reparar el “daño a la persona” que, para el efecto de conciliar su nominación con el texto del artículo 32° en referencia, se le designó como “daño a la salud”.

Ciertamente que la sentencia de la Corte Constitucional representó un logrado esfuerzo por encontrar una vía, aunque forzada y antitécnica, para posibilitar la reparación del “daño a la persona” sobre la base de lo dispuesto, como lo hemos referido, en el artículo 32° de la Constitución.

**¿Los profesores italianos partían del existencialismo para justificar su análisis jurídico?**

No. El análisis de los juristas italianos era sólo de carácter dogmático. Se trataba de un análisis estrictamente jurídico. Generalmente, los juristas italianos carecen de una preparación filosófica de base. Son puramente científicos, excelentes científicos del Derecho. El análisis jusfilosófico y su fundamentación filosófica corrió, en parte, a nuestro cargo. Nuestro primordial esfuerzo estuvo siempre enderezado a esclarecer los fundamentos del “daño a la persona”, para lo cual tuvimos que empezar por profundizar en que consistía ontológicamente el ser humano. Es decir, conocer la naturaleza del ente susceptible de ser dañado para precisar cómo y dónde podía dañársele y, por consiguiente, determinar las técnicas adecuadas para su protección. Sin esta previa aventura hubiera sido imposible desarrollar el concepto de “daño a la persona”, sistematizarlo y, sobre todo, plantear la novedad del daño al proyecto de vida.

**El debate italiano sobre el término “daño a la salud” se produce a finales de los años setenta y comienzos del ochenta, ¿en qué año empieza Ud. el desarrollo de este concepto?**

Diría que es a partir de la segunda mitad de los años 80 del siglo pasado que empieza a florecer el estudio de la materia en Italia, simultáneamente con los desarrollos que nosotros intentábamos en el Perú por esa misma época, sustentados en los antecedentes antes descritos. Un primer análisis sobre esta problemática se encuentra en el Libro Homenaje al maestro José León Barandiarán en el que, por primera vez, en 1985, abordamos la cuestión del “daño a la persona” y del “daño al proyecto de vida” a nivel latinoamericano. También nos referimos al tema en una ponencia presentada en el Congreso Internacional que bajo el título de “El código civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano” se llevó a cabo en Lima al año siguiente al de la promulgación del código civil.

**La sistematización**

**Al publicar la Exposición de Motivos del código civil de 1984, que es a la vez la quinta edición de su “Derecho de las Personas”, ¿diferencia el daño a la persona del daño no patrimonial. ¿La imprecisión terminológica era también indefinición teórica?**

En la Exposición de Motivos, cuya primera edición data de 1986, equiparábamos transitoriamente el “daño a la persona” con el daño no patrimonial. Ello, en atención a razones didácticas. Lo importante en aquel momento auroral, en que por primera vez se mencionaba el tema en el Perú, era enfatizar las consecuencias no patrimoniales o extrapatrimoniales del “daño a la persona” desde que, en este punto, residía la novedad: llamar la atención en que el “daño a la persona” no sólo producía consecuencias patrimoniales, es decir, valoradas en dinero en forma directa e inmediata sino, también y en gran magnitud, consecuencias extrapatrimoniales. Tratábamos, en ese primer momento, de hacer docencia, de introducir en Latinoamérica una nueva dimensión del “daño a la persona”, el que, en sus consecuencias, era diferente a la tradicional de los daños patrimoniales, es decir, del daño emergente o del lucro cesante. Pretendíamos también, con mucho mayor esfuerzo, demostrar que el mal llamado “daño moral” es un daño psíquico, por lo que está comprendido dentro de la genérica noción de “daño a la persona”.

En un segundo momento sistematizamos el concepto con el propósito de que quedara claro que el “daño a la persona” consistía en el hecho dañino considerado en sí mismo, o daño-evento, así como en las consecuencias de él derivadas. Además, como está dicho, precisar que estas consecuencias podían ser patrimoniales o extrapatrimoniales. Esto quedó claro.

Esa es la razón por la cual se equipara en un primer momento el “daño a la persona” tan sólo con sus consecuencias extrapatrimoniales. En los trabajos posteriores se pone de manifiesto que, como es conocido y no ofrece ninguna dificultad, la persona es, obviamente, también sujeto de daños patrimoniales.

Considero que “daño a la persona” es la expresión más adecuada para referirse a la situación que nos ocupa. Ello, desde que el ente dañado no es otro que aquél que jurídicamente designamos como “persona”. Persona es, para nosotros, el ser humano en la medida que, a pesar de ser un animal mamífero, se diferencia de los demás entes de su género en un plus, en un algo más que resulta decisivo: el que su ser es ser libertad. La libertad es su centro espiritual.

Otra razón que puede añadirse a la puesta de manifiesto en cuanto a la utilización de la expresión “daño a la persona” es la necesidad de precisar el dispar lenguaje empleado por lo juristas italianos, así como para sistematizar la novedosa materia que se presentaba confusa para quien en ella se iniciaba. Fue por ello que ensayamos una clasificación del daño tanto en razón del ente dañado como en función de las consecuencias del daño. En cuanto al ente dañado consideramos, en general, la existencia de dos tipos de daños: el daño subjetivo o daño a la persona y el daño objetivo o daño a las cosas del mundo exteriores al ser humano.

**Precíseme algo. Primero, Ud. utiliza indistintamente las expresiones “daño a la persona” y “daño no patrimonial”. Luego, utiliza el término “daño subjetivo”. Finalmente, abandona esta expresión y regresa al de “daño a la persona”. ¿A qué se debe esto?**

La expresión “daño subjetivo” se formuló, en concordancia con Carlos Cárdenas Quirós, para poder incluir al concebido como sujeto pasible de un daño. No hay que olvidar que en el Código de 1984 se incorporan cuatro sujetos de derecho: el concebido, la persona natural, la organización de personas y la organización de personas inscrita o persona jurídica. En ese momento pensamos que era mejor utilizar la expresión “daño subjetivo” en vez de “daño a la persona” para que no se fuese a considerar que el concebido quedaba fuera de la figura en referencia. Después de cierto tiempo comprendimos que no era posible cambiar una expresión que, como la de “daño a la persona”, ya se había consagrado en el lenguaje jurídico. De ahí que pensamos que toda modificación podía acarrear confusión en una

**ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO**

materia novedosa, en proceso de desarrollo. Esta es la explicación del por qué no insistimos en la cuestión. Además, pensamos, que el concebido, en buen romance, es una persona natural en trance de nacer. Es decir, una persona por nacer.

Puede ser que en el futuro, cuando el tema del “daño a la persona” se haya introducido con más fuerza en la doctrina jurídica, sea posible, quizás por otros juristas que tomen la posta que dejamos, volver sobre el tema. En todo caso, no es una cuestión importante por el momento.

**Aunque ud. ya ha narrado en algunos de sus libros la historia de la incorporación del “daño a la persona” en el Código Civil de 1984, me agradecería que tuviera la bondad de contar esta peripecia.**

Fíjese ud., después de haber sido rechazada en varias oportunidades la incorporación del “daño a la persona” al proyecto de Código Civil, ella fue aceptada, increíblemente y como lo he recordado, en una última sesión de la Comisión Revisora a la que asistieron algunos miembros de la Comisión Reformadora especialmente invitados, entre los cuales me encontraba. Dicha sesión, que convocara el Ministro de Justicia de aquel entonces, Max Arias Schreiber, para dar el último vistazo al Proyecto cuya redacción se había dado por concluida, sirvió para que insistiera, nueva y majaderamente, en la necesidad de incorporar el “daño a la persona” al código civil. Ello ocurrió el 3 de julio de 1984, es decir, apenas 25 días antes de la solemne promulgación del código civil por el Presidente Fernando Belaúnde en Palacio de Gobierno.

**Entiendo su tenacidad para incorporar la figura, lo que no comprendo es el motivo del intempestivo cambio de parecer de los miembros de la Comisión Revisora, tan celosos además para defender “su” código ....**

Usted me pregunta, con razón, sobre cuál fue el motivo de dicho intempestivo cambio de parecer de los miembros de la Comisión Revisora. Lamentablemente, no podría responderle con precisión. Sin embargo, puedo formular algunas hipótesis. Supongo, dentro de esta línea de pensamiento,

ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

que los miembros de la Comisión se hallaban relajados, despreocupados, con una actitud de explicable satisfacción, triunfalista, por haber dado cima a una obra tan importante. Esta actitud, este clima psicológico favorable, pudo haber contribuido, tal vez, para que, con la “guardia baja”, la Comisión Revisora aceptara incluir en el artículo 1985° del código civil el “daño a la persona” abriendo así, quizás sin plena conciencia de ello, un nuevo capítulo en la historia de nuestro Derecho, de raíz humanista. En buena hora. De ello me felicito. Fue un instante de intensa satisfacción que experimenté aquel, para mí inolvidable, 3 de julio de 1984.

**Quíteme una curiosidad, ¿cuál fue la impresión de los otros miembros de la Comisión de Reforma del proyecto de código civil respecto a la figura del daño a la persona?**

Explicablemente, la mayoría de ellos no comprendieron, por lo novedoso del concepto “daño a la persona”, cuál era su sentido o alcances jurídicos. Es la reacción normal ante lo nuevo, lo desconocido. No tenían presente ningún antecedente doctrinario, jurisprudencial o legislativo que avalara este concepto. Y es que la noción recién estaba perfilándose en ciertos reducidos sectores del mundo jurídico. Podían haber pensado, con toda razón, que se trataba de un invento o de una extravagancia de quien proponía su inclusión en el código civil de 1984. Podría decir que su reacción fue de desconcierto, perplejidad, desconfianza.

Es decir, experimentaron la misma sensación que, en un primer momento, asaltó a mi recordado y querido maestro León Barandiarán, el que, sin embargo, gracias a su lucidez y admirable humildad científica, pronto comprendió y aceptó la validez de la nueva figura del “daño a la persona”. Pero hubo otras expresiones de sorpresa.

**En efecto, al publicarse el código civil, Trazegnies Granda se muestra extrañado en relación con el término “daño a la persona” ....**

Efectivamente, en 1984 Trazegnies no se había enterado todavía, por estar desactualizado, que existía a nivel de la doctrina jurídica y de la

jurisprudencia comparada, un “daño a la persona” que producía consecuencias de carácter no patrimonial. De ahí su desconcierto, su pragmática sorpresa. Para él daños resarcibles sólo eran aquellos que producían consecuencias que se podían medir en dinero. Es por ello que, en el trabajo que ud. cita, muestra su explicable extrañeza en cuanto a éste “nuevo” concepto jurídico. Recuerdo que en ese trabajo expresa, más o menos, que habrá que esperar la Exposición de Motivos para comprender de que se trata el “daño a la persona”. Mejor hubiera sido, tal vez, estudiar la doctrina y la jurisprudencia europea de aquella época para comprender el sentido y la importancia del “daño a la persona”. O, quizás, como hicimos nosotros humildemente en su momento, adentrarse en el conocimiento del ser humano como centro y eje del derecho, como ente capaz de ser dañado. Como creador, protagonista y destinatario del Derecho.

En realidad no podía esperarse otra cosa. Lo meritorio es que, finalmente, a la hora undécima, un 3 de julio de 1984, introdujeron la figura en el código civil, lo que contribuyó a su prestigio.

**No obstante, hubo de permanecer al lado del daño moral.**

Lamentablemente la victoria en las circunstancias antes referidas no podía ser total, aunque, como usted valorará, se dio un gigantesco paso adelante en la dirección del humanismo jurídico. Se mantuvo la redacción original que tenía el artículo 1985°, pero se le “injetó”, al lado del “daño moral”, el “daño la persona”. Ello, con razón, ha dado la equivocada impresión que el “daño moral” fuese un daño autónomo, independiente del genérico “daño a la persona”. No se pudo hacer más en aquel momento. Reabrir un debate hubiera significado no obtener nada positivo si nos atenemos a los antecedentes del caso.

Usted comprenderá que peor hubiera sido que no se incorporara el “daño a la persona” por abrir, imprudentemente, un debate tendente a eliminar el “daño moral” del mencionado artículo 1985°. Asimismo, no fue posible en esas extrañas circunstancias modificar, como hubiéramos deseado, el artículo 1984° para suprimir de su texto la expresión “daño moral” y

sustituirla por la de “daño a la persona”. Este fue el precio que tuvo que pagarse por la extraordinaria inclusión en el código del “daño a la persona”. Esta situación, confiamos, será corregida cuando se enmiende el código civil en la parte correspondiente a la responsabilidad civil por daños. Los juristas hemos madurado al contemplar la evolución del derecho y la jurisprudencia comparada en esta materia.

Cabe recordar que lo descrito en relación con el “daño a la persona” fue exactamente lo que ocurrió cuando, después de cinco memorandos consecutivos, enviados por nosotros en el lapso de seis meses, aproximadamente, a la Comisión Revisora entre fines de 1983 y hasta poco antes de la promulgación del código, se logró que se incluyera en el artículo 1° del código el reconocimiento del concebido como sujeto de derecho. Lamentablemente, por la especial circunstancia en que se obtuvo dicha incorporación, rechazada en diversas ocasiones, no fue tampoco posible hacer que el primer párrafo dedicado a la persona natural, luego de modificarse su redacción, fuese ubicado como artículo 3°, luego del derecho al reconocimiento judicial del embarazo y del parto. En el proyecto de enmiendas, preparado por la Comisión que ha concluido en estos años con la revisión del Libro Primero, se ha resuelto satisfactoriamente este asunto.

**Más allá de estas peripecias me parece que el concepto de “daño a la persona” se ha ido redefiniendo, precisando, reelaborando con el correr de los años.**

Si bien hemos continuado trabajando en el tema y tenemos un libro en preparación, cuando se incorporó el “daño a la persona” en el artículo 1985° del código civil tuvimos claro los alcances de esta figura jurídica y, consiguientemente, del daño al proyecto de vida. Esto se puede comprobar leyendo el ensayo que publicara en el Libro Homenaje a José León Barandiarán en el año de 1985 sobre **El daño a la persona en el Código Civil peruano**. De su lectura se desprende el nivel de desarrollo que habíamos alcanzado sobre todo en cuanto al “daño a la persona”. No obstante, a partir de esa fecha hemos continuado investigando y

penetrando en la materia, en especial en lo relativo al “daño al proyecto de vida”.

**En 1987, publicada la Exposición de Motivos, Trazegnies dirá que el daño a la persona es igual al daño moral, que era innecesaria su incorporación.**

Es la misma posición que asumen muchos otros autores que no llegan todavía a distinguir que el “daño a la persona” es el género y que el mal llamado “daño moral” -que no es otra cosa que un daño jurídico más- es una especie de ese daño. Daño moral, histórica y tradicionalmente, es el “*pretium doloris*”, es decir, el precio del dolor, del sufrimiento. Nada más. Eso es lo que, a veces, se reparaba en épocas que tienden a ser superadas por la modernidad jurídica.

El mal llamado daño “moral” es un trastorno emocional que tiende a disiparse con el tiempo. Es un daño psíquico que refleja el dolor que se experimenta cuando se sufre un daño. En cualquier caso, este concepto de daño “moral” no incluye, dadas sus históricas y tradicionales características, los infinitos otros daños que se pueden causar al ser humano. Además, hay que tener en cuenta algo en que parece que nadie repara: el dolor es el síntoma de un daño. Se sufre porque se ha sido víctima de un daño. No se puede confundir la causa con su efecto. Pero, cabe preguntarse ¿cuál es la razón de fondo que justifica que los innumerables daños a la persona se reduzcan a lo que equívocamente denominan daño “moral”? ¿Por qué “moral” y no “jurídico”? No encontramos argumentos que justifiquen esta extraña nomenclatura.

Lo expuesto explica por qué no se pueden confundir dos conceptos jurídicos de diferentes alcances. Así lo han comprendido muchos otros lúcidos juristas argentinos como Atilio A. Alterini, Jorge Mosset Iturraspe, Santos Cifuentes, Gustavo Ordoqui, Víctor Pérez Vargas, Julio César Rivera, así como, por ejemplo, otros tantos juristas italianos que no han “sobredimensionado” el daño moral. Recomendamos leer, al respecto, el ilustrativo artículo de Jorge Mosset Iturraspe titulado **Más allá del daño moral, el daño a la persona,**

que aparece publicado en el segundo tomo de “Diez años del Código Civil peruano: balance y perspectivas”, publicado por la Universidad de Lima en 1994. Nadie interesado en el tema debería dejar de leer este trabajo del excelente jurista argentino. Es una joyita. En el mismo volumen el jurista uruguayo Gustavo Ordoqui se refiere también a la materia esclareciendo los verdaderos alcances del daño moral. Creo que no vale la pena dedicarle más palabras a este asunto que el tiempo redimensionara.

**Me parece que después de leer a Trazegnies y para contestar algunas objeciones.....**

Nunca he discutido ni debatido con Trazegnies sobre el tema. No he dicho ni una sola palabra sobre su posición. No me pareció oportuno. Más bien he dejado que la doctrina y la jurisprudencia respondan por mí. Eso ha ocurrido. Hoy son pocos los juristas que se extrañan o desconciertan al escuchar el término “daño a la persona”, ya sea que adopten lúcidamente esta expresión o que lo confundan indebidamente con el restringido y tradicional concepto de “daño moral”. La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1998 en el caso Loayza Tamayo y la incorporación del “daño a la persona” en el Proyecto de Código Civil argentino de 1998 así lo confirman. Además, ciertamente, de los numerosos libros que, a partir de 1985, se han escrito sobre el “daño a la persona”, tomando, a menudo como base, el código civil peruano, su Exposición de Motivos y otros trabajos posteriores. Recuerdo, en este momento, los de Iribarne, Zavala de González, así como numerosos ensayos o artículos al respecto. Es digno de resaltar el que se hubiese dedicado íntegramente en 1992 el primer número de la acreditada revista argentina “Derecho Privado y Comunitario” al tema del “daño a la persona”. Ellos comprendieron, sin prejuicios ni exacerbados pragmatismos, la importancia del “daño a la persona” y del “daño al proyecto de vida”. Ello nos justifica.

Estimo que las diferencias en la interpretación de dichos conceptos son de base: residen, en última instancia, en la concepción del mundo que cada

jurista posee. Respondo por la mía: soy humanista. Desde siempre y, espero, que hasta siempre. Yo no soy pragmático.

**Me parece que al publicar “Hacia una sistematización” los alcances de esta categoría jurídica quedan definidos a cabalidad.**

La sistematización del daño, que considerábamos necesaria para esclarecer el tema, es referida por primera vez en un artículo que aparece en la revista “Cuadernos de Derecho”, que era una publicación del Centro de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima -que dirigíamos por aquellos años- y que coordinaba Enrique Varsi, que colaboraba en dicho Centro. La edición de dicha revista data de 1993. Este ensayo fue después recogido en otras publicaciones, no obstante lo cual estimamos que aún no ha sido suficientemente difundido

En relación con el daño subjetivo o “daño a la persona” lo clasificamos, a su vez, atendiendo a la naturaleza misma del ser humano, en daño psicosomático y daño a la libertad o daño al proyecto de vida. El daño psicosomático puede considerarse en sus dos vertientes, es decir, como daño biológico o como daño a la salud. Esta última clasificación atiende, como digo, a la naturaleza del ente “ser humano”, el mismo que es una unidad psicosomática sustentada en su libertad. Por lo tanto, a este ser se le puede dañar en algún aspecto de esa unidad psicosomática o, y esto era inédito en aquel tiempo, también se le puede dañar en su libertad en cuanto realización del “proyecto de vida”.

La anterior clasificación tenía en consideración, como hemos apuntado, a la naturaleza del ente dañado. La segunda clasificación, en cambio, toma en cuenta las consecuencias del daño. En cuanto se trata del daño a la persona, dichas consecuencias pueden ser de carácter extrapatrimonial o personal o de orden patrimonial o extrapersonal. Es así como se distingue el daño-evento, que es el hecho en sí mismo, del daño-consecuencia, que es el resultado de tal hecho. Ambos aspectos son indisolubles en cuanto integran un mismo y único concepto: el de daño.

**De Italia es la división entre daño biológico y daño a la salud. En el país, ¿la distinción era necesaria hacerla? ¿Tiene esta distinción finalidad práctica?**

Estas categorías tienen finalidad práctica. ¿Por qué? Porque el daño al ser humano o el “daño a la persona” puede ser un daño a su estructura psicosomática, es decir, un daño al soma con repercusión en la psique o en la psique con repercusión en el soma, o puede ser un daño al proyecto de vida, a la decisión libre en proceso de concretarse en la vida de una persona.

Ahora bien, cuando hay daño psicosomático hay, primero, una lesión. Por ejemplo, pierdo una mano, ese es el daño biológico, la lesión en sí misma. A mí no me interesa la etiqueta sino el hecho que está detrás de ella. ¿Cuál es? la lesión en sí misma, la pérdida de un dedo, la pérdida de un ojo, la pérdida de una pierna, la pérdida de una mano, la pérdida de un brazo porque se afectó la articulación, etc.. Hay una lesión en el cuerpo, en el soma, ese es el daño llamado biológico, que lo denomino así porque era un nombre que ya estaba en circulación. Pero, a su vez, este daño biológico, esta lesión en sí misma, genera un daño a mi salud, a mi bienestar que es un concepto aún más amplio. La lesión origina un déficit en mi bienestar, no voy a ser el de antes, sin una mano no se va ser igual, toda la vida ello tendrá repercusión en mi salud o en mi bienestar. Si no hay lesión no hay daño a la salud; la lesión lo causa. Si no tengo una mano y a mí me gustaba jugar golf o jugar tenis o jugar ping pong porque esa era mi distracción, mi hobby, ya no lo voy a poder hacer, mi vida cambia, mis distracciones no van a poder ser las mismas. Entonces una cosa es perder la mano en sí misma (daño biológico) y otras las repercusiones o consecuencias en el bienestar, en la vida ordinaria de las personas (daño a la salud).

**O como Ud. ha señalado en sus publicaciones: daño biológico lo estático; daño a la salud lo dinámico.**

Correcto.

**Se me ocurre que estas nociones pueden ser comparadas con los términos daño emergente y lucro cesante.**

Hay que tener muy en clara la división de los daños. El daño se divide en función de la naturaleza del ente dañado. No son los mismos criterios y técnicas para reparar los daños a las cosas del mundo (daño objetivo) que los criterios y técnicas para reparar los daños causados a un ser humano (daño a la persona), que resultó que un buen día era libre, sano y que luego es dañado en su libertad, en su salud, en su bienestar, en su proyecto de vida. Los criterios cambian. Hay, pues, una finalidad práctica en distinguir los daños objetivos de los daños subjetivos. Esa es la primera división que admite, en el caso del daño subjetivo, una sub-clasificación en daño psicosomático y daño al proyecto de vida.

La otra división no está en función del ente dañado sino de las consecuencias. Los daños por sus consecuencias pueden ser de carácter material (daño emergente, lucro cesante) o de carácter inmaterial o extrapatrimonial (daño psíquico, daño a la salud, daño biológico, daño al proyecto de vida). Es decir, un daño a la persona puede tener dos tipos de consecuencias: patrimoniales y extrapatrimoniales.

### **La reparación**

**¿Y cuáles serían los criterios para la reparación de dichos daños?**

Pongamos un ejemplo que creo haberlo dicho ya: el daño a un pianista. Ese pianista que perdió la mano está un mes en la clínica y ha gastado en hospitalización, en médicos, en seguros, en medicina, en sala de operaciones, etc.: estamos ante el daño emergente. Como el pianista tenía firmado diez conciertos por cien mil dólares, eso es lo que ha dejado de ganar por la pérdida de la mano. No lo que va a dejar de ganar en el curso de su vida, sino lo que probadamente ha perdido. Ese es el lucro cesante. Daño emergente y lucro cesante son las consecuencias patrimoniales del daño a la persona.

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

En cuanto a las consecuencias extrapatrimoniales ¿cuánto vale una mano? Recurrimos a la experiencia internacional. En ciertos países europeos grupos interdisciplinarios, integrados por médicos, psiquiatras, juristas, jueces, economistas, aseguradores, han elaborado baremos o tablas de infortunios. En estos baremos, sobre la base de la experiencia jurisprudencial y otros indicadores propios de cada realidad nacional, se estima el valor que, traducido en dinero, se asigna a cada uno de los componentes del cuerpo humano. Si bien el valor fijado en el baremo no obliga al juez, le sirve de referencia y no puede, por consiguiente, excederse ostensiblemente de la suma prefijada. Existe, en consecuencia, cierta flexibilidad. Ello es explicable, pues si bien el dedo de la mano de cualquier persona tiene el mismo valor, hay ciertos casos excepcionales que pueden inducir al juez a superar el valor fijado en la respectiva tabla de infortunios. Así, el dedo de la mano de un pianista o de un cirujano tiene un mayor valor que aquel del ama de casa o del abogado, no obstante que, como le he manifestado, en principio todos los dedos de las manos de los seres humanos tienen el mismo valor base. Lo hasta aquí expresado se refiere a la indemnización del “daño biológico”, entendido como la lesión considerada en sí misma.

¿Cuánto vale la repercusión de la pérdida de la mano en mi salud, en mi bienestar? En cuanto al “daño a la salud”, es decir, la repercusión de la lesión en el bienestar de la persona, el juez tendrá que apreciar, para determinar una indemnización por dicho daño, la mayor o menor incidencia que tiene el daño biológico, la lesión en sí misma, en el bienestar del lesionado, en sus actividades normales de su vida. Una lesión, dada su magnitud, puede producir leves repercusiones en el bienestar de una persona, más o menos transitorias. Pero, en cambio, si la lesión es grave, ella ocasionará perturbaciones en la vida de la víctima pues ella ya no podrá realizar ciertas actividades que eran normales antes de ser víctima del daño biológico. Corresponde a la jurisprudencia, casuísticamente, valorar este daño a la salud e indemnizarlo equitativamente. En esta situación no cabe sino confiar en el recto criterio del juez, en su sensibilidad frente a este daño,

en un análisis de la situación y circunstancias del caso dentro del contexto nacional.

Finalmente, tenemos el daño al proyecto de vida. El pianista ya no podrá realizarse como persona, dejará de atender al llamado de su vocación. Ello producirá una carencia de sentido en su vida, la que estaba íntegramente dedicada a aquella actividad. Los pianistas tienen que practicar muchas horas al día, por lo que, a menudo, desatienden sus compromisos familiares. De ahí que algunos pianistas renuncien al matrimonio o se casen con otra persona dedicada a la música. Esta pérdida de sentido de la vida produce, a su vez, un vacío existencial. El vacío existencial ¿podrá ser llenado con otro proyecto de vida? Es casi imposible, por no decir simplemente imposible. ¿Cuál será el destino de este ser humano? Puede ocurrir que para olvidar el vacío existencial acuda al alcohol, a las drogas y, en casos límite, intente el suicidio ante la pérdida de sentido de su vida. El daño a la salud o el daño al proyecto de vida, que es libertad fenoménica, no se pueden medir en dinero. ¿Quedarán las consecuencias de estos daños sin reparación simplemente porque no “se pueden medir en dinero”? Le ruego reflexionar sobre esta cuestión.

La clasificación aquí expuesta exige al juez reparar el daño de manera autónoma e independiente, como lo decía el proyecto del artículo 17º del código civil. En el ejemplo descrito: por daño emergente, cincuenta mil dólares; por lucro cesante (la pérdida de los contratos) cien mil dólares; por la pérdida de la mano, cincuenta mil dólares; por el daño al bienestar, treinta mil dólares y por el daño al proyecto de vida, cien mil dólares. Sumamos y tenemos que la indemnización por todos los daños que se han producido y que se deben reparar de manera autónoma asciende a la cantidad de trescientos treinta mil dólares.

**Su afirmación podría responderse así, y siempre dentro de su ejemplo: indemnizo por daño emergente y lucro cesante, si la víctima sufre algunos traumas se está ante un daño psicológico, el que también**

**puede repararse vía lucro cesante. Pero vea, en cualquiera de los casos siempre es posible medir el daño económico.**

Considero que cualquier trastorno psicológico es, desde mi óptica y retomando el ejemplo propuesto, una consecuencia del daño biológico, de la lesión en sí misma. La pérdida de los dedos de la mano repercutirá gravemente en la psique del pianista ocasionándole un determinado trastorno o trauma psicológico. Se trata de lo que llamo daño a la salud o al bienestar que no sólo ocasiona el resarcimiento del daño emergente, como es el pago de los gastos ocasionados por la atención médica, sino algo más importante: el reparo del menoscabo psíquico, la pérdida de la salud o bienestar. Este daño no es un daño emergente: no se puede probar documentalmente.

Por lo demás, reitero, los daños deben ser reparados de manera autónoma porque son daños independientes aunque finalmente son todos daños a un mismo ser, pero son daños a diferentes aspectos de un mismo ser y cada aspecto debe ser reparado. Esta es la idea y eso lo encuentra Ud. en sentencias argentinas donde empiezan los jueces a distinguir un tipo de daño de otro.

**Lo que además es una exigencia dentro de una sociedad democrática que quiere ser racional. Se trata de obtener sentencias motivadas, fundamentadas.**

Claro, porque se estudia los tipos de daño, es decir, se atiende al ser humano dañado.

**En “Nuevas Tendencias” pone énfasis, aunque ya lo había hecho antes, en los términos resarcir y reparar.**

Efectivamente, recuerdo perfectamente que en nuestro precursor ensayo **El daño a la persona en el Código Civil de 1984**, que aparece en el Libro Homenaje a José León Barandiarán editado por Cultural Cuzco en 1985, distingo que en el concepto genérico de indemnización caben dos

**ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO**

situaciones. Una es la de resarcir, la misma que ocurre cuando las consecuencias del daño son cuantificables de manera directa e inmediata en dinero. Es el caso del daño emergente y del lucro cesante. La otra es la de reparar, que supone la indemnización que, a título satisfactivo, se otorga a la víctima de las consecuencias de un daño a la persona que no se puede medir en forma inmediata y directa en dinero. Son los casos del daño biológico, o sea la lesión en sí misma, del daño a la salud que es la repercusión en el bienestar de la persona de un daño biológico y, sobre todo, del daño a la libertad en la realización del proyecto de vida. Creemos que se trata de una diferencia que contribuye a esclarecer el asunto de la indemnización por las consecuencias del daño a la persona, tanto en su vertiente patrimonial como en la no patrimonial o extrapatrimonial. Me gustaría que esta diferenciación a nivel de lenguaje pudiese contribuir a reconocer, con mayor claridad cada día, la nítida distinción entre las dos diversas clases de consecuencias, la patrimonial y la no patrimonial, que generan un daño a la persona.

El tema es luego retomado en 1990 en el libro que Ud. cita. Esta iniciativa no ha recibido ni adhesión ni crítica por la doctrina nacional. Esperemos alguna voz que se alce en el desierto. Nos ayudaría a saber si el aporte es válido o no lo es. Si es práctico o irrelevante.

**De lo manifestado se puede concluir que ...**

Que siempre es posible atribuir un “valor” de carácter económico a las consecuencias de un daño a la persona de carácter no patrimonial, que no es ni un daño emergente ni un lucro cesante. Pero esta medición del daño es subjetiva, relativamente arbitraria, corresponde a la conciencia del juez que debe valorar equitativamente, por ejemplo, las consecuencias de un daño a la salud o bienestar o las consecuencias de un daño a la libertad en tanto realización de un proyecto de vida. Cada persona, desde su propia concepción del mundo y del ser humano, “valorará” diferentemente la vida, la salud, la libertad. ¿Qué valor económico consideraría usted o yo en lo que atañe a la frustración del proyecto de vida del pianista del ejemplo? Se trata

**ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO**

de un “daño a la persona” que no se puede valorar en dinero de modo directo e inmediato. El “daño a la persona” de consecuencias extrapatrimoniales no tiene precio, no se halla en el mercado. La vida, la salud, no se pueden cuantificar en dinero. El dinero que con justicia se entrega a la víctima en el caso del daño antes referido, tiene tan sólo un carácter satisfactivo. Le servirá a la víctima para satisfacer ciertas inquietudes intelectuales, artísticas o de otra índole. Jamás este dinero coincidirá con el valor de la vida humana que, de suyo, es inapreciable en dinero.

**¿Una publicación en un periódico que satisfaga el honor sería una forma de reparar las consecuencias del daño?**

Antes de responder directamente a su pregunta permítame decir algo sobre el honor, cada vez más devaluado en nuestro tiempo. El honor es uno de los derechos fundamentales de la persona que supone la conciencia o sensibilidad del valor que cada uno tiene como persona en cuanto ser libre, único y, por tanto, digno. Es lo que en tiempos actuales se suele identificar por muchos como autoestima. Es el respeto que cada uno tiene por sí mismo. El honor avala, por consiguiente, una vida digna. La sensibilidad de este valor es el honor por cuya defensa, en otros tiempos, la gente ofrendaba su propia vida.

Voy a su pregunta. Dañar el honor significa afectar uno de los aspectos fundamentales de la persona, protegido jurídicamente por nuestra constitución y por el código civil. Como el honor de una persona no es susceptible de valorizarse en forma directa e inmediata en dinero deben buscarse, según las circunstancias, otros medios para reparar el daño inferido a la persona agraviada. Entre estos medios estaría, por ejemplo, la pública retractación del ofensor, la publicación de la sentencia condenatoria, la entrega de una suma de dinero a título meramente satisfactivo.

En ciertos países jurídicamente desarrollados, cívicamente maduros, democráticamente consolidados, donde prima el Estado de Derecho, se producen sentencias que, al proteger el honor, llegan excepcionalmente

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

hasta ordenar el secuestro de la edición de un periódico en el que se agravia severamente el honor de una persona. Ello no significa atentar contra la libertad de expresión o contra la libertad de información. Es sólo defender un derecho fundamental de la persona que ha sufrido un daño injusto. Por algo se predica, más allá de toda retórica, que el derecho gira en torno a la persona. Este es el sentido último del Derecho.

Recuerdo, en relación con la protección del honor, haber conocido una sentencia dictada por un juez italiano donde, por ejemplo, al considerarse que cierto párrafo de un libro lesiona gravemente el honor de una persona, se ordena la supresión de dicho párrafo en la siguiente edición del volumen. Como usted fácilmente comprenderá, una solución de este tipo en Estados donde no existe aún una sólida conciencia de la protección que merece el ser humano en cuanto persona, en países donde no se le valora debidamente y priman los intereses patrimonialistas, sentencias como las que he señalado serían consideradas como ataques a una supuesta “libertad de expresión” o de “prensa”, según el caso. Ello, en cambio, no es pensable en un país donde existe un Estado de Derecho y una madura conciencia cívica que supone la protección de los derechos fundamentales de la persona, fin supremo del Derecho.

Lo dicho, ciertamente, no significa que menospreciemos dichas libertades. Por el contrario, ellas son pilares inamovibles de una sociedad respetuosa de la persona pero, como todo derecho subjetivo, conlleva en su seno el deber de, en su ejercicio, no dañar injustamente a otra persona. Me refiero al eterno principio jurídico del *alterum non laedere*. De otro lado, los peruanos, en mayor grado de lo que acontece en otros países, somos muy sensibles a estos temas vinculados con la libertad de expresión y de información. Tenemos, lamentablemente, repetidas experiencias históricas en las que las dictaduras o las autocracias han atentado contra las libertades de expresión y de información, arrasando, de paso, el fundamental derecho de toda persona a ser informada verazmente pues de dicha información depende, en mucho, el curso que pueda dar a su vida.

**No todo, entonces, es dinero, pues hay otras formas de indemnizar a la víctima. Ello me lleva a enfatizar su rechazo de aquello que Ud. denomina “visión pragmática del mundo”. ¿Cómo es esa visión?**

El pragmatismo es una manera de concebir el mundo y la vida. Se sustenta en un individualismo de raíz egoísta. Para un pragmático absoluto sólo interesa el valor utilidad por encima de cualquier otro valor, ya sea los de la libertad o la justicia. En el ámbito de lo jurídico el pragmático considera que el dinero es la medida de todas las cosas. Lo que no se puede medir en dinero carece de sentido, de consecuencias jurídicas. Si un daño, aunque fuere radical como es la frustración de un proyecto de vida, no se puede valorizar directa e inmediatamente en dinero no debe indemnizarse. Es una actitud en la cual la vida humana vale poco o nada. Es una posición que no comparto en absoluto. Ella tiende a la deshumanización de lo jurídico, a su completa materialización.

Por ejemplo, frente al ejemplo antes descrito, la actitud pragmática se contraería tan sólo a resarcir el daño emergente y el lucro cesante debidamente documentados y valorizados directa e inmediatamente en dinero. Según este planteamiento materialista, como no se pueden medir en dinero las consecuencias del daño a la salud o la frustración del proyecto de vida, ellas quedarían sin ser reparadas. La conclusión de esta actitud es que la vida o la salud del ser humano no interesan mayormente. Sólo es posible proteger lo tangible como es el patrimonio. Ciertamente que no comparto dicha actitud. ¿Cree usted que sea justo dejar sin reparar las consecuencias de un daño a la persona que no se pueden medir de modo directo e inmediato en dinero?

Recuerdo un concepto que se quedó muy grabado en mi memoria y que se halla inserto, me parece que en el Preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948. Este concepto coincide con lo que hemos venido anotando, es decir, que la persona tiene necesidades y sufre daños no sólo de carácter material sino aquellos que la afectan integralmente, incluyendo sus necesidades de orden espiritual. Esta

noción es recogida, si mal no recuerdo, en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de María Elena Loayza Tamayo. Ello significa, en concreto, que los daños a la persona no sólo tienen consecuencias patrimoniales sino también extrapatrimoniales y que, por una simple y a la vez profunda vivencia de justicia, estos últimos no pueden quedar sin reparación, pese a que no se puedan medir en forma directa e inmediata en dinero. Reitero: “el dinero no es la medida de todas las cosas”, pese a que sin él no se pueda sobrevivir. Hay que terminar con la visión pragmática de la vida.

### **El daño al proyecto de vida**

#### **Proyecto, ¿ es una palabra muy cara para usted ?**

Ciertamente lo es. La vida, que es tiempo, tiene un futuro. El ser del hombre está proyectado al futuro, es un proyecto en permanente realización o frustración, total o parcial. El ser humano es un proyecto, es un “lanzarse hacia”. Estas ideas son de Heidegger y también de Sartre. La palabra “proyecto” quedó grabada en mi mente, quedó como danzando en ella a través de los años. Me dije: lógico, el ser humano es un ser que se realiza, que “hace su vida”, es un proyecto en marcha. Nadie vive “al acaso”, sin rumbo ni objetivos ni metas, aunque no tenga conciencia de ello.

Después de todas estas lecturas y reflexiones que me atraparon, comprendí que lo primero que debía hacer para comprender qué era el Derecho era descubrir qué es el ser humano. De esto no tuve duda, lo vi más o menos claro al comienzo. Con el transcurrir del tiempo cualquier duda desapareció. Me había convencido que si yo no entendía qué era el ser humano no podía entender qué era el Derecho porque éste es creado por el ser humano y el ser humano es su protagonista, su actor, su destinatario. Yo tengo que conocer a este ser humano que es el ente que protege el Derecho. Me preguntaba, ¿cómo proteger jurídicamente algo que desconozco? No es lo mismo, imaginaba, proteger un vaso de cristal que uno de plástico. Cada objeto exige medidas protectoras adecuadas a su naturaleza.

Si siento que soy libre y temporal es posible que comprenda que mi vida es un proyectar. Mi vida está potencialmente dada en el “proyecto”, decidido éste en la instancia subjetiva de la libertad, el ser humano emplea todas sus posibilidades y energías para “realizarlo”, convertirlo en realidad fáctica, fenoménica. Mi razón de ser, de existir, es realizar ese proyecto. El proyecto escogido supone un previo vivenciamiento de valores que son los que dan sentido a la vida. Para ello todas mis potencialidades y energías psicosomáticas contribuirán a no frustrarme. Lo contrario es enfrentarse, en alguna medida, a un vacío existencial, a una pérdida de ese sentido vital que justifica la existencia. ¡El proyecto es, nada menos, que mi programa de vida!. De ahí su significación, su importancia. En algún artículo publicado en Italia me preguntaba, justamente, si existía o no un proyecto de vida.

**Usted ha señalado que el concepto “daño a la persona” se encuentra influido por nociones filosóficas derivadas del personalismo y el existencialismo. Puede precisar cómo la ciencia jurídica se vincula con estas filosofías y en qué sentido el concepto de “daño a la persona - proyecto de vida” se nutre de estas ideas.**

No conozco ningún trabajo que se ocupe específicamente del tema, es decir, de la influencia de la filosofía de la existencia, que se gesta en la primera mitad del siglo XX, sobre el concepto de “daño a la persona” y, dentro de él, el del “daño al proyecto de vida”. Dicha vinculación se hizo para mi evidente a través de los años, cada vez que profundizaba más en el conocimiento de la naturaleza del ser humano y, consiguientemente, del Derecho.

Me ayudó mucho en la búsqueda de aquella vinculación la lectura de un libro de un autor francés del siglo pasado. Se trata de Emmanuel Mounier. El libro se llama **El personalismo** y fue editado por la Editorial Universitaria de Buenos Aires (Eudeba) en 1962. Es un libro escrito con la mentalidad francesa, que es una mentalidad clara, a diferencia de lo generalmente ocurre con la alemana que es profunda pero, a menudo, de difícil lectura por su oscuridad. Es el caso, por ejemplo, de Heidegger. Su lectura es casi imposible para un no iniciado. Habría que dedicarle toda una vida para

entenderlo o haber trabajado a su lado y escuchado sus explicaciones, pues emplea un lenguaje personal, difícilísimo de comprender, razón por la cual un lector medianamente culto apenas puede captar algunos aspectos de su obra.

**Pero, a diferencia de los filósofos existenciales, Mounier utiliza el término “vocación” antes que el de “proyecto”. ¿Aprecia Ud. alguna diferencia en ambos conceptos?**

“Vocación” es un llamado interior a actuar en una determinada dirección, en una específica actividad. Es una tendencia que posee cada persona. Esta tendencia, este llamado interior, que probablemente tiene una raíz axiológica -y tal vez genética- se traduce en una decisión subjetiva. El ser humano, en cuanto ser libre, decide asumir, generalmente, esta vocación como proyecto. Decide llevarla a la práctica, convertirla en vivencia de mi existir. Esta decisión, que es proyecto, se convierte así en acto, en conducta, en comportamiento. Esta realización en el mundo exterior, precedida por la vocación y libremente decidida, es el “proyecto” en cuanto fenómeno. Aunque no he hecho un estudio detenido del tema creo que esta podría ser la diferencia entre “vocación” y “proyecto”. Su pregunta me incita a repensar el asunto.

Puede ser que para Mounier la vocación necesariamente se traduce, por libre decisión, en un proyecto, aunque esto por el momento no me queda claro. Tendría que revisar el texto de Mounier para tener una idea más precisa que la hipótesis que he formulado. Será un tema pendiente, una incitación para reflexionar que es una actividad extraordinaria del ser humano. Ciertamente, que para mí la intuición precede a la reflexión, la imaginación a la hipótesis y ésta a la idea. Al menos, esto creo.

**Filosofía de la existencia y personalismo: los dos sustentos de la noción de proyecto de vida.**

La filosofía de la existencia y el personalismo, al sostener que el ser humano es libertad, acaba con la definición tradicional, que se origina en el mundo

**ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO**

griego y difunde Boecio en el siglo VI, en el sentido que el ser humano es una “sustancia indivisa de naturaleza racional”. El ser humano no es tan sólo racional. La razón, como la voluntad o los sentimientos o como el mismo cuerpo o soma, son instrumentos de los cuales se vale la libertad, que soy, para convertir en actos mis decisiones libres. Si fuésemos tan sólo seres psicosomáticos nos reduciríamos a lo que biológicamente somos: animales mamíferos. Lo que nos hace personas, seres humanos, es precisamente ese plus, ese algo más, que es el ser libertad. No olvidemos que la ciencia contemporánea empieza a sostener que, al menos ciertos mamíferos como el chimpancé, tienen cierto grado de racionalidad. El chimpancé tiene un 90% de genes iguales a los del ser humano.

Por lo expuesto, dañar a la persona supone dañar a un ser diferente a los demás seres de la naturaleza. Se daña a un ser que es ontológicamente libertad, instalada en una unidad psicosomática que le sirve de instrumento para el cumplimiento de sus decisiones subjetivas. De ahí que se pueda dañar a la persona en uno cualquiera de sus aspectos psicosomáticos o, lo que es más grave, en su propia libertad en cuanto manifestación fenoménica.

Es así que la concepción del “daño a la persona” y el consecuente “daño al proyecto de vida” no hubieran podido desarrollarse si no se hubiera contado con el iluminante aporte de la filosofía de la existencia y del personalismo que nos muestran en qué consiste el ser humano, rompiendo una visión imperante por siglos que lo reducía a ser tan sólo un “ser racional”. Conocer algo más del ser humano permite comprender que se está dañando a un ser ontológicamente distinto a los demás animales del género y, en general, a todos los demás objetos que se hallan en el mundo exterior. Surgen así los perfiles conceptuales del “daño a la persona” como ser libre y social y a su proyecto de vida, que es la forma de vivir su vida conforme a una libre decisión subjetiva.

**¿Y el daño al “proyecto de vida” ha sido utilizado en Italia?**

Los juristas italianos no tomaron en cuenta en sus desarrollos en cuanto al “daño a la persona” un daño que, en nuestro concepto, es radical para la vida del ser humano. Me refiero al daño a la libertad en el sentido de la realización fáctica o fenoménica del proyecto de vida. Los juristas y jueces italianos apreciaban solamente el daño psicosomático. Si nos atenemos a los comentarios de terceros, nuestro aporte ha consistido, además de efectuar la sistematización del “daño a la persona”, el haber hecho patente que existe, dentro de él, un gravísimo daño que tiene como consecuencia la frustración o menoscabo del proyecto de vida. Ello equivale a truncar el destino de una persona, a quitarle sentido a su vida, a crearle un vacío existencial. Frente a esta situación es lícito preguntarse: ¿existe daño más grave que el daño a la realización o ejecución del proyecto de vida? Creemos que no. Corresponde al juez, en cada caso, evaluar las consecuencias de este daño en la vida de la persona afectada para el efecto de fijar una razonable reparación. Una reparación que será siempre diminuta frente a las consecuencias del daño al proyecto de vida.

Le confieso que hemos experimentado una inusual y tardía sensación al haber logrado penetrar en el conocimiento del ser humano, lo que nos ha permitido el que nuestro modesto aporte, consistente en el desarrollo del “daño a la persona” y, en especial del relativo al “daño al proyecto de vida”, haya sido reconocido por prestigiosos autores foráneos quienes han testimoniado que algunos de dichos aportes se han originado en el Perú, lo que es un síntoma de una relativa madurez jurídica a nivel de país. Es el caso, entre otros, de Jorge Mosset Iturraspe, Víctor Pérez Vargas, Atilio Aníbal Alterini, Claudia Brizzio, Matilde Zavala de González, Ramón Daniel Pizarro.

**Entonces lo sustancial, el aporte original al concepto de “daño a la persona” es el daño al proyecto de vida.**

Así es. Como se lo he manifestado, concibo el “daño a la persona” como un daño que puede incidir indistintamente en la unidad psicosomática, en cualquiera de sus múltiples aspectos, o en el “proyecto de vida” en cuanto

realización o concreción fáctica, fenoménica, de una decisión libre. El ser humano, por libre, es proyectivo. Decide su vida, su futuro, consciente o inconscientemente. No existe ser humano que, en este escenario, carezca de un “proyecto de vida” que aspira a ser realidad en el cotidiano vivir. El proyecto de vida es el destino mismo de la persona, lo que ella decide ser y hacer en su vida. Es su ruta existencial, su meta vital. Cada uno resulta, así, siendo su proyecto de vida. La biografía es el resumen de un proyecto de vida, en la medida en que él pudo cumplirse en el decurso existencial.

### **¿Y de qué se vale la persona para realizar su proyecto de vida?**

La libertad, que es íntima decisión de un proyecto de vida, se vale de todas sus potencialidades y energías con las que cuenta como ser humano para realizarlo, para convertirlo en acto, en fenómeno, en concreción fáctica. En primer término nos valemos de nuestra unidad psicosomática, de nuestra psique y de nuestro cuerpo. Dentro de ella la voluntad juega un importante rol. Es, por lo general, el motor de nuestras decisiones libres, pero no el único. Ahí están, a su lado, la reflexión, la pasión, el dinamismo, la sagacidad, la pertinacia, el tino, la astucia, la habilidad y otras virtudes propias de cada personalidad, la fuerza corpórea. Es de advertir que no cabe confundir “libertad”, en que consiste nuestro propio ser, con “voluntad”. Esta última está al servicio de la primera, permite, en gran medida, “su puesta en marcha”.

### **¿Este proyecto vital puede quedar trunco sin intervención de terceros?**

Lamentablemente sí. El ser humano, en cuanto ontológicamente libre, está condicionado al pretender, en tanto es capaz, que su decisión se convierta en acto, conducta, comportamiento. Las decisiones del ser humano están condicionadas en cuanto a su cumplimiento. Paradójicamente el primer condicionamiento proviene de su mundo interior. Es su propia envoltura psicosomática el primer obstáculo que tiene que superar para realizar su proyecto. Pero los condicionamientos se originan también en lo que Ortega y Gasset designó como “mi circunstancia”. Me refiero al mundo exterior, a

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

todo lo que se halla frente al ser humano, desde los “otros” seres humanos hasta las cosas.

Los condicionamientos son difícilmente superables. El proyecto, por ello, puede frustrarse, incumplirse y, por consiguiente, truncarse el destino del ser humano. Es el fracaso. Pero ello no es siempre así. Puede ser que la frustración del proyecto de vida no sea total sino sólo en algunos aspectos, más o menos importantes según las circunstancias de cada cual. Se trata de menoscabos o retrasos en el proyecto de vida. Si revisamos la sentencia de la Corte Interamericana sobre María Elena Loayza Tamayo podremos apreciar que, en su caso se trata, precisamente, de un menoscabo de su proyecto de vida

Las consecuencias de la frustración total o parcial del proyecto de vida, su menoscabo o retraso, ocasiona en la vida del ser humano un grave daño que no se tenía en cuenta por los juristas ni por los jueces o abogados. Frente a la oscuridad en que se permanecía en cuanto a la calidad del ser humano significa un singular avance en la protección de los derechos humanos el haber precisado la existencia y alcances de este daño al proyecto de vida que frustra la razón de ser de una vida. Esperemos, por ello, que este concepto se expanda lo más rápido posible entre los operadores del Derecho, jueces y abogados.

La Academia de la Magistratura debería, en este sentido, revisar la orientación de la capacitación que imparte actualmente a los jueces para no dejar de lado lo básico del Derecho, lo iluminante, en lugar de dedicarse sólo, como hasta ahora, a una capacitación reducida a nivel de la dogmática jurídica. Eso era propio de un régimen que no cultivaba los valores que dignifican y dan sentido a la vida del ser humano. El tiempo histórico que vivimos exige cambios, redefiniciones, nuevos planteamientos. Si no somos conscientes de ello permaneceremos congelados o como estatuas de sal.

**¿Siempre se tiene un proyecto de vida? Pienso, por ejemplo, en un muchacho de 12 ó 14 años de edad. ¿Tiene un proyecto de vida real? O, por decirlo de otra forma, ¿toda muerte, toda lesión engendra de por**

**¿sí un daño al proyecto de vida o el proyecto de vida exige daños específicos, especiales que no siempre se presentan en cualquier lesión?**

El proyecto de vida es un asunto muy especial. El proyecto de vida se construye cuando el ser ya toma un camino. Para tomar un camino en la vida tiene que haber cierto grado de madurez, cierta edad. Cuando se es muy niño no hay proyectos, hay potencialidades, lo que se pierden son las chances. Si se le causa una lesión a una persona de catorce años, cuando éste no ha salido del colegio y todavía no sabe si va a ser marino, policía o carpintero, es claro que el proyecto de vida todavía no está formado. Pocos son los que a esa edad tienen definido su proyecto de vida.

Entonces ¿qué daño se le causa a un joven de catorce años que queda parálítico, discapacitado, que va a estar en silla de ruedas toda la vida? Es verdad que no tenía todavía un proyecto de vida concreto, pero sí tenía la potencialidad. Hay, entonces, un daño no al proyecto de vida concreto, a un proceso de realización, sino un corte a sus posibilidades. Su abanico de posibilidades se ha estrechado, su proyecto de vida se ha angostado porque hay ciertas cosas que jamás podrá realizar por más vocación que tenga.

¿Se trata de un daño al proyecto de vida? Sí y no. No porque todavía no se ha concretado; sí porque me está restringiendo mi abanico de posibilidades.

Hay un caso peruano, una sentencia que me interesó mucho de una niña que nace en una clínica. Al poco tiempo la niña sufre estertores, una serie de síntomas que se describen en la sentencia. ¿Qué había pasado? Por falta de asepsia del quirófano, de la sala de partos, le entró un microbio que le causa esa serie de trastornos. Los movimientos de las niñas se hacen torpes. ¿Se ha dañado su proyecto de vida? No, pero sí podemos decir que sus decisiones sobre cuál será su proyecto se han diluido notablemente. Eso deberá ser evaluado prudentemente por el juez porque la vida de la niña se ha limitado, potencialmente se ha causado un daño, no al proyecto de vida en concreto, pero sí al abanico de posibilidades que de alguna manera tendrá que ser reparado.

### **El daño moral y el daño a la persona.**

**Se ha sostenido que las agresiones a los derechos de la personalidad son fundamentalmente daño moral. De ahí se saca la conclusión: si los derechos a la personalidad pueden ser reparados vía daño moral, ¿entonces para que crear la nueva figura del “daño a la persona”?**

Algo he adelantado sobre el contenido de su pregunta. Vale la pena, sin embargo, hacer algunas apreciaciones adicionales. El mal llamado daño “moral” es, histórica y tradicionalmente, el *pretium doloris*, el “precio del dolor”. El “daño moral”, dentro de una concepción individualista del derecho que giraba en torno al patrimonio y no a la persona, el “daño moral” era el “furgón de cola” del daño emergente y del lucro cesante. A veces, no siempre, los jueces lo tomaban en cuenta. El juez debía apreciar que dicho daño es un dolor o sufrimiento ostensible que padece la persona víctima de un daño. Es decir, se indemnizaba una manifestación del ser humano totalmente subjetiva, que varía de persona a persona según su especial sensibilidad.

¿Qué es el dolor o el sufrimiento? Es una vivencia negativa de carácter psicológico, un desequilibrio emocional transitorio, que experimenta una persona que ha sufrido un daño de significación para ella. Es una manifestación o efecto de una causa: de un daño que le produce sufrimiento. Nadie sufre si no ha padecido un daño, salvo que se trate de un trastorno mental que obedece a un desequilibrio de la salud psíquica. Cuando se presenta una expresión de dolor hay que indagar por su causa, preguntarse ¿por qué llora, grita o se desespera una persona? ¿Qué hay detrás de esta manifestación del ser humano? La respuesta será la anteriormente indicada: un daño somático o un trastorno psíquico que obedecen a otra razón. Así, en la primera hipótesis, se sufre por la pérdida de un ser querido, de un bien muy apreciado por la persona, por un daño psicosomático que se experimenta, por la frustración de un proyecto de vida, por la no correspondencia de un sentimiento amoroso, etc. Es decir, estos serían los daños efectivamente sufridos por la persona que desencadenan, entre otras

manifestaciones, dolor o sufrimiento. Los jueces, a veces, sólo reparaban este dolor subjetivo, transitorio, sin percatarse que detrás de él se presentaba un verdadero daño a la persona. Ciertamente que este daño quedaba sin reparación.

Lo que se debe indemnizar primordialmente es el “daño a la persona” de carácter psicosomático o a su libertad en cuanto frustración del proyecto de vida. Este es el objetivo central de la justicia. Ello, sin embargo, no impide reparar también el dolor o sufrimiento que es una manifestación de un daño sufrido por la persona. Consideramos que es más fácil para un juez apreciar el daño al bienestar que experimenta una persona a consecuencia de un daño sufrido o el gravísimo daño al proyecto de vida, que es de suyo ostensible, que poder apreciar algo tan subjetivo como es el dolor o sufrimiento de una persona. ¿No cree usted lo mismo?

### **Entonces el daño moral queda reducido a aflicción, pena ...**

El daño “moral”, que es dolor o sufrimiento, es un daño psíquico, emocional, sentimental. Es, por lo tanto, un daño psicosomático y, en cuanto tal, una de las múltiples expresiones del “daño a la persona”. El daño moral integra así el concepto genérico de “daño a la persona”, no le es ajeno. No se trata de un daño autónomo, diferente al “daño a la persona”. Tampoco es un género, como tampoco el “daño a la persona” es una especie del “dolor o sufrimiento”. Este planteamiento carece de toda lógica. No se le puede otorgar al concepto “daño moral” una dimensión conceptual que no le corresponde. Por historia y tradición es el *pretium doloris*.

Cabe recordar que el adjetivo “moral” es producto de una tradición que proviene, visiblemente, de los autores franceses del siglo XVIII, aunque su origen podría ser más remoto. Como no se tenía en aquel siglo, y hasta no hace mucho, una concepción del “daño a la persona” sino tan sólo del daño al patrimonio, es decir, daño emergente y lucro cesante, se consideraba que el único daño no patrimonial que podía sufrir la persona era el sufrimiento o el dolor que ella experimentaba. Como está dicho, el famoso *pretium doloris*.

¡Cómo si en el dolor o sufrimiento se concentrara todo el daño que se puede ocasionara un ser humano!

**Usted cree que el daño moral es transitorio a diferencia del daño al proyecto de vida que abraza al ser afectado por el resto de su vida.**

Como es relativamente fácil comprobarlo, el mal llamado daño “moral”, en cuanto dolor o sufrimiento, tiende generalmente a desaparecer o mitigarse ostensiblemente con el transcurso del tiempo. Ello, a diferencia de lo que ocurre con un daño a la salud o, peor aún, de un daño al proyecto de vida que, también generalmente, nos acompaña hasta la tumba. Fíjese usted, cuando una persona pierde a un ser querido, el día de la muerte y hasta el de su sepultura, padece un dolor intenso, un sufrimiento radical que se hace manifiesto para cualquier persona. Si usted es católico manda oficiar una misa conmemorativa del mes del fallecimiento, la persona está más serena. Sus expresiones de dolor son menos elocuentes, menos estridentes. Si la persona se encuentra con un amigo o un familiar después del transcurso de un cierto número de años, cinco, diez o más, su sentimiento de dolor se ha transformado en otros sentimientos como el de gratitud por lo mucho que recibió de aquel ser desaparecido o de nostalgia u otro similar.

Por ello respondo a su pregunta expresando que el mal llamado daño “moral”, que es un daño jurídico como cualquier otro que lesiona al ser humano, es sólo un aspecto psíquico-emocional del genérico daño a la persona, considerada ésta como una unidad psicosomática sustentada en la libertad. El daño a este específico ser no se agota, como es fácil percibirlo, en el dolor o el sufrimiento. Como se ha puesto de manifiesto, el daño a la persona tiene múltiples expresiones, de las cuales el llamado “daño moral” es sólo una de ellas. Así, perder un dedo no es un “daño moral” como tampoco lo es el no poder dedicarme a mi deporte favorito por haber perdido una pierna. ¿Qué tiene que ver la “moral” en estos casos?

**Sin embargo un sector de juristas sigue utilizando la expresión daño moral para involucrar en él todos los daños a la persona.**

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

Lo que ha ocurrido, en mi concepto, es que un buen número de juristas, sorprendidos por la aparición del “daño a la persona”, que supone una nueva concepción del ser humano en cuanto ser ontológicamente libre, han encontrado la inmediata y cómoda solución de incluir todos los múltiples daños que se puedan infringir al ser humano dentro del concepto, del todo insuficiente e inapropiado, de “daño moral”. Era lo más fácil, lo más a la mano. No olvidemos que la inmensa mayoría de los juristas somos conservadores, no nos gusta innovar, preferimos lo consagrado, el *statu quo*, el inmovilismo. Generalmente sentimos temor frente al cambio, nos cuesta mucho esfuerzo abandonar antiguas posiciones y aceptar otras nuevas. Algo así, se me ocurre, debe haber sucedido para que los juristas pretendan echar “vino joven en odre viejo”.

En otros casos, algunos que conozco, estamos sometidos al *magister dixit*. La palabra del o de los juristas consagrados, de los maestros, resulta indiscutible. ¿Quién se atreve a contrariar su magisterio, a alzarse contra la tradición? La tradición en el Derecho tiene una extraordinaria fuerza, Ello, en principio, no está mal, pero no debe servir de obstáculo para el progreso. Tradición, si, pero con mentes abiertas.

La verdad, como usted bien lo sabe, resulta de la concordancia de los conceptos con los objetos por ellos mentados. “Daño a la persona” es un concepto que responde a un específico objeto. Con este concepto se comprende que la persona, en cuanto unidad psicosomática sustentada en su libertad, ha sufrido un daño, que significa un menoscabo en algunos de los aspectos que la componen o integran en cuanto ser humano. Es, por lo tanto, un concepto adecuado a su objeto, lo describe debidamente.

El concepto “daño moral” tiene como objeto por él mentado tan sólo un daño circunscrito, de carácter psíquico-emocional, de un ser humano. Es uno entre los múltiples daños que puede sufrir este ser unitario que es la persona. Es como si con el concepto “hoja” o con el concepto “rama” pretendiera mencionar un objeto que es el árbol. El concepto no corresponde al objeto que pretendo mentar cuando utilizo aquellas expresiones, hojas o

ramas, circunscritas a aspectos parciales del ser árbol. El árbol es lo genérico, el todo, mientras que las hojas o las ramas son aspectos de esa unidad. Así también el concepto de “daño a la persona” menciona cualquier daño psicosomático o al proyecto de vida de un todo que no es otro que el ser humano. El dolor o sufrimiento es tan sólo un aspecto del mismo, como lo es el objeto “rama” en relación con un todo que es el “árbol”.

### **El daño psíquico**

**Posteriormente usted incorpora una nueva noción: la del “daño psíquico”.**

Efectivamente, ha sido el desarrollo del “daño psíquico” el último aspecto del “daño a la persona” que hemos tratado. En este caso debíamos mostrar, en primer término y de acuerdo a los aportes de la ciencia, que el daño psíquico presenta diversos y progresivos grados que van desde el más leve, de carácter emocional, como es el caso del mal llamado “daño moral”, hasta el de trastornos mentales severos. Estos últimos requieren de una permanente asistencia de terceras personas, los llamados curadores, y están sometidos a un constante tratamiento médico. Entre el daño emocional, o daño “moral”, y el trastorno mental más severo, existe una gama o gradación de trastornos mentales que van de menos a más en cuanto a su intensidad y consecuencias para la vida de la persona afectada. Por ello cada persona afectada requiere de un tratamiento personalizado, situación que no debe ser indiferente para el Derecho. En nuestra tradición jurídica hemos tratado con extrema rigidez lo atinente a las personas que presentan trastornos mentales, a quiénes, genéricamente, los hemos designado como “incapaces”.

Es bueno señalar que la regulación jurídica en relación con el que sufre de algún trastorno mental requiere de una especial atención. No es posible uniformizar su tratamiento, dadas las diversas gradaciones de dichos trastornos y su consiguiente repercusión en el comportamiento del afectado, por lo que las disposiciones jurídicas reguladoras del daño psíquico deben ser flexibles en atención a la situación real de la persona afectada. Ello

requiere de una revisión cuidadosa de la normatividad relativa a la llamada incapacidad de ejercicio, tarea que aún está por emprenderse en nuestro país. La solución que hemos aportado no nos satisface. Debemos superarla con un criterio más humanista. Para ello requerimos de una colaboración más comprometida del gremio médico.

En cuanto a su pregunta habría que advertir que es importante definir con claridad la frontera entre el daño psíquico y el daño al proyecto de vida. Sería extender mucho esta respuesta el desarrollar este asunto. Recuerdo haber escrito un ensayo sobre el tema.

**Ud. ha señala que el daño psíquico está incorporado en el “daño a la persona”.**

Efectivamente. El daño a la persona puede tener como objetivo o destino cualquier aspecto de este ente que se conoce como “ser humano” cuyo ser es libertad. Precisamente, el ser libertad lo convierte en persona. El ser libre supone que el ser humano, cada ser humano, es único, no intercambiable, vivenciador de valores, proyectivo, dinámico. Este es el ente, psicosomático, libre y coexistencial, el que puede ser dañado en sus múltiples aspectos o componentes.

De ahí que “daño a la persona” sea el género que, por ser tal, admite múltiples especies, tantas como tantos son los aspectos de la persona que pueden ser dañados. Cada parte de la envoltura psicosomática puede ser dañada. Todo daño a una parte del ser humano repercute en el todo dada su unidad substancial sustentada en la libertad. Pero, así como la unidad psicosomática puede ser dañada en algunos de sus aspectos, puede también ser dañado el proyecto de vida en cuanto realización fáctica de una decisión del ser libre.

Mire usted. Uno de los aspectos de lo que constituye la unidad psicosomática, que es indisoluble e inescindible, es el que identificamos como psique. Esta, como cualquier otra faceta del ser humano, puede también ser dañada. No sólo se daña al soma o cuerpo en sentido estricto.

**ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO**

No sólo se causan heridas sangrantes. Se puede también causar al ser humano una situación de inestabilidad emocional o un trastorno mental mayor, un delirio de persecución, una profunda depresión y otros daños que la medicina ha catalogado y nominado técnicamente dentro de la progresiva gama de los trastornos mentales. La tortura es, por ejemplo, uno de los mecanismos utilizados por los regímenes antihumanos para dañar la psique humana. No cabe ninguna duda, por consiguiente, que la psique, sobre la base de la unidad psicosomática, puede ser dañada en cualquiera de sus expresiones.

De ahí que cuando nos referimos al “daño a la persona” incidimos en que existen dos posibilidades de daño, tal como se lo he expresado en precedencia. La primera es la del daño “psicosomático” (al soma o a la psique, con su consiguiente repercusión de uno en otro). La segunda es el recién puesto de manifiesto “daño al proyecto de vida”, es decir, a la realización fenoménica de una decisión raigalmente libre.

**La acción inhibitoria**

**Nuestra conversación me permite ingresar a otro punto importantísimo: la acción inhibitoria. La acción inhibitoria fue delineada en el proyectado artículo 17º del Código Civil, norma que después fue seccionada y que terminó siendo una especie de....**

Una especie de remedo de lo que se pretendió elaborar en defensa integral, unitaria y preventiva de la persona. El proyectado artículo 17º diseñado por el ponente del Libro Primero del código fue mutilado por la Comisión Revisora del proyecto de código civil. Fue un hecho francamente inexplicable y lamentable, pues el artículo 17º, que sistemáticamente debió ser el 18º fungiendo como cierre de un capítulo del código, fue pensado como una cláusula general y abierta de protección de los derechos fundamentales de la persona, que, como usted bien sabe, constituyen el núcleo de los derechos humanos.

**ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO**

Fue así que la acción inhibitoria, que funciona a semejanza del derecho de amparo constitucional, fue seccionada sin razón aparente. Desvirtuaron, así, el rico contenido de la acción inhibitoria limitándola a sólo una de sus funciones pero cercenando otra igualmente importante como es la protección preventiva de tales derechos fundamentales.

**La acción inhibitoria es en esencia una medida autosatisfactiva, lo que implica, a diferencia de la cautelar general, no iniciar proceso si no hay contestación del demandado.**

Permítame expresarle, antes de responder su pregunta, qué es lo que entiendo como acción inhibitoria, pues en ello va implícita en cierta medida la respuesta a su pregunta. Tratándose de la protección de los derechos de la persona, la acción inhibitoria cumple, en el campo del derecho civil, dos funciones bien diferenciadas. La primera consiste en que, frente a la amenaza de un daño cierto e inminente, el juez, preventivamente, esté autorizado el ordenar la paralización del hecho que, potencialmente, podría ser lesivo a la persona. Por ejemplo, si me informo que al lado de mi residencia se va a construir un grifo de gasolina o una fábrica pirotécnica puedo pedirle al juez que ordene que dichas obras no se construyan en una zona residencial por el peligro potencial que ellas entrañan. Es decir, solicitar del juez que el constructor se inhiba de llevar a término un hecho potencialmente peligroso a los intereses de la persona. Se trata, como está dicho, de una medida preventiva ante un hecho potencialmente capaz de causar un daño. Se implementa, de este modo, una nueva orientación del Derecho que consiste en prevenir, ante hechos potencialmente susceptibles de causar daño, que se lesione injustamente al ser humano. ¿Para que esperar que el daño se produzca si se lo puede evitar?. Esta es la primera vertiente, de índole preventiva, de la acción inhibitoria.

El segundo aspecto de la acción inhibitoria se contrae a impedir que un daño en acto, es decir, continuado, que perjudica a la persona siga produciendo sus efectos lesivos. Por ejemplo, en un local contiguo a mi vivienda funciona un salón de baile. El ruido de la orquesta es tan intenso que supera los

**ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO**

decibeles permitidos por la ley, lo que impide a mi familia el poder dormir. Se trata de un daño continuado, se produce todas las noches. En esta hipótesis el juez ordenará que cese el acto lesivo a la persona. Claro está, que ello no impide que se reclame el pago de una reparación por haberse consumado un daño a la persona.

**¿Es un proceso o una medida cautelar ? En el país toda medida cautelar exige un proceso futuro.**

En el proyecto de enmienda del actual artículo 17°, numerada como artículo 18°, se ha considerado que las medidas inmediatas y apropiadas que se soliciten para evitar o suprimir el daño podrán formularse ante la autoridad correspondiente o, también, se podrá hacerlo ante el juez para la adopción de medidas urgentes, autónomas de un proceso principal. Es evidente que si se producen consecuencias dañinas, la víctima podrá reclamar la correspondiente indemnización.

En el proyectado numeral 18°a se prescribe que la indemnización de los daños a la persona incluye las consecuencias patrimoniales como extrapatrimoniales y que esta pretensión no es acumulable a la prevista en el artículo anterior 18°.

**Sólo para comentar, y reiterando lo dicho, en doctrina se habla de medidas autosatisfactivas que son acciones inhibitorias que no exigen proceso futuro porque ya con la inhibición se satisface el daño posible a cometer.**

Así es. Si no hay consecuencias dañinas que lesionen a una persona a raíz de un evento dirigido en su contra, no hay daño. Precisamente, dichas consecuencias lesivas se han evitado mediante una acción inhibitoria que ha impedido, preventivamente, que un hecho potencialmente susceptible de causar daño se ejecute. Con esta medida preventiva se han evitado consecuencias dañinas y, por consiguiente, carece de sentido iniciar un proceso futuro porque la medida inhibitoria ha cumplido a cabalidad su cometido jurídico.

**ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO**

La acción inhibitoria es imprescindible si se pretende jurídicamente proteger preventivamente a la persona de hechos potencialmente capaces de dañarla.

Lamentablemente, el proyectado artículo 17°, como usted justamente ha apuntado, fue seccionado, fue mutilado, contrariando incluso lo dispuesto en la Constitución de 1979. Esta mutilación permite interpretar que el daño a la persona debe ser cometido por dos o más personas, lo que es absurdo. Esta no fue la redacción original cuando se prescribe que: “La responsabilidad es solidaria”. Felizmente, en la nueva redacción proyectada por la Comisión encargada de elaborar las enmiendas ha restablecido el texto original que expresaba: “Cuando el daño es causado por dos o más personas, la responsabilidad es concurrente”. Observe que la solidaridad se ha sustituido por la concurrencia de culpas. No es el momento para extenderme en este asunto. La Comisión de Reforma también ha restablecido los términos del proyectado artículo 17° y lo aprobado en su momento. De ello nos felicitamos. Inclusive, la nueva redacción, sobre la base del proyecto, ha mejorado su contenido pues incluye procedimientos a seguir.

Lo que es cierto es que si se hubiera mantenido el texto del proyecto original del artículo 17° hubiese sido mucho mejor. De ello estoy convencido. No obstante la justificada crítica que merece la actual redacción del artículo 17°, cabe señalar que existen juristas de renombre que consideran que, pese a su inexplicable mutilación, el artículo 17° no tiene precedentes a nivel de la codificación civil comparada y que es de utilidad en cuanto a la protección de la persona.

**La jurisprudencia**

**Voy a citar la quinta edición del Derecho de las Personas: “El artículo 17° fue (...) concebido como instrumento que permite al juez, con toda amplitud y sin problemas de interpretación, hacer cesar, sancionar y aun prevenir cualquier tipo de daño cometido o que potencialmente pudiera cometerse contra la persona” Y más adelante: “ El artículo 17° (...) fue pensado como medio al servicio del juez, a fin que sin dudas ni**

**titubeos pudiera sancionar adecuada y oportunamente cualquier daño a la persona”.**

Cuando imaginamos el contenido del artículo 17° del proyecto de Código pensamos que él debería funcionar como una cláusula general o abierta, o en blanco como prefieren designarla los autores alemanes. Es decir, una cláusula que, a semejanza de lo establecido en el artículo 4° de la Constitución de 1979 o del artículo 3° de la vigente de 1993, proteja, en la forma más amplia y por los medios idóneos y oportunos, los intereses existenciales o derechos naturales que, fundados en la dignidad de la persona, no se hallen tutelados por norma expresa del ordenamiento jurídico positivo. El artículo 17°, por consiguiente, debía ofrecer al juez el fundamento jurídico para proteger cualquier interés existencial del ser humano sustentado en su dignidad de ser libre e idéntico a sí mismo, único y no intercambiable. En esta situación el juez no tendría necesidad de buscar una norma positiva expresa en el ordenamiento jurídico sino apreciar tan sólo si se trata de un interés existencial o derecho natural digno de ser jurídicamente protegido sobre la base de la dignidad de la persona. Esta es la razón por la cual el Derecho es creado por el propio ser humano, con el propósito de lograr su protección como ser libre y capaz de realizar su proyecto de vida.

Debe recordarse que, tratándose de los derechos fundamentales de la persona, no existe lo que se conoce como número cerrado de derechos. Ellos, por el contrario, están históricamente abiertos pues cada cierto tiempo aparecen intereses existenciales que, anteriormente, equivocadamente o por ignorancia, no habían sido materia de protección expresa a través de un derecho subjetivo contenido en una determinada norma del ordenamiento jurídico. Basta pensar al respecto en el caso del derecho a la intimidad que se protege en Italia pese a que no existe norma expresa que la tutele ni en su Constitución ni en el Código Civil de 1942. Lo mismo acontece con el derecho a la identidad personal. Son pocos los países en el mundo que tienen incorporado en sus ordenamientos jurídicos la protección expresa del derecho a la intimidad. En cuanto al derecho a la identidad, este se incluye

por primera vez en la Constitución peruana de 1993. En la Constitución del Portugal lo que se tutela es la identificación, que es sólo un aspecto estático integrante de la identidad personal.

En el proyecto de artículo 17°, tal como se ha dicho, se incluía la acción inhibitoria, en sus dos vertientes, así como se señalaba que el juez debía indemnizar independientemente las consecuencias patrimoniales de las extrapatrimoniales de un daño a la persona. Con un criterio docente se pretendía que el juez, de formación patrimonialista-individualista como la inmensa mayoría de los hombres de derecho de nuestro país, revalorizara a la persona y reparara, por consiguiente, no sólo las consecuencias de los daños de carácter material, daño emergente y lucro cesante, sino también aquellas, más graves, que atentan contra su salud o bienestar y contra su proyecto de vida, es decir, que frustren su destino personal.

No podemos ocultar que nuestra actual preocupación se concreta en esta pregunta: ¿cuánto tiempo llevará para que la mayoría de los jueces peruanos comprendan que el ser humano, entendido como una unidad psicosomática sustentado en su libertad, es el tema central de su protección? Y luego, ¿qué medidas adoptará la Academia de la Magistratura, que debe ser consciente de esta situación, para capacitar a los jueces no sólo a nivel dogmático sino en cuanto a los principios básicos del Derecho, cada día más olvidados? Un juez que sólo conoce las leyes y se descuida en estimular su sensibilidad axiológica y su criterio jurídico no estará suficientemente preparado para juzgar, en las mejores condiciones, los casos sometidos a su jurisdicción.

**Su posición puede sintetizarse así: como hay jueces tradicionales a quienes no les gusta innovar, entonces es preferible colocar un artículo que no deban interpretar. ¿Describa Ud. del sistema judicial peruano?**

En su acertada pregunta va implícita la respuesta. Creemos que la mayoría de los jueces peruanos están aún insuficientemente preparados en el tema concerniente a la protección de los derechos de la persona, núcleo de los derechos humanos. Por ello, es siempre conveniente incluir artículos como

el 17° del Código en su versión original, no mutilado. De otro lado, hay que ayudar a los jueces temerosos para que no digan que “los van a llamar prevaricadores” si fundamentan su sentencia en una cláusula general, como son el artículo 17° del Código o el 3° de la Constitución, y no en un específico artículo del ordenamiento jurídico positivo. Confiamos que en este campo la humanización del Derecho logrará, en un futuro no lejano, milagros hoy impensados. En esa dirección va el mundo, pese a los naturales contratiempos propios del discurrir histórico.

Los juristas, incluyendo a los jueces, son, a nuestro parecer, generalmente conservadores y a veces hasta sumisos al poder imperante. Prefieren el *statu quo*, desconfían de toda innovación, evitan mortificar al poder supremo. Todo ello explica el que se tomen su tiempo para comprender el sentido de las innovaciones, para interpretar el curso de la historia y del Derecho. Tiene usted toda la razón cuando considera que a los jueces tradicionales no les gusta innovar. Hay que dedicarse, prioritariamente, a capacitar a los jueces, no sólo en el derecho dogmáticamente considerado, sino realizar con ellos una reflexión conjunta sobre los supuestos del derecho. Sobre este Derecho que está primordialmente en la vida social, del cual el ser humano, la persona, es su creador, protagonista y destinatario.

### **Este conservadurismo judicial y doctrinario, ¿cómo se ha traducido en la categoría de daño a la persona?**

El hecho que recién la actual Comisión de Reforma del Código Civil haya incorporado, después de casi quince años, en un 90% o 95% las novedades que pretendimos incorporar, infructuosamente, en el Código Civil de 1984, así lo comprueba. Hemos tenido que esperar quince años para que vaya cambiando la mentalidad de los juristas, para que vayan comprendiendo los nuevos signos de la historia. Las ideas tienen que irse sedimentando. Se requiere a veces de un largo proceso para aceptar las innovaciones debidamente fundamentadas, avaladas por las dos vertientes del Derecho: la realidad de la vida y la filosofía de la existencia.

Vale la pena referirme a los temas que estuvieron en lista de espera durante estos últimos quince años, transcurridos entre la fecha en que la Comisión Revisora rechazó propuestas innovadoras y la actitud realista de la actual Comisión Reformadora para incorporarlas. Me refiero, por ejemplo, al caso del concebido, a la precisión del concepto de “persona natural”, al reconocimiento judicial del embarazo y del parto, al derecho a la identidad, a la capacidad de goce, a la innovación en materia de trasplantes de órganos y tejidos, a establecer la regla sobre la libertad a negarse a ser sometido a exámenes o tratamientos médicos, al daño a la persona, a la protección integral y preventiva de la persona, a la eliminación de la ficción tratándose del domicilio, a la reconstrucción conceptual del nombre, a la conservación del nombre de la mujer casada cuando con éste adquiere notoriedad, entre otras. Lamentablemente, no fue aceptada a plenitud nuestra propuesta referente a una concepción realista de lo que es la organización de personas inscrita o persona jurídica. En este tema sigue primando, en gran medida, una visión formalista del derecho, como si éste fuera tan sólo un juego conceptual, un mundo fantasmal.

**De ahí que la jurisprudencia peruana haya sido parca sobre el tema.**

Lamentablemente tiene usted razón. Ello se debe, según nuestro parecer, a varios factores. Tal vez el primero de ellos sea el enorme peso de una tradición y de una formación individualista-patrimonialista a través de varios siglos. Ello responde a una concepción materialista de la vida, donde lo que prima es el poder económico, el dinero, con menoscabo de los valores que hacen digno al ser humano. Una formación sustentada en el egoísmo y en el cinismo, donde el valor utilidad prima sobre el de justicia. Materialismo, utilitarismo, hedonismo son el contenido de una deformación cultural. Para los jueces insertos en esta cultura lo primordial es la protección del patrimonio. Por algo la Constitución de 1993 declara que “la propiedad privada es inviolable”. ¿Y la vida humana?. La misma Constitución no lo dice, de donde se desprende que lo único inviolable es la propiedad, el viejo sueño de la burguesía.

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

Otro factor gravitante es la renuencia de los jueces a abrir sus mentes a una nueva realidad en el Derecho, donde la persona es su centro y su eje. La mayoría de ellos se mantienen aferrados a lo que aprendieron en la Universidad. Por lo general, los jueces no están dispuestos, con humildad que los enaltecería, a reconocer este gran vacío en su formación. Admiten ser capacitados en lo que dicen los Códigos pero no en lo que dice el DERECHO, con mayúsculas. Por ello, la capacitación que se imparte a los jueces se reduce tan sólo a los predios de la institucionalidad jurídica pero sin ahondar en los supuestos mismos del Derecho a la luz del humanismo personalista.

Es urgente, reitero, capacitar a los jueces en los principios básicos del Derecho, en aquellos principios que iluminan toda la disciplina jurídica. ¿Se emprenderá algún día esta tarea?. Ciertamente que sería mejor aún capacitar a ciertos profesores de Introducción a las Ciencias Jurídicas sobre los mismos temas. ¿Serán conscientes de ello ciertas autoridades universitarias o están ganadas por una perjudicial inercia? ¿Llegará el humanismo a ser comprendido por un buen número de ellos?

Lo básico, debo reiterarlo, es que los jueces comprendan en qué consiste el ser humano. Si no toman conciencia de ello, no avanzaremos, seguiremos estancados en el “ser racional”. Que dejen de pensar en un “ser racional” y descubran que se trata de un “ser libertad”. Cuando ello ocurra verán con toda claridad cómo se puede dañar a la persona en su proyecto de vida.

**Más bien el extranjero nos ha regalado una importantísima sentencia. Me refiero, y algo ya se ha dicho en nuestra charla, a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No obstante ello, en el mismo fallo existen voces discrepantes, creo que del juez de Trinidad y Tobago**

En efecto, es el juez Jackson de Trinidad y Tobago. Pero su opinión es solitaria, minoritaria. Prácticamente no se puede hablar de la existencia de un debate en cuanto al reconocimiento de la existencia de un daño al proyecto de vida. Es bueno anotar que todos los demás jueces de la Corte,

de elevada calidad como juristas, coincidieron en la existencia, cierta y demostrable, de un “daño al proyecto de vida”. Los otros jueces, unánimemente, estuvieron en total acuerdo. Entre los magistrados que integraron en ese momento la Corte recuerdo a Cancado Trindade, Abreu Burelli, Pacheco Gómez, Vicente de Roux. Vale la pena leer atentamente esta sentencia para conocer los argumentos en ella expuestos en torno al daño al proyecto de vida. Ellos son precisos, convincentes.

El hecho es alentador y abre decididamente el camino para que los jueces reflexionen en torno a los considerando de dicho histórico fallo. En la Argentina y en algunos otros países de Europa, hasta donde llega mi información, han recogido el mensaje humanista y se reconoce la posibilidad de dañar la “libertad ontológica en marcha”, es decir, el proyecto de vida que todos tenemos.

**El juez Jackson coincide en la necesidad de indemnizar a la víctima por los daños sufridos, pero considera que basta el concepto de daño moral para ello.**

La Corte, en el fallo en mención, todavía no ha llegado a esclarecer la relación existente entre el concepto genérico de “daño a la persona” y el daño a un aspecto de la misma como es el “desequilibrio emocional” (*pretium doloris*) en que consiste el mal llamado daño “moral”, generalmente efecto de un daño sufrido por la víctima. Ello es explicable porque se tiene de luchar contra una tradición de siglos. Pero, en otra jurisprudencia este proceso de clarificación, que es la subsunción del daño emocional (daño “moral”), ya se está produciendo. El deslinde conceptual está en marcha. Habrá que esperar un tiempo para el correspondiente esclarecimiento conceptual, para la comprensión que el mal llamado daño “moral” es sólo un daño psíquico-emocional, que representa un aspecto de los múltiples daños que se pueden ocasionar al ser humano.

En la sentencia de la Corte Interamericana, a pesar que se produce el indubitable y fundamentado reconocimiento del “daño al proyecto de vida”, se manifiesta al mismo tiempo que no es posible indemnizarlo por falta de

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

precedentes. Consideramos que este es un error pues la sentencia pudo ser pionera en esta materia y fijar una suma a título de reparación satisfactiva. Nos preguntamos, ¿qué sentido tiene reconocer la existencia de un daño y no proceder a indemnizarlo?. Lo curioso es que, en el mismo fallo donde, como está dicho, se considera el “daño moral” como autónomo frente al daño a la persona, sí se procede a repararlo con una suma de dinero a título satisfactivo. Si se puede reparar el “dolor” no entendemos cómo no es posible reparar un daño mucho, pero mucho más grave, como es la frustración o el menoscabo o retraso del cumplimiento del “proyecto de vida”. Estas cuestiones tendrán que ir también aclarándose con el tiempo.

El “daño al proyecto de vida”, no lo olvidemos, es una visión revolucionaria en el campo del Derecho de Daños, apenas neonata, por lo que tomará su tiempo el comprenderla en todos sus alcances y consecuencias. Para ello habrá que comprender, en primer término, en qué consiste el ser humano, sustituyendo tradicionales enfoques restrictivos como el considerarlo tan sólo como un “ser racional”, olvidándose que lo definitorio es su “ser libertad”.

De otro lado, el que la noción haya surgido en un país en vías de desarrollo, para decirlo eufemísticamente, es un handicap, pues existen aún muchos juristas latinoamericanos que sólo siguen mirando a Europa, estimando que los nativos de este subcontinente latinoamericano no somos capaces de imaginar, de idear algo nuevo en el campo del Derecho. Felizmente, a partir de la segunda mitad de los años 80 del siglo XX, en que los juristas latinoamericanos empezamos a reunirnos, a conocernos personalmente, a frecuentarnos, esta tendencia va perdiendo terreno. Nos intercomunicamos, aprendemos unos de otros. De otro lado, también muchos juristas europeos consideran que no es posible que en esta parte del mundo pueda surgir una idea original. Usted coincidirá conmigo en que hay que vencer estos graves y ancestrales prejuicios, lo que no es cosa fácil pero que se irá facilitando conforme vayamos desarrollándonos integralmente.

En algunas revistas locales y en una acreditada revista editada en Buenos Aires he comentado la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos

Humanos, exponiendo, desde mi óptica, sus fundamentos, destacando sus aciertos y refiriéndome a sus vacíos.

**La de la Corte Interamericana es una de las pocas sentencias sobre el tema.**

En efecto, es una de las pocas sentencias producidas sobre el “daño al proyecto de vida”, aunque, como usted apreciará, es significativa por los argumentos expuestos y por el nivel del órgano internacional que la expide. No obstante, y como me parece habérselo dicho, conozco varias sentencias argentinas que recuerdo y que puedo hacérselas conocer en su oportunidad. En ellas se considera, junto a los daños materiales, el “daño a la persona” en su dimensión de “daño al proyecto de vida”. En un artículo que escribí para una revista local menciono y comento algunas de ellas.

**Lo que no existe, salvo error, es jurisprudencia peruana.**

No he indagado sobre la existencia de sentencias peruanas sobre el tema pero presumo que si las hay serán muy pocas porque los alcances del “daño a la persona” y del “daño al proyecto de vida” no son aún de conocimiento de amplios sectores de abogados y de jueces, no obstante las publicaciones que he efectuado. En verdad, se lee poco en estos agitados días que nos ha tocado vivir. Falta información sobre los nuevos temas jurídicos. Es necesario, por ello, seguir trabajando sobre el asunto e ir difundiendo sus desarrollos, sobre todo entre la gente joven siempre más dispuesta, por su natural inquietud y curiosidad intelectual, a escuchar novedades. Los jóvenes tienen menos prejuicios o, simplemente, no los tienen.

Espero que ahora que ha cambiado o está cambiando el ambiente reinante en el Poder Judicial, podamos realizar una búsqueda minuciosa de jurisprudencia sobre el tema. Es una tarea que determinará en qué grado dicha noción ha logrado penetrar en la mentalidad de los jueces. Espero que sus resultados nos permitan, dado que presumimos que serán negativos, redoblar nuestra tarea de divulgación de una temática que es central en los

**ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO**

tiempos que corren, si es verdad, como se proclama, que la persona es el centro y el eje del Derecho.

## **BIBLIOGRAFÍA**

**Libros**

Ariano, E. (2003). *Problemas del proceso civil*. Lima, Jurista Editores E.I.R.L..

Balcázar, J. (2005). *Medidas autosatisfactivas*. Lima, Editorial Rhodas.

Borges, M. *Procedimiento Monitorio*.

Burgos, Osvaldo. (2012). *Daños al proyecto de vida*. Buenos Aires, 2012.

Bueres, A. (1993). *Daño a la Persona*. Temas de Derecho Privado. Tomo V. Edición del Colegio de Escribanos de la Capital Federal, 1993. Separata de la Revista del Notariado. Edipubli, Buenos Aires.

Calamandrei, P. (1945) *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Buenos Aires.

Cammarota, A. (1947). *Responsabilidad Extracontractual*. Buenos Aires. Editorial Depalma.

Cárdenas, C. (1994). *Estudios de Derecho Privado (reflexiones de un tiempo)*. Lima, Ediciones Jurídicas.

Carnelutti, F. (1944). *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires. Uteha.

De Cupis, A. *El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Barcelona, Bosch, Casa Editorial S.A.

De Trazegnies Granda, Fernando (1980). *Responsabilidad no derivada del acto jurídico*. Proyectos y Anteproyectos de la reforma del Código Civil. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

De Trazegnies Granda, Fernando (1988). *La Responsabilidad Extracontractual*. Tomo II. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú.

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL "DAÑO A LA PERSONA" EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

De Trazegnies Granda, Fernando (2005). *La Responsabilidad Extracontractual*. Tomo II. Lima, Fondo Editorial de la PUCP.

Díaz Cáceda, J. (2006). *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

Díez-Picazo, L. y Gullón, A. (2002). *Sistema de Derecho Civil*. Volumen II. Madrid.

Espinoza Espinoza, J. (2011). *Derecho de la Responsabilidad Civil*. Lima, Editorial Rhodas.

Espinoza Espinoza, J. (1996) *Estudio de Derecho de las Personas*, Lima, Editorial Huallaga.

Espinoza Espinoza, J. (2012). *Derecho de las Personas*. Lima, Grijley.

Revoredo, D. (1984). *Exposición de Motivos y Comentarios del Código Civil Peruano*. Tomo VI, Lima.

Faúndez Ledesma, H. (1996). *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Aspectos Institucionales y Procesales*. Costa Rica. Varitec.

Fernández Sessarego, C. (1968). *La Noción Jurídica de la Persona*. Lima, UNMSM.

Fernández Sessarego, C. (1984). *La Persona en la doctrina jurídica contemporánea*. Lima. Universidad de Lima, Serie Derecho y Ciencia Política No. 2.

Fernández Sessarego, C. (1985). *Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano. Derecho de las Personas en Código Civil*. Exposición de Motivos y Comentario, compiladora Delia Revoredo de Debakey. Lima.

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL "DAÑO A LA PERSONA" EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

Fernández Sessarego, C. (1985). *El Código Civil y el sistema jurídico latinoamericano*, Lima, Cultural Cuzco.

Fernández Sessarego, C. (1990). *Derecho y Persona*. Lima, Ediciones Inesla. Lima.

Fernández Sessarego, C. (1990). *Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas*. Lima, Universidad de Lima.

Fernández Sessarego, C. (1992). *Derecho de las Personas*. Lima, Cultural Cuzco.

Fernández Sessarego, C. (1992). *Protección Jurídica de la Persona*. Lima, Universidad de Lima.

Fernández Sessarego, C. (1994). *Hacia una nueva sistematización del daño a la persona*. I Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial. Lima, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Fernández Sessarego, C. (1996). *Derecho de las Personas*. Lima, Editora y Distribuidora Grijley E.I.R.L.

Fernández Sessarego, C. (2002). *El Derecho de las Personas (en El umbral del siglo XXI)*. Lima, Ediciones Jurídicas.

Fernández Sessarego, C. (2006). *El Derecho como Libertad. Preliminares para una Filosofía del Derecho*. Lima, Ara Editores.

Fernández Sessarego, C. (2007). *Derecho de las Personas*. Lima, Editora y Distribuidora Grijley E.I.R.L..

Fernández Sessarego, C. (2009). *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984. Historia, Ideología, aportes, comentarios críticos, propuesta de enmiendas*. Lima, Motivensa Editora Jurídica.

Fernández Sessarego, C. (2011). *El Derecho a imaginar el Derecho*. Lima, Idemsa.

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL "DAÑO A LA PERSONA" EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

Fix Zamudio, H. (2009). *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en las constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Los Derechos Humanos y su protección internacional. Lima, Editora y Distribuidora Grijley.

Garagorri, P. (1985). *La filosofía española en el siglo XX*. Madrid, Alianza Editorial S.A..

Gozaini, O. (1992) *Derecho Procesal Civil. Tomo I, vol.2*. Buenos Aires, Ediar S.A..

Gherzi, C. (2000). *Valuación económica del daño moral y psicológico*. Buenos Aires. Editorial Astrea.

Heidegger, M. (1962). *El Ser y el Tiempo*. México, Fondo de Cultura Económica.

Hernández, C. (1996) *Medidas Cautelares. Procedimiento Cautelar, Embargo, Secuestro . Doctrina. Modelos*. Lima, Ediciones Jurídicas.

Hernández, C. (1997). *Proceso Cautelar*. Lima, Ediciones Jurídicas.

Hinostroza, A. (1998). *El embargo y otras medidas cautelares*. Lima, Ediciones Jurídicas.

Hinostroza, A. (2010). *Guía actualizada de casaciones. Período 2006 – 2008*. Lima, Jurista Editores.

Hoof, P. (2005). *Bioética, Derecho y Ciudadanía*. Bogotá. Temis S.A.

Hurtado, M. (1997). *Apuntes de las medidas cautelares en el Proceso Civil*. Lima, Librería Ediciones Jurídicas.

León Barandiarán, J. *Manual de Acto Jurídico*. Lima, s/f.

León Barandiarán, J. (1939). *Comentarios al Código Civil Peruano (Derecho de las Obligaciones)*. Tomo II. Lima, Librería e Imprenta Gil S.A..

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL "DAÑO A LA PERSONA" EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

León, L. (2007). *La Responsabilidad Civil*. Lima, Jurista Editores.

Marías, J. (1941). *Historia de la Filosofía*. Madrid, Revista de Occidente.

Marías, J. (1967). *Introducción a la Filosofía*. Madrid, Revista de Occidente.

Martínez, R. (1990). *Las Medidas Cautelares*. Buenos Aires, Editorial Universidad.

Monroy, J. (1987). *Temas de Proceso Civil*. Lima, Studium Ediciones.

Mounier, E. (1962). *El Personalismo*. Buenos Aires, Eudeba.

Navia, F. (2000). *Del daño moral*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

Ortega y Gasset, J. (1967). *En torno a Galileo*. Madrid, Revista de Occidente.

Ortega y Gasset, J. (1958). *Historia como sistema*. Madrid, Revista de Occidente.

Osterling, F. (1988). *Las Obligaciones*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial.

Peyrano, J. (1995). *Derecho Procesal Civil*. Lima, Ediciones Jurídicas.

Peyrano, J. (1994). *Análisis del Código Procesal Civil*. Lima, Cultural Cuzco.

Peyrano, J. (1997). *La medida autosatisfactiva. Forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente: génesis y evolución y Régimen de las Medidas Autosatisfactivas*. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores.

Regalado, A. (1996) *El laberinto de la razón: Ortega y Heidegger*. Madrid, Alianza Editorial S.A..

Rey de Castro, A. (1972). *La Responsabilidad Civil Extracontractual*. Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

Rozo Sordini, P. (2002). *El daño biológico*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

Rubio, M. (1985). *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial.

Rubio, M. (2008). *El Título Preliminar del código civil*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú.

Sagástegui, P. (1996). *Procesos de Ejecución y Procesos Cautelares*. Lima, Editorial San Marcos.

Salado, A. (2004). *Los casos peruanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Trujillo, Editora Normas Legales S.A.C.

Sartre, J.P. (1968). *El Ser y La Nada*, Buenos Aires, Editorial Losada.

Sartre, J. P. (1960). *Sobre el Humanismo*. Buenos Aires, Editorial Sur.

Varios. (2009). *Persona, Derecho y Libertad. Nuevas Perspectivas. Escritos en homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego*. Lima, Motivensa Editora Jurídica. .

Varios. (2010). *La persona en el Derecho Peruano. Un análisis jurídico contemporáneo*. Chiclayo. Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo.

Varios (2011) *Tercer Pleno Casatorio Civil*. Fondo Editorial del Poder Judicial. Lima.

Vásquez Ferreyra, R. (1993). *Responsabilidad por Daños (Elementos)*. Buenos Aires, Depalma.

Vega, Y. (1996). *Derecho Privado*. Lima, Editora y Distribuidora Jurídica Grijley.

Verneaux, R. (1957). *Lecciones sobre existencialismo*. Buenos Aires, Club de Lectores.

Waehlens, A. *La Filosofía de Martín Heidegger*.

Wagner de Reyna, A. *La Ontología fundamental de Heidegger*.

Zavala de Gonzalez, M. (1982). M. *Derecho a la Intimidad - Análisis del artículo 1071 del Código Civil a la luz de la doctrina, la legislación comparada y de la jurisprudencia*. Buenos Aires, Editorial Abeledot - Perrot.

### **Artículos**

Banchio, E. (1995). *Daño al concepturus*. La Responsabilidad. Libro Homenaje al profesor Isidoro Goldenberg. Abeledo-Perrot. Buenos Aires.

Bianchi, T. y Gullco, H. (1995). *Responsabilidad por violación de la privacidad*. La Responsabilidad. Libro Homenaje al profesor Isidoro Goldenberg. Abeledo-Perrot. Buenos Aires.

Biscaro, B. (1995). *Fecundación asistida*. La Responsabilidad. Homenaje al profesor Isidoro Goldenberg. Abeledo-Perrot. Buenos Aires

Cabrera, D. y Codeglia, L. (1995). *Responsabilidad por violación del derecho a la identidad*. La Responsabilidad. Homenaje al profesor Isidoro Goldenberg. Abeledo-Perrot. Buenos Aires

Cárdenas, C. (1988). *Estudios Jurídicos en honor de los profesores Carlos Fernández Sessarego y Max Arias Schreiber*. Lima, Cultural Cuzco S.A..

De Lázzari, E. (1994). *Protección cautelar del derecho a la intimidad. La medida cautelar innovativa "embozada"*. Lima, Cultural Cuzco.

De Trazegnies Granda, Fernando. (1984). *Por una lectura creativa de la responsabilidad extracontractual en el nuevo Código Civil*. Para leer el Código Civil, Lima, Fondo Editorial de la PUCP.

De Trazegnies Granda, Fernando (1988). *Por una lectura creativa de la Responsabilidad Extracontractual*. Lima. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL "DAÑO A LA PERSONA" EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

Fernández Sessarego, C. (2009) *Biobibliografía*. Persona, Derecho y Libertad. Lima, Motivensa, Editora Jurídica.

León, L. (2009). *El daño existencial. ¿Una idea valiosa o sólo un grito de la moda italiana en el campo de la responsabilidad civil?*. Responsabilidad civil contemporánea. Lima, Ara Editores.

Loayza Lazo, Alberto. *Propuestas y fundamentos de las normas de enmiendas de la responsabilidad civil*. Diez años. Código civil peruano. Balance y perspectivas. Congreso Internacional. Universidad de Lima, Tomo I.

Makianich de Basset, L. (1995). *Daño Genético*. La responsabilidad. Homenaje al profesor doctor Isidoro Goldenberg. Abeledo-Perrot. Buenos Aires.

Medina, G. (1995). *Responsabilidad derivada de la Biotecnología*. Homenaje al profesor Isidoro Goldenberg. Abeledo-Perrot. Buenos Aires.

Mossett Iturraspe, Jorge (1995). *El daño a la persona en el código civil peruano*. Diez años. Código civil peruano. Balance y perspectivas. Congreso Internacional. Universidad de Lima, Tomo I.

Mossett Iturraspe, Jorge (1995). *Más allá del daño moral: el daño a la persona*. Diez años. Código civil peruano. Balance y perspectivas. Congreso Internacional. Universidad de Lima, Tomo I.

Pérez Vargas, V. (1995). *El aporte personalista del código civil peruano*. Diez años. Código civil peruano. Balance y perspectivas. Congreso Internacional. Universidad de Lima, Tomo I.

Rivera, J. (1995). *Responsabilidad Civil por daños a los derechos de la persona*. Diez años del Código Civil Peruano. Balance y perspectivas. Tomo I. Lima Universidad de Lima.

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

Santos Cifuentes. (1995). *Daño a los derechos personalísimos*. La Responsabilidad en Homenaje al profesor Isidoro Goldenberg. Abeledo-Perrot. Buenos Aires

Tamayo Jaramillo, J (1995). *La responsabilidad civil en el código civil peruano*. Diez años. Código civil peruano. Balance y perspectivas. Congreso Internacional. Universidad de Lima, Tomo I.

Tobías, J. (1995). *Responsabilidad Civil derivada de la experimentación en seres humanos*. Homenaje al profesor Isidoro Goldenberg. Abeledo-Perrot. Buenos Aires.

Vega, Y. (1995). *Personas naturales: propuesta de enmienda*. Diez años. Código civil peruano. Balance y perspectivas. Congreso Internacional. Universidad de Lima, Tomo I.

Yáguez, Ricardo (1995). *Reflexiones sobre la propuesta de enmienda de la comisión de responsabilidad civil*. Diez años. Código civil peruano. Balance y perspectivas. Congreso Internacional. Universidad de Lima, Tomo I.

Woolcott, O. (2009). *La experiencia peruana en la reparación del daño a la persona*. Persona, Derecho y Libertad. Lima, Editorial Motivensa.

Zolezzi, L. (1985). *Disposiciones de contenido procesal*. Para leer el código civil. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú.

### **Revistas**

Abad Yupanqui, S. *La medida cautelar en la acción de amparo*. Revista Derecho. Facultad de Derecho – Pontificia Universidad Católica del Perú. Nos. 43-44. Diciembre 1989 – Diciembre 1990.

Agurto, C. y Quequejana, S. (2012) *Los orígenes del “daño a la persona” en Italia*. Observatorio de Derecho Civil. La Responsabilidad Civil. Volumen 13.

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL "DAÑO A LA PERSONA" EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

Alfaro, L. *El ser y el deber ser de la denominada "indemnización en caso de perjuicio" derivada de la causal de separación de hecho*. Diálogo con la jurisprudencia. Gaceta Jurídica. No. 123. Diciembre ---.

Altamirano, J. (1970). *El existencialismo y la filosofía jurídica*. Revista Jurídica del Perú. Año XXI. No. I-IV. Enero-Diciembre 1970.

Busnelli, F. (1991). *Problemas de la clasificación sistemática del daño a la persona*. Revista Daños. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1991.

Busnelli, F. (1996). *¿Qué futuro para el daño a la salud?* Aequitas. Revista de Derecho y Ciencias Políticas. Año 3. No. 3.

Caballero, H. (2010). *La indemnización en los procesos de divorcio por separación de hecho*. Diálogo con la jurisprudencia. Gaceta Jurídica. No. 138.

Calderón Puertas, C.(1999). *Origen, desarrollo y vicisitudes del daño a la persona en el derecho peruano*. Normas Legales. Tomo 276, mayo 1999.

Canelo Rabanal, R. (1997). *Proceso Urgente*. Revista Jurídica del Perú No. 12.

Cárdenas Quirós, C. *Apuntes sobre el denominado daño a la persona en el Código Civil del Perú de 1984*. Aequitas. Revista de Derecho y Ciencias Políticas. No. 1.

Espinoza de Rueda, M. (1986) *Aspectos de la responsabilidad civil con especial referencia al daño moral*. Anales de Derecho. Revista de la Universidad de Murcia. No. 9.

Espinoza Espinoza, J. *Sobre la necesidad de establecer criterios apropiados para cuantificar la Reparación del daño Subjetivo*. Revista Jurídica del Perú. Año XLIV. No. 1, Abril 1992 – Diciembre 1994.

Espinoza Espinoza, J. *Hacia una predictibilidad del resarcimiento del daño a la persona en el sistema judicial peruano*. Diálogo con la Jurisprudencia.

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

Espinoza Espinoza, J. Dos recientes casos de responsabilidad civil con ocasión de las funciones en los juzgados peruanos ... y dos oportunidades perdidas para un desarrollo jurisprudencial. Diálogo con la jurisprudencia. Gaceta Jurídica. No. 125.

Fernández Sessarego, C. (1996). *Daño al Proyecto de Vida*. Separata de la Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Política de la PUCP. No. 50. Diciembre 1996.

Fernández Sessarego, C. (1975). *Reforma del código civil peruano*. Folleto. Universidad San Luis Gonzaga 1975.

Fernández Sessarego, C. (1997). *Daño a la Identidad Personal*. Themis No. 36.

Fernández Sessarego, C. (2010). *El “daño al proyecto de vida” en la doctrina y la jurisprudencia contemporánea*. Foro Jurídico. Año 9, No. 10. Abril 2010.

Fernández Sessarego, C. (2008). *¿Es posible proteger jurídicamente el “Proyecto de Vida”?*. Foro Jurídico. Año 4. No. 8. Lima 2008.

Fernández Sessarego, C. (2008). *El “proyecto de vida” ¿merece protección jurídica?* Revista Jurídica del Perú. No. 84. Febrero 2008.

Fernández Sessarego, C. (2006). *Comentarios a la propuesta de enmiendas al Libro de Derecho de las Personas presentada por la Comisión de Reforma del Código Civil*. Ius et Veritas. Año 16. No. 32, Lima 2006.

Fernández Sessarego, C. (2003). *El daño al “proyecto de vida” en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Derecho PUCP. No. 56. Lima 2003.

Fernández Sessarego, C. (2003). *Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”*. Foro Jurídico. Año 1. No. 2. Lima, Julio 2003.

Fernández Sessarego, C. (2002). *Apuntes sobre el daño a la persona*. Ius et Veritas. Año 13. No. 25. Lima, noviembre 2002.

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

Fernández Sessarego, C. (1999) *El daño al “proyecto de vida” en una reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Themis, Época 2. No. 39. Lima 1999.

Fernández Sessarego, C. (1998). *Daño a la persona y Daño moral en la doctrina y en la jurisprudencia latinoamericana actual*. Themis. Época 2. No. 38. Lima 1998.

Fernández Sessarego, C. (1995). *Apuntes para una distinción entre el daño al “proyecto de vida” y el daño “psíquico”*. Themis. Época 2. No. 32. Lima 1995.

Fernández Sessarego, C. *Precisiones preliminares sobre el daño a la persona*. Themis, Época 2. No. 34. Lima 1996,

Fernández Sessarego, C. *Daño Psíquico*

Ferrando, E. (1995). *El Derecho a la Información*. Themis No. 10

Gaceta Jurídica (2008). *El daño en nuestro sistema de responsabilidad civil extracontractual*. Diálogo con la jurisprudencia. Gaceta Jurídica. No. 116. Mayo 2008.

Gaceta Jurídica (2010). *Trabajador cesado indebidamente es resarcido por daño moral y daño “al proyecto de vida”*. Diálogo con la jurisprudencia. Gaceta Jurídica. No. 136. Enero 2010.

Gaceta Jurídica (2010). *La indemnización fijada en los procesos de divorcio está en función del daño al proyecto de vida matrimonial*. Diálogo con la jurisprudencia. Gaceta Jurídica. No. 137. Febrero 2010.

Guevara, V. (1991). *Necesarias precisiones sobre el daño a la persona*. Revista del Foro. Lima, Julio-Diciembre 1991, Año LXXIX.

León Hilario, L. (2007). *¡30,000 dólares por daños morales en un divorcio! De cómo el “daño al proyecto de vida” continúa inflando peligrosamente los resarcimientos*. Diálogo con la Jurisprudencia, Mayo 2007.

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL "DAÑO A LA PERSONA" EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

León Hilario, L. (2008). *Inflando los resarcimientos con automatismos. El daño al proyecto de vida y otros espejismos de nuestra magistratura*. Foro Jurídico. Año 4, No. 8, Lima 2008.

Lorenzetti, R. (1995). *El daño a la persona*. Revista Jurídica del Perú- Año XLV. No. 1, Enero-Marzo, 1995.

Morales, J. *El daño a la persona*. Revista de Derecho y Ciencias Políticas. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Vol 49. Años 1991-1992. Lima, Perú.

Morales, R. (2011). *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*. Diálogo con la jurisprudencia. Año 153. Junio 2011.

Ordoqui, G. *Daños y perjuicios causados al concebido aun no nacido*. Revista Aequitas. Revista de Derecho y Ciencias Políticas. No. 1.

Perelmam, Ch. (1998). *El razonamiento jurídico*. Revista de Derecho Procesal Civil. No. 2. Lima, Marzo 1998.

Pérez Vargas, V. *Los valores de la personalidad y el derecho civil latinoamericano*. Revisión crítica del derecho vigente en Revista Aequitas. Revista de Derecho y Ciencias Políticas. No. 1.

Pérez Vargas, V. (1988). *Nuevas tendencias en materia de responsabilidad civil*. Revista Judicial. Costa Rica. Año XII. No. 42, Marzo 1988

Peyrano, J. *Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: Tutela de urgencia . Medidas autosatisfactivas*. Ius Et Veritas No.15.

Rivas, A. (1998). *Decisiones Anticipatorias*. Revista Peruana de Derecho Procesal. No. 2, Lima, Marzo 1998.

Sedano, D. (1996). *Radiografía del daño moral*. Revista Jurídica del Perú. Año XLVI. No. 1. Enero-Marzo 1996.

ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

Ugaz Sánchez Moreno, J. Algunos apuntes sobre la conflictiva relación entre las libertades de expresión e información y el derecho al honor en el Perú de hoy. *Ius Et Veritas* No. 15.

Valdivia, V. (1998). : La Violencia Familiar y su Tratamiento en el Derecho Peruano. *Revista de la Academia de la Magistratura* No.1.

Vega, Y. (1995). *Proyecto de Modificaciones al Libro I del Código Civil: Derecho de las Personas*. *Revista ADSUM*, Año III, No. 7, Lima, 1992. Proyecto publicado en el diario oficial “El Peruano”. Separata de 7 de Enero de 1995.

Véscovi, E. (1996). *La búsqueda de una mayor eficacia para la Justicia. Ejecución. Tutela anticipada y otras medidas en el Derecho comparado*. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* No.2: 1996.

Vilches, D. (2007). *Sistematización de los daños no patrimoniales contenidos en el código civil*. *Diálogo con la Jurisprudencia*. *Gaceta Jurídica*. No. 102. Marzo 2007.

### **Separatas**

Academia de la Magistratura. Programa de Formación de Aspirantes (PROFA), Módulo 4: Derecho Civil y Procesal Civil.

Responsabilidad Civil Extracontractual. AMAG. Separata S/PAP/108 a cargo de Lizardo Taboada Córdoba.

Responsabilidad Civil Extracontractual. AMAG. Separata S/PAP/086 a cargo de Lizardo Taboada Córdoba y Jorge Beltrán Pacheco.

Derecho de Familia II (2000). Curso a distancia a cargo de Alex Plácido Vilcachagua. Academia de la Magistratura. Lima, 2000, p. 112. S/PAP/58.

Derecho de Familia II (2000). Curso a distancia a cargo de Alex Plácido Vilcachagua. Academia de la Magistratura. Lima, 2000, p. 112. S/PAP/58ML

### **Páginas electrónicas**

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL “DAÑO A LA PERSONA” EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

Anteproyecto del código civil y comercial de la nación argentina. En:

[www.lavoz.com.ar/files/PROYECTO\\_CODIGO\\_CIVIL.pdf](http://www.lavoz.com.ar/files/PROYECTO_CODIGO_CIVIL.pdf)

Baltodano Estrada, Carolina. Lectura social de las reparaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos de violación al artículo 5 de la Convención Americana. En:

[www.uned.ac.cr/SEP/recursos/investigaciones/.../TFGCarolinaBaltodano.pdf](http://www.uned.ac.cr/SEP/recursos/investigaciones/.../TFGCarolinaBaltodano.pdf)

Burgos, Osvaldo, El hombre como promesa: tiempo y libertad. El daño al proyecto de vida y el daño existencial ¿son asegurable?, sitio en Internet de la revista electrónica Persona e Danno: <<http://www.personaedanno.it/cms/data/articoli/010360.aspx>>.

Calderón Gamboa, José Francisco, “La Reparación del Daño al Proyecto de Vida en Casos de Tortura”, sitio en Internet de The Cardozo Electronic Law Bulletin: <<http://www.jus.unitn.it/cardozo/Review/2007/gamboa1.pdf>>.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: [www.corteidh.or.cr/](http://www.corteidh.or.cr/)

D’Ambrosio Núñez, Stéfano, ¿Qué es el daño al proyecto de vida?, sitio en Internet de la Asociación Civil Foro Académico: <<http://foroacademico.blogspot.com/>>.

Fundamentos del anteproyecto del código civil y comercial de la nación argentina. En: [www.lavoz.com.ar/.../FUNDAMENTOS\\_DEL\\_ANTEPROYECTO\\_D..](http://www.lavoz.com.ar/.../FUNDAMENTOS_DEL_ANTEPROYECTO_D..)

García Ramírez, Sergio, Las Reparaciones en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sitio en Internet del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de España. <[http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/8/AIB\\_003\\_329.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/8/AIB_003_329.pdf)>.

García Ramírez, Sergio, Dos temas de la Jurisprudencia Interamericana: “Proyecto de Vida” y “Amnistía”, Revista de Derecho y Jurisprudencia y en Gaceta de los Tribunales, Santiago de Chile, tomo XCV, No3, mayo-agosto de 1998, pp. 61-75. Sitio en Internet de la Biblioteca Jurídica de la

## ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES DEL "DAÑO A LA PERSONA" EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

Universidad Autónoma de México:  
<http://www.bibliojuridica.org/libros/1/49/17.pdf>.

Simone, Roberto. *Il risarcimento del danno alla persona*. En [www.jus.unitn.it/users/pascuzzi/.../simone.htm](http://www.jus.unitn.it/users/pascuzzi/.../simone.htm)

Tafur Márquez, Manuel Omar, Daño a la persona o daño moral, sitio en Internet de RedJus: <<http://redjus.com/2009/06/dano-a-la-persona-o-dano-moral>>. [tp://www.bibliojuridica.org/libros/1/49/17.pdf](http://www.bibliojuridica.org/libros/1/49/17.pdf).

Zappaterra, F., Carassai, P. y Lacovelli, G. en Ricerca di un concetto generale di invalidita en [www.digilander.libero.it/fadange/.../unif.htm](http://www.digilander.libero.it/fadange/.../unif.htm)