

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**“DE LO IRRESARCIBLE E INCUANTIFICABLE:
EL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA”**

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO QUE
PRESENTA EL BACHILLER

RONALD JIMMY CANO FUENTES

ASESOR Y DIRECTOR DE TESIS:

BORIS GILMAR ESPEZÚA SALMÓN

PUNO – PERÚ

2015

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

**DE LO IRRESARCIBLE E INCUANTIFICABLE: EL DAÑO AL PROYECTO
DE VIDA**

TESIS PRESENTADA POR:

RONALD JIMMY CANO FUENTES

PARA OPTAR EL TÍTULO DE:

ABOGADO

FECHA DE SUSTENTACIÓN: 23 DE NOVIEMBRE DE 2015

APROBADO POR EL JURADO REVISOR CONFORMADO POR:

PRESIDENTE:


.....
Dr. OSWALDO MAMANI COAQUIRA

PRIMER MIEMBRO:


.....
Abog. EDWIN SARMIENTO APAZA

SEGUNDO MIEMBRO:


.....
M.Sc. JUAN CASAZOLA CCAMA

DIRECTOR DE TESIS:


.....
Dr. BORIS GILMAR ESPEZÚA SALMÓN

ASESOR DE TESIS:


.....
Dr. BORIS GILMAR ESPEZÚA SALMÓN

ÁREA: Derecho civil

TEMA: Análisis del daño al proyecto de vida

PUNO – PERÚ
2015

DEDICATORIA

A Dios, por permitirme sobrevivir en éstas páginas.

A Luis mi padre, por la fortaleza y formación, y a Julia mi madre, por la abnegación y bondad activa. A ambos por su infatigable paciencia y fe.

A Victor Raúl mi hermano, por el constante soporte fraterno.

A Miguel Ángel mi hermano, amigo y maestro por enseñarme a utilizar la reflexión en el cotidiano existir del derecho perviviente y de mi diario ser.

A Suely, por haber traído para mí todas las raíces, todas las flores y todos los frutos fragantes de la dicha.

Tengo una consciencia tranquila y una inteligencia intranquila.

*Soy omnívoro de sentimientos, de seres, de libros, de acontecimientos y
batallas.*

Neruda

AGRADECIMIENTOS

Es necesario hacer mención a quienes sin sus consejos y apoyo la investigación no hubiera podido realizarse.

Primero, gracias a Miguel Ángel Cano Fuentes, quién durante el transcurso de mi paso por las aulas de la noble Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas en la Universidad Nacional del Altiplano – Puno, supo inculcarme el interés e inquietud por mi formación académica y proveerme permanentemente de lecturas que afiancen los conocimientos adquiridos a diario, y poder recorrer expeditamente el trayecto que elegimos y que compartimos con pasión: el derecho. Surgiendo en dicho camino el interés por la responsabilidad civil y el proyecto de vida como tema de investigación.

También agradecer al insigne jurista Leysser León Hilario, considerado con humildad por quien escribe estas ideas como uno de los pilares, por no citarlo de otro modo, del Derecho Civil Peruano actual, y artífice de las bases críticas e ideas reflexivas conceptuales a las que acudo para el desarrollo de la investigación, siendo fuente de vasta información lógica, seria y alturada. De igual manera haciendo hincapié en el peligro que se corre si se aceptan figuras sin ser analizadas como el proyecto de vida y sin tener consciencia del contexto que se vive en la realidad peruana, alentando nuestra vocación por participar en el foro y defender nuestro parecer con fundamentos lógicos y coherentes que son siempre los que nos mantienen en paz y los que propician la justicia.

De igual manera, al Dr. Boris Gilmar Espezúa Salmón, quien me alentó a plasmar mis ideas y a dilucidar mis dudas en investigaciones prudentes y reflexivas, con el propósito de desarrollar mi gusto por la redacción, sabiendo encausar las ideas y pensamientos formantes del contenido de la investigación, así como hacerlo comprensible para el lector interesado.

Por último, pero no menos importante, a mi estimado amigo Henry, por tomar el interés en la consulta y acopio de bibliografía valiosísima, por



comprender el significado de la investigación y la bibliofilia que nos une, permitiéndome deambular y gozar con el escudriño de sus casi sacras ediciones jurídicas una más interesante que la otra, en su pequeña pero invaluable biblioteca, despertando un sentimiento bergante casi siempre satisfecho al final de cada recorrido.

CONTENIDO GENERAL

RESUMEN	x
INTRODUCCIÓN	xi
CAPÍTULO I. CUESTIONES PRELIMINARES	1
I. PROBLEMA DE INVESTIGACION	2
1.1. Enunciado.....	2
1.2. Descripción	2
II. OBJETIVOS	3
III. JUSTIFICACION DE LA INVESTIGACION.....	4
IV. MARCO TEORICO.....	4
4.1. Antecedentes Investigativos	4
4.2. Bases Teóricas.....	5
V. EJES, SUB – EJES E INDICADORES.....	24
VI. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN	26
CAPÍTULO II. CONTENIDO TEÓRICO DEL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA	27
I. INDEMNIZACIÓN.....	28
1.1. Daño Extrapatrimonial	29
1.2. Daño a la Persona	30
1.3. Daño al Proyecto de Vida	32
II. ASPECTOS FILOSÓFICOS DEL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA..	36
2.1. Existencialismo: Heidegger y Sartre	36
2.2. Personalismo: Zubiri y Mounier	39
III. ELEMENTOS DEL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA	41
3.1. La Libertad como fundamento del Proyecto de Vida	41
3.2. Coexistencialidad, Temporalidad y Proyecto	45
CAPÍTULO III. DESARROLLO Y EXPOSICIÓN DE RESULTADOS	47

SUB EJE 1: RESPECTO LA RESARCIBILIDAD DEL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA	48
I. EL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA EN LA TEORÍA DE SU AUTOR CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO: CRÍTICAS A LA BASE FILOSÓFICA EXISTENCIAL DEL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA	48
1.1. El Daño al Proyecto de Vida: Injusticia y Discriminación	48
1.1.1. Existencialismo: Individualidad, Injusticia y Discriminación...	48
1.1.2. Antecedentes: Fenomenología	50
1.1.3. Existencialismo: Derrota Ideológica	52
1.1.4. Martín Heidegger: El Ser y el Tiempo	56
1.1.5. Jean Paul Sartre: El Ser y la Nada.....	61
1.2. Críticas al Existencialismo	65
1.2.1. Norberto Bobbio a través de Antonio Hernández Gil	66
1.2.2. José Ferrater Mora.....	68
1.2.3. Frederick Copleston	68
1.2.4. Walter Odajnyk.....	69
1.2.5. Luis Legaz y Lacambra	69
1.2.6. Erich Fromm.....	72
1.2.7. Mario Bunge.....	75
1.3. Personalismo: Mounier y Zubiri	85
1.3.1. Emmanuel Mounier	85
1.3.2. Xavier Zubiri	89
II. EL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA EN EL TERCER PLENO CASATORIO, LA CORTE INTERCAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	92
2.1. Tercer Pleno Casatorio	92
2.2. Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	96
2.2.1. Caso Loayza Tamayo	97

2.2.2. Caso Gonzáles Lluy y otros vs Ecuador.....	108
2.3. Tribunal Constitucional del Perú	111
2.3.1. Caso Juan Carlos Callegari Herazo	111
2.3.2. Caso Félix Cesar Calderón Urtecho.....	112
2.4. Irresarcibilidad del Daño al Proyecto de Vida	114
III. INCUANTIFICABILIDAD DEL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA	120
3.1. La Trayectoria.....	120
3.2. La Equidad: Límites	121
IV. DAÑO EXISTENCIAL Y DAÑO AL PROYECTO DE VIDA	127
4.1. Similitudes del Daño al Proyecto de Vida con el Daño Existencial	127
4.2. Formas de ponerle Precio a la Felicidad y a la Improbable Probabilidad: Las Oportunidades	131
4.2.1. El Precio de la Felicidad.....	131
4.2.2. La Improbable Probabilidad	135
SUB EJE 2: RESPECTO DEL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA COMO CRITERIO INDEMNIZABLE MEDIANTE EL ART. 1985 DEL CÓDIGO CIVIL DE 1984.....	142
V. CONSIDERACIÓN DEL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA COMO CRITERIO INDEMNIZABLE.....	142
5.1. El daño al proyecto de vida no tiene asidero en el art. 1985 del código civil peruano vigente	142
5.2. El “Principio de la Reparación Integral” en los Daños Extrapatrimoniales.....	143
5.3. Los Baremos.....	149
5.4. El “proyecto de vida” en la jurisprudencia argentina	155
CONCLUSIONES	160
RECOMENDACIONES	161
BIBLIOGRAFÍA	162
ANEXOS	169

RESUMEN

En la presente investigación intitulada “De lo irresarcible e incuantificable: El daño al proyecto de vida”, el autor haciendo uso del método cualitativo, analiza si el daño al proyecto de vida es resarcible y cuantificable, examinando el contenido, alcances y fiabilidad de su teoría, su aplicación desde la teoría y la imposibilidad de su resarcimiento en la práctica. Así también analiza si este debe ser considerado como criterio de resarcimiento en la aplicación del artículo 1985 del Código Civil Peruano vigente, dando cuenta de la incompatibilidad existente entre los fundamentos de la teoría del daño al proyecto de vida y la injusticia y discriminación contenida en ella, como también lo irresarcible e incuantificable que resulta el daño al proyecto de vida como criterio contenido en la indemnización, siendo éste el resultado más importante al que se arriba en la presente investigación.

ABSTRACT

In this research entitled "What irresarcible and unquantifiable: The damage to the life project", the author using the qualitative method examines whether the damage to the life project is compensable and measurable by examining the content, scope and reliability of his theory its theory and application from the impossibility of restitution in practice. So also it examines whether this should be considered as criteria for compensation in the application of Article 1985 of the Peruvian Civil Code in force, realizing the incompatibility between the fundamentals of the theory of damage to the life project and injustice and discrimination contained therein as well as irresarcible and unquantifiable damage resulting life project as criteria in compensation, being the most important result that up to this investigation.

INTRODUCCIÓN

Desde la dación del Código Civil Peruano de 1984, se ha criticado la redacción y alcances de nuestro sistema de responsabilidad civil extracontractual, ello sobre todo ha versado por la controvertida modificación que sufrió el contenido del artículo 1985 referido e intitulado como la “indemnización”, así como también por el texto definitivo y los motivos y argumentos de dicha modificación. Tal modificación fue propuesta y promovida por el profesor Carlos Fernández Sessarego, quien en todos sus escritos manifiesta su visión personalista del derecho, siendo éste el motivo principal para plantear un giro en el sistema de la responsabilidad civil extracontractual, que de acuerdo a él ostentaba una visión patrimonialista, planteando su visión personalista, siendo la defensa de la persona el estandarte de sus buenas intenciones.

Hoy en la actualidad y a más de treinta años de la puesta en vigencia de nuestro código civil, las críticas a la modificación realizada no han encontrado respuesta, tanto las dirigidas en contra del daño a la persona y sobre todo las que apuntan al daño proyecto de vida. La primera una categoría asistemática y de carácter pleonástico, y la segunda un criterio indemnizatorio sin razón de ser, los cuales se detentan con motivos personalistas no siempre sinceros del todo, debido a que tales figuras produjeron una serie de problemas, y es gracias a ellas que el devenir de nuestro sistema de responsabilidad civil fue haciéndose más complejo y confuso, aún para el operador más preparado, debido a su innecesaria introducción.

El daño a la persona trajo consigo y de manera absoluta e imperativa el daño al proyecto de vida, sin embargo estamos seguros que el daño al proyecto de vida contenido en el daño a la persona no fue analizado ni estudiado, y consideramos que se le dio un mayor valor a la inteligencia y reputación creativa de su autor que al contenido de su propia teoría. El proyecto de vida como daño resarcible es y ha sido un concepto defectuoso, desde que sus postulados fueron presentados

portentosamente por su creador el profesor Carlos Fernández Sessarego; la “buena nueva” tuvo una serie de inexactitudes, en cuanto a su existencia, en cuanto a su resarcibilidad, y en cuanto a su cuantificabilidad.

Es así, que el daño al proyecto de vida ha sido pasible de críticas en diversas oportunidades, sin embargo ellas no se han podido absolver, a pesar de que se haya querido utilizar los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o algunas aisladas sentencias generadoras de más problemas, para restarle importancia a las dudas y denuncias realizadas en contra de su contenido. Por ello, y habiendo transcurrido un tiempo más que considerable es necesario dar cuenta de lo peligroso e innecesario que resulta amparar al proyecto de vida como un daño resarcible.

Entonces siendo conscientes de los problemas originados y de los que se pueden originar por la consideración del daño al proyecto de vida como criterio contenido en la indemnización, es menester de la investigación dar un panorama claro de esta problemática y realizar una crítica seria y alturada al respecto, el cual se detalla en los siguientes títulos.

En el primer capítulo encontramos las cuestiones preliminares de la investigación, en el segundo capítulo se tratará las bases teóricas sobre las cuales se pretendió amparar el resarcimiento del daño al proyecto de vida y se estudia el contenido y alcances de la figura del daño al proyecto de vida de autoría del profesor Carlos Fernández Sessarego, en el tercer capítulo se desarrolla nuestra crítica, la cual versa inicialmente sobre la reflexión seria que se debe hacer a su base filosófica perteneciente al existencialismo y a su vez evidencia concluyentemente la discriminación e injusticia que promueve tal teoría, pasando por la pretensión de su autor por hacer uso de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal Constitucional y el Tercer Pleno Casatorio Civil, así como su comparación con el daño existencial.

De igual manera, se mencionarán y aclararán los límites del principio de equidad, reparación integral, baremos así como su irresarcibilidad e incuantificabilidad, culminando con las conclusiones y recomendaciones necesarias y pertinentes respecto de la figura.

Dando cuenta del contenido de la investigación se procede a desarrollarlo conforme su estructura, en la espera de brindar un estudio serio y reflexivo al lector.

Ronald Jimmy Cano Fuentes

Puno, Setiembre de 2015

CAPÍTULO I

CUESTIONES PRELIMINARES

I. PROBLEMA DE INVESTIGACION:

1.1. Enunciado:

¿Es resarcible el Daño al Proyecto de Vida?

1.2. Descripción:

La idea de la figura del Daño al Proyecto de Vida nace en el pensamiento del Profesor sanmarquino Carlos Fernández Sessarego quien desarrolla e incorpora esta figura al pensamiento jurídico peruano indicando que con este aporte se deja de lado la visión patrimonialista de la responsabilidad civil y es en base a las nuevas concepciones del ser humano, específicamente la concepción de la escuela de la filosofía de la existencia, que surge como consecuencia lógica. Asimismo, si bien el daño al proyecto de vida no se encuentra tipificado expresamente en el artículo 1985 del Libro VII Sección Sexta de la Responsabilidad Extracontractual en la normativa Civil Peruana, es considerado como criterio de resarcimiento cuando cabe la indemnización, daño que se deriva de un daño somático que compromete la libertad y el libre desarrollo de la personalidad del sujeto. De acuerdo al profesor Sessarego al saberse que el ser humano es una “unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad” es recién que se percibe que la persona puede ser dañada en cualquier aspecto de la referida unidad psicosomática o en su libertad convertida en actos o conductas intersubjetivas, es decir, en “proyecto de vida”, en libertad fenoménica. Del mismo modo concibe el mal llamado daño a la persona como el género y el daño al proyecto de vida como su especie.

Sin embargo, y después de más de treinta años de vigencia de nuestra normativa civil, resulta de imperiosa necesidad realizar un examen a la figura poco analizada del daño al proyecto de vida como daño resarcible, y con ello descartar y confirmar su incapacidad de resarcimiento e inutilidad consecuente, así también, si este realmente propicia en las víctimas de daños un verdadero resarcimiento del daño originado a su Proyecto de Vida o si simplemente es una

coartada empleada para inflar peligrosamente los resarcimientos, amparados en un daño de cuantificación incalculable y por ende imposible de resarcir, por su alto contenido de subjetividad; ello además con el propósito de verificar que tal figura durante el tiempo transcurrido solo ha generado una verdadera injusticia en cuanto a la no justificación de tal resarcimiento debido a su irresarcibilidad, y discriminación al momento de su intento de valorización y cuantificación.

Es por ello que realizar un examen al Daño al Proyecto de Vida como daño resarcible y criterio contenido en la indemnización es muy necesario, más aún si presuntamente se lo ha logrado legitimizarlo y acuñarlo, como uno de los criterios a resarcir, en la jurisprudencia peruana en un Pleno Casatorio de obligatorio cumplimiento, vale decir la legitimación de un atropello y espejismo por demás injusto.

Puesto que debemos disuadir cualquier intento de tratar de abultar resarcimientos amparados en figuras poco analizadas y antifuncionales e indemnizar daños de imposible resarcimiento. Para de esta manera, evitar injustamente aplicar figuras que solo son vanos filosofismos carentes de utilidad práctica que actúan como canal distorsionador de la justicia, cuando por el contrario la finalidad es propender y mejorar el camino de la evolución de la Responsabilidad Civil a partir del análisis de sus funciones, emitiendo resarcimientos con el uso correcto de conceptos y criterios jurídicos de posible resarcimiento y sobre todo en justicia que debe ser el pilar en un Estado Constitucional de Derecho.

II. OBJETIVOS:

2.1. Objetivo General:

Determinar si el daño al proyecto de vida debe ser considerado como criterio de resarcimiento y cuantificación en el ordenamiento jurídico civil peruano.

2.2. Objetivos Específicos:

Conocer el contenido y los alcances de la teoría del Daño al Proyecto de Vida.

Realizar un examen entre el resarcimiento en la teoría del Daño al Proyecto de Vida y la imposibilidad de su resarcimiento en la práctica y confirmar su inutilidad.

Demostrar la imposibilidad de resarcimiento del Daño al Proyecto de Vida como criterio contenido en la indemnización, en aplicación del artículo 1985 del Código Civil Peruano vigente.

III. JUSTIFICACION DE LA INVESTIGACION:

3.1. Justificación Teórica:

Es necesario aportar un estudio respecto de la imposibilidad de resarcimiento del daño al proyecto de vida, vano filosofismo inútil y antifuncional en la normativa civil peruana vigente y en el criterio decisorio de los operadores jurídicos en la emisión de sentencias considerando injustificadamente este presunto daño.

3.2. Justificación Práctica:

El propósito de la responsabilidad civil es reparar o resarcir el daño producido en cuanto al patrimonio de la persona así como a su cuerpo y mente; no teniendo cabida alguna el daño al proyecto de vida, que solo sirve como criterio para inflar el resarcimiento, manifestándose tal criterio en la emisión de sentencias, por ende la importancia práctica del estudio se palpa en el propósito de indemnizar, con coherencia y en el uso correcto de conceptos, que proporcionen en el caso concreto y real, una verdadera protección de la víctima, y no sirva de instrumento generador de discriminación e injusticia entre las víctimas del daño.

IV. MARCO TEORICO:

4.1. Antecedentes Investigativos:

Realizada la búsqueda en el Registro de Trabajos de Investigación de nuestra Facultad, no se encontró ninguno referido al tema, a pesar de la antigüedad de la problemática y de la crítica en desarrollo realizada

por parte de conocidos autores nacionales, plasmados en su mayoría en artículos y ensayos.

4.2. Bases Teóricas:

4.2.1. La Indemnización: Artículo 1985 del Código Civil Peruano:

Durante años se ha usado y tomado la categoría de la indemnización como un instrumento que implica y significa en absoluto “designar el pago de una suma de dinero o de un bien económico por el daño ocasionado” a la víctima afectada con éste, sea este patrimonial o no patrimonial. Sin embargo es menester, comenzar por la terminología propia de la categoría para comprender sus alcances. Así, el egregio jurista De Trazegnies Granda enseña que etimológicamente, el origen de la palabra “*indemnización*” proviene del prefijo latino de carácter privativo *in* y del sustantivo latino *damnum*, lo que significa por consiguiente que el contenido del término indemnizar es: “hacer lo necesario para que aquel que fue dañado quede como si hubiera sido indemne, es decir, no dañado”. En palabras del insigne profesor De Cupis: “Según su etimología la indemnización consiste en dejar “*indemne*” al perjudicado” (De Cupis, 1970). Por tanto, indemnizar no quiere decir pagar una suma de dinero, sino simplemente reparar – siempre que la naturaleza de lo afectado lo permita–, cualquiera que sea la forma que adquiera la reparación (De Trazegnies Granda, 2001), o resarcir –utilizando el dinero como medio para compensar– lo irreparable. En ese sentido, (y aquí se reconoce el problema generado por el agregado de la voz daño a la persona) en la Exposición de Motivos y Comentarios del Libro de la Responsabilidad Extracontractual, artículo 1985 (a cargo del desaparecido jurista José León Barandiarán) en la parte final de su primer párrafo se expresa: “No se explica porqué en el artículo 1985 se habla usándose el giro de “*el daño a la persona*”, por lo que se explica la sorpresa De Trazegnies cuando trata de este asunto” (Debakey, 1988). Vale decir, que tal sorpresa del profesor De Trazegnies, estaba justificada, y al

referirse ampliamente a esta señala: “Pensamos que este agregado era innecesario. En efecto para nosotros, el daño a la persona no es sino una sub-especie del daño moral...En consecuencia, bastaba la mención al daño moral en la regla comentada” (De Trazegnies Granda, 2001).

De igual manera, manifiesta su opinión respecto de aquellos, que han pretendido distinguir entre quienes creen en el daño a la persona y los que no, tildando a los primeros de humanistas y a los últimos de materialistas, diciendo: “Incluso se ha dicho que el Código de 1984 es humanista porque, entre otras cosas, incorpora el daño a la persona”, a lo que descalifica contundentemente pues denuncia: “En realidad, ésta es una distinción falaz”. Y concluye ilustrada y grandilocuentemente: “Todo el Derecho pretende crear mejores condiciones de vida para la persona; esto no se logra únicamente a través de ciertas instituciones sino mediante un espíritu que penetra y anima la integridad del cuerpo legal. Por consiguiente, aun sin aceptar los llamados daños a la persona por razones lógicas, se puede tener una visión humanista del derecho. El humanismo (o el personalismo) no consiste en repartir la palabra “persona” por todas las normas del Código sino en construir un orden jurídico que permita una mejor calidad de vida. Aún más; 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 a todos los males de cualquier orden. Por el contrario, quien rechaza la reparación económica del daño extrapatrimonial es porque respeta su carácter verdaderamente espiritual e íntimo (y, por tanto, ajeno a los aspectos económicos del derecho)” (De Trazegnies Granda, 2001).

Hasta aquí podemos darnos cuenta de los problemas generados en este periplo de inexactitudes, quimeras y utopías ignominiosas, a causa de la introducción de las falaces y desinformativas bases de el daño a la persona (la “buena nueva”, en palabras de Calderón

Puertas (Calderón Puertas, 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) sobre las cuales se pretende legitimar un problema de mayor envergadura como es el daño al proyecto de vida.

4.2.2. Daño Extrapatrimonial:

Dentro de la actual sistemática de nuestro Código Civil, la categoría de daño extrapatrimonial o subjetivo, o mal llamado **daño a la persona**, promovido por su creador, el profesor Fernández Sessarego (“acorde con su visión humanista”), señala su contenido de la siguiente forma: **daño psicossomático**, comprendido por el *daño biológico* en su sentido estático y el *daño a la salud* en su sentido dinámico, **daño a la libertad o proyecto de vida**, el cual indica 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; y, **daño moral**, definido (“y se dice que ha calado en los operadores jurídicos peruanos”) como “el ansia, la angustia, los sufrimientos físicos o psíquicos, etc.”, padecidos por la víctima, que tienen el carácter de “efímeros y no duraderos” (Fernández Sessarego, 2000). Así se aprecia que, el daño a la persona, como informadamente nos ilustra el profesor León Hilario: “no pasa de ser la traducción literal de la expresión inglesa “*personal injury*” ¿Y que es *personal injury*? No más y no menos que el “daño a la salud” o “daño biológico”, como le llaman, desde la década del 70 del siglo pasado, los civilistas italianos (León Hilario). Pero el daño a la persona no tiene ningún valor especial como categoría en el sistema italiano”. Empero, tal figura no fue tomada de la misma manera en el Perú, debido a que el daño a la persona en el Código Civil Peruano de 1984, es colocada innecesariamente y con absoluta informalidad, en la ya conocida y triste anécdota (León Hilario, La Responsabilidad Civil Líneas

Fundamentales y Nuevas Perspectivas, 2007)¹ que cuenta el jurista sanmarquino sobre su incorporación, confirmada por Cárdenas Quirós (Cárdenas Quiroz, 1994)².

Adicional a ello, el motivo que sirvió para hacerlo fue distinto, ya que en Italia como manifiesta el profesor León Hilario: “los juristas que han utilizado esta categoría en Italia lo han hecho con puros fines descriptivos...Yo podría añadir cualquier término al vocablo “daño”, y no crearía ninguna categoría fundamental en el plano sistemático” señala. Y finiquita diciendo: “Por lo demás, cuando de verdad se presentó la necesidad de hacer referencia a una nueva categoría, en Italia se ha preferido un concepto médico-legal y no jurídico: el daño biológico” (León Hilario, La Responsabilidad Civil Líneas Fundamentales y Nuevas Perspectivas, 2007).

Esto claramente nos da cuenta de lo errado que fue el motivo por el que el jurista sanmarquino Fernández Sessarego, asumió haber volcado la visión patrimonialista a una humanista, propugnándose defensor de tal humanismo e incoando la necesidad de la incorporación de esta voz como “categoría fundamental”, y hasta diseñar un absurdo y carente de sustento, fundamento filosófico para la categoría cuestionada. Más aún, sabiendo que el daño a la persona “a la peruana”, traía consigo al proyecto de vida como la innovación más interesante y preponderante de esa época, sin embargo y ya después de un tiempo más que prudencial, tal figura no muestra signos de utilidad alguna, ni de capacidad de resarcimiento en la práctica, más aún si se reconoce que irresponsablemente se amparó

¹ El excelso jurista sanmarquino relata: “Pocos días antes de la promulgación del Código, fijada para el 24 de junio de 1984, se celebró con fecha 3 del mismo mes en del despacho del ministro de Justicia de aquel entonces, profesor Max Arias Schreiber, una reunión de coordinación con los integrantes de la comisión revisora, con la finalidad de dar los últimos retoques al ya aprobado Proyecto de Código. A esta reunión fuimos invitados por el ministro junto con algunos pocos otros miembros de la Comisión Reformadora. Fue en aquella reunión del 3 de julio de 1984 –es decir, 21 días antes de la promulgación del Código– que se logró introducir en el artículo 1985 el daño a la persona al lado del daño emergente, del lucro cesante y del daño moral que aparecían en este numeral. No se pudo lograr lo más: eliminar del texto de este artículo, por repetitiva, la voz daño moral. ***Era peligroso insistir en este sentido, ya que se corría el riesgo de reabrir un debate que podría haber concluido con la confirmación del acuerdo adoptado en precedencia por la Comisión Revisora. Es decir, la no inclusión del daño a la persona. Preferimos, ante esta eventualidad y con sentido común lo bueno en lugar de lo óptimo.*** (La cursiva y negrita son nuestras).

² La infortunada anécdota, que denota la informalidad de la redacción de la más relevante de nuestras normas civiles, es confirmada por éste autor.

una teoría nueva, pero sin fundamentos ni bases claras, desinformada y lo más peligroso “muy poco analizada”, la cual sin embargo fue ensalzada y loada, más que por su contenido por el autor que la había “magníficamente” compuesto.

4.2.3. Daño al Proyecto de Vida:

El profesor Carlos Fernández Sessarego refiere que el “daño al Proyecto de Vida” sería el daño más profundo, más grave, que se puede causar al ser humano, entendido como ser que se proyecta permanentemente, para vivir, y como ser libre y temporal (Fernández Sessarego, Daño moral y daño al proyecto de vida, 2001).

Así mismo señala que el “proyecto de vida” se fundamenta “en la propia calidad ontológica del ser humano, en su propia naturaleza, sólo el ser humano[...] es capaz de <<proyectar su vida>> ya que ello sólo es posible tratándose de un ser <<libre>>, coexistencial, y a la vez <<temporal>>. Solo el ser humano, en tanto *ser libertad*, es capaz de elegir un <<proyecto de vida>>, menciona.

Este proyecto puede ser dañado en su cumplimiento en cuanto se despliega dentro de una coexistencialidad con otros seres. De otro lado, el <<daño al proyecto de vida>> es un daño actual, pero que se proyecta al futuro. Es un daño cierto y continuado. No se agota en un instante. Sus consecuencias, por lo general, acompañan a la persona hasta su muerte. [...] Un daño psicosomático puede afectar, en cierta medida, la plena o parcial ejecución del <<proyecto de vida>>. La persona puede verse impedida de realizar a plenitud lo que, por ser libre, <<decidió ser>> o, tan sólo, ver menoscabada o retardada tal realización. La persona, en un caso límite, como derivación de un <<daño al proyecto de vida>>, puede ver frustrada su propia realización existencial. El trastocamiento o frustración del <<proyecto de vida>> puede comprometer, en diverso grado o intensidad según los casos, el futuro de la persona. <<Dejar de ser lo que se proyectó ser>> puede tener como consecuencia el que la vida de la persona pierda <<su sentido>>, su razón de ser, al no poder continuar

viviendo, con la misma intensidad, los valores que signaron su proyecto existencial y que, posiblemente, llegaron a justificar su razón de existir” (León Hilario, *Equívocos Doctrinales sobre el Daño Moral a propósito de un reciente artículo*, 2003).

Como podemos apreciar, el discurso del profesor Fernández Sessarego es verdaderamente persuasivo, nos muestra y nos llama la atención para que tomemos la importancia debida a un descubrimiento glorioso, audaz e ingenioso, al cual, debo admitir, lamentablemente es posible sucumbir, empero, y esto es lo que nos interesa, se cometió el craso error de incluir la necesidad de la existencia del daño al proyecto de vida como criterio de posible y pasible resarcimiento en la producción de un daño extrapatrimonial causado a la víctima. Tal exageración en la afirmación parecería darle vitalidad y consideración al proyecto de vida. Sin embargo, tal espejismo no pasa de ser una falaz teoría que debe ser puesta en evidencia.

Así, tenemos a la profesora Matilde Zavala, quien indica: “no aceptamos la inflexibilidad voluntarista según algunos filósofos existencialistas, en cuya virtud cuando el hombre decide absolutamente ser algo, cuando se adscribe a una forma de vida que hace suya, entonces “vivir” quiere decir para él sólo eso (...) porque no admite ningún otro sentido del vivir y, por tanto, no vivir así significa para él morir” (Zavala de Gonzáles, 2005).

Tomando en cuenta tal primera crítica a la base filosófica que dice contener la teoría del daño al proyecto de vida, es fácil darse cuenta que acoger tal existencialismo al pie de la letra genera conclusiones ilógicas en el mundo jurídico, así mismo, ahora nos es fácilmente fundamentar su inutilidad e incapacidad de ser pasible de resarcimiento, así como demostrar su inexistencia como daño –en el mundo de la responsabilidad civil y del derecho– con una conclusión fulminante hecha por la profesora Zavala al cual nos adscribimos y lógicamente compartimos; ella nos dice: “Una cosa es la dificultad, a

veces extrema, para colmar un vacío existencial, y otra diversa, la imposibilidad rotunda de lograrlo” (Zavala de Gonzáles, 2005). Así mismo, y esto es compartido por el Doctor Roux Rengifo, quien en su voto en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en el caso 27/11/98, RCyS, 1999-1324 señala que: “Al considerarse el daño al proyecto de vida, deben evitarse ciertos extremos, como creer que la víctima permanecerá atrapada para siempre en la inmovilidad y la desesperanza, o darle aval a una tragedia eterna” (Voto parcialmente Disidente del Juez Carlos Vicente de Roux Rengifo).

Es por eso que el daño al proyecto de vida, como criterio resarcible dentro del contenido del daño extrapatrimonial, nació muerta, pues no vio la luz jamás, tal idea fue y es, como señala el profesor León Hilario citando al egregio jurista Santi Romano: “parte de la mitología jurídica” (León Hilario, *Inflando los resarcimientos con automatismos el daño al proyecto de vida y otros espejismos de nuestra magistratura*)³, que se encuentra en el inofensivo ámbito filosófico, pero que se le extraiga para convertirlo en el punto de referencia de un daño resarcible o en un interés merecedor de tutela resarcitoria es inadmisibles, menciona, opinión que compartimos y creemos cierta en vista de lo acontecido.

Como se puede apreciar, las conclusiones son ampliamente estudiadas y vertidas por el profesor Leysser León Hilario, quien es consciente de la realidad peruana y particularmente crítico al señalar: ¿Y por que el daño al proyecto de vida no sería resarcible? Por la sencilla razón de que los proyectos de vida son invisibles y cambiantes (León Hilario, *Inflando los resarcimientos con automatismos el daño al proyecto de vida y otros espejismos de nuestra magistratura*). Y advierte: “Si se quiere insistir en la figura del “daño al proyecto de vida”, eso será a costa de transformar la responsabilidad civil en un instrumento para consolidar, en el plano del derecho, la desigualdad económica y social, que es, como bien se

³ pág. 16, citando a ROMANO, SANTI, *Frammenti di un dizionario giuridico* (1947), reimpresión inalterada, Milán, Giuffrè, 1983.

sabe, el peor mal de los países subdesarrollados. Con la figura en mención –nótese bien– se terminan estableciendo artificialmente desigualdades entre la persona que se vale de sus manos y sentidos para jugar al golf o para tocar el piano profesionalmente y el obrero de construcción civil que vive de un mísero jornal; entre la persona que gozará con la visión de *La Flauta Mágica* y el vigilante privado que pasa la noche en vela, cuidando una casa hasta el alba. Conceder resarcimientos por “daños al proyecto de vida” es casi una invitación a la inmoralidad, porque quien alega haberlo sufrido terminará moldeando sus planes ante los juzgadores, en pos de una reparación más alta” (León Hilario, Inflando los resarcimientos con automatismos el daño al proyecto de vida y otros espejismos de nuestra magistratura).

4.2.4. La Jurisprudencia Peruana: El Tercer Pleno Casatorio (Poder Judicial Peruano)

Para poder entender brevemente el caso, mencionaremos lo concisamente vertido por Espinoza Espinoza, quien indica: “el caso es dramáticamente simple: un esposo solicitó separación de cuerpos por separación de hecho y la esposa en la reconvencción pidió una indemnización, relatando que apoyó económicamente al marido en sus estudios universitarios de profesor: pero, no obstante ello la maltrató verbal y físicamente: agregando que el esposo tiene una relación convivencial. Tanto en primera como en segunda instancia se declara la separación de hecho y se le otorga a la esposa una indemnización por S/. 10,000.00. Nota aparte merece la Sala Superior, que considera que se ha configurado una aflicción en los sentimientos y “frustración del proyecto de vida matrimonial”, tratándose de un supuesto de responsabilidad civil familiar de tipo contractual” (Espinoza Espinoza, 2011).

Como se ha anotado, es en segunda instancia que se hace mención a la “frustración del proyecto de vida matrimonial”, adicionándole el criterio erróneo de supuesto de responsabilidad civil familiar de tipo

contractual, criterio que fue ulteriormente dilucidado en dicho Pleno Casatorio, considerándosele como una “obligación legal” basada en la solidaridad familiar, debido a que éste carecía de naturaleza resarcitoria y denotaba impertinencia aplicativa en la indemnización, por ello, en dicho pleno se explica que no son aplicables las reglas de la responsabilidad civil contractual ni extracontractual.

En el considerando 67, se dice:

El concepto del daño a la persona ha sido trabajado con base en la doctrina italiana (Busnelli, Alpa, Franzoni, Bonilini) como bien anota Fernandez Sessarego, *aunque no hay consenso* en la doctrina respecto a si este daño comprendería todos los aspectos y componentes de la compleja personalidad humana, se suele distinguir dentro del concepto de daño a la persona, el daño biológico del daño a la salud.

Sin embargo, tal carencia de consenso no versa respecto cuáles son los componentes y aspectos que comprenderían esta voz –referidos a la integridad psicofísica–, sino sobre qué es lo que constituye el “daño no patrimonial” en la doctrina y jurisprudencia italianas, “la cual confirma el papel central de la clasificación alemana en el sistema italiano” (León Hilario, *La Responsabilidad Civil Líneas Fundamentales y Nuevas Perspectivas*, 2007). Más específicamente, referimos que tal debate trataba sobre la limitación que detentaba la normativa italiana en materia de resarcimiento por daño no patrimonial, por ello, como señala el profesor León Hilario: “lo que se limita en la norma italiana es la reparación del daño no patrimonial en general (no “del daño a la persona de carácter no patrimonial”) (León Hilario, *La Responsabilidad Civil Líneas Fundamentales y Nuevas Perspectivas*, 2007). También es necesario acotar que se tergiversa al profesor Francesco Donato Busnelli pues, el profesor italiano dice: *“Ahora el daño a la persona –y, en Italia, más específicamente el daño biológico– se postula como un punto de confluencia y de incorporación destinado a reorganizar el antagonismo entre sistemas*

resarcitorios y sistemas indemnizatorios”, asimismo y se instrumentaliza al profesor Guido Alpa.

Con todo ello, cabe plena y apropiadamente citar al profesor León Hilario quien al respecto menciona: “Pero si tenemos que convivir con la expresión (daño a la persona), hay que entenderla, simplemente, como una reiteración, como un pleonismo, de la naturaleza resarcible del daño a la integridad psicofísica” (León Hilario, *La Responsabilidad Civil Líneas Fundamentales y Nuevas Perspectivas*, 2007), deslindando así, el daño a la persona, comprendido como todo menoscabo a la integridad corporal y salud física de la víctima –el llamado daño a la salud en Italia–, del daño moral –en sentido estricto y propio– como el menoscabo o disminución de naturaleza interna a los sentimientos, causándose angustia, pena y/o aflicciones.

Así como se ha ido examinando los fundamentos que justifican a la presunta categoría del daño a la persona en el Tercer Pleno Casatorio, fundamentos colmados de erratas, es menester examinar – a propósito de la investigación– también los fundamentos pertenecientes al daño al proyecto de vida, los cuales aparecen en el considerando 69, el cual señala:

“También algunos autores, como Carlos Fernández Sessarego, sostienen que el daño al “proyecto de vida” estaría comprendido dentro del daño a la persona, sería el daño más grave a la persona; que tal proyecto de vida se sustenta en la libertad y en la temporalidad del ser humano.”

Asimismo, se hace mención a los criterios adoptados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el Caso peruano Loayza Tamayo María E., el cual se explicara con mayor amplitud en el acápite 5.2.5. de este proyecto, sin embargo, debemos mencionar respecto a este Tercer Pleno Casatorio que el daño al proyecto de vida, en el caso en mención NO FUE INDEMNIZADO, debido al siguiente argumento:

“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”.

De igual forma el Juez Oliver Jackman, en el mismo caso, con carácter más reflexivo y analítico expresó 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”.

Es en el considerando 70 donde se manifiesta por parte de la Corte Suprema la real y cabal crítica al espejismo del daño al proyecto de vida, ello aunándose al pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, posición que fundamenta nuestro eje, y en el que se indica lo siguiente:

“[...] la aplicación del concepto de proyecto de vida –y por extensión el de proyecto de vida matrimonial– a los efectos de la indemnización en el divorcio sanción y en el divorcio remedio, resulta muy discutible, con poco desarrollo en la doctrina y en la jurisprudencia, como lo reconoce la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, 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”.

De lo vertido qué duda cabe, es notorio el expreso rechazo por parte de la Corte Suprema a este tipo de criterios, que se pretenden incluir y constreñir su encuadre para formar un criterio de resarcimiento en la indemnización, el cual evidentemente no es posible.

Sin embargo, en el considerando 70 también se menciona:

“En cambio, para otras áreas del derecho de daños, como el de la responsabilidad civil extracontractual 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”.

Somos de la opinión, que en esta segunda parte del argumento se intenta deslindar el derecho de familia del derecho de la responsabilidad civil, dejando entrever que cabe la posibilidad de aplicar el daño al proyecto de vida como criterio contenido en la indemnización y por ende pasible de resarcimiento en la responsabilidad civil extracontractual, empero, consideramos que los magistrados de la Corte Suprema no fueron conscientes de que tal opinión no tiene asidero ni en el derecho de familia ni en la responsabilidad civil, por las razones expuestas por ellos mismos en la primera parte del considerando en mención.

Este es el resultado del Tercer Pleno Casatorio, pleno de obligatorio cumplimiento, que si bien descalifica al daño al proyecto de vida de manera contundente, le abre la puerta y la lanza a la cancha de la responsabilidad civil. Por lo cual es menester nuestro dar cuenta de los peligros a los que se expone la responsabilidad civil en el derecho peruano al intentar darle cabida a este tipo de espejismos.

4.2.5. El Proyecto de Vida en la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

El daño al proyecto de vida como daño, ha sido pasible de análisis por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en adelante CIDH–, ello en diversos casos suscitados y resueltos en su jurisdicción internacional, al respecto, se ha manifestado –en los distintos casos– una división en cuanto a las posturas tomadas por los jueces miembros de la Corte, un sector de ellos ha aceptado y acogido la teoría del daño al proyecto de vida como daño de posible resarcimiento, en el cual no siempre se compensó con dinero, sino con otro tipo de beneficios –una beca de estudios por ejemplo– y otras con la simple aplicación del principio de satisfacción, vale decir, con el expreso reconocimiento del daño producido en la sentencia. Empero, y es importante mencionar esto, en los casos que brevemente examinaremos, las partes siempre las han constituido de un lado: la víctima o víctimas, parientes de la familia o representantes de la misma y del otro el Estado, demandado ideal para cualquiera que tenga la ambición de querer satisfecha su pretensión, pues el Estado jamás quiebra.

De igual manera existe otro sector, que ha puesto en duda sus bases, contenido y propósitos, así como su capacidad de resarcimiento, llegando inclusive a proponer contundentemente y con fundamentos lógico-jurídicos su innecesaria y prescindible presencia en el mundo del derecho.

Verbigracia, la más citada, el caso de Loayza Tamayo vs. Perú, sentencia del 27 de Noviembre de 1998 (Caso Loayza Tamayo CIDH)⁴, en el cual se estableció que: “La Corte reconoce la existencia de un grave daño al “proyecto de vida” de María Elena Loayza

⁴ En este caso, se narra el caso de una profesora que enseñaba el curso de Historia en el Colegio José Gabriel Condorcanqui, también de pedagogía teatral en la Escuela Nacional de Arte, y finalmente laboraba en la Facultad de Administración de la Universidad de San Martín de Porres, la víctima es detenida por la División Nacional contra el Terrorismo (DINCOTE), durante su detención y encarcelamiento sufrió diversos maltratos, fue violada y fue víctima de un intento de ahogamiento en el mar. Durante el proceso que se le siguió ante el fuero militar no pudo contar con la participación de su abogado, fue juzgada por el delito de traición a la patria ante un Tribunal “sin rostro” y el fiscal la amenazó y la obligó a inculparse. Fue encarcelada en el Centro Penal de Máxima Seguridad de Chorrillos en condiciones precarias, la comida y bebida eran muy escasas, tenía mala atención médica y no le era permitido tener comunicación con nadie. Como consecuencia de su detención sufre de menopausia prematura y muchos padecimientos físicos. Se siente muy distanciada de sus hijos, quienes han crecido; la comunicación ya no es la misma, ella perdió la oportunidad de acompañarlos durante la etapa más importante de su desarrollo y no tuvo la oportunidad de conocer a su nieta hasta que salió de la cárcel.

Tamayo, derivado de la violación de sus derechos humanos. Sin embargo, la evolución de la jurisprudencia y la doctrina hasta la fecha no permite traducir este reconocimiento en términos económicos, y por ello el Tribunal se abstiene de cuantificarlo”. De igual forma en el Voto parcialmente disidente del Juez Roux Rengifo –quien si bien acepta el proyecto de vida como criterio– señala: “[...] al estimar la alteración de las aludidas condiciones de existencia y, más en particular, el daño al proyecto personal de vida, deben evitarse ciertos extremos, como creer que la víctima permanecerá atrapada para siempre en la inmovilidad y la desesperanza, o darle aval a una suerte de tragedia eterna”. Tal vez el Voto Razonado Concurrente del Juez Jackman es el más contundente y claro en cuanto a las críticas formuladas en Sede de la CIDH, en contra del daño al proyecto de vida, Oliver Jackman expresa lo siguiente: “muy a mi pesar, debo dejar constancia formal de que no puedo unirme con plena convicción al entusiasmo con el cual la Corte parece haber acogido –en los párrafos 147 a 154–, 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 [...] En 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 (“la Convención”), el cual ha investido a la Corte de la autoridad para ordenar la adopción de medidas de reparación cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en la Convención. 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 identificable

sufrido por el requirente como resultado de las violaciones de los derechos y libertades protegidos en la Convención. Por ende, una pretensión fundada en la “pérdida de oportunidades de desarrollo” puede ser examinada como cualquier otra pretensión, determinando si, y en qué medida, puede ser cuantificada y, si esto no fuese posible, determinando cuál sería la justa medida a adoptar con respecto a la reparación de las consecuencias de la violación o violaciones, en la medida en que las circunstancias particulares lo permitan.

Por lo tanto, en mi opinión, no hay cabida ni necesidad para la inserción de nuevos rubros de reparación en la jurisprudencia de la Corte, sobre todo si dichos rubros están definidos en términos que resultan excesivamente amplios y generales.

El artículo 63 de la Convención autoriza a la Corte para

[d]ispon[er], *si ello fuera procedente*, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración ... y el pago de una *justa* indemnización a la parte lesionada (La itálica es nuestra).

Los términos en que este texto está formulado otorgan a la Corte un considerable margen de discreción judicial; más amplio, en efecto, que aquel con el que ha sido investida la Corte Europea de Derechos Humanos por la respectiva disposición de la Convención Europea (artículo 50). Si a este marco jurídico se superpone un rubro de reparación inédito y concebido en términos excesivamente amplios, podría ponerse en grave riesgo --innecesariamente, en mi opinión-- la seguridad jurídica que es esencial para el funcionamiento del sistema de protección.

De igual manera en el caso Cantoral Benavides vs. Perú, sentencia del 03 de Diciembre de 2001 (Caso Cantoral Benavides CIDH), se establece en el considerando 54 inciso “i” que: “Luis Alberto, a sus veinte años y siendo estudiante de biología de la Universidad Mayor de San Marcos, con absoluta frustración y angustia, vio truncado su

proyecto de vida ante el menoscabo de las oportunidades personales y profesionales”. Sin embargo, en el considerando 80: “Estima la Corte que la vía más idónea para restablecer el proyecto de vida de Luis Alberto Cantoral Benavides consiste en que el Estado le proporcione una beca de estudios superiores o universitarios, con el fin de cubrir los costos de la carrera profesional que la víctima elija - así como los gastos de manutención de esta última durante el período de tales estudios- en un centro de reconocida calidad académica escogido de común acuerdo entre la víctima y el Estado.”

De lo analizado se desprende, que de acuerdo al criterio de la CIDH, el proyecto de vida de la víctima se perdió, es por ello que se le proporciona la beca, cuantificando el monto del rubro del daño al proyecto de vida en razón a los gastos irrogados por los estudios que la víctima realizaría, sin embargo deducimos de los hechos que tal situación no es cierta, ello debido a la posibilidad que posee Luis Alberto Cantoral Benavides de continuar su carrera tan normal y comúnmente como cualquier persona lo haría, si bien no minimizamos lo acontecido y sufrido por la víctima y todo el trajín de tortura que padeció, tales daños son cuantificados en el daño psicofísico –al cuerpo o a la psiquis– que sufre éste, así como también se le indemniza el daño moral –en sentido estricto–, motivo por el cual no entendemos el propósito de inflar el resarcimiento, adicionándole la indemnización por daño al proyecto de vida so pretexto de la *restitutio in integrum*.

4.2.6. Irresarcibilidad e incuantificabilidad del Daño al Proyecto de vida :

De igual manera toca evidenciar una vez más lo prescindible, injusto y discriminatorio que resulta utilizar un filosofismo –daño al proyecto de vida– creado sobre las bases de una presunta ideología existencialista.

Sin embargo, nuestra primera observación va dirigida al fundamento filosófico de la teoría del daño al proyecto de vida, si bien somos de la

idea que tal fundamento era y es innecesario, procuramos mencionar una crítica inmejorable a los existencialistas, ubicada en la obra el “Corazón del Hombre” del psicoanalista y filósofo Erich Fromm (Fromm), al cual el profesor León Hilario refiere brevemente, señalando que: “Sin ahorrarse etiquetamientos a Heidegger (por su cercanía al nazismo) y a Sartre (lo mismo con respecto al comunismo y ateísmo), en esta obra se denuncia la “arbitrariedad egotista” y el “solipsismo extremo” que caracterizan a los exponentes de esta corriente filosófica (coincidentalmente con la visión del mundo y hasta manera de ser de los defensores de la resarcibilidad del daño al proyecto de vida)”.

De igual manera respecto a los elementos de la teoría del daño al proyecto de vida, Fernández Sessarego diferencia entre libertad ontológica –elige y decide proyectos– y libertad fenoménica –proyecto elegido en proceso de ejecución en la realidad de la vida– lo cual le genera su primera conclusión, y señala:

“Es el “proyecto de vida”, lo que el ser humano decide “ser” y “hacer” con su existencia [...] Libertad es sinónimo de proyecto” (Fernández Sessarego, Los Jueces y la reparación del daño al proyecto de vida)

De igual manera indica:

“Hay proyectos posibles, realizables, sensatos, acordes con las potencialidades de quien lo adopta y las **opciones** que se le presentan. Existen, en cambio, proyectos **demasiado ambiciosos**, que desbordan las **potencialidades** y energías de la persona, por lo que **no son realizables en todo o en parte**. Hay proyectos **fantasiosos, quiméricos, del todo inejecutables**” (Fernández Sessarego, Los Jueces y la reparación del daño al proyecto de vida).

Siendo conscientes de tales afirmaciones podemos deducir que tales opciones –al parecer económicas– serán generadas por las circunstancias en las que se encuentre el individuo para poder realizar

su proyecto de vida, lo que hace suponer que aquellos individuos que se encuentren con mayores opciones –vale decir posibilidades económicas– tendrán mayor posibilidad de realizarlo, los que tengan menores opciones menores posibilidades de realizarlo, sin embargo, y he aquí se formula la primera pregunta ¿y los que no cuenten con opciones, tienen la posibilidad de poder tener un proyecto de vida propio?.

A nuestro parecer los individuos son senderos de experiencia no limitados al cumplimiento de proyectos de vida sino al continuo rebase de obstáculos y problemas, inherentes a su existencia.

Es pertinente proseguir y como segunda observación, analizar los proyectos alternativos, por ello cabe señalar lo que indica el profesor Fernández Sessarego, al respecto, el nos dice:

“No es infrecuente que la persona, que posee un determinado proyecto de vida, por razones ajenas a su voluntad, **por carencia de potencialidades o de opciones**, no pueda cumplir con su proyecto y se vea obligada a realizar un **proyecto alternativo**” (Fernández Sessarego, Los Jueces y la reparación del daño al proyecto de vida).

De lo señalado se tiene que además de la existencia de un proyecto de vida principal, existen también los catalogados como los proyectos de vida alternativos, lo que genera nuevas interrogantes como por ejemplo ¿se pueden dañar los proyectos de vida alternativos? El profesor indica que: “Un daño a los proyectos alternativos, por no ser queridos, auténticos, no es necesariamente causa de una frustración que comprometa el destino de la persona”; sin embargo cabe preguntarse ¿puede convertirse un proyecto de vida alternativo en uno principal?, y ello debido a que tal vez la posibilidad de cambiar, le produjo la verdadera certeza de que el proyecto alternativo era su proyecto de vida principal, y tal cambio podría volver a suscitarse, he ahí la cualidad de guía u orientación general, pero al parecer como lo indica la profesora Pinto Oliveros:

“...la teoría se vuelve vaga con relación a este último aspecto relativo al destino que la persona se propone y que, además, es considerado por el autor del daño más grave que se puede causar a la persona. En este sentido, genera perplejidad la imposibilidad de individuar cuál es “el” proyecto de vida de un sujeto, que el jurista califica como único” (Pinto Oliveros, 2009).

Por consiguiente, advertimos que así como se han formulado críticas serias a las cuales se les ha brindado atención en un ánimo de reflexión, no solo académico sino desde la óptica de la judicatura italiana, creemos conveniente también hacerlo en nuestro país, Perú, ello para aportar con esta difícil tarea y no solo hacer uso de la retórica por la belleza del discurso empleado, sino también postular con fundamentos serios el futuro al cual nos aproximamos si aceptamos todo aquello que se ha formulado y al cual por temor o desconocimiento propios, no tengamos la capacidad de cuestionar con el ánimo de darle un adecuado uso a las funciones de la responsabilidad civil, en pos de su desarrollo.

Dejando de lado una visión sesgada y errónea, contenida en teorías y daños no pasibles de resarcimiento como el “daño proyecto de vida”, analógicamente equivalente al daño existencial, siendo nuestra labor valorarlas por su contenido y no por su autor.

Ello con el objeto de tutelar los bienes jurídicos e intereses de los sujetos de derecho de la manera más adecuada y sobre todo en justicia, propósito al que aspiramos los hombres de derecho.

V. EJES, SUB – EJES E INDICADORES:**5.1 Ejes:****5.1.1. Enunciado del Eje.**

Es probable que el daño al proyecto de vida no sea pasible de resarcimiento y cuantificación en el ordenamiento jurídico civil peruano por ende no deba ser considerado como criterio contenido en la indemnización (art. 1985 Código Civil Peruano).

5.2 Sub – Ejes e indicadores.

(Ver cuadro en la siguiente página)

EJE	SUB – EJE	DIMENSIONES	INDICADORES
<p>El daño al proyecto de vida no es pasible de resarcimiento ni cuantificación por el sistema de responsabilidad civil extracontractual por ende no debe ser considerado como criterio contenido en la indemnización art. 1985 del Código Civil Peruano de 1984.</p>	<p>¿Es resarcible el daño al proyecto de vida?</p>	<p>Respecto del daño al proyecto de vida desde la teoría de su autor Carlos Fernández Sessarego</p>	<p>La teoría del daño al proyecto de vida es injusta y discriminatoria</p>
		<p>Respecto del daño al proyecto de vida y su irresarcibilidad e incuantificabilidad en el tratamiento de su uso en la práctica</p>	<p>Irresarcibilidad del daño al proyecto de vida</p>
			<p>Incuantificabilidad del daño al proyecto de vida</p>
	<p>¿Es el daño al proyecto de vida un criterio indemnizable mediante el artículo 1985 del Código Civil Peruano vigente?</p>	<p>Respecto de la consideración del daño al proyecto de vida como criterio contenido en la indemnización.</p>	<p>La teoría del daño al proyecto de vida no debe tener asidero en el ordenamiento jurídico civil peruano</p>
			<p>El daño al proyecto de vida no debe ser considerado como criterio en la indemnización</p>

VI. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN:

6.1 Tipología de la Investigación.

- Jurídico Descriptivo.- Estudio del contenido y los alcances de la teoría del daño al proyecto de vida.
- Jurídico Comparativo.- Estudio de confrontación entre el daño al proyecto de vida en la teoría y su irresarcibilidad e incuantificabilidad en la práctica.

6.2 Método de Investigación.

- Método Cualitativo
- Interpretación jurídica.- Interpretación comparativa del daño al proyecto de vida en la teoría y su irresarcibilidad e incuantificabilidad en la práctica.

6.3 Fuentes de la Investigación.

- Fuentes primarias:
 - Teoría del daño al proyecto de vida.
- Fuentes secundarias:
 - Tercer Pleno Casatorio Civil
 - Sentencias del Tribunal Constitucional peruano que desarrollan el deber de resarcimiento del daño personal.
 - Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el daño al proyecto de vida.
 - Doctrina nacional e internacional sobre el daño al proyecto de vida.

6.4 Técnicas e instrumentos.

6.4.1 Técnicas

- Observación documental

6.4.2 Instrumentos

- Ficha de Registro de Anotación de Resumen
- Ficha de Registro de Comentario
- Ficha de Registro de Anotación – Paráfrasis
- Ficha de Observación Documental
- Entrevista

CAPÍTULO II

CONTENIDO TEÓRICO DEL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA

I. INDEMNIZACIÓN:

El profesor Justus Wilhelm Hedemann nos dice que sería erróneo aceptar que todo daño causado a alguien en cualquier circunstancia originase para otro un deber de indemnizarlo. Ciertamente la época actual, con sus aspiraciones humanitarias y sociales, se muestra fuertemente inclinada a reparar el mayor número posible de daños producidos (HEDEMANN, 1958). Sin embargo, indemnizar debe significar e implicar no solo reparar o resarcir la mayor cantidad de daños que se pudiere encontrar en un mismo hecho dañoso (ello como resultado de la propagación de los mismos en los últimos años), sean éstos el resultado de meras deducciones, posturas o construcciones filosóficas, sino más bien el hacer lo necesario para que, cuando ilícitamente se atente contra la persona o se invada la esfera de los intereses patrimoniales del dañado, se procure reconstruir para el damnificado la situación preexistente a la producción del efecto dañoso (reparación), o que en su defecto al no poder volver a la situación en que se encontraba el perjudicado antes del daño se compense o satisfaga el daño causado (resarcimiento). Todo ello respecto de daños resarcibles y cuantificables, que tengan fundamento en la realidad y sobre todo que se haga uso de la reparación y resarcimiento como mecanismos de justicia e igualdad sustancial al momento de la efectivización de la indemnización y no como instrumentos de discriminación, desigualdad e iniquidad. Ello obviamente implica la valoración de los posibles daños patrimoniales así como los extrapatrimoniales reiteramos resarcibles y cuantificables.

Al respecto y siguiendo esta línea de ideas, en cuanto al sistema de responsabilidad civil peruano, la indemnización la ubicamos en el artículo 1985 del Código Civil Peruano de 1984, normativa con poco más de treinta años y vigente hasta nuestros días.

El contenido del dispositivo que nos interesa es el siguiente:

*La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo **el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral**[...]*

Como se aprecia, se deduce del dispositivo el daño patrimonial y el daño extrapatrimonial, siendo sus contenidos el daño emergente y lucro cesante, el daño a la persona y daño moral respectivamente.

Es en el daño extrapatrimonial, moral o inmaterial, no patrimonial o personal, en el que se va a poner atención en las siguientes líneas.

1.1. Daño Extrapatrimonial

Para el presente caso hacemos uso del término “extrapatrimonial” con un propósito didáctico, y no con uno que manifieste la postura que tenemos respecto del tema. Existen diversas clasificaciones en los sistemas de responsabilidad civil, entre las que nos interesan están por ejemplo el caso del sistema alemán, en el cual la clasificación es de **daño patrimonial y no patrimonial** al igual que en el sistema italiano.

Asimismo encontramos al sistema francés cuya clasificación es de **daño material y moral (inmaterial)**. Sin embargo, hay que determinar qué clasificación de daños es la seguida por el Código Civil Peruano. La respuesta está a la vista: no es la distinción alemana (e italiana) entre daños patrimoniales y no patrimoniales, sino la francesa, y a medias (LEON HILARIO, 2007). Como manifiesta el profesor León Hilario la influencia del sistema francés sobre el sistema peruano es innegable, postura a la cual nos adherimos y aceptamos, sin embargo, al tener el daño moral un significado en **sentido estricto y propio**, (el de un daño que no recae sobre ninguna cosa material), y uno en **sentido lato e impropio** (es decir el que se le da como todo daño injustamente causado a otro, que no lo toque en su patrimonio ni lo disminuya⁵ vale decir como concepto clasificatorio) (HILARIO, 2007), éste nos brinda una doble acepción introducida una por la influencia del sistema francés⁶ y la otra por la presunta práctica de la

⁵ LEÓN HILARIO, LEYSSEY, *La Responsabilidad Civil Líneas Fundamentales y Nuevas Perspectivas*, 2da Edición, enero, 2007, Lima, p. 234. El profesor Leysser León Hilario refiere: “Así se expresaba Carlo Francesco Gabba, en *Risarcibilità dei danni morali*, en *Quistioni di diritto civile*, vol. II, *Diritto ereditario e diritto delle obbligazioni*, Fratelli Bocca Editori, Turín, 1898, págs. 225-226. Aquí y en las citas siguientes reproduzco, con algunas integraciones, la traducción al castellano de Adolfo Gonzales POSADA, “*Indemnización de los daños morales*”, en GABBA, *Cuestiones prácticas de derecho civil moderno*, vol. II, La España Moderna, Madrid, s.f., págs. 241-242. Sin embargo, el profesor Gabba considera que se deben resarcir sólo las consecuencias patrimoniales de aquellos daños y deben valuarse por sí, no mezcladas con la reparación de la ofensa moral (padecimientos físicos o morales), por sí misma considerada.

⁶ LEÓN HILARIO, LEYSSEY, *La Responsabilidad Civil Líneas Fundamentales y Nuevas Perspectivas*, 2da Edición, enero, 2007, Lima, p. 238. El profesor León Hilario señala una apreciación lingüística importante respecto del término moral pues señala que al consultar un diccionario de lengua francesa la primera acepción del vocablo *moral* es de valor adjetivo: “relativo al espíritu, al

judicatura peruana, por ello, preferimos usar el término **daño “extrapatrimonial”** haciendo alusión a un concepto clasificatorio con un propósito didáctico reiteramos, con el que pretendemos evitar confusiones innecesarias.

Aclarado nuestro parecer, damos cuenta de los criterios a saber que contiene el daño extrapatrimonial desde la perspectiva actual peruana, siendo estos: el **daño a la persona** comprendiendo a su vez al **daño psicossomático**, el cual lo conforman el *daño biológico* en sentido estático y el *daño a la salud* en sentido dinámico, y al **daño al proyecto de vida**. Y en sentido estricto y propio el **daño moral** (*pretium doloris*).

1.2. Daño a la Persona

El daño a la persona aparece en el escenario jurídico en la década de los años setenta del siglo XX, es una figura introducida desde la perspectiva del profesor Carlos Fernández Sessarego, y se trata desde su punto de vista de una verdadera revolución jurídica, por cuanto su mensaje consiste en proclamar y sostener que el “daño a la persona” es sin duda alguna, mas importante que el “daño emergente” o que el “lucro cesante”, referidos a las cosas del mundo, a los objetos que le sirven al hombre para hacer su vida. Lo que se coloca en el centro de la preocupación jurídica, a partir del momento en que surge esta nueva institución, es reparar, en cualquier circunstancia, todo daño injusto que se cometa contra el ser humano. En síntesis más importante es el “ser” que el “haber” (FERNÁNDEZ SESSAREGO, 2009). Es este el discurso al que nos tiene acostumbrado el profesor Fernández Sessarego y que coloca en la mayoría de sus trabajos intelectuales. Sin embargo conocemos la accidentada e informal introducción de tal voz en el artículo 1985 de nuestro código civil peruano⁷.

pensamiento (opuesto a material)”. En castellano en cambio, la primera acepción del vocablo es “perteneciente o relativo a las acciones o caracteres de las personas, desde el punto de vista de la bondad o malicia”; en nuestro idioma, sólo la quinta acepción es “conjunto de facultades del espíritu, por contraposición a físico”. Por ello, no está equivocado aquel autor que insiste, elocuentemente, en que este daño no es “moral” (entendido como “ético”), sino “jurídico”. Si la moral es considerada como sinónimo de “estado de ánimo”, lo correcto sería hablar de daño “a la moral”; refiriéndose a MOSSET ITURRASPE, JORGE. Empero, lo curioso como lo hace notar el profesor León Hilario, es que el título del volumen escrito por MOSSET sigue evocando la equívoca denominación: *Responsabilidad por daños, El Daño Moral*.

⁷ La cual puede verse en el pie de página del proyecto de investigación página 19.

De igual manera aclaramos que el daño a la persona conlleva un origen distinto⁸ al que el profesor Fernández Sessarego nos relata, y que por cierto no ha merecido algún tipo de revisión por parte de sus seguidores, quienes no han hecho más que validar y ensalzar lo dicho por el profesor sanmarquino, entre ellos podemos mencionar a Carlos Calderón Puertas en Perú, Osvaldo Burgos en Argentina, entre otros.

Sin embargo, consideramos que si bien es válido confiar en la garantía que manifiesta el renombre y trayectoria del profesor sanmarquino, siempre es necesario confirmar lo escrito e ir a las fuentes⁹, asimismo aportar datos fruto de la investigación que completen el contexto en el cual se origino el daño a la persona y con ello darle aplomo y fundamento sólido a la base de la figura, la cual por cierto como señalamos fue una tarea no realizada hasta el momento; tal vez por la inexistencia de éstos u otro motivo, conjeturas que nos atrevemos a especular pero no a confirmar.

De igual manera, a más de treinta años de vigencia del Código Civil podemos darnos cuenta del sitio que ha merecido el daño a la persona en la práctica jurídica peruana, el cual se ha limitado a los daños psicofísicos producidos al dañado. Empero, esto ha dado pie a que el juzgador considere el daño al proyecto de vida como un daño resarcible y cuantificable, dándose la potestad temeraria de amparar un daño no resarcible y por consiguiente no cuantificable.

Consideramos que al dar a conocer los problemas que ha generado la accidentada e informal introducción de la voz del daño a la persona, era conveniente y mucho más útil y funcional preferir el daño inmaterial o moral (como concepto clasificatorio) al daño a la persona. Su inclusión dentro del artículo 1985 fue innecesaria, más aún al lado del daño moral, el cual actualmente ha quedado restricto y limitado.

El daño a la persona ha generado inconvenientes en cuanto a su alcance e interpretación. El profesor Fernández Sessarego le ha asignado límites en su

⁸ Tal y como es de verse en la página 19.

⁹ Como muy bien recomienda el riguroso estudioso del derecho, Leysser León Hilario.

teoría al cual el juzgador ha tratado de ceñirse, empero ello no ha sido suficiente porque se ha entendido al daño moral igual que al daño a la persona, el daño a la persona como el daño extrapatrimonial, y hasta se ha considerado al daño a la persona como el daño patrimonial y extrapatrimonial por ser tanto el daño a su patrimonio como a su integridad un daño a la persona.

Es evidente lo problemático que nos ha salido adoptar esta voz, sirviendo no sólo como un distractor, sino como un elemento cuya interpretación es muy abierta, la cual ha generado confusión y divergencia en su aplicación práctica, que dicho sea de paso no ha merecido por parte del juzgador peruano algún tipo de reflexión, sino la mera confirmación de validez de los argumentos del profesor Fernández Sessarego, que por ser de autoría del mismo fungen de *argumentum ab auctoritatem*, en las sentencias.

1.3. Daño al Proyecto de Vida

Para el profesor Carlos Fernández Sessarego el proyecto de vida es un concepto que nace, según el autor, desde la perspectiva filosófica existencialista, basando tal afirmación en las apreciaciones de célebres filósofos de corte puramente existencial como el profesor alemán Martin Heidegger y el profesor francés Jean Paul Sartre principalmente, apoyándose también en las ideas de otros filósofos no menos importantes como Soren Kierkegaard y Karl Jaspers.

Es de frecuente mención en los trabajos del profesor sanmarquino, respecto del proyecto de vida, aquellos pasajes de las obras de tales filósofos existencialistas con los cuales fundamenta el ser del hombre, cuyo contenido manifiesta sería la “libertad”.

El insigne profesor comenta que al ser la libertad el “ser del hombre” no hablamos de la libertad como una cualidad inherente a éste, sino como su “ser”. Es tal la afirmación del profesor que llega a señalar que un daño a tal libertad implicaría perder la razón de existir, ello debido a que como indica Sartre: “somos proyecto”. Y por proyecto se refiere al destino, que a diario

las personas mediante sucesivas decisiones, perseguimos, siendo el cumplimiento de tal proyecto el anhelo y razón de existencia individual.

Adicional a ello, fundamenta el proyecto de vida desde la óptica de los fundamentos del personalismo jurídico, haciendo uso de las ideas de Emmanuel Mounier principalmente, entre otros, en los cuales según el profesor sanmarquino se encuentra la razón del cambio de parecer respecto de la tutela jurídica que merece la persona, pensamiento que es propio de las ideas modernas, las cuales dejan de lado los intereses materiales para devolverle el valor y la posición que ocupa la persona en razón al derecho, siendo la “persona” el eje sobre el cual debe girar el derecho.

Luego, de manifestar y haber creado una base filosófica para la figura innovadora y novísima en el ámbito del derecho latinoamericano, procede el profesor sanmarquino a explicar qué es el proyecto de vida, y ulterior a ello dar cuenta de lo que sucede si éste es retardado, menoscabado o hasta frustrado por el daño producido. En cuanto al retardo se señala que se tratará de un posible daño que se genere en el cuerpo, mente o en ambos aspectos de la persona, el cual impide temporalmente continuar la realización de su proyecto conforme éste lo había planeado, tratándose de un daño al proyecto de vida el cual continuará una vez recuperada la persona. En cuanto al menoscabo, este se presenta cuando a raíz del daño, la persona afectada no se encontrará en condiciones de cumplirlo plenamente, cabalmente, sino que experimentará un déficit, de diversa magnitud según los casos, en cuanto a su realización. En cuanto a la frustración del proyecto de vida se habla del truncamiento total y con ello la eliminación absoluta de cumplir tal proyecto.

El planteamiento también da cuenta de los proyectos de vida alternativos o sustitutorios.

¿Y que son los proyecto de vida alternativos o sustitutorios? Fernández Sessarego, refiere que estos proyectos no corresponden al modelo que el ser humano ha escogido y que, más bien, representan la necesidad

existencial de todo ser humano de otorgarle un cierto sentido a su vida. Estos proyectos de vida le han sido generalmente impuestos a la persona por las circunstancias de su existencia, como pueden ser tanto la carencia de potencialidades propias como de opciones, las cuales les son negadas por el mundo exterior.

La posibilidad que tiene cada persona de cumplir con un determinado “proyecto de vida” se halla, por consiguiente, en función tanto de las potencialidades inherentes al sujeto, así como de las opciones que le ofrece el mundo en el que vive.

Por ende los desdibujados y grises proyectos que sustituyen al deseado y escogido por el ser humano, son lo que se designan como “alternativos”. Un daño a estos proyectos alternativos, menciona el profesor sanmarquino, por no ser queridos, no es necesariamente causa de una frustración que comprometa el destino de la persona.

Egotistamente el profesor refiere, ***cabe reiterar que sin opciones es imposible que la persona sea verdaderamente libre, pues careciendo de ellas no puede comportarse como tal, es decir, como ser libre que debe cumplir con un proyecto escogido de acuerdo a su vocación personal.***

Distintamente los proyectos de vida sustitutorios son el resultado o consecuencia de una frustración del proyecto original y deseado. Frente a esta frustración la persona se pregunta con razón y explicable angustia, ¿y, ahora, qué hacer con mi vida, como podré sustituir mi proyecto de vida? ¿Seré capaz de hacerlo? Las reacciones variaran de acuerdo a la personalidad de cada cual y a su capacidad de adaptación a inéditas situaciones. Unos se sumirán en la depresión, se entregarán al alcohol o a las drogas, y en casos límite podrán llegar hasta el suicidio.

Otras personas, cuya personalidad ***más recia*** o su capacidad de adaptación es mayor, intentarán encontrar un proyecto sustitutorio que le ***otorgue un nuevo sentido a su vida***, aunque éste no será el mismo que el que se

perdió al frustrarse su proyecto original (Sessarego, Los jueces y la reparación del daño al proyecto de vida, I-2007).

Finalmente, refiere las modalidades de la reparación del daño al proyecto de vida, explicando que el problema concerniente a la determinación del proyecto de vida, siendo delicado, no es tan complicado ni difícil como algunos pudieran pensar. Premunidos de un mínimo de claridad conceptual sobre la estructura del ente a proteger y la finalidad del Derecho, se debe proceder, con sensibilidad y atención, a observar un hecho *objetivo*, visible a los sentidos, como es “*la trayectoria de vida*” de la persona que reclama haber sido víctima de un daño a su proyecto de vida. La trayectoria de vida es la que nos muestra, objetivamente, cuál es el proyecto de vida que cada persona trata de realizar en su existencia.

En otros casos, la trayectoria de vida no es tan ostensible, no se pone de manifiesto con claridad, por lo que se hace relativamente difícil de percibir, sin que ello impida determinar cuál es el proyecto de vida de cierta persona.

En cuanto a la modalidad más común para reparar un “daño al proyecto de vida” o libertad fenoménica es la de fijar una suma de dinero, a título puramente satisfactivo. Debido a que no es posible compensar las consecuencias del daño al proyecto de vida equiparando al ser humano con las cosas del mundo.

Si el primer problema es verificar la magnitud del daño al proyecto de vida de la víctima, el segundo es cómo fijar la reparación si ella es en dinero. En los primeros tiempos en que los jueces empiezan a reparar las consecuencias del daño al proyecto de vida queda librado a su criterio fijar equitativamente la indemnización correspondiente después de evaluar las circunstancias del caso. Esta y no otra es la solución que se puede esperar cuando recién se comienzan a entender los reclamos de quienes se consideran agraviados. La situación ha de variar con el transcurrir del tiempo, cuando una consolidada jurisprudencia pueda constituirse en un seguro precedente para llegar a una relativa uniformidad en los montos asignados para la reparación de casos similares de frustración del proyecto de vida.

Estamos en el inicio del movimiento de reconocimiento y de reparación del daño al proyecto de vida, razón por la cual no podemos exigir ni esperar situaciones diferentes a las que vienen ocurriendo en los países cuyos jueces amparan en tiempo presente a las víctimas de dicho daño mediante una suma de dinero que se entrega a título satisfactivo. Ello acontece tanto a nivel de la jurisprudencia supranacional como nacional.

Superada esta primera etapa, ***donde necesariamente hallaremos cierta anarquía en la fijación de los montos concedidos a las víctimas del daño al proyecto de vida, la jurisprudencia ha de encontrar en el futuro las soluciones más adecuadas en esta materia.***

Es esta la manera de reconocer, objetivar, fijar el monto y finalmente reparar el daño al proyecto de vida que el profesor Carlos Fernández Sessarego plasma en sus innumerables trabajos, los cuales sin un afán de desmerecer su esfuerzo por introducir su innovación y como crítica constructiva, no dicen nada diferente, pues el desarrollo a esta figura le es negada por la realidad.

II. ASPECTOS FILOSÓFICOS DEL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA

2.1. Existencialismo: Heidegger y Sartre

De acuerdo al profesor Carlos Fernández Sessarego, le debemos a Martín Heidegger el que, en su profunda obra *El ser y el tiempo*, haya presentado al ser humano como un ser temporal.

Para el filósofo alemán el tiempo es lo que permite a que cada uno (el «ser ahí») comprenda e interprete, en general, lo que se menta como «ser». El análisis de la historicidad del «ser-ahí» trata de mostrar, según Heidegger, ***que este ente no es temporal por estar «dentro de la historia», sino que, a la inversa, sólo existe y puede existir históricamente «por ser temporal en el fondo de su ser»***¹⁰ (Sessarego, Daño al proyecto de vida,

¹⁰ Creemos necesario informar al lector que la frase citada por el profesor Carlos Fernández Sessarego pertenece a la primera edición de 1951 del texto *El ser y el tiempo* del célebre filósofo existencialista Martín Heidegger, cuya traducción estuvo a cargo de José Gaos, edición que al parecer tuvo a la mano el profesor sanmarquino. Sin embargo, tenemos a bien indicar que la traducción a la que tenemos acceso es una nueva edición del texto *Ser y Tiempo*, de traducción, prólogo y notas del profesor JORGE EDUARDO RIVERA, la cual recomendamos leer con el propósito de esclarecer dudas e interrogantes respecto de líneas poco o nada entendibles en la versión citada por el profesor Fernández Sessarego. La preocupación nada superficial del profesor RIVERA versa en el sentido y objeto de la obra en sí, y al respecto sentencia: «La traducción de Gaos es casi siempre una traducción fiel al texto alemán. En contadas ocasiones se puede detectar pequeños errores que en algunos casos son errores puramente materiales, pero que otras veces se deben a una incorrecta interpretación del texto. El problema de la traducción de Gaos estriba, más bien, en la dificultad, a veces casi insuperable, con que se ve enfrentado el lector cuando intenta comprender el texto español. La experiencia de treinta años de seminarios universitarios y extrauniversitarios sobre *Ser y tiempo* me ha hecho ver que el texto de José Gaos es difícilmente utilizable por personas que carezcan del conocimiento de la lengua alemana. Hay en él frases de

1996). El tiempo se constituye, de este modo y según expresión de Heidegger, en «el genuino horizonte de toda comprensión y toda interpretación del ser». O como señala Ceñal, «el tiempo hecho existencia, es la raíz de todo saber y de toda ciencia».

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

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

tal modo enredadas e indescifrables, que vuelven enormemente dificultosa la comprensión de un texto ya de suyo difícil de entender. Por otra parte, muchas veces Gaos traduce como términos técnicos palabras que son enteramente corrientes en alemán: el lenguaje siempre vivo y elocuente de Heidegger se convierte en una lengua rígida, hirsuta e incluso algo esotérica. La inexorable consecuencia con que Gaos mantiene a toda costa y en todos los contextos la traducción de una determinada palabra, aunque la frase española se convierta, de este modo, en un galimatías apenas comprensible, es otro de los defectos de la traducción hasta ahora existente. En 1988, con el apoyo del Katholischer Akademischer Austauschdienst y de la Fundación Alexander von Humboldt, elaboré, en Alemania, en constante diálogo con el profesor Friedrich-Wilhelm von Herrmann, una nueva versión de mi propia traducción. Conversaciones ocasionales con el profesor Hans-Georg Gadamer y con el profesor Max Müller ayudaron a la comprensión más exacta de algunos pasajes especialmente difíciles. El resultado de esta nueva reelaboración fue un texto muchísimo más límpido y más comprensible. Esta segunda versión fue sometida nuevamente a un examen riguroso, realizado, esta vez, en equipo. El principio que guió el trabajo de este equipo fue que la obra debía hablar en castellano, lo cual quiere decir que la fidelidad a un texto no consiste en la repetición literal de lo dicho en el original, sino, más bien, en la recreación de eso que allí está dicho, para decirlo en la forma que es propia de la lengua a la cual se lo traduce. Dejo constancia de las diferencias, a veces bastante importantes, respecto de la primera versión, conocida por muchos de mis alumnos y por otras personas interesadas en la obra de Heidegger».

El párrafo en la nueva traducción dice comprensible y pulidamente: *El análisis de la historicidad del Dasein (estar-ahí) intenta mostrar que este ente no es "tempóreo" porque "está dentro de la historia", sino que, por el contrario, sólo existe y puede existir históricamente porque es tempóreo en el fondo de su ser.* (La cursiva y negrita son nuestras)

Finalmente, estimamos que es este tal vez el motivo que orilló al profesor Fernández Sessarego a propugnar su versión de interpretación, defecto atribuible a la ininteligibilidad propia de la traducción, de la versión *El ser y el tiempo* de José Gaos. Al respecto, cuando se desee traducir es pertinente tomar en cuenta el consejo de Cosimo Marco Mazzoni, citado oportunamente por el profesor Leysser León Hilario, el cual indica: "La traducción no deberá ser literal, ni siquiera cuando la traslación literal sea la más inmediata u obvia. Muy a menudo, una traducción literal no se corresponde con una fidelidad de significado lógico o conceptual". En "TEORÍA GENERAL DEL NEGOCIO JURÍDICO", BETTI EMILIO, GALGANO FRANCESCO, SCOGNAMIGLIO RENATO, BATTISTA FERRI GIOVANNI, Traducción y edición al cuidado de LEYSSER L. LEÓN, ARA Editores, 1ra Edición, Setiembre, 2001, pág. 20. O lo referido y esgrimido por el genio literario argentino JORGE LUIS BORGES, quien advierte que los diccionarios bilingües generan el peligro de hacer creer «que cada palabra de un idioma puede ser reemplazada por otra de otro idioma». En «El oficio de traducir», BORGES, JORGE LUIS, *Borges en Sur 1931-1980*, Buenos Aires, Emecé, 1999, pág. 325, citado en "DERECHO DE LAS RELACIONES OBLIGATORIAS", Lecturas seleccionadas y traducidas para uso de los estudiantes universitarios, LEYSSER L. LEÓN, Jurista Editores, 1ra Edición, Setiembre, 2007, pág. 17.

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

Si el ser humano es tiempo, su ser está por hacerse a partir del don de la vida. El ser humano no es una cosa, hecha, terminada, maciza, sino que, por el contrario, es lábil y fluido, desplegado en el tiempo, haciéndose permanentemente con los «otros» y con las «cosas» del mundo. La existencia es un hacerse a sí mismo dentro de la temporalidad. Por ello, Jaspers puede afirmar que «el ser sólo se nos abre en el tiempo»¹¹.

El ser humano, para realizarse en el tiempo en tanto ser libre, debe proyectar su vida. La vida resulta, así, un proceso continuado de haceres según sucesivos proyectos. El proyecto tiene como condición la temporalidad. En el presente decidimos lo que proyectamos ser en el instante inmediato, en el futuro, condicionados por el pasado (Sessarego, Daño al proyecto de vida, 1996). Los fines, en palabras de Sartre, «son la proyección temporalizante de nuestra libertad». La libertad crea, escoge los fines, «y, por su elección misma, les confiere una existencia trascendente como límite externo de sus proyectos»¹².

Como bien señala Kierkegaard; la libertad «no es alcanzar esto y aquello en el mundo, de llegar a ser rey o emperador y a vocero de la actualidad, sino la libertad de tener en sí mismo la conciencia de que, es hoy libertad»¹³. La libertad que somos es, pues, independiente de la realización o no del proyecto. Los proyectos se cumplen o se frustran. La realización o la frustración de un proyecto no afecta la libertad en cuanto ser del hombre.

¹¹ El profesor Fernández Sessarego cita aquí a Karl Jaspers y a su obra *La fe filosófica*, Editorial Losada, Buenos Aires, segunda edición, 1968, p. 129.

¹² El profesor Fernández Sessarego cita aquí a Jean Paul Sartre, *El ser y la nada*, Editorial Ibero Americana, Buenos Aires, 1948, Tomo III, p. 24.

¹³ El profesor Fernández Sessarego cita aquí a Soren Kierkegaard, *El concepto de la angustia*, Editorial Espasa Calpe, Buenos Aires, 2ª edición, 1943, p. 118.

Como Sartre lo precisa, «ser libre no significa obtener lo que se quiere sino determinarse a querer (en sentido amplio de elegir)». De ahí que se pueda concluir afirmando coherentemente «que el éxito no interesa en ningún modo a la libertad».

La libertad es, así, «un fundamento rigurosamente contemporáneo de la voluntad (...) que manifiesta a su manera».

La voluntad, según Sartre, «se presenta como decisión reflexionada con relación a ciertos fines». Pero, afirma a continuación, que esos fines no los crea la voluntad. Esta sólo «decreta que la persecución de esos fines sea reflexiva y deliberada»¹⁴ (Sessarego, Daño al proyecto de vida, 1996).

2.2. Personalismo: Zubiri y Mounier

De la misma manera y adicional a lo escrito y explicado por la corriente existencialista el profesor Fernández Sessarego también se vale de los fundamentos del personalismo cristiano de Xavier Zubiri y Emmanuel Mounier.

Así indica que para decidir sobre un proyecto de vida, que responda a nuestra recóndita y raigal vocación personal, debemos valorar, es decir, precisar aquello que le va a otorgar un sentido a nuestra existencia. El proyecto supone trazar anticipadamente nuestro destino, un modo cierto de llenar nuestra vida, de realizarnos. Es, en síntesis, lo que le otorga razón y, por ende, trascendencia al vivir. El proyecto de vida no es concebible, por consiguiente, sin un vivenciamiento axiológico de parte del sujeto.

Una vez que, por ser libres y poder valorar, decidimos o elegimos un proyecto de vida, tratamos por todos los medios a nuestro alcance de cumplirlo, de concretarlo, de ejecutarlo durante el curso de nuestra vida, salvo que, en algún momento de nuestro existir, cambiemos o modifiquemos en alguna medida el proyecto existencial. Al decir “medios” nos referimos a todo aquello de que se vale nuestro ser para realizarse, es decir, nuestro cuerpo o soma, nuestra *psique*, los “otros”, las cosas del mundo.

¹⁴ El profesor Fernández Sessarego cita aquí a Jean Paul Sartre, *El ser y la nada*, Editorial Ibero Americana, Buenos Aires, 1948, Tomo III, p. 25.

Todo ello, en una u otra medida o manera contribuye ya sea a la realización exitosa del proyecto de vida o a su fracaso, a su destrucción, a su frustración. La vida, bien los sabemos por experiencia, está llena de gratificantes realizaciones, pero también de traumáticas frustraciones.

La libertad se juega entera en la decisión de proyecto. Su actuación, en cambio, significa su expresión fenoménica cuya realización o frustración depende de la posibilidad de cada cual, condicionada por los medios con que cuenta, para conseguir este fin. En ningún caso se trata de la libertad en sí misma.

Está demás decir que hay que poner mucho empeño, perseverancia, energía, constancia, coraje, para cumplir con nuestro proyecto de vida. De esto somos conscientes porque son muchos y muy variados los obstáculos que debemos vencer o ante los cuales debemos sucumbir. Por eso, recordando a Mounier, nos place repetir que la vida es una guerra civil consigo mismo. La realización del proyecto es una conquista. Es el resultado de una lucha contra los condicionamientos que agobian a la persona. Como expresa Mounier: “hay en mi libertad un peso múltiple, el que viene de mí mismo, de mi ser particular que la limita y, el que le llega del mundo, de las necesidades que la constriñen y de los valores que la urgen”. Es decir, como señala el propio Mounier “la libertad se gana contra los determinismos naturales, se conquista sobre ellos pero con ellos” (Sessarego, Apuntes para una distinción entre el daño al proyecto de vida y el daño psíquico, 1995).

Xavier Zubiri, al referirse al proyecto, expresa que éste es “el más elemental de los actos específicamente humanos que se interpone entre las cosas y nuestras acciones”. Sólo el ser libre se proyecta y esto, nos dice el filósofo hispano, “cambia radicalmente nuestra situación respecto a la del animal”. Los actos del hombre, a diferencia del de los animales, “no son reacciones sino proyectos”. No responden únicamente a los instintos sino son el producto de decisiones libres. Sólo el ser humano, por ser ontológicamente libre, es capaz de proyectar.

Por todo lo expuesto no se puede conocer y comprender al ser humano, lo más aproximadamente posible, si no lo concebimos con un ser libertad, que

es la que se constituye como proyecto con vocación de realizarse o concretarse en el diario existir.

Libertad y proyecto son, así, un mismo concepto¹⁵.

Es del caso señalar que, si bien el ser humano está condicionado por su mundo interior o por su medio, ello no significa que esté determinado por ellos. El ser libre no puede estar determinado. Es, por lo expuesto, que Mounier sostiene con razón que “un personalista sabe bien que el hombre no está determinado por su medio, pero igualmente sabe que está condicionado por él”¹⁶ (Sessarego, *El proyecto de vida ¿merece protección jurídica?*, 2008).

III.ELEMENTOS DEL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA

3.1. La Libertad como fundamento del Proyecto de Vida

De acuerdo al desarrollo justificativo de la libertad como fundamento del proyecto de vida, el profesor Fernández Sessarego ha tenido a bien, en casi todos sus trabajos sobre el proyecto de vida, mencionar fundamentos que sustentan a la libertad como el “ser” del hombre, y por ende acorde a su pensamiento señalar que tal libertad por ser el “ser del hombre”, valga la redundancia, sea pasible de tutela y protección por parte del Código Civil peruano de 1984 vigente en nuestros días.

El profesor Carlos Fernández Sessarego nos dice que la libertad es el *ser* mismo del hombre. La libertad es lo que caracteriza al ser humano. Es lo que lo hace ser el ente que *es* y no *otro*. La libertad lo diferencia de los demás entes del mundo así como de los otros seres humanos, pues siendo todos iguales no hay dos idénticos (Sessarego, *Los jueces y la reparación del daño al proyecto de vida*, I-2007). Respecto del problema de la confusión existente entre la libertad que es el ser del hombre con la unidad psicosomática en la que ella está implantada o con un particular aspecto o función de la misma, el profesor sanmarquino indica que esta confusión es más notoria tratándose de la voluntad, que es una de las vertientes

¹⁵ El profesor Fernández Sessarego cita aquí a Xavier Zubiri, *Naturaleza, Historia, Dios*, Editorial Poblet, Buenos Aires, 1948, p. 342.

¹⁶ El profesor Fernández Sessarego cita aquí a Emmanuel Mounier, *El Personalismo*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1962, p. 6.

psíquicas, sin percatarse que ésta se halla, como la unidad psicosomática en su conjunto, al servicio del “yo”, del ser mismo, de su decisión libre. La envoltura psicosomática es un medio o instrumento del cual se vale la libertad para su realización como proyecto. Sartre ha descrito certeramente la relación entre la “libertad” y la “voluntad”. Al referirse a la primera apunta que “el planteamiento de mis fines últimos es lo que caracteriza a mi ser y lo que se identifica con la aparición original de la libertad que es mía”. Es así que la libertad resulta ser el fundamento de los fines que el ser humano decide realizar “sea por la voluntad, sea por esfuerzos pasionales”. Sartre señala que las “voliciones son, por el contrario, como las pasiones, ciertas actitudes subjetivas por las cuales tratamos de alcanzar los fines propuestos por la libertad originaria”. La libertad es, así, “un fundamento rigurosamente contemporáneo de la voluntad, (...) que se manifiesta a su manera”¹⁷. Puedes sostenerse que la voluntad no es autónoma sino que encuentra su necesario fundamento en la libertad originaria (Sessarego, El supuesto de la denominada autonomía de la voluntad, 2000).

Es del caso señalar que la ejecución del proyecto es simultánea con la decisión que lo origina. Libertad y voluntad, por ello, se dan contemporáneamente no obstante que la libertad es previa a la voluntad o a cualquier otra potencialidad o energía psicosomática a través de la cual o de las cuales se realice el proyecto de vida o cualquiera de los proyectos que confluyen en el “proyecto de vida” (Sessarego, Deslinde conceptual entre Daño a la Persona, Daño al Proyecto de Vida y Daño Moral, LIII-2003).

Además de la usanza del pensamiento de Sartre el profesor Fernández Sessarego también se vale de Max Scheler quien de otro lado resalta que la libertad no se confunde con la envoltura o unidad psicosomática del ser humano en cuanto que la libertad no se asimila a “la inteligencia impulsiva” propia de éste. En otros términos, no podemos definir la persona sólo sobre la base de su psiquismo, de su inteligencia, voluntad o sentimientos, ignorando su núcleo existencial, es decir, su libertad espiritual. Así lo reitera

¹⁷ El profesor Fernández Sessarego cita aquí a Jean Paul Sartre, *El ser y la nada*, Editorial Ibero Americana, Buenos Aires, 1948, Tomo III, p. 25.

Scheler¹⁸ cuando sostiene que el ser espiritual “no está vinculado a sus impulsos, ni al mundo circundante, está abierto al mundo, según expresión que nos place usar” (Sessarego, El daño al Proyecto de Vida en una reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1999).

El ser humano no es un animal mamífero cualquiera, como el chimpancé o el perro, sino uno dotado de libertad que, abierto al mundo de los valores, lo convierte en un ser espiritual, que no se reduce tan sólo a lo orgánico, a lo fisiológico, a la Naturaleza. La libertad es el *plus*, ese “algo más” que hace que el ser humano sea único, irrepetible, singular, idéntico a sí mismo. En una palabra, que posee dignidad.

La libertad hace de la persona humana un ser proyectivo, creativo, responsable, dinámico, en continuo movimiento, haciendo y moldeando su personalidad a través del tiempo. No es un ser cerrado sobre sí mismo sino un ser abierto a los demás y al mundo. No es un compacto, macizo, acabado como las cosas que lo rodean. El hombre va haciendo su vida, proyectándose al futuro, adquiriendo una propia identidad. Mediante la libertad, siendo todos los seres humanos iguales, no existen dos personas idénticas. Libertad e identidad son el sustento de la dignidad humana (Sessarego, El "Proyecto de Vida" ¿merece protección jurídica?, 2008).

El hombre está forzado a elegir entre los posibles proyectos. Tiene que decidirse. Y estas decisiones previas a todo acto psíquico, pensante, afectivo o volitivo. El decidirse es anterior a la voluntad, que es precisamente lo que pone en marcha nuestra decisión. Y el elegir, el decidirse, es una forzosidad: la forzosidad de ser libres. El hombre es libertad que se proyecta. Libertad irrenunciable, constitutiva (Sessarego, EL DERECHO COMO LIBERTAD, 2006).

La libertad, por lo expuesto, no es un atributo ni una propiedad o facultad de la persona. La libertad es su *ser*. El hombre es libertad. Es esta su situación ontológica en el mundo. La libertad, como está dicho, lo “hace ser lo que es”. Por ser libertad el ser humano es espiritual o, podría también decirse que es

¹⁸ El profesor Fernández Sessarego cita aquí a Max Scheler, *El puesto del hombre en el cosmos*, Editorial Losada, Buenos Aires, 1943, p. 64.

libre en tanto es espiritual. Sólo un ser libre es espiritual¹⁹ (SESSAREGO, 2009).

Así el insigne jurista reconoce y percibe dos instancias la libertad ontológica y la libertad fenoménica.

La libertad ontológica²⁰, es la que nos “hace ser lo que somos”: seres humanos. La libertad ontológica es absoluta. Sólo se pierde con la muerte. Ello, la diferencia de la libertad fenoménica, la que está condicionada, limitada, por factores del mundo interior como exterior del ser humano (Sessarego, El "Proyecto de Vida" ¿merece protección jurídica?, 2008).

Empero, además de que la libertad ontológica implique el *ser* que somos, el aspecto fundamental es que en esta instancia se ***elige y decide proyectos constante y continuamente, para su ejecución inmediata o a mediano y largo plazo.***

La segunda de las instancias de la libertad, es la que el profesor sanmarquino denomina como “libertad fenoménica²¹”. Esta señala, es la que corresponde al tramo en el cual la libertad aparece como “fenómeno”. Esta expresión significa, a partir de su raíz del griego, “lo que muestra”, lo que “se hace patente”, lo que brilla, luce o aparece en el mundo. (Sessarego, El "Proyecto de Vida" ¿merece protección jurídica?, 2008)

En palabras simples la libertad fenoménica como segunda instancia es el ***proyecto elegido en proceso de ejecución en la realidad de la vida, convirtiéndose en actos y conductas.***

¹⁹ Adicional a ello el profesor Fernández Sessarego menciona que la libertad es indefinible. Pues señala que podemos referirnos a ella aludiendo a alguno de sus atributos, a alguna de sus características, tal como la sentimos, como la percibimos, y así como decimos que Dios es omnipotente, podemos enunciar que la libertad es la capacidad que tiene cada ser humano para “decidir, por sí mismo”, todo lo que atañe a su existencia, a su “proyecto de vida”.

²⁰ La ontología se ocupa de destacar y explicar el *ser* de los *entes*. El ser es, en cualquier caso, el ser de los entes. Los entes son los objetos del mundo, donde cabe el ser que conoce que es el ser humano. La ontología radical es, por ello, la analítica ontológica del ser humano, del ente que conoce.

²¹ El profesor Fernández Sessarego señala que: «Fenoménico, señala Heidegger, es lo “que se da y es explicable en la forma peculiar de hacer frente al fenómeno y lo que constituye los conceptos requeridos en esta disciplina”. Pareciese que tal definición es el contenido del término fenoménico. Sin embargo, la traducción de estas líneas, realizada por Gaos en la obra *El ser y el Tiempo* del filósofo Martin Heidegger resulta ininteligible; lo que origina que el profesor Fernández Sessarego cometa un error al fiarse de tal traducción, ya que en una frase une dos conceptos distintos. De un lado, la significación del término Fenoménico y del otro la de Fenomenológico. Tal deslinde lo hace notar el profesor Jorge Eduardo Rivera en su traducción renovada y mucho más digerible, en la cual indica: «Lámese “fenoménico” [“phänomenal”] lo que se da y es explicitable (determinable) en el modo de comparecencia (presentación) del fenómeno; en este sentido se habla de estructuras fenoménicas. “Fenomenológico” [“phänomenologisch”] es todo lo relativo al modo de la mostración y explicación, y todo el aparato conceptual requerido en esta investigación». Es clara la diferencia de ambas.

De la exposición del contenido de la libertad como fundamento del ser del hombre y por ende del proyecto de vida, el profesor Carlos Fernández Sessarego, concluye haciendo alusión a la libertad como una unidad. Considera que la persona humana no puede ser ontológicamente separada ni de su libertad ni de sus actos, ni viceversa. La libertad es una unidad desplegada en dos instancias. La libertad ontológica se fenomenaliza en la conducta. Un acto humano no puede ser privado de su referencia a la libertad pues, de lo contrario, sería un acto de la naturaleza. Como anota Cossio²², la libertad, con los actos que realiza “trasciende desde el hombre hacia el mundo” en una unidad porque no deja de ser libertad.

3.2. Coexistencialidad, Temporalidad y Proyecto

La coexistencialidad, temporalidad y el proyecto son de acuerdo a lo escrito en la argumentación amplia del profesor Sessarego, respecto del proyecto de vida, elementos inseparables, sin los cuales no cabría realizar decisión (libertad ontológica) y ejecución (libertad fenoménica) alguna. Es en consecuencia de la unidad de la *libertad* y de estos elementos intervinientes que se puede proyectar y con ello, efectivizar el *ser* del hombre, vale decir la realización de su esencia.

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

Como se ha expresado, la *coexistencialidad* es uno de los supuestos existenciales del “proyecto de vida”. Si bien el proyecto es una decisión libre, sólo se puede realizar con la contribución de los demás seres en el seno de la sociedad. El “proyecto de vida” se formula y decide para su realización en sociedad, en compañía de los “otros”. La consistencia coexistencial del ser humano hace posible su realización comunitaria. Sin los “otros” no se podría proyectar²³.

²² El profesor Fernández Sessarego cita aquí a Carlos Cossio, *Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de libertad*, Segunda edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964, p. 480.

²³ El profesor Fernández Sessarego cita aquí a Xavier Zubiri, *Naturaleza, Historia, Dios*, Editorial Pobleat, Buenos Aires, 1948, p. 373.

En cuanto a la *temporalidad* se refiere que ésta permite el despliegue del proyecto de vida dentro del tiempo existencial, del tiempo de cada ser humano. Por ello, libertad, coexistencialidad y temporalidad hacen posible la formulación, decisión y realización del proyecto de vida. Se vive para *ser*.

Como seres libres y temporales, los seres humanos están condenados a proyectar. La vida es un constante proyectar. Es imposible para el ser humano, en cuanto ser libre y temporal dejar de proyectar.

Por ende al ser el hombre libre, coexistencial y temporal puede elegir un determinado *proyecto de vida*, de preferir uno sobre otro, para lo cual el ser humano, como está dicho vivencia valores, ello le permite escoger entre una infinidad de oportunidades u opciones, aquella que decide ser en el futuro. Cada ser humano debería, en el instante de proyectar, tener consciencia de sus reales posibilidades, tanto aquellas que le ofrece su mundo exterior. La consciencia de tales posibilidades es de suma importancia para los fines de la realización o de la frustración del “proyecto de vida”. El hombre debería elegir proyectos viables, capaces de ser cumplidos en función de sus propias potencialidades y de las oportunidades que le ofrece su “circunstancia”.

Concluyentemente, para realizar un proyecto de vida el hombre se vale de su “yo”, de su cuerpo y de su psique, de los “otros”, de las cosas, condicionado por su pasado. Todo ello le sirve como estímulos y como posibilidades para proyectar su vida (Sessarego, Deslinde conceptual entre Daño a la Persona, Daño al Proyecto de Vida y Daño Moral, LIII-2003).

CAPÍTULO III

DESARROLLO Y EXPOSICIÓN DE RESULTADOS

SUB EJE 1: RESPECTO LA RESARCIBILIDAD DEL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA

I. EL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA EN LA TEORÍA DE SU AUTOR CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO: CRÍTICAS A LA BASE FILOSÓFICA EXISTENCIAL DEL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA

1.1. El Daño al Proyecto de Vida: Injusticia y Discriminación

1.1.1. Existencialismo: Individualidad, Injusticia y Discriminación

Constituye la filosofía un viejo y respetable saber dentro de nuestra tradición histórica. Con más de dos mil años de existencia, su influencia y desarrollo, rico y variado, ha jugado un importante papel, no sólo en el surgimiento sino en la modelación de nuestra cultura. Así, el Derecho ha sido una de las ramas del conocimiento que se ha empapado del amplio contenido del pensamiento filosófico. Las diversas categorías jurídicas han acogido algunos de sus fundamentos en determinado espacio y tiempo, con el propósito de pretender solucionar la problemática social vivida, así como intentar asignarle un horizonte nuevo y creativo al sistema político y jurídico de un país, el cual es generalmente incongruente con las necesidades de su nación, o contiene severas fallas en su estructura, debilidades que generalmente perjudican y hacen indefenso al colectivo en sus derechos y prerrogativas.

La filosofía siempre ha anhelado y aún anhela explicar desde un determinado punto de vista todos los aspectos estáticos y dinámicos del ser humano, desde su esencia hasta su comportamiento.

Sin embargo, así como han servido tales pensamientos para fundamentar determinadas ideologías constructivas y de desarrollo, ello mediante el uso de distintos mecanismos e instrumentos de otras disciplinas, también ha ocurrido lo contrario, convirtiéndose en un camino devastador para el hombre que las ha propugnado y evidentemente para sus seguidores, encontrando así una espada de doble filo, del cual se podría obtener finalidad fructuosa o infausta.

En el sendero de su recorrido las ideas recogerán lógica, racionalidad e ímpetu, en la medida en que lo acontecido sea un ambiente adecuado para el florecimiento de éstas, así una ideología nacerá y con ello una forma de pensar.

Empero, tal resultado filosófico no siempre merece ser incluido e introducido a categoría jurídica alguna. Ni como bases, ni como postulados de determinada teoría, que pretenda en razón a su filosofía darle validez y solidez.

Es necesaria e imprescindible la reflexión analítica de los efectos de la introducción, y si en el fondo la esencia de tales ideas contienen y propugnan dos requisitos fundamentales en sus postulados: igualdad y justicia; siendo ambos pilares indispensables en un estado de derecho.

De igual manera estamos en contra de que se emplee indebidamente tanto ideologías como a sus autores con el propósito de instrumentalizarlos, profiriendo un contexto distinto para amoldar sus comentarios en beneficio propio con el único propósito de darles apoyo bibliográfico, y validez, si acaso podría llamarse así.

De acuerdo a lo manifestado, es la filosofía del existencialismo la que en esta oportunidad nos compete conocer. Ello en mérito a las bases filosóficas sobre las cuales se edificó la idea del proyecto de vida, enarbolada y enaltecida por el profesor Carlos Fernández Sessarego, su creador.

Pues bien, en cuanto a los estudios del proyecto de vida en menor o mayor medida detallados, mencionados por el profesor Carlos Fernández Sessarego, podríamos añadir los de Joel Díaz Cáceda, Osvaldo Burgos y el Juez Carlos Calderón Puertas, quienes son principalmente los que realizaron un estudio específico sobre el proyecto de vida, obviamente no siendo los únicos, empero existiendo otros con menor acuciosidad y otros sólo referenciales, los cuales mencionaremos eventualmente. Sin embargo, es el profesor Fernández Sessarego el único que se ocupará de reseñar el aspecto filosófico existencialista, siendo los demás autores meros observadores, receptores y seguidores de lo dicho por el jurista sanmarquino respecto de este punto.

1.1.2. Antecedentes: Fenomenología

Para comenzar es prudente hacer un poco de historia de la filosofía. Podemos decir que la raíz remota del existencialismo es el pensamiento de Soren Kierkegaard; la raíz próxima es la fenomenología. En palabras de MAURICE MERLEAU-PONTY “la reducción fenomenológica –dice– es una filosofía existencial. El «ser-en-el-mundo» de HEIDEGGER aparece en el fondo de una reducción fenomenológica”²⁴.

En el campo de la filosofía en general, la fenomenología representa una orientación revolucionaria. La trinidad HUSSERL-SCHELER-HEIDEGGER ha realizado la aportación filosófica más decisiva en el tránsito del siglo XIX al XX y lo que va de este siglo (Legaz y Lacambra, 1979). Como todo movimiento filosófico, su influencia sobre el Derecho no ha tardado en dejarse sentir: pero a diferencia de lo que ha acaecido con la orientación neokantiana y neohegeliana, el movimiento fenomenológico **no ha producido hasta ahora una renovación filosófico-jurídica de verdadera envergadura** (Legaz y Lacambra, 1979).

La fenomenología nace con Edmund Husserl, como *polémica antipsicologista* y con base en la idea de la *intencionalidad* de la conciencia. Justamente respecto de estos dos núcleos problemáticos, Husserl se remitió a dos pensadores de gran relieve, el matemático y filósofo Bernhard Bolzano y su valor lógico-objetivo de las “proposiciones” y su maestro Franz Brentano con su intencionalidad de la conciencia. El principio fundamental de la fenomenología es: “Volvamos a las cosas mismas”. Más allá de las construcciones teóricas, de los castillos en el aire y de conceptos justificados sólo aparentemente, el fenomenólogo desea construir una filosofía que se base sobre *datos indudables*, es decir, sobre *evidencias estables*. Para tal fin, el camino justo es el de la *epoché*²⁵. Este punto de llegada de la *epoché*;

²⁴ Aquí el jurista español Hernández Gil, Antonio, *Metodología de la Ciencia del Derecho, Obras Completas, Tomo V*, Espasa-Calpe, Madrid, 1988, pág. 291; cita a M. Merleau-Ponty, en su *Phénoménologie de la perception*, 1945.

²⁵ *Epoché*, es un término griego que quiere decir “suspensión del asentimiento”: suspensión del asentimiento o del juicio, típica de la actitud del escepticismo antiguo y de modo particular, de Pirrón. En el pensamiento contemporáneo, la *epoché* es concepto fundamental de la Fenomenología de Husserl. La *epoché* es la suspensión, la puesta entre paréntesis de las convicciones científicas o filosóficas y también de aquellas creencias del sentido común que no resisten a la duda, que no son indudables, que no presentan la unción de la certeza incontrovertible. Tales ideas y creencias que pueden ser atacadas por la duda, son puestas entre paréntesis en el sentido de que una filosofía rigurosa no puede basarse en ellas. En todo caso, el procedimiento de la *epoché* entra en función con el fin de llegar a una fuente cualquiera de certeza. Cosa que Husserl encuentra en la conciencia, en la subjetividad.

el *residuo fenomenológico*, como lo llama Husserl, lo encuentran los fenomenólogos en la conciencia: la existencia de la conciencia es inmediatamente evidente, nos dice.

Así también es Max Scheler, quien respecto de su elaboración de una antropología personalista, señala el surgir del sujeto como *ser espiritual* y como *persona*. El hombre, pues, es capaz –escribe Scheler en *La posición del hombre en el cosmos*– de desvincularse del poder, de la presión, del vínculo con la “vida” y con aquello que le pertenece, y en este sentido él es un ser espiritual, no ligado “a impulsos y al ambiente” y así está “abierto al mundo” o más bien, es así como “tiene un mundo”.

En cuanto *sujeto espiritual, el hombre es persona*, es decir, centro de actos intencionales. ***La persona no es el yo trascendental***, sino un individuo concreto, es la unidad orgánica de un sujeto espiritual que se sirve del cuerpo, como de un instrumento para actuar valores. *La persona no es, para Scheler, un sujeto que considera la naturaleza como un objeto para dominar, la persona sabe ponerse, casi franciscanamente, en la actitud estática de apertura a las cosas*, nos dice.

De lo reseñado por Scheler al indicar que la persona no es el *yo trascendental* sino solo su unidad orgánica, nos da cuenta que el espíritu es independiente de su unidad orgánica, vale decir el espíritu no es preso del soma ni de la psique, sin embargo se vale de éste para manifestar sus valores. Al respecto, el profesor Fernández Sessarego quien se vale de este autor para hablar de la libertad y el espíritu (como esencia), considera que Scheler se está refiriendo a la libertad del espíritu como el ser del hombre²⁶, y no respecto de la libertad que posee el espíritu en cuanto a nuestro cuerpo (que Scheler llama persona), que es lo que Scheler realmente manifiesta. Tal concepción Scheleriana, es entendible debido a que siendo su planteamiento eminentemente filosófico separa ambos conceptos, tanto el

La conciencia no puede ponerse entre paréntesis. Su existencia brilla con la evidencia más firme. Ella es la realidad que *nulla re indiget ad existendum*; la conciencia es la que “constituye” el mundo.

²⁶ El profesor Fernández Sessarego hace referencia al libro de Scheler, Max, *El puesto del hombre en el cosmos*, en Fernández Sessarego, Carlos, Los 25 años del Código Civil de 1984, Historia, Ideología, Aportes, Comentarios Críticos, Propuesta de enmiendas, Ediciones Motivensa, Lima, 2009, pág. 508-509 .

espíritu del cuerpo. Por lo que Scheler considera que es a través de la persona que se manifiestan los valores en relación con el “yo del otro” en varias formas. La forma inferior de vida en sociedad es la *masa*, que nace del contagio emotivo; a esta siguen la *comunidad vital* o nación; la *comunidad jurídico-cultural* (Estado, escuela, círculo) y finalmente, la *comunidad de amor*, la iglesia (Reale y Antíseri, 2010).

Somos de la idea que a pesar de la libertad que posee el espíritu respecto de su soma y psique, ésta se ve severamente condicionada a ellos, pues en su ausencia la manifestación de los valores sería una utopía, pues si bien es el espíritu autónomo en la ideación, no lo es en la ejecución.

Pues bien, estos son los antecedentes del existencialismo, pensamiento que nos interesa ahora analizar, para mejor entender las presuntas bases del proyecto de vida, y dar cuenta de si realmente el existencialismo en boca de sus representantes fundamenta con sus postulados el proyecto de vida, y si el uso de tales postulados resultarían beneficiosos o perjudiciales para la unión del proyecto de vida.

Asimismo, lo que interesa a nuestros fines no es exponer profunda y extensamente las ideas básicas de esta filosofía, sino referirnos a los puntos que tengan directa conexión y que guarden relación con la problemática filosófico-jurídica y, en especial, con la actitud de los juristas, en cuanto tales, ante el Derecho.

1.1.3. Existencialismo: Derrota Ideológica:

El existencialismo o filosofía de la existencia se impuso en Europa en el período comprendido entre las dos guerras mundiales y se expandió, quizás hasta llegar a ser una moda, en los dos decenios siguientes a la Segunda Guerra Mundial.

A diferencia de las filosofías optimistas –como el idealismo, el positivismo y el marxismo– el existencialismo fija su atención sobre un “*hombre finito*” arrojado al mundo, inmerso y herido en situaciones problemáticas y absurdas.

A saber, se nombra comúnmente como los filósofos existenciales de mayor prestigio a: MARTIN HEIDEGGER y KARL JASPERS en Alemania, JEAN-

PAUL SARTRE, GABRIEL MARCEL, MAURICE MERLEAU-PONTY y ALBERT CAMUS en Francia y a NICOLA ABBAGNANO en Italia.

Tal afirmación precedente respecto de los autores existencialistas es cotidiana.

En los textos de filosofía e historia de la filosofía, atribuirle la representatividad de la corriente filosófica a MARTIN HEIDEGGER (1889-1976) es natural. Se dice que éste, es la figura más representativa del existencialismo alemán, profesor en Marburgo y sucesor de Husserl en Friburgo (1929), adherido al nazismo y nombrado rector de la Universidad de Friburgo (1933), pronunciando el discurso: *La autoafirmación de la universidad alemana*.

Sin embargo, la afirmación de su representatividad en el existencialismo, no es del todo cierta. Ello debido a que en el transcurso del desarrollo de las ideas de los filósofos, a quienes se les asignó el título de existencialistas, éstos cambiaron tal ideología y algunos hasta abandonaron por completo el objeto de su filosofía para obviamente renovarlo, por considerarlo perfectible tal vez.

Tal parecer lo manifiesta y confirma el reconocido jurista español LUIS LEGAZ Y LACAMBRA quien manifiesta que: ***“este panorama es completamente superficial, no sólo porque, no sólo habría que distinguir múltiples matices dentro del propio existencialismo (por ejemplo entre existencialismo cristiano y existencialismo ateo) sino que sería menester tener en cuenta hechos fundamentales, como el de que HEIDEGGER no se solidariza con el existencialismo, niega que su filosofía sea filosofía de la existencia o existencial y subraya que ya su intención inicial era estrictamente ontológica; o bien, el de que JASPERS predique igualmente la necesidad de dejar de hablar de una filosofía de la existencia para pasar a una filosofía de la razón”***. (Legaz y Lacambra, 1979)

Reforzando el mismo parecer, se manifiesta el profesor ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, quien nos dice que ***las exclusiones de HEIDEGGER y JASPERS se imputan a ellos mismos («ambos no admitirían que se les***

aplicara el término de existencialistas»). Y como aclaración un tanto dubitativa, se dice: «Por lo tanto, convendría reservar el término de existencialismo a la filosofía de SARTRE, de MERLEAU-PONTY y de SIMONE DE BEAUVOIR, que aceptan esta designación, y a la de G. MARCEL, puesto que aceptó a menudo ser llamado “existencialista cristiano”; empero, el cual también terminó abandonándolo ulteriormente, pues el propio GABRIEL MARCEL, *existencialista católico por excelencia, recusó el calificativo de existencialista, quizá como consecuencia de la condenación por la Humani generis²⁷ del existencialismo.*

Pero no puede comprenderse a SARTRE sin remontarse a HEIDEGGER, y de HEIDEGGER a KIERKEGAARD» nos dice el profesor Hernández Gil. Empero, en definitiva, concluye el jurista español, *las inclusiones de estos dos últimos son indirectas o subsidiarias respecto de SARTRE, y JASPERS queda fuera o, al menos, en una posición lateral.* (HERNÁNDEZ GIL, 1988)

²⁷ MAC GREGOR, FELIPE E., “La Encíclica HUMANI GENERIS y la actual situación intelectual del mundo”, cursillo de tres lecciones dictadas en el Instituto Riva-Agüero los días 24, 27 y 28 de Octubre de 1950, en www.revistas.pucp.edu.pe Búsqueda realizada el 12/06/2015. Respecto de la “*humani generis*” nos refiere MAC GREGOR, que es el 12 de Agosto de 1950 en el que el Santo Padre Pío XII, firmó un documento o carta encíclica en que trata de precisar la doctrina católica frente a los principales errores contemporáneos. El documento lleva el nombre de “*humani generis*”, por ser ésas las dos palabras iniciales de su texto latino; pues la costumbre inmemorial es, que las Encíclicas Pontificias se denominen por las dos palabras iniciales de su texto.

El origen próximo –la circunstancia– de este documento es sin duda el poderoso movimiento ideológico –entre ellos sin duda el existencialismo– que ha surgido en Europa después de la guerra. En una Europa afiebrada por el hambre y la destrucción, una cosa no ha languidecido, la inquietud por pensar, dice MAC GREGOR. Así también respecto del existencialismo afirma: “En la encíclica el Papa se refiere varias veces al existencialismo: en el comienzo, número 53, lo llama seudofilosofía, en el número 14 pone al existencialismo como una de las nuevas filosofías en que se quiere hoy verter el mensaje cristiano; el número 32, finalmente, es más explícito; da en él una definición del existencialismo, diciendo que es “*la consideración de sólo la existencia de los seres singulares y manifiesta en qué casos el existencialismo es incompatible con la verdad católica; “tanto si defiende el ateísmo como si al menos impugna el valor del raciocinio metafísico”*”. A su vez relata que el existencialismo como método desarrolla una especial sensibilidad para los problemas de la existencia en general y de la existencia humana en particular. *Pero es imposible a la mente humana, por lo menos le ha sido imposible hasta el momento, usar un método que no implique una doctrina, o elegir una doctrina que no implique un método. Dicho en términos técnicos: necesariamente toda Ontología supone un Fenomenología y viceversa, toda Fenomenología supone una Ontología.* Por eso todo pensador honesto puede regocijarse del método existencialista. *Pero desgraciadamente, en sólo el método puede terminar nuestra admiración: en efecto, como decía hace unos momentos, toda Fenomenología supone una Ontología; todo método, una doctrina; y la doctrina existencialista, fuera de la ofrecida por el exiguo grupo de existencialistas católicos, es inaceptable, es contradictoria, repugna a la razón humana porque es la proclamación del absurdo, de la nada, del no-ser.*

MAC GREGOR se pregunta entonces *¿Qué significa pues, toda esa alharaca existencialista? Y refiere: “Es, como decíamos al empezar, un fenómeno de nuestra atormentada sociedad contemporánea, una reacción, en parte legítima, contra las exageraciones y empobrecimiento del hombre que creó el idealismo y cierto abuso de un mal comprendido escolasticismo”*.

Nosotros creemos que es ésta la razón, por la cual uno de los más famosos existencialistas católicos, como lo fue GABRIEL MARCEL, decidió abandonar tales ideas y tal título, en mérito a su cristiandad y religiosidad, la cual de acuerdo a la Encíclica se encontraba claramente en contra de lo que el mismo proponía en su filosofía de la existencia cristiana o teísta.

De lo referido por los juristas LEGAZ Y LACAMBRA y HERNÁNDEZ GIL, es claramente notorio el giro de pensamiento, que tuvieron los notables autores, que primigeniamente habían propugnado el existencialismo. Tal vez por lo rígida, individualista y antisocial de la teoría.

Empero, tal conducta de cambio, de los filósofos nominados como “existencialistas”, no les es reprochable ni mucho menos descalificable, sino por el contrario, demuestra el temple y la tenacidad en tratar de hacer perfectible lo esgrimido primariamente. Pero, para que tal proceso pueda obtener un resultado, creemos que es el propio autor quien consciente de sus limitaciones, errores y aciertos, debe decidir ir más allá de lo escrito y darle nueva reflexión a su obra. Ello en intento principalmente, de otorgarle mayor amplitud, coherencia y precisión a sus postulados y a su vez darles respuesta a las diversas críticas e interrogantes a su teoría. Esa ha de ser la finalidad de tales cambios.

Pero, este es un aspecto importante que debería tomarse en cuenta, para pensarlo dos veces, antes de decidir, si nos valemos o no de las ideas de una corriente filosófica de la que los propios autores se retractaron, en mérito de su mejora, ya que tales cambios se dieron antes que el profesor Fernández Sessarego formulara la teoría del proyecto de vida. Es este aspecto que observamos, pareciera no verlo y ni si quiera haberlo pensado el profesor Fernández Sessarego. Quien en varias de sus citas, nombra a HEIDEGGER y el peso de su pensamiento como su estandarte, con el propósito de darle validez a los postulados del proyecto de vida.

Veremos porque HEIDEGGER, JASPERS y otros “existencialistas” se retractaron, cavilaron y evolucionaron sus ideas respecto de lo escrito primigeniamente.

Para ello, tomaremos como referencia, la principal obra de MARTIN HEIDEGGER “*El Ser y El Tiempo*”, considerado como el punto de partida de la corriente existencial propiamente dicha, así como las ideas de JEAN PAUL SARTRE, quien con su *L' Être et le néant* (1943) sirve de base filosófica para que el jurista sanmarquino ampare y señale a la “libertad” como el ser del hombre.

1.1.4. Martín Heidegger: El Ser y el Tiempo

Con este propósito, cabe preguntarse ¿Qué es y que implica el existencialismo en MARTIN HEIDEGGER y en su obra *EL SER Y EL TIEMPO*? El propósito explícito de *Ser y Tiempo* es el de una ontología capaz de determinar de manera adecuada el *sentido del ser*. Por ello, “la elaboración del problema del ser significa, pues: hacerse transparente de un ente, poner al que busca en su ser”. Ésta es la *analítica existencial*. Así el hombre considerado en su modo de ser, es precisamente *Dasein*, estar-ahí; el “*ahí*” (da) sirve para indicar el hecho de que el hombre está siempre en una *situación*, arrojado en ella, y en activa relación respecto de la misma. El modo de ser del hombre es la existencia. La existencia es poder-ser. Poder ser significa *proyectarse*. Por eso, la existencia es fundamentalmente *trascendencia*, identificada por HEIDEGGER con la superación. Todo esto nos introduce en el tratamiento del carácter fundamental del hombre, que HEIDEGGER llama *estar-en-el-mundo*. También el estar-con-los-otros (*Mit-sein*) es un existencial, pues no se da un “un sujeto sin mundo” e igualmente no se da un “yo aislado de los demás” pues participan del mundo en el que yo vivo. Así el estar-con-los-otros se expresa por el *preocuparse por los otros*, lo cual constituye la estructura básica de toda posible relación entre los hombres.

Sin embargo, este preocuparse por los otros puede tomar dos direcciones: en la primera, se busca sustraer a los demás de sus preocupaciones, en la segunda, se les ayuda a conquistar la libertad de asumir sus preocupaciones. En el primer caso, se tiene un simple “estar juntos” y se está ante una forma *inauténtica* de coexistencia; en el segundo caso, en cambio, se tiene un *auténtico* existir.

Ahora, el hombre se encuentra siempre en una situación y enfrenta esta situación con su proyectar. Pero, en cuanto dirige su *preocupación* al nivel “*óntico*” o “*existencial*”, es decir, al nivel de los *entes* en su factualidad, el hombre permanece en la *existencia inauténtica*. El análisis existencial revela que la existencia anónima es un constitutivo *poder ser* del hombre; a la base de tal poder está, dice HEIDEGGER, la *deyección*, la caída del hombre al

nivel de las cosas del mundo. Sólo que existe *la voz de la conciencia* que reclama la existencia auténtica, cuando se coloca no el plano “óntico” o “existente” sino en el plano “ontológico” o “existencial” y se busca el sentido del *ser de los entes*, es decir, el sentido de su existir.

La voz de la conciencia devuelve al hombre, dominado por el cuidado, ante sí mismo, reclamándolo a lo que él es en lo profundo y que no puede ocultar.

La existencia, como ya se sabe, es poder-ser; ***SOBRE ESTE PODER-SER SE BASA EL PROYECTAR, EL TRASCENDER DEL HOMBRE; PERO CADA PROYECTAR HACE QUE EL HOMBRE SE COLOQUE A NIVEL DE LAS COSAS.***

ESTO QUIERE DECIR QUE LOS PROYECTOS Y ELECCIONES DEL HOMBRE SON, EN EL FONDO, TODOS EQUIVALENTES; PUEDE DEDICARLE SU VIDA AL TRABAJO, AL ESTUDIO, A LA RIQUEZA O A CUALQUIER OTRA COSA, PERO PUEDE SER HOMBRE YA SEA ELIGIENDO UNA POSIBILIDAD O ELIGIENDO OTRA. POR ESTA RAZÓN, CONSIDERANDO COMO ÚLTIMA Y DECISIVA UNA DE ESTAS ELECCIONES O POSIBILIDADES, EL HOMBRE SE DECIDE “POR” Y “SE” DISPERSA EN UNA EXISTENCIA INAUTÉNTICA.

Sin embargo, entre las diversas posibilidades que se presentan hay una diferente de las otras a la que el hombre no puede escapar: se trata de la *muerte*. Esto hace entender que, mientras haya existencia, la muerte es una posibilidad permanente y es *la posibilidad de que todas las otras posibilidades lleguen a ser imposibles*. “La muerte, en cuanto posibilidad – dice HEIDEGGER– no da al hombre nada para realizar”, ella es la posibilidad de la imposibilidad de todo proyecto y, con esto, de toda existencia: con la muerte, en efecto, no hay otras posibilidades de elegir ni otros proyectos para realizar.

LA EXISTENCIA AUTÉNTICA, POR LO TANTO, ES UN SER-PARA-LA-MUERTE. SÓLO COMPRENDIENDO LA POSIBILIDAD DE LA MUERTE COMO IMPOSIBILIDAD DE EXISTENCIA, SÓLO ASUMIENDO ESTA POSIBILIDAD CON UNA DECISIÓN ANTICIPATORIA, EL HOMBRE ENCUENTRA DE NUEVO SU SER AUTÉNTICO.

ASÍ VIVIR-PARA-LA-MUERTE CONSTITUYE, POR LO TANTO, EL SENTIDO AUTÉNTICO DE LA EXISTENCIA. LA ANTICIPACIÓN DE LA MUERTE (QUE NO SIGNIFICA DE HECHO REALIZARLA POR EL SUICIDIO) DA SENTIDO AL SER DE LOS ENTES, MEDIANTE LA EXPERIENCIA DE SU NADA POSIBLE.

Tal experiencia se da a través del sentimiento específico de la *angustia*. “El ser-para-la-muerte es esencialmente *angustia*”. **LA ANGUSTIA PONE AL HOMBRE FRENTE A LA NADA, A LA NADA DEL SENTIDO, ES DECIR, DEL SINSENTIDO DE LOS PROYECTOS HUMANOS Y DE LA MISMA EXISTENCIA.**

LA EXISTENCIA AUTÉNTICA, PUES, SIGNIFICA LA ACEPTACIÓN DE LA PROPIA FINITUD. ESTA ES LA ACEPTACIÓN QUE NOS SOLICITA LA VOZ DE LA CONCIENCIA: LA ACEPTACIÓN DE LA PROPIA FINITUD Y NEGATIVIDAD.

Respecto del tiempo, elemento al cual en repetidas oportunidades hace mención el profesor Fernández Sessarego diciendo: “el análisis de la historicidad del ser-ahí trata de mostrar, según HEIDEGGER, que este ente no es temporal por estar “dentro de la historia”, sino que, a la inversa, solo existe y puede existir históricamente *por ser temporal en el fondo de su ser*”, explicaremos el contexto en el cual es nombrado por HEIDEGGER y el sentido original de su ubicación y propósito.

Así, dado que la existencia es posibilidad y proyección, entre las determinaciones del tiempo (pasado, presente y futuro) la fundamental – escribe HEIDEGGER– es el *futuro*. Sin embargo, el *cuidado*, que anticipa las posibilidades, surge del pasado y lo implica. Y entre pasado y futuro, se da el ocuparse de las cosas que es el presente. Estas tres determinaciones del tiempo encuentran su significado en su ser “fuera de sí”, el futuro es un tender hacia delante, el presente es un estar junto a las cosas, el pasado es un retorno a una situación de hecho para aceptarla.

Esta es la razón por la cual HEIDEGGER llama a los tres momentos del tiempo *éxtasis*, entendiéndolo en el sentido etimológico “estar fuera”.

EN TODO CASO, LAS TRES DETERMINACIONES DEL TIEMPO CAMBIAN, CADA UNA, CON BASE EN EL HECHO DE QUE SE TRATE DEL TIEMPO AUTÉNTICO (EXISTENCIA AUTÉNTICA) O DEL TIEMPO INAUTÉNTICO (PREOCUPACIÓN POR EL ÉXITO, ATENCIÓN AL LOGRO).

De este análisis del tiempo se derivan, entre otras, algunas consecuencias importantes en el pensamiento de HEIDEGGER.

- 1) Los significados del **tiempo usados en el pensamiento común y en la ciencia** (la databilidad y la medida científica del tiempo) **son TIEMPO INAUTÉNTICO, YA QUE ENVÍAN DE NUEVO A LA EXISTENCIA ARROJADA ENTRE LAS COSAS DEL MUNDO.**
- 2) La **existencia auténtica es la existencia angustiada que considera la insignificancia de todos los proyectos y propósitos del hombre. TAL INSIGNIFICANCIA HACE EQUIVALENTES TODOS LOS PROYECTOS.** Al poner delante de la equivalente nulidad de los propósitos, la angustia da al individuo la *posibilidad* de aceptar el propio tiempo y de permanecer fiel al mismo, es decir, de asumir como propio, en una especie de *amor fati*, el destino de la comunidad humana a la que pertenece.

En otras palabras, el hombre que vive auténticamente continúa, por así decirlo, viviendo la vida banal de su tiempo y de su pueblo, pero la vive con todo el distanciamiento propio de quien ha tenido, mediante la experiencia anticipatoria de la muerte, la revelación de la nada de los proyectos humanos y de la existencia humana.

Ahora respecto de lo dicho por HEIDEGGER, y lo esgrimido por el profesor Fernández Sessarego observamos que el profesor sanmarquino intenta darle correlación a las ideas de HEIDEGGER, SARTRE y JASPERS cuando se refiere a la temporalidad del ser humano.

Empero, sin ambages es HEIDEGGER quien manifiesta, mantiene y sostiene la actitud finalista en todo el desarrollo de *EL SER Y EL TIEMPO*. Ello es lógico ya que sus postulados, en base a la conciencia de la finitud del

ser, y a la individualidad que propugna al intentar encontrar su propio sentido, dan cuenta clara de los aspectos sobre los cuáles gira su teoría.

Tan es así, que incluso como ya lo referimos, el postulado del tiempo está referido al horizonte de la existencia, el cual según el jurista peruano, es adecuado para el recto planteo del ser, denotándose la importancia que tiene para el filósofo alemán, el final, la muerte. Por ello, el “tiempo” no va referido en el sentido de “senda de la realización del proyecto” como lo describe el jurista sanmarquino, sino como HEIDEGGER señala, en un contexto coherente y correlativo, al proyecto fundamental: la vida; la cual considera al tiempo como auténtico e inauténtico, el cual dependerá de la existencia manifestada, sea ésta, auténtica o inauténtica. Según la cual, a la existencia auténtica, le es indiferente el proyecto o proyectos del hombre, pues consciente de su finitud, su actitud respecto de tales, resulta negativa. Así, para tener una existencia auténtica, deberá ser mediante una existencia angustiada que considera la insignificancia de todos los proyectos y propósitos del hombre.

Adicional a lo realmente ostentado por HEIDEGGER, también es de apreciar que se malinterpretan las ideas del filósofo alemán. Se usan partes de su obra para explicar el tiempo o la temporalidad del ser, pero se obvia el motivo o propósito de la consideración del mismo como fundamento de su teoría. También es de notar que intenta colocarse el “tiempo” como fundamento de la teoría del proyecto de vida, cuando éste está condicionado a una existencia auténtica, en la cual, peor aún, el proyecto o los proyectos terminan siendo una utopía debido a su irrelevancia en razón a la muerte, considerada como la imposibilidad de las posibilidades, el cual da sentido al ser de los entes mediante la experiencia de su nada posible. Todo ello implica la aceptación la finitud del hombre.

Por ello, ampararse en lo dicho por HEIDEGGER, o lo mencionado por los ideales del existencialismo, sin antes definir los alcances de determinada obra, así como especificar las tendencias del autor, resulta peligroso. Puesto que, en este caso, en vez de ser un beneficio para la teoría del profesor Fernández Sessarego, y con ello intentar darle solidez a lo que él entiende,

que dice HEIDEGGER, sobre temporalidad del hombre como un aspecto del ser y del proyecto, termina siendo perjudicial, pues lo malinterpreta, tergiversando la obra filosófica al momento de su transplante a la teoría del proyecto de vida. Sin embargo, es dificultoso darse cuenta de ello sin haber leído la obra, o sin haber revisado estudios analíticos y críticos dedicados a la obra, pues, es con éstos con los cuales se puede apreciar el panorama completo e implicancia de la obra en el pensamiento filosófico mundial, así como su utilidad e importancia. Somos de la idea que ello sucederá sólo si el lector, tiene la capacidad de escudriñar el propósito de una obra y su fidelidad contextual, sobre todo cuando se quiera trasplantar tales ideas como fundamentos de una teoría, lo cual tal vez es un improbable, empero aún guardamos las esperanzas.

1.1.5. Jean Paul Sartre: El Ser y la Nada:

Con respecto a JEAN PAUL SARTRE, en adelante SARTRE; al cual se ha referido el profesor Fernández Sessarego en innumerables oportunidades y en absolutamente todos sus escritos, podemos apreciar que ha ido ubicando las ideas del filósofo francés, específicamente en la base filosófica de su teoría del daño al proyecto de vida.

Es cierto que es el jurista sanmarquino quien en diversas oportunidades de su argumentación, agrega frases y términos que puedan darle sentido a lo escrito por él, con lo escrito por SARTRE. Brevemente podemos señalar que el egregio filósofo francés pasa de su tesis de la **LIBERTAD ABSOLUTA E INÚTIL A LA LIBERTAD HISTÓRICA**, de la cual da cuenta en su escrito *Crítica de la razón dialéctica*.

Empero, en sus inicios, el hombre dice SARTRE es el ser cuya aparición hace que exista un mundo. El mundo *no* es la conciencia. La conciencia es apertura al mundo; ella está encarnada en la densa realidad del universo, el mundo puede ser considerado como el conjunto de los utensilios (...) existir es *estar ahí* simplemente; los seres aparecen, se dejan *encontrar*, pero, no se les puede nunca *deducir* [...]. No hay ningún ser necesario que pueda explicar la existencia: la contingencia no es una falsa semblanza, una apariencia que pueda disiparse, es lo absoluto y por consiguiente, es la

perfecta gratuidad. SARTRE deseaba llegar a esa tesis: “Todo es gratuito, este jardín, esta ciudad, yo mismo. Y cuando nos damos cuenta de ello, se nos revuelve el estómago y todo se pone a fluctuar[...]. Esa es la *naúsea*”. Es en la *naúsea* donde revela la gratuidad de las cosas y la del hombre cosificado e inmerso en las cosas.

Los análisis desarrollados en el *El Ser y La Nada* revelan, ante todo, que la conciencia es siempre *conciencia de algo*, de algo que no es la conciencia. Aparece, en escena el *ser-en-sí*, es decir los objetos que trascienden a la conciencia pero que no son la conciencia. La conciencia “es una nada de ser y al mismo tiempo un poder que anula, la nada”. El mundo es el *en-sí* es el dato “lleno de sí mismo”. Ante el *en-sí* está la conciencia que SARTRE llama el *para-sí*. La conciencia está en el mundo, en el *en-sí* pero es radicalmente distinta a éste.

Es relevante cuando menciona que la **CONCIENCIA QUE ES LA EXISTENCIA O EL HOMBRE**, es por lo tanto absolutamente libre. El *en-sí* es “el ser que es lo que es”; la conciencia no es un objeto, el ser está lleno y completo, la conciencia está vacía de ser, es posibilidad y la posibilidad no es realidad. **LA CONCIENCIA ES LIBERTAD. LA LIBERTAD NO ES UN SER, ELLA ES EL SER DEL HOMBRE, ES DECIR SU NADA DE SER.**

LA LIBERTAD ES CONSTITUTIVA DE LA CONCIENCIA, es decir es parte fundamental de ella: “Yo estoy condenado a existir para siempre más allá de los movimientos y de los motivos de mi acto: estoy condenado a ser libre”. Esto quiere decir que el hombre, una vez arrojado a la vida, es responsable de lo que hace, del proyecto fundamental, es decir, de su vida. Y nadie tiene excusa: si se falla, se falla porque se eligió fallar.

EL HOMBRE POR LO TANTO, ELIGE; SU LIBERTAD ES INCONDICIONADA, EL HOMBRE PUEDE CAMBIAR SU PROYECTO FUNDAMENTAL A CADA MOMENTO.

La libertad defendida por SARTRE es absoluta y la responsabilidad que por consiguiente le atribuye al hombre es total.

Ya aceptando la posibilidad de un sentido menos negativo de la conciencia humana y de la inutilidad de una libertad absoluta en el pensamiento

existencialista SARTRE afirma: “Decir de un hombre lo que él es, es decir lo que él puede y a la inversa: **las condiciones materiales de su existencia circunscriben el campo de sus posibilidades** (...). Así, el campo de lo posible es el fin hacia el cual el agente sobrepasa su situación objetiva. Y este campo, a su vez, **depende estrechamente de la realidad social e histórica**”.

Como se puede apreciar, el pensamiento de SARTRE respecto del ser del hombre, gira en torno a la conciencia, y a la libertad como constitutiva –vale decir como parte esencial– de ella. Es en la obra *El Ser y La Nada*, en la que el profesor Fernández Sessarego centra y fija su argumento para darle viabilidad al contenido del proyecto de vida, indicando que siendo la libertad el ser del hombre y su capacidad para proyectar su finalidad, debe ser este el aspecto más importante a proteger. Y en el caso que éste sufriera algún daño, debería tomarse en cuenta por encima de cualquier otro, cuya naturaleza evidentemente es inferior a la del proyecto de vida. Dado que tal daño vulneraría nuestra “libertad” –el ser del hombre–, el aspecto según Fernández Sessarego mas importante y valioso que poseemos.

Sin embargo, ¿cuál es el significado que tiene la libertad para SARTRE en su obra *El Ser y El Tiempo*? SARTRE explica que la libertad es constitutiva de la conciencia, vale decir como aspecto que brinda a la conciencia el albedrío absoluto, tal criterio ha emanado de su estudio y análisis de la psicología fenomenológica referente al yo, a la *imaginación*, y a las *emociones*.

SARTRE afirma que el “yo no es un habitante de la conciencia”, que no está en la conciencia sino afuera, en el mundo. La conciencia es apertura al mundo, pero el mundo no es la existencia.

Así la libertad es constitutiva de la conciencia, por ende el hombre una vez arrojado a la vida, se hace responsable de lo que hace, del proyecto fundamental, de su vida; el cual según el mismo SARTRE “puede cambiar a cada momento”. Lo cual es irónicamente reseñado por las propias palabras que el profesor Fernández Sessarego cita y añade a lo dicho por SARTRE, pues el jurista peruano señala: “**No se puede asegurar que la decisión**

libre se cumpla. El que el ser humano sea libre y pueda, por consiguiente, decidir, valorar y proyectar no significa necesariamente que, en el ejercicio de la libertad, en la fenomenalización de esa decisión libre, el proyecto se realice, se concrete, se convierta en acto de conducta". LA LIBERTAD QUE SOMOS ES, PUES, INDEPENDIENTE DE LA REALIZACIÓN O NO DEL PROYECTO. LOS PROYECTOS SE CUMPLEN O SE FRUSTRAN. LA REALIZACIÓN O LA FRUSTRACIÓN DE UN PROYECTO NO AFECTA LA LIBERTAD EN CUANTO SER DEL HOMBRE. COMO SARTRE LO PRECISA, «SER LIBRE NO SIGNIFICA OBTENER LO QUE SE QUIERE SINO DETERMINARSE A QUERER (EN SENTIDO AMPLIO DE ELEGIR)». DE AHÍ QUE SE PUEDA CONCLUIR AFIRMANDO COHERENTEMENTE «QUE EL ÉXITO NO INTERESA EN NINGÚN MODO A LA LIBERTAD». ES DECIR, A LA LIBERTAD QUE CADA UNO ES.

POR LO DEMÁS, EN CUANTO EL SER HUMANO ES LIBRE, RESULTA UN SER IMPREDECIBLE. PUEDE ESPERARSE DE ÉL, EN CONSECUENCIA, LA FORMULACIÓN DE CUALQUIER PROYECTO.
(Sessarego, 1996)

Es clarísimo lo descrito por el propio Fernández Sessarego. El argumento de SARTRE está referido a la "libertad" en la posibilidad de elegir respecto del proyecto fundamental el cual es permanentemente alterable.

SARTRE no menciona proyecto de vida principal, alternativo ni sustituto. Y respecto del proyecto fundamental, porque SARTRE nos habla de un proyecto fundamental, el cual es la vida, reiteramos, incluso refiere que: "al ser la libertad absoluta y la responsabilidad total, nadie tiene excusa: si se falla, se falla porque se eligió fallar".

Asimismo, no postula que estos deban ser bienes o intereses merecedores de tutela, no se refiere al proyecto fundamental, como la búsqueda de un logro profesional, familiar, o de otro tipo. Éste no le es relevante a la libertad como postulado de SARTRE, sino su estudio respecto del ser del hombre, hallado en la conciencia, siendo la libertad constitutiva de la misma.

Es por todo esto, que observamos claramente la instrumentalización que se hace de las ideas de SARTRE, con las cuales se ha pretendido encausar la protección de un ideal, como lo es el proyecto de vida. Las ideas del filósofo francés son propias de las de un existencialista. La amplitud del elegir mediante la libertad, lo impredecible de la realización del proyecto elegido y la facilidad de modificarlo de acuerdo a nuestras posibilidades y circunstancias, nos da una idea de lo que implicaría intentar reconocerlo, tutelarlos y más aún resarcirlo y cuantificarlo.

De igual manera, lo que hace SARTRE es colocarnos a todos una conciencia automática, y al estar el hombre condenado a ser libre se encuentra obligado a hacerse responsable de su proyecto fundamental, su vida. Sin embargo, tal afirmación no está referida a que los hombres estamos obligados a tener un proyecto de vida *per se*, sino, que todos estamos obligados a decidir, y somos conscientes y libres al hacerlo, pero responsables de las consecuencias que tales decisiones puedan traer.

Por ello el argumento de SARTRE no tiene razón de ser, con lo expuesto por el profesor sanmarquino; el existencialismo ha tenido una versión distinta de la que el profesor Fernández Sessarego nos relató. Si bien intento darle peso a un argumento filosófico nada fácil e inteligible, debe reconocer la confusión a la que lo llevo intentar cubrir los agujeros de su teoría con las ideas del existencialismo, y en vez de serle beneficiosas terminaron siéndole perjudiciales.

A la corriente existencialista le importa la finitud, el final, ésta empobrece al ser humano en vez de enriquecerlo. Lo hace preso en su soledad y le repugna la sociedad, en palabras de SARTRE “el infierno son los otros”.

De lo referido nos queda dar a conocer el pensamiento de algunos juristas, quienes se han pronunciado respecto de su percepción e importancia del existencialismo en el mundo del derecho y el impacto en éste.

1.2. Críticas al Existencialismo:

Prosiguiendo es menester dar a conocer las críticas al existencialismo, como pensamiento infructuoso, vacío y sinsentido. Críticas a las cuales nos

adherimos y en la que resaltamos la poca importancia que tuvo y tiene en la problemática jurídica.

Así como el apego de HEIDEGGER con regímenes totalitarios como el nazismo, y su evidente contenido individual, egotista, solipsista, finalista e indiferente ante al problema del conflicto de clases.

1.2.1. Norberto Bobbio a través de Antonio Hernández Gil

Para ello, podemos hacer uso de las palabras del insigne jurista italiano NORBERTO BOBBIO quien en resumidas cuentas nos muestra el panorama del existencialismo tal y como se percibe. HERNÁNDEZ GIL citándolo refiere: “BOBBIO, en un pequeño libro muy divulgado a través de sus versiones inglesa y castellana²⁸, lo presenta como la **«filosofía de la crisis y la crisis de la filosofía»**. **Ve en él un «decadentismo moral e intelectual»**. «Se trata –dice– de la actitud de aquél que, alejándose del horizonte de la trascendencia y del horizonte del mundo, se retrae dentro del horizonte de su propia existencia, no para volver a hallar en su propio interior el mundo en su ser fenoménico o a Dios en la iluminación de la conciencia, **sino para buscarse únicamente a sí mismo: escudriña la existencia del hombre, no para descubrir toda su riqueza, sino para cargar con toda su pobreza. El decadentismo representa un encogimiento del hombre sobre sí mismo**. Cortados los hilos que ligan la existencia humana al mundo de las cosas y de los demás y a la trascendencia divina, el hombre, reducido a su propia existencia, recoge las vibraciones más tenues de ésta, sondea sus preocupaciones más secretas, persigue sus movimientos más recónditos: la existencia está frente a él, no como la existencia en general, sino como la existencia que es propia de él, como ese centro de actos y reacciones que él mismo es, y cuyo singularísimo curso solo él es capaz de explicar y revelar».

No le satisface socialmente (lo cual presupone la consiguiente insatisfacción desde el punto de vista jurídico). «Esquiva –dice– la sociedad como masa opaca e inerte, pero no busca la sociedad como

²⁸ Aquí se cita el libro de BOBBIO, Norberto, *El existencialismo, Ensayo de interpretación*, 4ta Edición en español, Fondo de Cultura Económica, México, 1958.

unión activa de pensamientos y de obras; enseña a hacerse a un lado con dignidad lúcida, aunque desesperada; a no ensuciarse, a no comprometerse, pero no enseña a salir fuera de la propia soledad para salir al encuentro de los demás». Encarece como único factor positivo, respecto del existencialismo, el de conocerlo para superarlo. «Hablar o escribir sobre el existencialismo, a secas, o palparlo directamente, es la única manera para librarnos de él, o, por lo menos, para hacer inocua aquella tentación, y para aplicar, al realizarla, aquella aspiración. Para desecharlo, al fin y al cabo, hay que haber sufrido previamente su contagio»”.

Dentro de su postura crítica acerva, no le falta razón a BOBBIO cuando afirma: «Los hombres de HEIDEGGER **nunca se encuentran**; los de JASPERS **se encuentran, pero fuera de la sociedad en que se realiza el hombre histórico. En HEIDEGGER se rechaza el espíritu social como unión; en JASPERS, se lo traslada al plano de la comunión de almas**». Y no deja de resultar explicable el anatema que desde la filosofía soviética se lanza contra el existencialismo, porque «lejos de brindar solución alguna para la crisis de la sociedad capitalista, pretende demostrar que no existe tal solución ni puede existir, ya que sus raíces parten de la propia existencia del hombre».

En la crítica a que somete el marxismo al existencialismo como filosofía burguesa, la acusación más frecuente es que deliberadamente ignora los problemas sociales y los conflictos de clases, o bien, que atribuye al «ser en general» y no al capitalismo las causas de las eternas y trágicas antinomias. **Es notorio el individualismo –presupuesto principal del existencialismo– propugnado y evidenciado por BOBBIO. Ésta no busca, ni ha buscado encontrar el sentido del ser, sino más bien un ser sin sentido, en soledad y encima condicionado a su finitud o muerte. Así también es cierto que se ignoran los problemas sociales y sobre todo los conflictos de clase existentes, la carencia de posibilidades de la mayoría respecto de la minoría. La diferencia que se hace entre hombres, no sólo discurre en el aspecto racial, o psicofísico sino y**

sobre todo respecto de la posición social que cada uno detenta, lo cual denota lo aberrante y degradante que implica el existencialismo.

1.2.2. José Ferrater Mora

Sumándose a esto: “FERRATER MORA, ofrece la siguiente perspectiva de la diversidad; de una diversidad que podríamos llamar interna o intraexistencialista: «Mientras algunos existencialistas se han aficionado a **describir experiencias individuales o situaciones existenciales** (MARCEL, JASPERS), otros han considerado tales experiencias y situaciones como ejemplo, o como puntos de partida, para **una armazón conceptual definitivamente sistemática** (SARTRE, el HEIDEGGER “existencialista” o “parcialmente existencialista”). Algunos existencialistas (por ejemplo MARCEL y SARTRE) **prestan, o prestaron, escasa o nula atención a la ciencia**; otros (v.gr., JASPERS) **incluyen la ciencia en su concepción del mundo**. Las diferencias ostentadas en el “lenguaje” filosófico son también considerables. Unos **rechazan toda “objetivación”**; **otros tratan de integrarla o absorberla**. Las relaciones entre la persona humana individual y “los otros” son también vistas por los distintos autores existencialistas de muy diferentes maneras. **Para algunos, lo importante (aunque, por ventura, lamentable) es la soledad radical; para otros, la compañía. Para algunos, la persona es siempre la que se hace a sí misma; para otros, es lo que hace con su situación personal y hasta histórica, o inclusive social**²⁹».

De lo referido es deducible la diversidad de perspectivas de los autores dedicados al desarrollo del pensamiento existencial. Sus distintos intereses dentro de la corriente, hacen que en su diversidad se excedan y sobrepasen lo requerido por el molde de su postulado base: el existencialismo.

1.2.3. Frederick Copleston

De igual manera, FREDERICK COPLESTON respecto del existencialismo, nos dice: “En general, «podemos decir, por tanto, que el existencialismo

²⁹ Aquí se cita a FERRATER MORA, *La filosofía en el mundo de hoy*, 1963, pág. 69.

representa la **reaserción del hombre libre contra la colectividad y contra toda tendencia a la despersonalización, y en este aspecto está emparentado con el personalismo y presenta ciertas afinidades con el pragmatismo**». De ahí, sin duda, la tacha marxista de **«filosofía de la burguesía moribunda» y de «individualismo anticuado»**. En la **caracterización –llevada a cabo por COPLESTON– del existencialismo subraya o, al menos, coloca muy en primer término la nota individualista, la concreta singularidad del hombre.**

Tras ella se descubre más bien el existencialismo en su plenitud, el momento kierkegaardiano y el aspecto personalista de MARCEL.

En el sentido de conjunto que tiene el ser-en-el-mundo en *EL SER Y EL TIEMPO*, de HEIDEGGER, no se puede encontrar sólo esa radical separación de la individualidad en sí que trae consigo un absolutismo, aun cuando sea de lo concreto”.

1.2.4. Walter Odajnyk

Refiriéndose a la «desesperación del hombre emanada del existencialismo, W. ODAJNYK³⁰ escribe: «No sólo sabe que él crea su existencia a través de sus propias acciones y que, en ese aspecto, sólo él puede decidir por sí mismo y por los demás en todas las cuestiones y toma la responsabilidad de todas esas decisiones, **sino que también sabe que el final de todos sus esfuerzos no sirve para nada, porque su existencia y su ser terminan en no-existencia y en no-ser, en Nada**».

1.2.5. Luis Legaz y Lacambra

Son éstas las visiones proferidas respecto del existencialismo, sus defectos y desperfectos. Como podemos darnos cuenta hasta aquí, desde la visión ante los problemas del Derecho, el existencialismo no ha repercutido en la problemática filosófica y científica del derecho. Las visiones existencialistas de la persona, la sociedad y la convivencia están dramatizadas por la falta de solución, antes que ordenadas a la solución que ha de proponerse siempre el derecho.

³⁰ Aquí se cita a ODAJNYK, Walter, *Marxismo y existencialismo*, trad. Castellana de Editorial Paidós, Buenos Aires, 1966, pág. 50.

Por ello, y con el propósito de condensar lo escrito, el insigne jurista LEGAZ Y LACAMBRA, se pregunta al igual que nosotros: « **¿QUÉ SENTIDO Y QUÉ VALOR TIENE EL DERECHO EN EL EXISTENCIALISMO?** –Y éste nos responde elocuentemente– **Si el Derecho es una realidad social, la actitud existencialista ante el Derecho aparecerá condicionada por la actitud ante lo social.** Si por “social” entendemos, en un sentido amplio e impreciso, todo el ámbito de lo “convivencial” y de la “comunicación existencial”, la posición del existencialismo es varia; **MIENTRAS QUE EN KIERKEGAARD PREVALECE UNA POSICIÓN CLARAMENTE ANTISOCIAL, QUE TAMBIÉN SE PATENTIZA EN HEIDEGGER** –con alguna atenuación– **Y EN SARTRE** –a pesar, o sin perjuicio, de su humanismo y de sus aproximaciones al marxismo–, **Y LA POSICIÓN DE ALGUNOS COMO JASPERS, ES AMBIGUA Y BIVALENTE**, la de otros, quizás la mayoría, se orienta en un sentido más claramente social. Pero **si entendemos por lo “social”, en un sentido más preciso, lo “colectivo” – de acuerdo con las tesis de ORTEGA Y GASSET (...) –, ENTONCES LA POSICIÓN EXISTENCIALISTA ES MÁS CERRADAMENTE ANTISOCIAL, PORQUE ESA DIMENSIÓN “COLECTIVA” DEL EXISTIR HUMANO ES LA QUE QUEDA NECESARIAMENTE AL MARGEN DE LA “EXISTENCIA AUTÉNTICA” RECONOCIDA COMO UN VALOR.** El existencialismo considera como categorías ontológicas la “autenticidad” o “inautenticidad” que, sin embargo, son categorías éticas, porque la autenticidad es una forma valiosa de vida, el modo de ser egregio, frente a la inautenticidad, que es la disolución y entrega a lo masivo. Las verdaderas categorías ontológicas de la existencia son más bien “vida personal” y “vida colectiva”, pero la primera no coincide con “vida auténtica”, porque puede haber “vida personal no auténtica”, y la segunda, la vida colectiva, no consiste necesariamente en “inautenticidad” sino en una “alteración” que, en cuanto necesaria, puede integrar la autenticidad plenaria de la existencia.

Ahora bien **EL EXISTENCIALISMO IDENTIFICA VIDA SOCIAL (COLECTIVA) CON “EXISTENCIA INAUTÉNTICA” Y POR ESO VALORA PEYORATIVAMENTE AL DERECHO, QUE QUEDA LASTRADO CON LA**

TARA DE LA INAUTENTICIDAD. El caso-límite de esta actitud lo brinda UNAMUNO, en su comentario al episodio quijotesco de la liberación de los galeotes. LA “ODIOSA JUSTICIA HUMANA, ABSTRACTA E IMPERSONAL” ES RECHAZADA CON LOS DICTERIOS MÁS DESFAVORABLES Y DEL DERECHO Y DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS SE AFIRMA QUE ENVILECEN EN LAS MANOS DE LOS JURISTAS Y DE LOS TEÓLOGOS. En HEIDEGGER apenas hay referencias al Derecho, salvo en la forma de la “ley pública” reguladora del trato con las cosas del mundo, ley absolutamente inesencial y arbitraria y cuyo cumplimiento no tiene nada que ver con la genuina “culpabilidad” de la existencia. EN JASPERS SE ENCUENTRAN TAMBIÉN CONDENACIONES BASTANTE EXPLÍCITAS DEL DERECHO. SUS NORMAS SON “MUERTAS Y MECÁNICAS”, REPITEN SIEMPRE LO MISMO Y SÓLO EXPRESAN LA CALCULABILIDAD DEL OBRAR. EL DERECHO ES SÓLO LA REGULACIÓN APLICABLE A LA “SOCIEDAD DE MASAS”. PERO SU FIJEZA, SU PREVISIBILIDAD Y SEGURIDAD APARTAN AL HOMBRE DE LA EXISTENCIA, PORQUE EL HOMBRE NO LLEGA A LA PLENITUD DE ÉSTA MÁS QUE A TRAVÉS DE LAS SITUACIONES-LÍMITE, COMO EL DOLOR, LA CULPA, LA EXPIACIÓN O LA MUERTE: EXISTIR ES LO MISMO QUE EXPERIMENTAR SITUACIONES-LÍMITE. EL DERECHO ES TANTO MÁS INAUTÉNTICO DESDE EL PUNTO DE VISTA EXISTENCIAL, CUANTO MÁS PERFECTAMENTE SE AJUSTA EN SU FUNCIONAMIENTO A LAS EXIGENCIAS DE LA MODERNA SOCIEDAD DE MASAS. EN CAMBIO, SE ACERCARÍA MÁS A LA AUTENTICIDAD EXISTENCIAL CUANTO MENOS PERFECTO FUERA COMO DERECHO, O SEA, CUANTO MÁS SE GUIASE POR LA EXCEPCIONAL Y LO ANORMAL. Pero otras afirmaciones de JASPERS vienen a contrapesar en parte el anterior juicio negativo. Bajo otro aspecto, el Derecho se revaloriza, NO EN CUANTO PERTENECE A LA EXISTENCIA AUTÉNTICA –DE LA QUE ESTÁ EXCLUIDO POR NATURALEZA– sino en cuanto constituye una “posibilidad” de la misma. El ser histórico del hombre implica una tradición

y el enraizamiento en unas formas de vida que el Derecho protege. ***EL HOMBRE NO PUEDE NEGARLAS SIN DESTRUIRSE COMO POSIBILIDAD DE REALIZARSE AUTÉNTICAMENTE. Pero la existencia consiste en la posibilidad de realizarse auténticamente Y EN LA DE “PERDERSE” EN LAS COSAS DEL MUNDO –Y ENTRE ELLAS, EN EL DERECHO– y el Derecho participa de esta doble posibilidad, AUNQUE SE ACENTÚA SU POSIBILIDAD COMO “RIESGO” O “PELIGRO” PARA LA MISMIIDAD DE LA EXISTENCIA”.***

LEGAZ Y LACAMBRA explica sintéticamente y de manera magistral lo que es el Derecho para el existencialismo de HEIDEGGER, SARTRE y JASPERS. Autores a los que acude el profesor Fernández Sessarego para en un intento insulso crear una base pseudofilosófica de lo que él llama la teoría del proyecto de vida y el daño a éste. (Legaz y Lacambra, 1979)

Es necesario llamar las cosas por su nombre, y en el caso tales bases ahora nos parecen un timo, del cual fuimos víctimas estudiantes, abogados, magistrados e inclusive estudiosos del derecho.

1.2.6. Erich Fromm

Para finalmente concluir, debemos citar las lapidarias críticas, de una parte, la realizada por ERICH FROMM, el famoso sociólogo y psicoanalista de origen alemán y personaje miembro de la Escuela de Frankfurt, y de otra; MARIO BUNGE, el famoso físico, filósofo, epistemólogo y humanista argentino; defensor del realismo científico y de la filosofía exacta, a los existencialistas.

Respecto de ERICH FROMM, quien en el *Miedo a la Libertad* (1941), muestra cómo, bajo el peso de la libertad y la responsabilidad, el hombre cede con frecuencia al “conformismo gregario”, sin encontrar su identidad y perdiendo su *salud mental*. Sin embargo, mirando el camino histórico del hombre, FROMM pone de presente –en *La desobediencia como problema psicológico y moral* (1963) – que “no sólo el desarrollo espiritual (del hombre) ha sido posibilitado por el hecho de que nuestros semejantes se hayan atrevido a decir no a los poderes establecidos, en nombre de la propia conciencia o de la propia fe, sino que también el desarrollo intelectual ha

dependido de la capacidad de desobedecer: desobedecer a las autoridades que intentaron reprimir las ideas nuevas y a la autoridad de creencias que han subsistido desde hace mucho tiempo y según las cuales todo cambio está desprovisto de sentido". *Ser* significa sobre todo estar activos, es decir, expresar los propios talentos, renovarse, crecer, amar, salir de la cárcel del propio yo aislado, "prestar atención, dar". Y el *hombre que es, es el hombre nuevo*, el ciudadano de la *Ciudad del ser*, de una ciudad en la cual –así se lee en *El arte de amar* (1956) – "la naturaleza social y amorosa del hombre no esté separada de su existencia social, sino que llegue a ser una sola cosa con ella".

Como epílogo de nuestra crítica, citamos *El corazón del Hombre*, obra en la que encontramos su crítica perfectamente acertada y lapidaria al existencialismo. El cual, tomando como experiencia lo sucedido con el profesor sanmarquino, y en mérito a recalcar lo que no se debe hacer cuando se cita a un autor, procuraremos el contexto en el cual se realiza tal crítica.

FROMM a saber nos dice:

"[...] es propósito de este libro –se refiere a *El corazón del Hombre*– aclarar la relación de mis conceptos psicoanalíticos con las teorías de Freud. Nunca me sentí satisfecho de verme clasificado como perteneciente a una "escuela" nueva de psicoanálisis, llámese "escuela cultural" o "neofreudismo". Creo que muchas de las escuelas nuevas, aunque desarrollan ideas valiosas, también dejaron perderse gran parte de los descubrimientos más importantes de Freud. No soy, ciertamente, un "freudiano ortodoxo". En realidad, toda teoría que en el plazo de sesenta años ya no es, por eso mismo hecho, igual a la teoría originaria del maestro; es una repetición fosilizada, y al ser una repetición es realmente una deformación.

Los descubrimientos básicos de Freud fueron concebidos ***dentro de cierta estructura filosófica de referencia, la del materialismo mecanicista corriente entre la mayor parte de los científicos naturales a principios de este siglo. Creo que el desarrollo ulterior de las ideas de Freud***

requiere una estructura filosófica de referencia diferente, la del humanismo dialéctico. En este libro trato de demostrar que los mayores descubrimientos de Freud, el complejo de Edipo, el narcisismo y el instinto de la muerte, *fueron restringidos por sus premisas filosóficas y que, libres de trabas y traducidos a una nueva estructura de referencia, dichos hallazgos son aún más poderosos y significativos.* Creo que la estructura de referencia del humanismo, su mezcla paradójica de crítica incesante, de realismo sin atenuaciones y de fe racional, es lo que permitirá el desarrollo fructífero de la obra cuyos cimientos puso Freud”.

Es en la última palabra resaltada por nosotros en la que el psicoanalista en un pie de página acentúa el propósito de sus términos, y en él concisamente describe al existencialismo de HEIDEGGER y SARTRE.

FROMM nos dice:

“Quiero subrayar que este concepto del psicoanálisis no supone la sustitución de la teoría de Freud por el que se llama ahora "análisis existencialista". *Este sustituto de la teoría de Freud es superficial con frecuencia, y usa palabras tomadas de Heidegger o de Sartre (o de Husserl) sin relacionarlas con el conocimiento serio de hechos clínicos. Esto es exacto respecto de algunos psicoanalistas "existencialistas" así como de las ideas psicológicas de Sartre, que, aunque brillantes, son, no obstante, superficiales y carecen de sólida base clínica. EL EXISTENCIALISMO DE SARTRE, COMO EL DE HEIDEGGER, NO ES UN COMIENZO NUEVO, SINO UN FINAL; SON LA EXPRESIÓN DE LA DESESPERACIÓN DEL HOMBRE OCCIDENTAL DESPUÉS DE LAS CATÁSTROFES DE LAS DOS GUERRAS MUNDIALES Y DESPUÉS DE LOS REGÍMENES DE HITLER Y STALIN; PERO NO SON SÓLO EXPRESIÓN DE DESESPERACIÓN. SON MANIFESTACIONES DE UN EGOTISMO Y UN SOLIPSISMO BURGUESES EXTREMADOS. ESTO ES MÁS FÁCIL DE COMPRENDER SI TRATAMOS DE UN FILÓSOFO COMO HEIDEGGER, QUE SIMPATIZÓ CON EL NAZISMO. ES MÁS ENGAÑOSO EN EL CASO DE SARTRE, QUE PRETENDE REPRESENTAR EL PENSAMIENTO MARXISTA Y EL*

SER FILÓSOFO DEL FUTURO; ES, NO OBSTANTE, EL REPRESENTANTE DEL ESPÍRITU DE LA SOCIEDAD DE LA ANOMIA Y DEL EGOÍSMO, QUE ÉL CRITICA Y QUE DESEA CAMBIAR. EN CUANTO A LA CREENCIA DE QUE LA VIDA NO TIENE UN SENTIDO DADO Y GARANTIZADO POR DIOS, LA HAN SUSTENTADO MUCHOS SISTEMAS; ENTRE LAS RELIGIONES, EL BUDISMO PRINCIPALMENTE. PERO CON SU PRETENSIÓN DE QUE NO HAY VALORES OBJETIVOS VÁLIDOS PARA TODOS LOS HOMBRES, Y CON SU CONCEPTO DE LA LIBERTAD, QUE EQUIVALE A ARBITRARIEDAD EGOTISTA, SARTRE Y SUS SEGUIDORES PIERDEN EL LOGRO MÁS IMPORTANTE DE LA RELIGIÓN TEÍSTA Y NO TEÍSTA, ASÍ COMO DE LA TRADICIÓN HUMANISTA.

Es este el contexto real y verdadero de las palabras de FROMM, en el cual no distorsionamos, adicionamos o recortamos el pensar y parecer manifestado por FROMM. El cual claramente va referido a nuestro parecer y sustenta nuestra posición decididamente.

1.2.7. Mario Bunge

Ahora, por ultimo pero no menos importante es necesario consolidar nuestro parecer de manera contundente con la opinión del filósofo y científico argentino MARIO BUNGE, reconocido por el salón de la fama de la ciencia, y ubicado en el puesto 113 entre los filósofos y científicos de los últimos 200 años, quien en un artículo más que sugestivo, crítico, manifiesta su posición respecto del existencialismo en el mundo de la filosofía y de la ciencia.

BUNGE, con su pluma áspera pero sincera se pregunta: **“¿ES UNA FILOSOFÍA EL EXISTENCIALISMO?”** e indica: “Los existencialistas se caracterizan por ***vilipendiar a la razón y por escribir sobre la angustia ante la muerte, a la que identifican con la nada.*** Ha habido existencialistas religiosos, como ***Soren Kierkegaard, Gabriel Marcel, Karl Barth, Paul Tillich, y Martin Buber,*** así como existencialistas seculares, tales como ***Miguel de Unamuno, Martin Heidegger, Jean-Paul Sartre, Albert Camus, y Jacques Derrida.*** Todos ellos han sido *pesimistas, centrados en sí mismos y enemigos de la razón* y, por ende, también *hostiles a la ciencia y a*

la técnica. Si las lombrices solitarias tuvieran vida mental, serían existencialistas –nos dice irónicamente BUNGE.

Así también señala que: “El existencialismo de Heidegger fue importado en Argentina a fines de la década del 1930 por *Carlos Astrada*, quien lo había aprendido en Freiburg –Friburgo– del propio Martin Heidegger. Astrada y su amigo Jordán B. (nacido Giordano Bruno) Genta eran tan nazis como su maestro. ***También el psiquiatra existencialista peruano Honorio Delgado fue un nazi ferviente***”³¹.

Relata BUNGE: “Tanto Astrada como Genta hicieron carrera universitaria a la sombra de la dictadura fascista y ultracatólica que subió al poder con el golpe militar del 4 de junio de 1943, Genta fue nombrado rector interventor de la Universidad Nacional del Litoral. Uno de sus primeros actos fue destituir al matemático José Babini y al historiador de la ciencia Aldo Mieli. Yo recuerdo nítidamente ese día, el 1º de agosto, porque estaba visitando el Instituto de Historia de la Ciencia, dirigido por Mieli y Babini. El mismo día, mientras cenaba en lo de Babini, me llegó la noticia de la muerte del presidente de la Confederación Argentina de Ayuda a los Aliados, quien poco antes había sido encarcelado por su destacada actuación antinazi. ***Ese hombre, Augusto Bunge, era mi padre.***

Así da cuenta de los sucesos y se pregunta: [...] ¿Puede ser mera coincidencia el que el existencialismo subiera al mismo tiempo que bajaba la ciencia? *Yo reaccioné fundando en 1944 la revista de filosofía Minerva*, la que existió solamente 6 números, pero circuló por todo el continente. ***El objetivo central de esta revista era combatir el irracionalismo que llegaba tanto de Alemania como de la Francia fascista, cuyo lema era «Dios, patria y familia».*** [...] El existencialismo fue objeto de notas breves de mis jóvenes amigos Isidoro Flaumbaum, Hernán Rodríguez Campoamor y Gregorio Weinberg. De modo, pues, que Minerva no pudo cumplir su misión. Pero tuvo el mérito de publicar algunos artículos de buen nivel y de

³¹ Tal afirmación no nos es extraña, ya que la hemos comprobado en artículos contenidos en Revistas de Psicología donde se dice: “Hubo quienes fueron francamente racistas. Basten dos ejemplos: el psiquiatra Hermilio Valdizán estaba seguro de la degeneración del indio y su colega y discípulo Honorio Delgado simpatizaba con el nazismo”. En Artículos de Revisión ***Racismo, Seudociencia y Salud Pública en el Perú 1870-1950*** *Revista de Psicología* N° 11, 2009, pág. 126. sisbib.unmsm.edu.pe Revisado en fecha 15 de julio de 2015.

difundirlos por todo el continente, en una época en que no había otras revistas latinoamericanas de filosofía.

Luego nos dice el profesor BUNGE que: “En 1957, cuando ingresé en la Universidad de Buenos Aires como profesor de filosofía de la ciencia, no tuve sino un colega existencialista, un oscuro profesor adjunto de ética (disciplina imposible según Heidegger). Dado que algunos estudiantes querían saber qué era el existencialismo, dos años después ofrecí un seminario sobre el texto de Heidegger acerca de la verdad. Como corresponde, nos reuníamos en el subsuelo, *lo más cerca posible del infierno*. En ese seminario no aprendimos mucho, porque *Heidegger no transmitía conocimiento. Pero nos divertimos analizando algunas afirmaciones típicas del Oráculo de Freiburg –Friburgo–. Dos de ellas eran «La esencia de la verdad es la libertad» y «La esencia de la libertad es la verdad». De ellas se deduce que la verdad es idéntica a la esencia de su propia esencia. LAS TRES AFIRMACIONES NO SÓLO CARECEN DE SENTIDO, Y POR LO TANTO NO SON SIQUIERA FALSAS, SINO QUE SON ASOMBROSAS POR PROVENIR DE UN CONOCIDO SERVIL DE UN RÉGIMEN LIBERTICIDA, Y DE QUIEN JAMÁS SE OCUPÓ DE SOMETER SUS PROPIAS AFIRMACIONES A PRUEBA ALGUNA DE VERDAD.* En América Latina, hacia 1940, casi todos los intelectuales habían oído hablar del existencialismo, y en mi círculo sabíamos que *Heidegger había militado en el Partido Nacionalsocialista y había sido designado rector de la Universidad de Freiburg –Friburgo– por el propio Hitler. Incluso conocíamos, por un folleto del biólogo Julian Huxley, lo esencial del repugnante discurso inaugural de Heidegger.* En cambio, en Norteamérica nadie había oído hablar de Heidegger hasta que Jacques Derrida fue a la Universidad Yale en la década del 80. Y en Gran Bretaña se habló sobre maestro y discípulo sólo cuando la Universidad de Cambridge rehusó conferirle un doctorado honorario a Derrida por haber denigrado el diálogo racional, núcleo de la vida académica.

Así también, BUNGE se refiere a los seguidores de Heidegger, de los cuales indica: “Los discípulos de Heidegger que emigraron, en particular *Hannah*

Arendt, Hans Jonas, Herbert Marcuse, y Karl Löwith, no abjuraron explícitamente de las doctrinas de su maestro, pero se guardaron de mencionarlo en sus escritos. Herbert Marcuse fue el único de ellos que le pidió a su maestro que abjurase públicamente de su filonazismo, y el único que viró a la izquierda, lo que casi le costó su cátedra en la Universidad de California. Por el contrario, unos pocos filósofos que no fueron discípulos suyos *se han declarado existencialistas pese a que son inteligentes ya que en ninguno de sus escritos maduros encuentro rastros de esa doctrina.* No conozco sino tres casos de esta clase: **EL JOVEN FRANCISCO MIRÓ QUESADA CANTURIAS, BAS VAN FRAASSEN Y ROBERTO TORRETTI, TODOS ELLOS AHORA FILÓSOFOS ANALÍTICOS. ¿A QUÉ SE DEBERÁ LA FASCINACIÓN QUE INSPIRÓ ESE SINIESTRO CHARLATÁN? SUPONGO QUE, EN EL CASO DE LOS CORTOS DE INGENIO, SE DEBIÓ A QUE CONFUNDIERON OSCURIDAD CON PROFUNDIDAD, Y A QUE CREÍAN QUE TODO LO QUE EXPORTABA ALEMANIA ERA DE BUENA CALIDAD. Y EN EL CASO DE QUIENES NO ERAN INGENUOS NI MALVADOS, SU RESPETO POR GRAN CHARLATÁN SE DEBIÓ A QUE QUERÍAN HACER CARRERA O ESTAR A LA MODA. Creo que esto último vale para los discípulos alemanes de Heidegger, casi todos ellos judíos, pese a que su maestro era antisemita³².** Tal vez sea éste también el caso del último Husserl, ya que su escritura, nunca lúcida se hizo *más hermética que nunca después que su discípulo dilecto lo reemplazara en la cátedra de Freiburg.* En particular, su *Crisis de las ciencias europeas*, que redactó en 1936, tiene largos pasajes que parecen *salidos de un manicomio.* A Ortega y Gasset, lúcido y sobrio antes de asistir a un curso de Heidegger, *le ocurrió algo parecido durante unos pocos años.* En cambio, su discípulo José Ferrater Mora evolucionó al revés: *del existencialismo al racionalismo realista y materialista.* A propósito, antes de ser llamado a Freiburg, Heidegger se había presentado a concurso en Berlín, pero el

³² Aquí el profesor BUNGE, MARIO cita a WOLIN, RICHARD. 2001. *Heidegger's Children: Hannah Arendt, Karl Löwith, Hans Jonas, and Herbert Marcuse.* Princeton, N.J.: Princeton University Press.

jurado consideró que sus credenciales eran insuficientes. **ESTE FUE EL MOTIVO POR EL CUAL HEIDEGGER REDACTÓ SER Y TIEMPO, EL LIBRO QUE LO HIZO FAMOSO DE LA NOCHE A LA MAÑANA. ESTA TAREA LE INSUMIÓ MENOS DE UN AÑO, Y EL CUMPLIRLA LE VALIÓ LA CÁTEDRA.** Si la universidad alemana hubiera sobresalido en las humanidades tanto como en las ciencias, **Heidegger jamás hubiera pasado de ser «profesor extraordinario»** (o sea, de segunda categoría) y, por lo tanto, su palabra **jamás habría sido considerada sagrada.** En este caso, el empeño por hacer cumplir la regla **«PÚBLICA O PERECE» TUVO UNA CONSECUENCIA PERVERSA.**

Respecto de los motivos que suelen darse para leer a los existencialistas, BUNGE refiere: “Otra razón que suele darse para leer a los existencialistas es que Heidegger fue el discípulo predilecto, protegido y sucesor de Edmund Husserl, el fundador de la fenomenología. Esta escuela goza de prestigio porque es *la sucesora de la filosofía de Kant, la que reinó en las universidades alemanas durante varias décadas. Los textos de Husserl eran levemente menos oscuros que los de Heidegger,* y sus admiradores repetían su afirmación de que la fenomenología era una *«ciencia rigurosa»* aunque, al mismo tiempo, *«el polo opuesto» de la ciencia propiamente dicha,* ya que, lejos de estudiar la *realidad objetiva,* se centra en *el sujeto y en la palabra. Más aun, tanto la fenomenología como su sucesora son tan subjetivistas como el kantismo.*

Un aspecto importante sobre el cual es bastante ilustrativo el profesor BUNGE, es el que versa respecto de la cercanía al nazismo que tuvo Heidegger, sobre el cual narra: “Es sabido que Heidegger **FUE UN NAZI FERVOROSO Y AFILIADO AL PARTIDO DESDE EL ASCENSO DE HITLER AL PODER HASTA SU SUICIDIO.** A poco de subir al poder, *Hitler lo nombró rector de la Universidad de Freiburg,* donde había sucedido a su maestro, *Edmund Husserl.* Como informa su exalumno Víctor Farías³³, **HEIDEGGER INTENTÓ TRANSFORMAR LA UNIVERSIDAD EN UN**

³³ Aquí el profesor BUNGE, MARIO cita a FARÍAS, VÍCTOR. 1989. *Heidegger y el nazismo.* Madrid: Mario Muchnik.

CENTRO DE AGITACIÓN Y PROPAGANDA NAZIS. En su discurso inaugural hizo **UN ELOGIO SERVIL DEL NAZISMO Y DE LA NAZIFICACIÓN DE LAS UNIVERSIDADES ALEMANAS; EXPULSÓ A LOS DOCENTES Y ESTUDIANTES JUDÍOS; PRESIDÓ EL AUTO DE FE QUE SE CELEBRÓ EN LA PLAZA DE LA HERMOSA CATEDRAL DE PIEDRA ROJA; Y, PARA QUE NO SE SOSPECHASE QUE SU ADHESIÓN AL NAZISMO HABÍA SIDO OPORTUNISTA, EXALTÓ LA «GRANDEZA» DE ESTA DOCTRINA AL TERMINAR LA GUERRA** p. ej. en su Introducción a la Metafísica, de 1953 (p. 152 de la 5a edición). **Por estos motivos suele creerse que Heidegger fue un filósofo nazi. Esta creencia es falsa, y esto por dos motivos. EL PRIMERO ES QUE ESE DELINCUENTE CULTURAL (COMO LO LLAMÉ EN UNA CONFERENCIA QUE DI EN LA CAPITAL ALEMANA HACE CUATRO DÉCADAS) NO FUE UN FILÓSOFO PROPIAMENTE DICHO SINO UN ESCRIBIDOR, PARA EMPLEAR EL FELIZ TÉRMINO ACUÑADO POR VARGAS LLOSA. LOS FILÓSOFOS AUTÉNTICOS, AL IGUAL QUE LOS CIENTÍFICOS, SON PENSADORES, NO ESCRIBIDORES. SE DEVANAN LOS SESOS POR ENTENDER, POR ACLARAR DIFICULTADES, POR RESOLVER PROBLEMAS, POR CONSTRUIR TEORÍAS.** Por ejemplo, podrán decir un tanto crípticamente, como Aristóteles, que «*el tiempo es el número del movimiento*»; o, como Newton, que «*el tiempo fluye uniformemente*». Pero un pensador no repetirá la afirmación de Heidegger³⁴, de que el **tiempo «temporaliza» (zeitigt), paralela a su frase «el mundo mundeia» (weltet),** la que vale tanto como «*el movimiento se mueve*» o «*la vida vivifica*».

LA CLARIDAD ES CONDICIÓN NECESARIA DE LA FILOSOFÍA AUTÉNTICA, PORQUE SIN CLARIDAD NO SE SABE DE QUÉ SE ESTÁ HABLANDO NI QUÉ RAZONES O MOTIVOS HAY PARA AFIRMAR O RECHAZAR UNA TESIS. Ahora bien, la característica más obvia del existencialismo es su hermetismo. Baste recordar que Heidegger sostuvo

³⁴ Aquí el profesor BUNGE, MARIO cita a HEIDEGGER, MARTIN. 1987 [1953]. *Einführung in die Metaphysik*, 5a. ed. Tübingen: Max Niemeyer.

que «**EL SER ES ELLO MISMO**», y que «**LA ESENCIA DE LA LIBERTAD ES LA VERDAD**». **¿EN QUÉ DIFIEREN ESTAS ORACIONES DE «EL SER NO ES ELLO MISMO», Y «LA ESENCIA DE LA LIBERTAD ES LA MENTIRA»? NINGUNA DE ESTAS CUATRO ORACIONES TIENE SENTIDO. POR LO TANTO, NO SON VERDADERAS NI FALSAS.** Juzgue el lector por esta muestra de *Sein und Zeit* –Ser y Tiempo– (17a. ed., p. 87, traducción mía): «**En su familiaridad con la significación, el ser es la condición óptica de la posibilidad de la descubribilidad [Entdeckbarkeit] del ser, que se encuentra en la manera de ser del estado (disponibilidad) en un mundo, y puede conocerse así en un en sí.**» Admito desde ya que puede haber traducciones alternativas de esta ristra de palabras. **Lo que no admito es que unas puedan ser mejores que otras, ya que lo que carece de sentido es intraducible.**³⁵ **¿CÓMO TRADUCIR CORRECTAMENTE UN GEMIDO O UN LADRIDO? SE DIRÁ QUE ALGUNAS DE LAS ORACIONES QUE ESCRIBIÓ HEIDEGGER TIENEN SENTIDO. ES VERDAD, PERO ELLAS NO SON ORIGINALES NI PROFUNDAS: ALGUNAS DE ELLAS SON PEROGRULLADAS, OTRAS FALSAS, Y OTRAS TANTAS TONTERÍAS. EJEMPLO DE PEROGRULLADA: SU DEFINICIÓN DE «VELOCIDAD». EJEMPLO DE FALSEDAD: «LA CIENCIA NO PIENSA». EJEMPLO DE TONTERÍA: «YO**

³⁵ Se nos podría retrucar lo dicho anteriormente, respecto de nuestro parecer, sobre las traducciones de la obra *Ser y Tiempo* de **MARTIN HEIDEGGER**, y lo mencionado por el profesor **BUNGE**, cuya opinión pareciera descalificar la nuestra. Ello debido a que el profesor **BUNGE** en esta parte, refiere el hecho de que lo mal escrito o sinsentido (referido a la cuestión de fondo, es decir al sentido mismo de la obra), no puede traducirse de manera correcta; así el *Ser y el Tiempo* de **MARTIN HEIDEGGER**, a opinión suya se subsume en este supuesto. Sin embargo, nuestra opinión respecto de la traducción, de la cual realizamos una atingencia ilustrativa, fue con la finalidad de comparar la traducción hecha por **JOSÉ GAOS**, (de la cual se valió el profesor Fernández Sessarego en sus argumentos) criticada por nosotros, con la realizada por **JORGE EDUARDO RIVERA**, la cual a nuestro parecer resulta más fiel y acorde a lo escrito por **HEIDEGGER**.

Tal parecer nuestro se explica, en que la traducción de la obra *Ser y Tiempo* que realiza el profesor **JORGE EDUARDO RIVERA** es mucho mejor que la de **JOSÉ GAOS**, resultando ésta última anquilosada y rígida. Tal apreciación la realizamos no con el propósito de darle validez a lo escrito por **HEIDEGGER** en *Ser y Tiempo*, sino con el objeto de dar a conocer que lo traducido por Gaos, resultaba ininteligible al lector, lo cual causó al parecer el mal entendimiento del profesor Fernández Sessarego, al querer incluirlo como fundamento de las bases filosóficas de su teoría del proyecto de vida. Asimismo, reiteramos que la distinción que hicimos en cuanto a la traducciones, no estuvo dirigida ni tuvo la finalidad de darle validez al sinsentido que encuentra el profesor **BUNGE** en *Ser y Tiempo*, sino a mejorar y darle fidelidad a lo realmente escrito por **HEIDEGGER**, ello con la finalidad de generar la misma conclusión con una traducción fiel, lo cual enriquece tal conclusión dándole más peso investigativo.

Pues si bien, se puede leer cualquier traducción. Para descalificar una obra traducida, ésta debe ser lo más fiel posible a lo escrito en la obra en el idioma original; pues bien se pueden cometer crasos errores al creer que la traducción dice una cosa cuando el escrito original dice otra. Así la mejor recomendación es aprender el idioma o idiomas para no tener este tipo de inconvenientes, así reducimos el facilismo lingüístico que tanto mal le hace a las investigaciones que versan sobre temas serios.

SOY UN ENTE CUYA ESENCIA CONSISTE EN SER Y NADA MÁS QUE EN SER.»

Consideremos ahora el segundo motivo por el cual el nazismo no adoptó el existencialismo: **el existencialismo no servía mucho a la causa nazi, ya que no era triunfalista sino quejumbroso y necrófilo.** En efecto, Heidegger había heredado del primer existencialista, el teólogo y periodista **Søren Kierkegaard, la obsesión por «el miedo y el temblor», ajeno a los criminales de guerra.** La ideología nazi no hablaba de la angustia ante «la nada» (la muerte) sino de la exultación por el todo; **NI DEL «SER PARA LA MUERTE» SINO DEL SER PARA LA VICTORIA.** Los fascistas de todos los colores pretendían amaestrar a héroes, a superhombres gratos a Nietzsche, **no a quejosos paralizados por el miedo a la muerte. Y EL EXISTENCIALISMO ES UNA SEUDOFILOSOFÍA PARA FORMAR COBARDES INGENUOS, NO PARA ADIESTRAR COMBATIENTES ASTUTOS. NO EN VANO, EL SEUDOFILÓSOFO FAVORITO DE HITLER (Y DE HEIDEGGER) FUE EL PROTOFASCISTA NIETZSCHE, QUIEN EXALTÓ LA VIDA PELIGROSA, EL HEROÍSMO, LA VIOLENCIA Y EN PARTICULAR LA GUERRA³⁶.**

Es verdad que el existencialismo y su progenitora, la fenomenología, sirven al fascismo en que, al preconizar la superioridad de la intuición sobre la razón, y al rechazar la ciencia, desarman a la independencia de juicio y con ello contribuyen a formar súbditos crédulos, ignorantes y dóciles. **Pero esto no basta: el fascista ideal está dispuesto a combatir y a morir por su líder.** Recordemos la consigna del fascismo italiano: Creer, obedecer, combatir. Por este motivo, estoy en desacuerdo con Emmanuel Faye³⁷, profesor en la Universidad de Paris (Nanterre). En su libro reciente sobre Heidegger y el fascismo, Faye propone que se **expulse a ese personaje siniestro del panteón de los filósofos «por haber introducido el nazismo en la filosofía.»**

³⁶ Aquí el profesor BUNGE, MARIO cita a VACHER, LAURENT-MICHEL. 2004. *Le crépuscule d'une idole: Nietzsche et la pensée fasciste*. Montréal: Liber

³⁷ Aquí el profesor BUNGE, MARIO cita el libro de FAYE, EMMANUEL. 2005. *Heidegger, l'introduction du nazisme dans la philosophie*. Paris: Albin Michel.

EN LA FILOSOFÍA AUTÉNTICA NO HAY LUGAR PARA EL EXISTENCIALISMO, YA QUE ÉSTE CONSTITUYE UNA ESTAFA, PESE A QUE ENSALZA LA AUTENTICIDAD.

Sintética y fulminantemente el profesor BUNGE señala: “En resumen, aunque Heidegger fue un nazi tan entusiasta como servil, **NO FUE UN FILÓSOFO AUTÉNTICO, Y SU SEUDOFILOSOFÍA NO SERVÍA A LOS FINES DEL NAZISMO PORQUE ERA UN DISCURSO INCOMPRENSIBLE Y GIMOTEADOR.** Las hordas nazis necesitaban consignas fáciles, tales como «Sangre y tierra», «Tú eres nada, tu pueblo [Volk] lo es todo», y «El judío domina al mundo», «¡Mueran los judíos y los bolcheviques!», y «¡La vida por el Führer!». **HEIDEGGER APROBÓ ESTAS CONSIGNAS ESTÚPIDAS Y CRIMINALES, PERO NO LAS INVENTÓ. SU ÚNICA INVENCIÓN FUE ESCRIBIR DISPARATES EN UN ESTILO TAN BARROCO, QUE HIZO CREER A MUCHOS INGENUOS QUE ERA UN GRAN FILÓSOFO, CUANDO DE HECHO NI SIQUIERA FUE UN FILÓSOFO DE TANTOS. FUE UN SEUDOFILÓSOFO Y UN DELINCUENTE POR PARTIDA DOBLE: POR SIMULAR SER FILÓSOFO Y POR HACER LA APOLOGÍA DEL NAZISMO.**

Los hijos espirituales de Heidegger no superaron a su maestro, **NI SIQUIERA EN ACROBACIA VERBAL.** Lo imitaron en abstenerse de tratar lúcidamente problemas filosóficos. Ignoraron el dicho de Henri Bergson, «**LA CLARIDAD ES LA CORTESÍA DEL FILÓSOFO**». PERO SUPIERON QUE, CUANDO SE CARECE DE BUENAS IDEAS, EN LAS MALAS UNIVERSIDADES SE PUEDE HACER CARRERA ESCRIBIENDO EN DIFÍCIL, PORQUE SIEMPRE HAY QUIENES CONFUNDEN OSCURIDAD CON PROFUNDIDAD. HAY INCLUSO INGENUOS QUE CREEN QUE ESO ES «PENSAMIENTO ALTERNATIVO», O SEA, DISIDENTE, CUANDO DE HECHO ES UNA ALTERNATIVA AL PENSAMIENTO.

No nos cabe adicionar, respecto del ácido como real pensamiento del profesor BUNGE en lo referente al existencialismo.

Si bien sus palabras son duras, tal vez por falta de costumbre de algunos, en lo que respecta a escuchar la verdad, lo dicho no es sólo lo sucedido en el contexto histórico, sino lo real y trágico del devenir existencialista.

A nuestro parecer resulta no recomendable usar los fundamentos pseudofilosóficos del existencialismo.

Más aún, cuando se pretenda defender a la persona y a la justicia e igualdad entre ellas. Los argumentos del existencialismo sólo magnificaron el individualismo, egoísmo, solipsismo e indiferencia al conflicto de clases, y no contribuyeron en el hecho de tomar consciencia, de que en la realidad cotidiana peruana, las posibilidades y opciones nos son diferentes por cuestiones ajenas a nosotros, los cuales sólo son atribuibles a las circunstancias, propias del indeterminismo, y en cuya realidad no tiene cabida darle aliento al proyecto de vida, y mucho menos querer introducirlo al Derecho.

Tal teoría del proyecto de vida tiene un tufillo “elitista”, partiendo de los propios ejemplos del autor. El pianista, el jugador de fútbol, o el bailarín o bailarina de ballet, nos parecen profesiones a las cuales muy pocos tienen acceso, debido a las circunstancias desfavorables en las cuales a la mayoría les ha tocado vivir, y peor aún haciendo diferencias entre pianistas, futbolistas y bailarines, encontrando ahí otro despropósito que no genera convicción respecto de la teoría, sino por el contrario, duda, respecto de lo injusta y discriminatoria que resultaría aplicar esas diferencias al momento de intentar resarcir el proyecto de vida dañado, obviamente irresarcible.

Somos de la idea que éste es uno de los casos en que la filosofía rompe el contacto con el Derecho, pues a pesar de que son ideas, por cierto nada plausibles, no contribuyen en nada al desarrollo del pensamiento filosófico ni jurídico, y mucho menos sirven de base filosófica para sustentar una figura cuyo propósito era defender a la persona y no discriminarla como evidentemente lo haría; lo cual inevitablemente resulta siendo un concepto sinsentido y absurdo.

¿En este caso se podría hablar de un abuso de la filosofía para con el Derecho? Creemos que no. Más bien consideramos que el abuso se está

realizando por parte de algunos “estudiosos” del Derecho, quienes con la filosofía o lo que entienden de ella, pretenden y tienen el propósito de atrofiar y desviar la atención de los verdaderos problemas que tiene nuestro sistema de responsabilidad civil, finalidad por demás condenable, del cual damos cuenta en este punto.

1.3. Personalismo: Mounier y Zubiri

1.3.1. Emmanuel Mounier

Respecto del personalismo podemos apuntar que éste nace en Francia, a comienzos de los años treinta por la reflexión teórica de EMMANUEL MOUNIER, fundador de la Revista “Esprit” cuyo primer número salió en Octubre de 1932.

La idea principal del pensamiento personalista es la *persona*. El personalismo se impone como una protesta contra “su avanzada putrefacción” y por “el colapso de su estructura agusanada”, proyecta una salida de la crisis, mediante una “revolución personalista comunitaria” fundada sobre la fe cristiana aceptada por encima de todas las reservas y vivida sin concesiones.

MOUNIER en su ensayo *El personalismo y la revolución del siglo XX*, estableció algunas reglas de la estrategia personalista, entre ellas nos señala que *el sentido de la libertad y de lo real exigen que en la búsqueda se esté libre de todo a priori doctrinario y se esté positivamente dispuestos a todo, aun a cambiar de dirección, por permanecer fieles a la realidad y al propio espíritu*. Así también nos dice *la compacta solidificación del desorden en el mundo contemporáneo ha llevado a algunos personalistas a definirse como revolucionarios (...), el sentido de la continuidad histórica nos impide aceptar el mito de la revolución como “tabula rasa”, porque una revolución es siempre una crisis patológica, que no lleva automáticamente a una solución*.

Para MOUNIER, la persona está encarnada en un cuerpo e inmersa en la historia, por naturaleza es comunitaria. Y, sin embargo, ella no es objetivable, no puede ser aprisionada por ninguna definición, ninguna descripción puede revelarla en su integridad: *Mi persona* –escribe

MOUNIER– *no coincide con mi personalidad*. Ella está más allá del tiempo, es una unidad *dada*, no constituida, más amplia que las visiones que tengo de ella, más íntima que las reconstrucciones intentadas por mí.

Así la *vocación, encarnación y comunión son las tres dimensiones de la persona*. El hombre debe meditar en *la propia vocación, sobre su lugar, sobre sus deberes en la comunión universal*. Por otra parte, la persona está siempre encarnada en un cuerpo y situada en concretas situaciones históricas y por consiguiente **“el problema no está en evadirse de la vida sensible y particular, que se desenvuelve entre las cosas, dentro de una sociedad limitada, mediante los acontecimientos, sino en transfigurarla”**. Además, **la persona no se alcanza a sí misma sino entregándose a la comunidad superior, que llama e integra a las personas individuales**. De ahí resulta, dice MOUNIER, que los tres ejercicios esenciales para llegar a la formación de la persona, son: “La meditación para la búsqueda de mi vocación; el compromiso, la adhesión a una obra que es reconocimiento de la propia encarnación; la renuncia a sí mismo, que es la iniciación a la donación de sí y de la vida a los demás”. Si la persona falta a uno de estos tres ejercicios esenciales, ella, para MOUNIER, está condenada al fracaso”³⁸.

Vertido lo anterior MOUNIER propugna su nueva sociedad, la cual pone en el vértice de la sociabilidad a la sociedad personalista, fundada sobre el amor que se realiza en la *comunión*, cuando la persona **“TOMA SOBRE SÍ, ASUME EL DESTINO, EL SUFRIMIENTO Y EL GOZO, EL DEBER HACIA LOS OTROS”**.

Así MOUNIER ve en el individualismo el peor enemigo del personalismo: el capitalismo es la metafísica de la primacía del lucro, es “una subversión total del orden económico”. Pero MOUNIER tampoco cede a las sirenas del marxismo, porque: a) el marxismo es otro tipo de capitalismo, capitalismo de Estado. b) el marxismo exalta al hombre colectivo y anula a la persona. c) el marxismo ha llevado a regímenes totalitarios.

³⁸ Aquí se cita a MOUNIER EMMANUEL, *Revolución personalista y comunitaria*, pág. 213.

MOUNIER, concluyentemente tiende hacia una sociedad nueva: ***UNA SOCIEDAD PERSONALISTA EN LA CUAL LA PERSONA “SEA RESPONSABLE DE SÍ MISMA, ASUMA SU DESTINO, EL SUFRIMIENTO Y LA ALEGRÍA, EL DEBER HACIA LOS OTROS”.***

De lo escrito, es claro el pensamiento del filósofo francés, y a nuestro parecer es la expresión del existencialismo católico o si se prefiere del inconformismo religioso. El «personalismo» no propugna una filosofía de la historia, ni una antropología, ni una teoría política, sino que se tiene a sí mismo por un movimiento de acción social de tipo cristiano que une fuertes elementos comunitarios con la reflexión conceptual de raíz teológica sobre el sentido trascendente de la vida. De ahí que a los personalistas no les guste considerarse como militantes de un sistema o de una “ideología”, sino que asumen el personalismo como una “orientación” de la vida en sentido comunitario.

Así el «personalismo» consiste, más que en una teoría cerrada, en una “matriz filosófica” cristiana, o una tendencia de pensamiento dentro de la cual son posibles matices muy diversos pero que tiene en común asumir la perspectiva creyente y la condición dialógica de la persona, es decir, la apuesta por el diálogo comunitario, como condición que hace posible la filosofía.

En sus textos los argumentos, de algunos personalistas contra una definición, o cuasi definición, de la persona, son tan caprichosos como retóricos.

Para muchos personalistas, pedir una definición de la persona es pedir un imposible. La persona –dicen rotundamente– no se define y no puede ser definida. Todo lo resuelven diciendo que la persona es un «quién» y no un «qué» y que las definiciones son la respuesta a la pregunta por el «qué» de una cosa. Debe reconocerse que la distinción de fallas entre «qué» y «quién» suena seductoramente, pero aunque lamento estropear una expresión con esta ingeniosa fuerza retórica, es necesario decir que nada puede ser un «quién» sin que sea un «qué». No hay «quién» sin «qué». ¿O ni tan siquiera hay un «qué» del ser un «quién»? Las palabras son frágiles.

Al fin y al cabo, sin tener el «qué» de hombre, nadie ni nada puede ser un «quién» humano (ni sin tener el «qué» de Dios puede Dios ser un «quién» divino, o tres divinos «quiénes»).

El hecho de que los personalistas frecuentemente apelen a los sentimientos y a la afectividad frente a la racionalidad tiene su coherente prolongación en que los escritos personalistas acaben siendo más propuestas morales y programas sociales que análisis teóricos. Se diría que los personalistas tienen un cierto déficit especulativo y de fundamentación. Algunos rechazan la metafísica y no quieren saber nada (de hecho, algunos no saben absolutamente nada) de lógica ni de filosofía de la naturaleza. Se encuentran a su sabor hablando de lo que el hombre (perdón: la persona) debe hacer, sin haber determinado suficientemente qué es esa persona. Con esta actitud, los personalistas acaban siendo más bien predicadores, o agitadores sociales, o altos dirigentes de la historia, que pensadores. (ESCANDELL CUCARELA³⁹)

Así, en resumidas cuentas nos adherimos a lo referido por ESCANDELL respecto del personalismo de MOUNIER, quien nos dice: *“el personalismo no constituye, por todo ello, una verdadera nueva vía para el pensamiento. Su pretendida originalidad lo es al precio de malbaratar, por prurito de eficacia y de modernidad, el sólido y riguroso pensamiento que nos ha precedido (incluido el moderno).*

El ser humano tiene una dignidad según la cual es más valioso que cualquier otra realidad física.

“Pero el ser humano, la persona humana, no es dueño absoluto ni del mundo ni de sí mismo. El hombre no es un ser autónomo que pueda hacer con su vida, y con el mundo, lo que le venga en gana. Cada hombre es sólo administrador del mundo, pastor y cuidador de la realidad infrahumana; y tampoco puede disponer de sí mismo en un sentido absoluto y tota”l. Sin reducirse a ser un ser para la muerte, ni un ser destinado a disolverse en la sociedad o

³⁹ Anotaciones críticas sobre el personalismo, en la revista electrónica **ARBIL**, INSTITUTO DE HUMANIDAD ANGEL AYALA, CEU MADRID. (http://www.iespana.es/revista_arbil/revista.htm), nº 61. La consulta se realizó el 23 de Julio de 2015.

en la historia, tampoco el hombre es más que una criatura, cuya plena realización no se encuentra sino en Dios, que es –Él sí– el Señor de la historia.

En este sentido, el personalismo olvida que el hombre también es medio y no sólo y únicamente fin: medio de Dios para la realización de «su» historia”.

1.3.2. Xavier Zubiri

En diversos artículos, en su mayoría de origen español encontramos posiciones que generan duda respecto de la inclinación filosófica de ZUBIRI. Algunos creen que su pensamiento no se encuentra estrictamente ligado a una determinada corriente filosófica, otros lo adhieren al personalismo por lo contenido en sus obras.

Sin embargo, lo que nos interesa conocer es el contenido de su pensamiento y si realmente los fundamentos tomados de su obra, por el profesor Fernández Sessarego, de su obra *Naturaleza, Historia, Dios*, concuerdan y son en sí fundamentos que propugnan el proyecto de vida como bien o interés merecedor de tutela.

Al respecto, sucinta y claramente ZUBIRI nos dice:

*“Gracias al pensar, posee el hombre una irreductible condición ontológica: no forma parte de la naturaleza, sino que está a distancia de ella, tanto de la naturaleza física como de su propia naturaleza psicofísica. **Esta condición ontológica de su ser es lo que llamamos libertad. La libertad es la situación ontológica de quien existe desde el “ser”.** No quiere esto decir que todos los actos del hombre sean libres, **sino que el hombre es libre.** Y sólo quien es así radicalmente libre puede incluso verse privado de libertad, en muchos, tal vez en la mayoría, de sus actos. **De aquí la singular condición en que se encuentra el hombre para realizar su vida. Nuestros proyectos veíamos se apoyan en lo que las cosas son”;** **instancias y recursos constituyen, en cambio, el orbe de “lo que hay”.***

*Como recursos, las cosas y la propia naturaleza humana **no son simples potencias que capacitan, sino posibilidades que permiten obrar.** Todavía decimos, en lenguaje vulgar, que un hombre rico tiene “muchos*

posibles". *Toda potencia humana ejecuta sus actos contando con ciertas posibilidades. Estas posibilidades no se constituyen en un puro acto de pensamiento. El pensar mismo no funciona sino en el trato efectivo con las cosas y adopta la forma de un tanteo entre ellas. Descubre posibilidades, tropieza con resistencias que le fuerzan a modificar sus ideas acerca de lo que son las cosas y, por tanto, sus proyectos. El trato con las cosas circunscribe y modifica el área de las posibilidades que el hombre descubre en ellas. Es el contenido objetivo de lo que llamamos "situación" los "recursos" de que el hombre dispone no se hallan solamente en sí mismo, sino también en las cosas.*

Las cosas mismas, pues, ofrecen en vario grado, e independientemente de las vicisitudes humanas, unas posibilidades que pueden variar de unos momentos a otros. La materia misma, por su propia estructura física, puede ofrecer o sustraer posibilidades al hombre. Lo que somos hoy en nuestro presente es el conjunto de las posibilidades que poseemos por el hecho de lo que fuimos ayer. El pasado sobrevive bajo forma de estar posibilitando el presente, bajo forma de posibilidad. El pasado, pues, se conserva y se pierde.

Pero vemos entonces que todo el gran fallo de la filosofía de la historia, en el siglo XIX, consiste en suponer que el acontecer histórico es producción o destrucción de realidades. Frente a ello es menester afirmar enérgicamente que lo que en las acciones humanas hay, no de natural, sino de histórico, es, por el contrario, la actualización, el alumbramiento u obturación de puras posibilidades. Si se quiere hablar de dialéctica histórica, habrá que convenir en que es una dialéctica de posibilidades. Y esto se ve con claridad aún mayor considerando el problema del futuro. ¿QUÉ ES SER FUTURO? SI SE ME PREGUNTA LO QUE VOY A HACER A LAS SIETE DE LA TARDE, LA PREGUNTA TIENE SENTIDO PERFECTO. ME ASALTA CIERTAMENTE LA DUDA DE SI VIVIRÉ EN ESA HORA O DE SI LAS CIRCUNSTANCIAS ME PERMITIRÁN HACER LO QUE PROYECTO. PERO NO HAY DUDA DE QUE PUEDO PROYECTAR Y, POR TANTO, DE QUE PUEDO RESPONDER UNÍVOCAMENTE A LA CUESTIÓN. SI SE ME

PREGUNTA, EN CAMBIO, QUÉ VOY A HACER A LAS SIETE DE LA TARDE DEL 29 DE AGOSTO DE 1953, NO PUEDO RESPONDER. PERO MI PERPLEJIDAD ES MÁS HONDA QUE EN EL CASO ANTERIOR. NO ES QUE NO ESTÉ SEGURO DE QUE PUEDA HACER LO QUE QUIERA: ES QUE NO TIENE SENTIDO PROYECTAR PARA ESA FECHA. PUEDO FINGIR UN PROYECTO: SERÁ UN DESEO O UNA VELEIDAD. NO PUEDO TOMARLO EN SERIO; NO ES UNA VOLUNTAD. ¿POR QUÉ? LA COSA ES CLARA. EL HACER DE CUALQUIER MOMENTO NECESITA CONTAR CON CIERTAS POSIBILIDADES. AHORA BIEN: YO TENGO YA, MÁS O MENOS, LAS POSIBILIDADES DESDE LAS QUE VOY A ACTUAR DENTRO DE DOS HORAS. PERO NO TENGO EN MIS MANOS LAS POSIBILIDADES CON QUE ACTUARÉ DENTRO DE ONCE AÑOS. LAS POSIBILIDADES, EN EFECTO, SE VAN ALUMBRANDO Y OBTURANDO EN LA EJECUCIÓN REAL Y EFECTIVA DE NUESTROS ACTOS. CON LAS POSIBILIDADES CON QUE AHORA CUENTO ACTUARÉ DENTRO DE DOS HORAS: ENTONCES, A RESULTAS DE MI ACCIÓN, EL CUADRO DE POSIBILIDADES DE QUE DISPONGA SERÁ DISTINTO. HABRÉ DE ELEGIR ENTRE ELLAS, Y ESTA ELECCIÓN DETERMINARÁ EL CUADRO DE POSIBILIDADES DE LAS HORAS ULTERIORES. COMO ESTE SISTEMA DE ACCIONES SELECTIVAS NO ESTÁ PREFIJADO, NO LO ESTÁ TAMPOCO EL DE LAS POSIBILIDADES CON QUE CONTARÉ DENTRO DE ONCE AÑOS. PARA QUE PUEDA HABLARSE CON SERIEDAD DE UN FUTURO, NO BASTA LLAMAR ASÍ A TODO CUANTO AÚN NO ES, AUNQUE SE TENGA POTENCIA FÍSICA PARA REALIZARLO. SÓLO ES FUTURO AQUELLO QUE AÚN NO ES, PERO PARA CUYA REALIDAD ESTÁN YA ACTUALMENTE DADAS EN UN PRESENTE TODAS SUS POSIBILIDADES. LO QUE NO EXISTE AÚN, Y RESPECTO DE LO CUAL TAMPOCO EXISTEN SUS CONCRETAS POSIBILIDADES, NO ES, PROPIAMENTE HABLANDO, FUTURO. EL FUTURO ES ALGO CON QUE, A MI MODO, PUEDO CONTAR.” (Zubiri 1974)

La historia no es un simple hacer, ni es tampoco un mero “estar pudiendo”: es, en rigor, “hacer un poder”. La razón del acontecer nos sumerge en el abismo ontológico de una realidad, la humana, fuente no sólo de sus actos, sino de sus posibilidades mismas. Ello es lo que hace del hombre, en frase de Leibniz, un petit Dieu⁴⁰.”

Con lo dicho por ZUBIRI confirmamos que tanto las decisiones como las posibilidades no están prefijadas, y que los proyectos son meras veleidades cuando se pretende creer en posibilidades inexistentes aún, y de cuyo cambio no tenemos certeza.

II. EL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA EN EL TERCER PLENO CASATORIO, LA CORTE INTERCAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2.1. Tercer Pleno Casatorio

Según la convocatoria publicada el 3 de diciembre en El Peruano, el objeto del mismo era superar las contradicciones existentes en la solución de los casos de divorcio por la causal de separación de hecho, específicamente, en lo referido “a la naturaleza jurídica del tema indemnizatorio” previsto en el artículo 345-A del Código Civil (CC) y, además, “determinar si procede fijar la indemnización de oficio o sólo a petición de parte.”

La causa que fue objeto de la vista fue la 4664-2010 de Puno, y el tema materia del recurso fue la indemnización fijada a favor del cónyuge perjudicado. Es importante subrayar que la audiencia se llevó a cabo con una nueva metodología.

Intervinieron los señores jueces supremos titulares Almenara Bryson, quien la presidió, Ticona Postigo y De Valdivia Cano; y, los señores jueces supremos provisionales Caroajulca Bustamante, León Ramírez, Vinatea Medina, Álvarez López, Palomino García, Miranda Molina y Aranda Rodríguez, quienes son magistrados civiles integrantes de Salas Supremas Civiles. Valga la ocasión para llamar la atención sobre este aspecto de la organización judicial, pues, el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), al

⁴⁰ *Un pequeño Dios.*

nombrar a los jueces supremos titulares, no precisa la especialidad que les corresponde, lo que nos parece una omisión incompatible con la garantía de juez natural que proclama la Constitución. Esta falta de reconocimiento causa, entre otras situaciones, que al inicio de cada año judicial los jueces supremos aparezcan integrando colegiados jurisdiccionales cuya competencia puede ser ajena a la especialidad que cultivan. Esto explicaría que reconocidos jueces especializados en Civil no hayan participado en este pleno, como es el caso de los señores Vásquez Cortez y Távara Córdova, quienes actualmente integran la Sala Constitucional Permanente (PODER JUDICIAL, 2010).

Al margen de la situación precedente y volviendo a lo que nos interesa, se tuvo el informe del abogado de la parte demandante, quien, lamentablemente, no aportó nada importante al debate. El pleno convocó a dos “Amicus Curiae”, especialistas en la materia controvertida, para que expusieran sus tesis académicas y aportaran luces a la discusión. Excelente iniciativa que rindió extraordinarios frutos, pues, los doctores Alex Plácido y Leysser León sustentaron sus respectivos puntos de vista con brillo y enjundia académica.

Alex Plácido fue el primero en intervenir, quién respecto del punto sobre el proyecto de vida, presuntamente matrimonial, indicó: La configuración legal determina que el daño al proyecto de vida matrimonial no tenga autonomía en sí mismo, por lo que no es compensable; en todo caso, se le debe considerar comprendido en la noción amplia de daño moral. Para determinar su cuantía deberá valorarse la personalidad de la víctima y la intensidad de la afectación. Absolviendo las preguntas del juez supremo Ticona Postigo, agregó que el Art. 345-A hace referencia a una indemnización económica y el Art. 351 al daño moral, pero que no se debe hacer uso de la tesis de indemnización por la frustración del proyecto de vida como argumento para conceder una indemnización (JUDICIAL, 2010).

Por su parte, el profesor Leysser León presentó la siguiente tesis: Que el estudio de la jurisprudencia nacional demuestra que en esta materia existen

graves errores, a saber: [...] (d) Autoriza a conceder resarcimientos, entre ellos, el del “proyecto de vida matrimonial”.

Esos graves errores deben ser subsanados a partir de las siguientes comprobaciones: [...] (e) Los proyectos de vida existen, pero son irrelevantes jurídicamente. El proyecto de vida matrimonial no es resarcible, pues, por ejemplo, no puede ser cuantificado para efectos de la suscripción de un contrato de seguro y, además, propicia interpretaciones discriminatorias en su cuantificación. En definitiva, el “daño al proyecto de vida” es sólo un argumento para inflar los resarcimientos.

Con esta intervención se dio por cerrada la audiencia pública. Muy importante fue la coincidencia en descartar el argumento de la “frustración del proyecto de vida” como base de la indemnización.

Pues bien los pasajes más importantes nos dan cuenta de que la nueva jurisprudencia de la CIDH y el Tercer Pleno Casatorio bastan y sobran para terminar un expediente retórico que urge liquidar. Así reiteramos lo aspectos más importantes que relatan y fundan nuestra posición.

En el considerando 69, el cual señala:

“También algunos autores, como Carlos Fernández Sessarego, sostienen que el daño al “proyecto de vida” estaría comprendido dentro del daño a la persona, sería el daño más grave a la persona; que tal proyecto de vida se sustenta en la libertad y en la temporalidad del ser humano”.

Asimismo, se hace mención a los criterios adoptados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el Caso peruano Loayza Tamayo María E., cuyo presunto daño al proyecto de vida, NO FUE INDEMNIZADO, y debido a ello, se manifiesta textualmente en el Tercer Pleno Casatorio, el siguiente argumento:

“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” (PODER JUDICIAL,

SENTENCIA DICTADA EN EL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL).

De igual forma el Juez Oliver Jackman, en el mismo caso, con carácter más reflexivo y analítico expresó 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”.

En el considerando 70 se manifiesta:

“[...] la aplicación del concepto de proyecto de vida –y por extensión el de proyecto de vida matrimonial– a los efectos de la indemnización en el divorcio sanción y en el divorcio remedio, resulta muy discutible, con poco desarrollo en la doctrina y en la jurisprudencia, como lo reconoce la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, 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”.

De lo vertido qué duda cabe, el notorio y expreso rechazo por parte de la Corte Suprema a este tipo de criterios, que se pretenden incluir y constreñir su encuadre para formar un criterio de resarcimiento en la indemnización, el cual evidentemente no es posible.

El aspecto que nos llama la atención es el que se encuentra en el considerando 70 en el cual se dice:

“En cambio, para otras áreas del derecho de daños, como el de la responsabilidad civil extracontractual podría analizarse la posibilidad de su aplicación razonable en ciertos casos específicos y sobre todo acreditándose la concurrencia del nexa causal entre el hecho y el daño concreto imputado” (PODER JUDICIAL, SENTENCIA DICTADA EN EL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL).

Somos de la opinión, que en esta segunda parte del argumento se intenta deslindar el derecho de familia del derecho de la responsabilidad civil, dejando entrever que cabe la posibilidad de aplicar el daño al proyecto de vida como criterio contenido en la indemnización y por ende pasible de resarcimiento en la responsabilidad civil extracontractual, empero, consideramos que los magistrados de la Corte Suprema no fueron conscientes de que tal opinión no tiene asidero ni en el derecho de familia ni en la responsabilidad civil, por las razones expuestas por ellos mismos en la primera parte del considerando en mención.

Este es el resultado del Tercer Pleno Casatorio, pleno de obligatorio cumplimiento, que si bien descalifica al daño al proyecto de vida de manera contundente, le abre la puerta y la lanza a la cancha de la responsabilidad civil. Por lo cual es menester nuestro dar cuenta de los peligros a los que se expone la responsabilidad civil en el derecho peruano al intentar darle cabida a este tipo de espejismos.

2.2. Corte Interamericana de Derechos Humanos

En esta parte, analizaremos el caso emblemático ventilado en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante, CIDH, el cual se ha citado y tomado en cuenta en todas las sentencias posteriores a ésta, que fueron algunas pocas. En dicha sentencia aparece un intento fallido de resarcimiento del proyecto de vida, así como una confusión en cuanto a lo que se quiere resarcir, el cual, también ha fungido de logro, del que se han valido su autor, el profesor Fernández Sessarego y sus seguidores, para en

cuanto artículo, ensayo o estudio señalar el triunfo del proyecto de vida y su consagración en las sentencias de la CIDH, el cual según ellos captó con lúcida rapidez el novísimo concepto (FERNÁNDEZ SESSAREGO, 2009).

También se ha hecho alusión al acogimiento del proyecto de vida como un daño pasible de resarcimiento en una corte supranacional y en donde se ventilan casos de derechos humanos, y se ha intentado indicar que no era posible que las cortes nacionales peruanas no lo acogieran. Se dijo que debían usarse las formas de indemnizar que adoptaron los jueces de la CIDH en la práctica de la judicatura peruana.

Tales afirmaciones conllevaron a un equívoco mayor, éste fue la derrota en el análisis y reflexión crítica, sobre el proyecto de vida, ello por parte del juzgador peruano, del estudioso serio y de la comunidad jurídica en general. Sin embargo, en esta parte analizaremos lo hecho por la CIDH respecto del “logro” en cuanto al resarcimiento del proyecto de vida.

2.2.1. Caso Loayza Tamayo

El primer y emblemático caso en el que se observó al proyecto de vida como criterio indemnizatorio en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), fue en el caso María Elena Loayza Tamayo (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS).

Los hechos del presente caso se contextualizan en una época donde existió una práctica generalizada de tratos crueles, inhumanos y degradantes con motivo de las investigaciones criminales por delitos de traición a la patria y terrorismo. El 6 de febrero de 1993 María Elena Loayza Tamayo, profesora universitaria, fue detenida por miembros de la División Nacional contra el Terrorismo (DINCOTE) en un inmueble ubicado en el Distrito Los Olivos, en la ciudad de Lima. La detención se produjo en base a su presunta colaboración con el grupo armado Sendero Luminoso.

María Elena Loayza Tamayo fue llevada al centro de la DINCOTE donde estuvo incomunicada e imposibilitada de presentar un recurso judicial para cuestionar su detención. Luego de eso, ella fue exhibida como terrorista públicamente a través de medios de comunicación con un traje a rayas. Luego de ello fue procesada y posteriormente absuelta por el delito de

traición a la patria en el fuero militar. Seguidamente fue procesada en el fuero ordinario por el delito de terrorismo y fue condenada a 20 años de pena privativa de la libertad.

La fecha de presentación de la petición se da en fecha 6 de mayo de 1993 y el informe de fondo se realiza en fecha 26 de setiembre de 1994.

Luego de ello, se emite la sentencia en fecha 17 de Setiembre de 1997, documento materia de análisis. Así respecto a los fundamentos más resaltantes, realizamos un análisis crítico a lo realizado por la CIDH, en el Caso Loayza Tamayo.

De esta forma damos cuenta que en la sentencia emitida por la CIDH, en su fundamento 144, se dijo que:

*“la víctima solicitó a la Corte pronunciarse sobre la indemnización que pudiera corresponderle bajo el concepto de daños al “proyecto de vida”. Respecto de ello, en su fundamento 147, la CIDH indica que “en lo que respecta a la reclamación de daño al “proyecto de vida”, conviene manifestar que este concepto ha sido materia de análisis por parte de la doctrina y la jurisprudencia recientes”. Nos dice que “se trata de una noción distinta del “daño emergente” y el “lucro cesante”. Empero **“el denominado “proyecto de vida” atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas”.***

La CIDH considera evidentemente que el llamado daño al proyecto de vida no correspondería al ámbito del resarcimiento patrimonial, diferenciándolo del daño emergente y el lucro, sin embargo por error, tácitamente lo ubica por negación en el ámbito extrapatrimonial. Continúa indicando que el proyecto de vida atiende a la realización integral de la persona afectada, vale decir, debería ello estar dirigido a que se le puedan brindar las mismas oportunidades que a cualquier otra persona para poder desenvolverse de la mejor forma y con ello conseguir su realización personal en distintos aspectos. Pero al parecer no es ésta la forma de interpretación de la CIDH sino más bien se adhieren a la manera de pensar que el profesor Fernández

Sessarego prodiga, pues también mencionan a la vocación, las aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, **siendo las aptitudes, circunstancias y potencialidades condicionantes para la realización de la vocación y las aspiraciones**. Adicional a esto se dice que éstas permitirían fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas, sin embargo tal razonamiento no pasa de ser un bello ideal teórico. Ello, debido a que la realización de las aspiraciones y la realización de la vocación, son en la realidad peruana un sueño del que pocos disfrutan. La aún diferencia de clases sociales, la pobreza extrema y las necesidades sociales en general, hacen que ésta retórica se disuelva y se torne injusta. Pues solo aquellas personas en circunstancias favorables y posibilidades, más económicas que sociales podrán aspirar a la realización de su vocación o proyecto de vida principal, como inútilmente se clasifica la aspiración.

La CIDH, en su fundamento 148, continúa diciendo *“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, las opciones 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. 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”*. Se vuelve a hacer hincapié en las opciones que el sujeto “puede” tener, pero que empero, “debe” tener, pues, será por medio de éstas que la persona **intentará** alcanzar su destino. De igual forma se dice que su menoscabo implica una reducción de la libertad de la persona. Pero nos preguntamos ¿de la libertad de cumplir un ideal, sueño o aspiración? Al parecer la CIDH, le asigna peligrosamente un valor a la probabilidad de un destino constantemente modificable. La CIDH al igual que el profesor Fernández Sessarego cree que todos los peruanos tenemos un proyecto de vida, lo cual es cierto hasta cierto punto, sin embargo el problema estriba en que las opciones, posibilidades y circunstancias

apropiadas para su cumplimiento, les son ajenas a la mayoría de peruanos, ello en base a ningún libro, ensayo o estudio, sino en la mera realidad del cotidiano vivir.

Así, de acuerdo al razonamiento de la CIDH y el profesor sanmarquino, la mayoría de peruanos no somos libres, pues carecemos de opciones que nos hagan libres, **si eso implicaría ser libre claro está.**

Es en el fundamento 149 en el que la CIDH profundiza y dice que *“en el caso que se examina, no se trata de un resultado seguro, que haya de presentarse necesariamente, sino de una situación probable --no meramente posible-- dentro del natural y previsible desenvolvimiento del sujeto, que resulta interrumpido y contrariado por hechos violatorios de sus derechos humanos. 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”.*

De lo descrito la CIDH indica que no será un resultado **“SEGURO”**, **¡sino de una situación probable!** Nos causa admiración que la CIDH, pueda manifestar tal afirmación. Nuestra perplejidad se funda en que se pretende la protección y amparo de la “libertad” manifestada en una aspiración que probabilísticamente puede darse o no para la persona, el cual a causa de un daño pueda frustrarse, menoscabarse o retardarse. No conocemos sistema matemático alguno que pueda decirnos cuando un proyecto probabilísticamente en un futuro podría realizarse, y si es que la persona en el transcurso de su vida probabilísticamente no lo cambiaría por otro proyecto. En la segunda parte se hace mención a que por causa del daño se cambia drásticamente la vida del dañado y se imponen circunstancias nuevas y adversas, sin embargo los cambios que se originan a causa del daño podrán ser peores o mejores en razón del dañado, pues la verdadera realización de la aspiración puede también darse después de originado el daño, por lo que tal afirmación es relativa y nuestra apreciación es también probabilísticamente posible.

Entonces en este juego de probabilidades afirmar o negar que pueda o no cumplirse un “determinado proyecto en la vida” dependerá no solo de la diligencia del que aspira a realizarlo sino también del entorno en el cual se desenvuelva así como del futuro incognoscible por vivir.

Luego de nuestro análisis en el fundamento 150, sin ningún criterio analítico ni reflexivo la CIDH dice que **“es razonable afirmar que los hechos violatorios de derechos impiden u obstruyen seriamente la obtención del resultado previsto y esperado, y por ende alteran en forma sustancial el desarrollo del individuo. En otros términos, el “daño al proyecto de vida”, entendido como una expectativa razonable y accesible en el caso concreto, implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o muy difícilmente reparable. Así, la existencia de una persona se ve alterada por factores ajenos a ella, que le son impuestos en forma injusta y arbitraria, con violación de las normas vigentes y de la confianza que pudo depositar en órganos del poder público obligados a protegerla y a brindarle seguridad para el ejercicio de sus derechos y la satisfacción de sus legítimos intereses.** La CIDH confirma la protección de las oportunidades del desarrollo personal. Es raro que se hablen de oportunidades pues de acuerdo al razonamiento de la CIDH y del profesor sanmarquino es solo una la oportunidad pérdida, menoscabada o retardada, pues, es solo un proyecto de vida principal. Pero nos damos cuenta que en la realidad las oportunidades son varias, las cuales empero están condicionadas a las opciones, posibilidades y circunstancias en las que nos toque vivir. Así las aspiraciones, sueños y proyectos serán siempre una gama de opciones permanentemente modificables a nuestra ventaja.

Ya en el fundamento 151, y como era de esperarse la CIDH indica que **“es perfectamente admisible la pretensión de que se repare, en la medida posible y con los medios adecuados para ello, la pérdida de opciones por parte de la víctima, causada por el hecho ilícito. De esta manera la reparación se acerca más aún a la situación deseable, que satisface las exigencias de la justicia: plena atención a los perjuicios causados**

ilícitamente, o bien, puesto en otros términos, se aproxima al ideal de la restitutio in integrum.

La pérdida de opciones a la que se refiere la CIDH no puede repararse ni resarcirse, y ello en mérito de un análisis muy simple. Cuando se tiene un auto y éste se daña en un accidente no atribuible a mi persona, siendo éste un daño patrimonial, se puede reparar, debido a que la naturaleza de lo dañado lo permite. El responsable sustituirá las piezas arruinadas y dándole una buena revisión, podrá el auto repararse y continuar funcionando o si éste no funcionara como cuando lo hacía antes del accidente, el responsable podrá adquirir uno igual o similar o darle la cantidad de dinero que vale el auto dañado para que la víctima pueda adquirirlo, así se volverá a la situación preexistente antes de la realización del daño.

Ahora, cuando se vulnera el aspecto psicosomático o el daño moral en sentido estricto y propio de la persona, siendo éstos daños extrapatrimoniales, no se pueden reparar, pero si, resarcir, debido a que sólo se podrán compensar o satisfacer con dinero u otro medio análogo, de alguna manera, el daño ocasionado. Ello, debido a que las partes del cuerpo, los daños psicológicos así como los derechos de la personalidad y el daño moral (a la peruana reducida a la *pretium doloris*) no son valorizables en cantidad pecuniaria alguna, por ende se asignan cantidades referenciales con el propósito de “compensar” o en alguna medida “satisfacer” el daño ocasionado, como se dice “las penas con pan son menos”, o “el dinero no lo es todo, pero como ayuda”.

De ello, se desprende que siempre que exista un interés tutelable sea patrimonial o extrapatrimonial, podrá repararse o resarcirse en la medida de la naturaleza del ente afectado o en la medida de la consecuencia generada. En el caso del proyecto de vida lo que supuestamente se daña son de acuerdo a la CIDH las “**oportunidades**”, traducidas en aspiraciones que probablemente puedan o no suceder.

Si en lo patrimonial, lo que es pasible de tutela, son todos los objetos o intereses patrimoniales preexistentes que pueda poseer la persona, y en lo extrapatrimonial, lo conforman el aspecto psicofísico, derechos de la

personalidad y el aspecto moral referido a la vulneración de los sentimientos o afectos de temporal recuperación; **¿Es el proyecto de vida un interés extrapatrimonial tutelable?** Evidentemente que, no. Lo escrito por la CIDH basado evidentemente en las ideas del profesor Carlos Fernández Sessarego, pretende tutelar mediante una falsa e inexistente preexistencia de proyecto de vida, las oportunidades y aspiraciones aún en proceso de cumplimiento, de los cuales la presunta certeza de su realización se podría verificar mediante la trayectoria del sujeto, empero tal justificación, cae en saco roto debido a lo impredecible y permanentemente cambiante de la actitud y la personalidad del hombre en la vida real.

El pianista que vive por su pasión a diario, al que le dedica gran parte de su tiempo, tan así que inclusive sacrifica su realización en otros ámbitos, porque recordemos que los logros profesionales no son los únicos a realizarse, podría dejar de tocar en el futuro a causa de una serie de distintas razones. Una de ellas podría ser la muerte de su musa, la pérdida de su sensibilidad por cuadros de estrés, o porque simplemente se dio cuenta de que esa no era su camino, no teniendo nada que ver la ganancia dineraria ni la acumulación de riqueza como objetivos principales de su labor. Éstas son meras especulaciones tan comunes y normales como la vida misma, e indeterminadas como los caminos y circunstancias que se presenten en el discurrir de la vida diaria, de los cuales el hombre deberá elegir, y hacerse responsable de las consecuencias de sus elecciones y decisiones.

En el fundamento 152 se dice que *“en el caso de la víctima, es evidente que los hechos violatorios en su contra **impidieron la realización de sus expectativas de desarrollo personal y profesional, factibles en condiciones normales, y causaron daños irreparables a su vida, obligándola a interrumpir sus estudios y trasladarse al extranjero, lejos del medio en el que se había desenvuelto, en condiciones de soledad, penuria económica y severo quebranto físico y psicológico**”*. Se dice que los hechos violatorios impidieron la realización de sus expectativas en condiciones normales, la ambigüedad del significado de “condiciones

normales” abren una puerta de infinitas y variadas posibilidades, y lo que creemos es que en realidad nos quieren decir “cuál hubiera sido su destino si lo que pasó, no hubiera pasado”. Ahora, en el caso imaginamos que tales expectativas de desarrollo profesional y personal, oscilaban entre ascender, cumplir su contrato y retirarse, renunciar o ser despedida del centro educativo, de la escuela de arte dramático o de la universidad, instituciones en las que laboraba. Sin embargo, tales opciones no pasan de ser meras especulaciones, al igual de las que se pudieran hacer “si es que jamás se hubiera originado el daño”, especulaciones de las cuales no se tiene respuesta alguna, siendo estos posibles, ya imposibles, pues pertenecen a un mundo que “hubiera podido ser” y que “no fue”.

Tal impedimento en realidad no existe, aún después del daño ocasionado, las oportunidades y aspiraciones son realizables, sean éstas las mismas u otras diferentes. Sera mediante terapias y rehabilitación que la víctima puede volver a este camino y realizar la aspiración o tomar la oportunidad, ya que la víctima no sufrió la pérdida de alguna parte de su cuerpo, más bien será necesario una terapia y rehabilitación permanente para superar los traumas psicológicos sufridos. Empero, las oportunidades siguen ahí, lo que en realidad en el fondo se quisiera amparar, a nuestro modo de ver, pareciera ser el tiempo perdido a causa del daño sufrido. El cual resulta siendo un campo que linda con la fantasía, y que el Derecho no está dispuesto a asumir y mucho menos a proteger, por resultar siendo un sinsentido.

Si bien los ideales de protección son respetables desde la perspectiva de la defensa del ser humano por sobre cualquier otra cosa, lo son también por sobre ellos los ideales de justicia e igualdad entre ellos. Son esas diferencias en las opciones, posibilidades y circunstancias, las que acercan o alejan a cada persona de la realización de un proyecto anhelado. Las personas a diario proyectamos, en nuestra vida personal, familiar, amical, profesional, etc. El proyectar es cotidiano, ello permite forjar un horizonte, más lleno de circunstancias que de opciones o posibilidades, los cuales lo rodean; es en ese horizonte en el que forjaremos mediante nuestras decisiones un camino. Éste no será siempre uno en especial, indefectible e inmodificable, sino la

conjunción de las decisiones y el resultado de las oportunidades tomadas y no tomadas, por eso el destino o realización de un proyecto es impredecible, la victoria y el fracaso son opciones, pero la probabilidad de éstas no son tutelables por el Derecho. Aún no existe un sistema que sea capaz de calcular y dar una respuesta a la probabilidad de realización de oportunidades, y no creemos exista hasta que se invente la ansiada máquina del tiempo, que servirá más que para ir al futuro, ir al pasado, pues el hombre ansia más corregir lo errado, que intentar de nuevo y ver su futuro.

La CIDH prosigue e indica: *“Obviamente, este conjunto de circunstancias, directamente atribuibles a los hechos violatorios que ha examinado esta Corte, han alterado en forma grave y probablemente irreparable la vida de la señora Loayza Tamayo, e impedido que ésta alcance las metas de carácter personal, familiar y profesional que razonablemente pudo fijarse”*. La razonabilidad de las metas a las que se refiere la CIDH, se diluyen en la inmensidad de circunstancias incognoscibles que hubieran podido o no suceder.

Es en mérito a la incapacidad que tiene el Derecho de poder resarcir oportunidades, que tampoco las puede cuantificar, y es en el fundamento 153 en que si bien erróneamente *“La Corte reconoce la existencia de un grave daño al “proyecto de vida” de María Elena Loayza Tamayo, derivado de la violación de sus derechos humanos. Sin embargo, **la evolución de la jurisprudencia y la doctrina hasta la fecha no permite traducir este reconocimiento en términos económicos, y por ello el Tribunal se abstiene de cuantificarlo.** Advierte, no obstante, que el acceso mismo de la víctima a la jurisdicción internacional y la emisión de la sentencia correspondiente implican un principio de satisfacción en este orden de consideraciones.* De lo descrito, afirmamos que es en mérito a su irresarcibilidad e incuantificabilidad. Dándole la CIDH su reconocimiento por la emisión de la sentencia, en mérito del principio de satisfacción.

Habiendo dado cuenta de lo irresarcible e incuantificable que resulta ser el proyecto de vida, decidimos evitar la revisión de otras escasas sentencias posteriores a la analizada, en las cuales también se intentaron amparar el

proyecto de vida, tomándose como precedente el Caso Loayza Tamayo, haciéndose uso de sus mismos argumentos en lo referente al proyecto de vida, es por ello que resulta siendo innecesario analizar las pocas sentencias ulteriores.

Pues bien, habiendo realizado un análisis crítico de la primera y emblemática sentencia emitida por la CIDH, nos adherimos a lo relatado por uno de los seguidores del profesor Fernández Sessarego, el magistrado Carlos Alberto Calderón Puertas, quien señala: ***“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. 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”.

Adicional a lo escrito, Calderón Puertas, en un acto de sinceridad ha de referirse a Joel Díaz Cáceda, e indicar lo siguiente: ***“En esa perspectiva, la***

alegría de Díaz Cáceda no resulta congruente con la retirada del concepto en la Corte⁴¹ (CALDERÓN PUERTAS).

Respecto de ello, la reflexión del contenido de lo escrito en su libro así como lo reseñado en algunos de sus artículos DIAZ CACEDA concluye, y dice lo siguiente:

“Que la inclusión del concepto de “daño al proyecto de vida” es un importante avance en cuanto a la consolidación de la idea del ser humano como real centro del derecho. [...] Es verdad que hay reticencias en la doctrina y la jurisprudencia respecto a reconocer este concepto –algo entendible debido a su relativa novedad–, pero no dudamos que la idea de integrar terminará prevaleciendo, sí es que consideramos al ser humano (y también al derecho) como un todo indivisible” (DIAZ CACEDA, 2009).

Tal apreciación en palabras de **CALDERÓN PUERTAS, NO TIENE SENTIDO CON EL RETIRO DEL CONCEPTO EN LA CORTE.**

En breve y elocuente comentario el profesor LEÓN HILARIO indica: ***“Ahora bien, en los aislados casos en los cuales la CIDH sí ha concedido una suma resarcitoria por el “daño al proyecto de vida”, ¿en qué se han basado los magistrados de tan ilustre tribunal internacional? Para lograr un entendimiento correcto y fiel a la realidad, hay que tener en cuenta que en el banquillo de los acusados de la CIDH no aparece nadie que pueda ser equiparado, y ni siquiera comparado, a los ponentes y asistentes a este Seminario: la CIDH, nótese bien, tiene en el banquillo al Estado, que es el demandado ideal para todo aquel que quiera dar rienda suelta a su espíritu paternalista y sobreprotector de los intereses de las víctimas, además de su ánimo sancionador. El Estado al que se aplique una condena reparadora, por más exorbitante que sea, nunca va a quebrar. En cambio, si a los concurrentes a este Seminario se nos dijera que esa suma exorbitante es la misma que a nosotros nos tocará pagar por hechos equivalentes, no nos quedaría sino sonreír ante tamaño despropósito, porque se trataría de un***

⁴¹ Aquí se hace referencia a **Díaz Cáceda, Joel**. *El daño a la persona y el daño al proyecto de vida. Una aproximación a la doctrina y su aplicación en el ámbito nacional e internacional*, Lima, Jurista Editores, 2006.

resarcimiento irrealizable, de un saludo a la bandera lindante con lo ridículo, porque no podríamos cubrirlo ni siquiera con los frutos de los trabajos que realicemos durante toda la vida.”

2.2.2. Caso Gonzáles Lluy y otros vs Ecuador

El 01 de Setiembre de 2015, se ha emitido la sentencia del Caso Gonzáles Lluy y otros vs Ecuador, la cual denota expresamente la estructura de rubros que la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en adelante CIDH–, maneja en cuanto a indemnización compensatoria se refiere, más específicamente respecto a la compensación de daños materiales e inmateriales o “morales”.

El caso en mención relata la historia de una niña llamada Talía, la cual en fecha 20 de junio de 1998, cuando tenía 3 años de edad, presenta una hemorragia nasal que no se detenía y fue llevada por su madre al hospital Universitario Católico y luego a la Clínica Humanitaria Fundación Pablo Jaramillo (en adelante “Clínica Humanitaria”). En dicha Clínica Humanitaria, Talía fue diagnosticada con púrpura trombocitopénica por el doctor PMT, quien le confirmó a Teresa Lluy (madre de Talía) que su hija necesitaba urgentemente una transfusión de sangre y de plaquetas. Con tal fin Teresa Lluy acudió al Banco de Sangre de la Cruz Roja donde le indicaron que debía llevar donantes, por ello le solicitó la donación a algunos conocidos, entre ellos al señor HSA. El 22 de junio de 1998, el señor HSA acudió al Banco de Sangre para donar su sangre, la auxiliar de enfermería tomó las muestras de sangre al señor HSA y debido a la urgencia las transfusiones de sangre a Talía fueron realizadas el mismo día y continuaron durante la madrugada del día siguiente 23 de junio. Ese 23 la bioquímica efectuó por primera vez exámenes a la muestra de sangre de HSA, incluyendo el examen de VIH y una semana después, se le informa al señor HSA que estaba contagiado con el virus del VIH, y luego de otros exámenes complementarios se confirma que era portador del virus.

A los pocos días de haber sido dada de alta, la niña fue llevada al consultorio del doctor PMT, para realizarle un examen de sangre “para controlar su enfermedad” manifestándole a la madre que “todo estaba normal”. El 22 de

julio, la madre acudió nuevamente al consultorio del doctor PMT, para otro examen de sangre “pero incluido el de SIDA”, para informarle que Talía “se encontraba con el virus del SIDA”. Finalmente el 28 de julio y el 13 de agosto de 1998, y el 15 de enero de 1999 se realizaron pruebas de sangre en las que se confirmó que Talía era una persona con VIH. Cuando se tuvo noticia de que la sangre de HSA tenía VIH, y que Talía había sido infectada con este virus al recibir una donación de su sangre, Teresa Lluy presentó varios recursos en instancias civiles y penales en el Ecuador.

De los hechos es evidente la falta de la que es responsable el gobierno ecuatoriano, respecto de la fiscalización y supervisión en las prestaciones de salud que brinda a los ciudadanos ecuatorianos, pues producto de tal negligencia es que se originaron los daños directamente a la niña afectada así como indirectamente a su madre y hermano.

Sin embargo, a diferencia de los argumentos de la indemnización compensatoria en el Caso Loayza Tamayo, en el presente caso, la Corte no sólo ha retrocedido en cuanto se refiere al uso de la voz daño al proyecto de vida como criterio indemnizable, sino que la ha desterrado y dejado de lado, pues clasifica a los daños en materiales e inmateriales, los cuales se aprecian en los fundamentos que van desde el 399 al 416.

Respecto del **daño material** las víctimas solicitaron en total US\$ 3.250.000,00 (tres millones doscientos cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América), a lo que la CIDH indicó que sobre la base de la prueba existente en el expediente, la Corte no puede cuantificar con precisión el monto que la familia Lluy habría erogado con motivo de los hechos, al no poder determinarse con claridad los conceptos de cada uno de los gastos y deudas esgrimidas. Empero, reconoce que las víctimas han incurrido en diversos gastos por el tratamiento médico y cuidados que debe recibir Talía Gonzales Lluy, por lo que les otorgó **a favor de Teresa e Iván Lluy, la suma de US\$ 50.000,00 (cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América) para cada uno, por concepto de daño material.**

Respecto del daño inmaterial las víctimas indicaron que la compensación a tal daño no podía ser inferior a US\$ 1.000.000,00 (un millón de dólares de

los Estados Unidos de América), por la violación a estas tres personas y porque en el contexto ecuatoriano, donde se ha compensado en la justicia ecuatoriana al Presidente de la República con “sentencias millonarias”, no es “descabellada” la pretensión, empero la CIDH ha indicado que considerando los sufrimientos y las violaciones cometidas a las víctimas, así como el cambio en las condiciones de vida y las restantes consecuencias de orden inmaterial que éstas sufrieron, por concepto de daño inmaterial se otorga **a favor de Talía Gonzales Lluy US\$ 350.000,00 (trescientos cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América); a favor de Teresa Lluy US\$ 30.000,00 (treinta mil dólares de los Estados Unidos de América), y US\$ 25.000,00 (veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América) a favor de Iván Lluy.**

Adicional a ello la CIDH dispuso que:

- La sentencia constituye *per se* una forma de reparación.
- El Estado debe brindar el tratamiento médico y psicológico o psiquiátrico a las víctimas, incluyendo el suministro gratuito de los medicamentos que requieran.
- El Estado debe en acto público reconocer su responsabilidad internacional.
- El Estado debe otorgar una beca de excelencia a la víctima para continuar sus estudios universitarios.
- El Estado debe otorgar una beca para la realización de un posgrado
- El Estado debe entregar una vivienda a la víctima.

De lo esgrimido no cabe duda alguna que la CIDH ha retomado la objetividad y coherencia como criterio para asignar la indemnización compensatoria en cada caso. No existe argumentación alguna por parte de las víctimas respecto del daño al proyecto de vida como daño resarcible o compensable, tampoco aparece ninguna alusión de tal voz por parte de la CIDH, pues ésta analiza el caso y se preocupa por los daños efectivamente ciertos y aquellos presumibles que una vez entrevistados puedan ser compensados mediante el criterio de equidad. La Corte utiliza la **certeza fáctica**, vale decir, la constatación material que el analista realiza de los hechos vinculados a un resultado dañoso, así como la **certeza lógica**, el

cual es la aproximación al análisis de la relación causal entre el hecho y la consecuencia.

Esta sentencia forma parte de las sentencias serias, en las cuales la pretensión de amparar aspiraciones, sueños o meras probabilidades quedan de lado, para pasar a resarcir los daños efectivamente ciertos y sobre los cuales si resulta necesario, lógico y justo la indemnización compensatoria.

Las bases inciertas, discriminatorias e injustas del daño al proyecto de vida fueron abandonadas por las certezas, justas e igualitarias del resarcimiento del daño material e inmaterial, clasificación útil y no vano filosofismo.

Ahora sí podemos decir que la CIDH no ha podido acoger nunca el daño al proyecto de vida como criterio indemnizatorio en sus sentencias y ello no porque no lo haya intentado, pues se ha pretendido hacerlo, sino porque los defectos de resarcibilidad y cuantificabilidad que contiene en su estructura son atribuibles sólo a sus postulados y conceptos. El problema de la imposibilidad de su aplicación a la realidad, gira en torno, a la inexistencia de bases ciertas para su cuantificación y además al hecho de que los argumentos sobre los cuales ha sido edificado carecen de solidez, y peor aún contienen una serie de falacias y pseudoargumentos que la vuelven incoherente, débil y artificial. Por ello su aplicabilidad ha sido rechazada en la práctica jurídica internacional.

2.3. Tribunal Constitucional del Perú

Habiendo visto lo ocurrido en el Tercer Pleno Casatorio y en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en adelante CIDH–, cabe mencionar brevemente dos sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional y analizar cómo es que se ha pretendido amparar al daño al proyecto de vida y de que argumentos se han valido los miembros de nuestro Tribunal Constitucional.

2.3.1. Caso Juan Carlos Callegari Herazo

En el caso Callegari Herazo se aprecia el inmotivado pase al retiro por renovación de Oficiales de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional de Juan Carlos Callegari Herazo. Así el Tribunal en el considerando 45 de la mencionada sentencia estimó que el inmotivado y arbitrario pase al retiro del

demandante por la causal antes referida significaba que se truncaba intempestivamente su carrera la cual podría ser el resultado de su “proyecto de vida” en el ámbito laboral.

Par apoyar esta consideración, el Tribunal recuerda lo expuesto por la CIDH en torno al “daño al proyecto de vida” en el caso María Elena Loayza Tamayo.

Como se aprecia el Tribunal Constitucional ha tomado los conceptos e interpretaciones utilizadas en la primera sentencia donde se pretendió acuñar e indemnizar el daño al proyecto de vida en una instancia internacional, empero habiendo analizado y conocido las limitaciones que la propia CIDH admite para indemnizar daños que no pasan de ser meras probabilidades, sobre los cuales por cierto reiteramos no existen bases ciertas para su cuantificación y en los que la relación causal se diluye. Por ello esta sentencia al igual que todas aquellas que se amparan en el caso Loayza Tamayo se argumentan en fundamentos dejados de lado por los nuevos criterios actualmente usados por la CIDH como dimos cuenta relatando el Caso Gonzales Lluy y otros vs Ecuador, de data reciente, y en el que queda clara la distinción de daños materiales e inmateriales compensables en la indemnización, lo cual nos parece un buen criterio adoptado a raíz de la experiencia vivida en sus distintos casos.

2.3.2. Caso Félix Cesar Calderón Urtecho

En el caso Calderón Urtecho, el recurrente interpone acción de amparo contra el Ministerio de Relaciones Exteriores, con el objeto de que se deje sin efecto la Resolución Ministerial N° 0015/RE, de fecha 8 de enero de 2002, mediante la cual se declaran improcedentes sus solicitudes de fechas 29 de mayo de 2001 y 25 de junio del mismo año, en las que pidió que se le reconociera su ascenso a la categoría de Ministro, retroactivamente, desde el 1 de enero de 1996. Alega que con esta decisión se vulneran sus derechos constitucionales de petición, al trabajo y a la promoción o ascenso en la carrera diplomática; por tal motivo, solicita que se lo declare apto para el ascenso a la categoría de Embajador a partir del 31 de diciembre de 1998 y que, por equidad y conforme a los principios de razonabilidad,

predictibilidad y retroactividad benigna, se disponga su ascenso a Embajador con fecha 1 de enero de 1999 o, en el peor de los casos, con fecha 1 de enero de 2002, con todos sus derechos y beneficios.

Afirma que mediante su solicitud de fecha 29 de mayo de 2001, requirió al emplazado para que respondiese al recurso impugnatorio que, con fecha 15 de diciembre de 1995 presentó contra la Resolución Suprema N.º 0528/RE, de fecha 4 de diciembre de 1995, de conformidad con el mandato constitucional que ampara el derecho de petición (artículo 2º, inciso 20), de la Constitución Política); pero que dicho emplazado, en vez de responder su recurso, lo declaró improcedente argumentando que las resoluciones cuestionadas constituían cosa decidida, y que, por consiguiente, su reclamo era tardío. Agrega que el hecho de que haya ascendido a la categoría de Ministro recién con fecha 1 de enero de 2000, de ninguna manera conculca su derecho a exigir que se le restituya su derecho a la promoción o ascenso, violado arbitrariamente en diciembre de 1995; por cuanto, de no ser así, se estaría convalidando el daño sufrido en su carrera al habersele restado su tiempo de servicios de permanencia en la categoría de Ministro con el consiguiente perjuicio para su promoción a la categoría de Embajador.

El Decimosétimo Juzgado Especializado Civil de Lima, con fecha 3 de junio de 2002 declara improcedente la demanda, por considerar que el argumento de la extemporaneidad no ha sido desvirtuado en autos, lo que permite confirmar su validez.

La recurrida confirma la apelada por considerar que las acciones de garantía solo tutelan derechos fundamentales preconstituidos, y que si bien de lo alegado por el demandante podría emerger algún tipo de perjuicio, amparar lo petitionado sería instituir un derecho en su favor, situación que no puede ser debatida en la vía del amparo.

Luego de ponderar la situación jurídica del recurrente los recursos interpuestos y los dispositivos aplicables al caso el colegiado del Tribunal Constitucional consideró que se violó sistemáticamente el derecho del recurrente a la promoción o ascenso “derecho constitucional y fundamental, con el consiguiente perjuicio al proyecto de vida de los funcionarios

diplomáticos involucrados, entre los cuales se encuentra el demandante, según se ha podido acreditar en autos”.

De lo esgrimido y establecido por el Tribunal Constitucional Peruano, es de notar que lo que se consigna como el derecho violado es el derecho del recurrente a la promoción o ascenso y no el derecho al proyecto de vida. Nótese que el Tribunal Constitucional decide su sentencia en virtud de defensa del derecho a la promoción y ascenso y no en defensa del proyecto de vida.

Si bien se hace mención a que con la violación se perjudica el proyecto de vida del diplomático, ello no es tan cierto, el aspecto profesional es sólo uno de los tantos aspectos que conforman los proyectos de vida que a diario y por doquier están a disposición del sujeto, los cuales se realizarán siempre y cuando la persona así lo decida.

Ahora bien nótese también que el mensaje del Tribunal Constitucional al emitir esta sentencia es el de reconocer y valorar el derecho al ascenso por mérito propio, vale decir por correspondencia legal y meritoria a todos aquellas personas que se encuentren en la misma situación, siendo el proyecto de vida un argumento valorativo-social tomado como recurso literal y no jurídico de tercera o cuarta importancia en lo que corresponde a los argumentos de la sentencia.

Es por esto que podemos concluir indicando que el daño al proyecto de vida, tampoco ha sido reconocido como categoría jurídica indemnizable o pasible de resarcimiento, sino simplemente ha sido mencionado como un recurso argumentativo valorativo que se encuentra contenido en los derechos reclamados por las personas en estas sentencias. Han formado parte del argumento mas no han sido protagonistas como tal.

2.4. Irresarcibilidad del Daño al Proyecto de Vida:

Así también al referirnos respecto del daño resarcible, el cual se produce cuando se vulnera bienes e intereses de la persona, activando así la tutela resarcitoria con el fin de que surja la obligación resarcitoria, debemos saber diferenciar correctamente entre el *daño evento* y el *daño consecuencia*.

El daño como explica el profesor LUIGI CORSARO no es un hecho físico, sino un atributo de la situación producida por el evento. Su existencia resulta de una valoración de la realidad, según un criterio que tiene en cuenta la disminución patrimonial o extrapatrimonial sufrida por el sujeto pasivo del hecho ilícito. El evento, por más injusto que fuere, jamás es dañoso por sí mismo. El evento, como hecho físico contrastante con la satisfacción de un interés y en cuanto tal jamás es un daño; lo que él hace es producir un daño, que consistirá, ya en la falta de satisfacción de una necesidad, ya en una actividad costosa de la persona agraviada, que asegure a ésta, en los mismos términos, la satisfacción de su interés⁴² (León Hilario, La Responsabilidad Civil Líneas Fundamentales y Nuevas Perspectivas, 2007). Por ello el daño no puede ser entendido sólo como la lesión de un interés protegido, por cuanto ello resulta equívoco y sustancialmente impreciso: el daño incide más bien en las consecuencias, aquellos efectos (negativos) que derivan de la lesión del interés protegido. En sustancia, interés lesionado y consecuencias negativas de la lesión son momentos vinculados entre sí, pero autónomos conceptualmente, cuanto al contenido y a la naturaleza. Por ello que de una lesión patrimonial pueden resultar consecuencias (al lado de aquellas patrimoniales) no patrimoniales y viceversa. Así tenemos que se habla de un *daño-evento* (lesión del interés tutelado) y un *daño-consecuencia* (daño emergente, lucro cesante y daño moral) (ESPINOZA ESPINOZA, 2013).

Teniendo clara la diferenciación realizada, cabe preguntarnos si el proyecto de vida constituye un bien o interés de la persona pasible de vulneración y consiguiente resarcimiento.

A primera vista podría decirse, y como se ha venido diciendo, que cuando se vulnera el proyecto de vida de las personas se está vulnerando el derecho a su libre desarrollo y a su realización; sin embargo cuando la persona es dañada, al margen de la reparación y el resarcimiento que reciben los daños

⁴² Aquí el profesor LEON HILARIO, LEYSER cita a CORSARO, LUIGI, *Concorso di colpa dell'ucciso e diritto dei congiunti al risarcimento del danno*, en Rivista de diritto civile, año XIII, parte II, 1967, pág. 486

materiales y morales, no cabe introducir una falsa categoría de daño a un bien o interés imprevisible al momento de la realización del hecho dañoso.

El proyecto de vida no sólo es imprevisible al momento de la realización del daño, con lo cual se descarta de plano su resarcibilidad, sino también genera y ha ido generando, en los diversos casos en los cuales se ha pretendido acuñarlo y darle un determinado monto a título de daño al proyecto de vida, una indiscriminada desigualdad entre las víctimas, y entre los montos dinerarios que se les adjudicaron por los diversos proyectos que ellos detentaban al momento de ocurrido el hecho dañoso, creando diferencias entre personas y entre sus proyectos en base a su posición social actual.

Al respecto el profesor LEON HILARIO indica: ***“Cuando afirmo que el daño al proyecto de vida es discriminatorio e inmoral es porque “propicia” discriminación (...) Cuando afirmo que con el daño al proyecto de vida se atenta contra la naturaleza bilateral e igualitaria presupongo de buena fe que se conocían el significado, en la teoría de la norma jurídica, de “bilateral” e “igualitario”. Que el derecho civil sea igualitario significa que aporta reglas para hacer “iguales”, “equilibradas” o “justas” las relaciones objetivamente o materialmente desiguales. Con el daño al proyecto de vida no se iguala: se desiguala con la mera invocación de esa expresión cabalística”***.

En síntesis y haciendo uso de lo dicho atinadamente por el profesor LEON HILARIO, así como lo mencionado en el Tercer Pleno Casatorio, Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional, respecto de la irresarcibilidad del proyecto de vida, podemos decir que el proyecto de vida es irresarcible porque:

“Todo lo desarrollado en lo precedente, en cuanto a los argumentos y fundamentos filosóficos para considerar a la libertad como el ser del hombre, y la vulneración de tal libertad como un daño al proyecto de vida, son argumentos falaces, pues se demuestra que **LA TEORÍA DEL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA ES FALSA EN SUS ARGUMENTOS FILOSÓFICOS**, pues de acuerdo al estudio y análisis de sus fuentes (Heidegger con su obra “*El Ser y el Tiempo*” y Jean Paul Sartre con su obra “*El Ser y la Nada*”) así

como de los elementos tomados de la filosofía existencialista para sustentar tal teoría, se denota que el profesor Carlos Fernández Sessarego, creador de la teoría del daño al proyecto de vida, **INSTRUMENTALIZA LOS ARGUMENTOS DE LAS FUENTES CAMBIÁNDOLES EL CONTEXTO AL MOMENTO DEL TRANSPLANTE A LA TEORÍA JURÍDICA QUE SE PRETENDE FUNDAMENTAR Y SE TERGIVERSA EL SENTIDO REAL DEL CONTENIDO FILOSÓFICO EXISTENCIALISTA. SIENDO TODOS LOS ARGUMENTOS Y FUNDAMENTOS DE LA FILOSOFÍA EXISTENCIAL MANIFIESTAMENTE CONTRARIOS AL DERECHO, PUES LA POSICIÓN EXISTENCIALISTA ES CERRADAMENTE ANTISOCIAL, IDENTIFICANDO A LA VIDA SOCIAL COLECTIVA COMO EXISTENCIA INAUTÉNTICA, VALORANDO ASÍ PEYORATIVAMENTE AL DERECHO Y CONSIDERANDO A LAS LEYES INESENCIALES Y ARBITRARIAS. ELLO DEMUESTRA QUE LA FILOSOFÍA EXISTENCIALISTA NO ES UNA CORRIENTE FILOSÓFICA ADECUADA PARA FUNDAMENTAR NINGUNA TEORÍA JURÍDICA Y MUCHO MENOS PARA DEFENDER A LA SOCIEDAD DEBIDO A SU CARÁCTER INDIVIDUALISTA Y SOLIPSISTA.**

Asimismo en cuanto al Tercer Pleno Casatorio en el que se ha dictaminado la **NO-RESARCIBILIDAD** del daño al proyecto de vida familiar, se ha perdido la oportunidad de decretar y finiquitar su irresarcibilidad en cualquier campo, ello por **CARECER DE CERTEZA FÁCTICA (vínculo entre el hecho lesivo y el resultado dañoso) Y CERTEZA LÓGICA (relación causal entre el hecho y la consecuencia) EN LOS QUE SE BASAN POR CIERTO LAS DECISIONES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.**

Así también se manifiesta **LA TENDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – CIDH, DE DEJAR DE LADO EL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA COMO RUBRO O CRITERIO INDEMNIZATORIO DENOTANDO LA CARENCIA DE DESARROLLO Y SOLIDEZ DE LA FIGURA EN LA CORTE INTERAMERICANA, MANIFESTANDO LA DECADENCIA EN EL USO DEL CRITERIO Y SU CONSECUENTE DESTIERRO AL NO REVELAR UTILIDAD COMO**

CRITERIO INDEMNIZATORIO EN LA REALIDAD DE LOS HECHOS DE LAS SENTENCIAS ACTUALES, SIENDO LA CARENCIA DE CERTEZA FÁCTICA (vínculo entre el hecho lesivo y el resultado dañoso) Y CERTEZA LÓGICA (relación causal entre el hecho y la consecuencia) LA CAUSA VEROSÍMIL DE SU IRRESARCIBILIDAD.

En cuanto al Tribunal Constitucional en ambos casos se denota **LO VINCULANTE DEL CRITERIO DE LA CIDH EN MATERIA INDEMNIZATORIA, LO CUAL ES TOMADO ABSOLUTAMENTE EN CUENTA POR NUESTRO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, ASÍ COMO LO ALEATORIO QUE RESULTA INVOCAR AL PROYECTO DE VIDA SOLO COMO RECURSO ARGUMENTATIVO. ESTANDO LA TENDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SUJETA A LA TENDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, POR LO MENOS EN CUANTO A CRITERIOS INDEMNIZABLES SE REFIERE.**

Así también señalamos que el daño al proyecto de vida no es resarcible porque:

- i) NO PUEDE SER CUBIERTO MEDIANTE UN CONTRATO DE SEGURO, VALE DECIR NO ES ASEGURABLE.**
- ii) 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) PORQUE ES INCUANTIFICABLE SOBRE BASES CIERTAS.**

Al respecto se ha querido restarle valor a la crítica referida a la incapacidad de aseguramiento del proyecto de vida por las aseguradoras, así el profesor CALDERÓN PUERTAS citando al profesor argentino OSVALDO BURGOS indica que: *“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”*. (¡!)

Tal afirmación resulta descabellada, teniendo en cuenta que las Empresas de Seguros, por lo menos en el Perú, son sumamente claros y precisos

respecto de cuáles son los campos de cobertura asegurativa, vale decir que cuando se contrata un seguro se sabe cuál es la cobertura o las situaciones que el seguro se obliga a cubrir con el seguro adquirido por el contratante.

En el caso de los deportistas profesionales generalmente los seguros pueden cubrir desde la rehabilitación por lesiones deportivas, hasta tal vez lo dejado de percibir, si éste ya no pudiera volver a ejercer la actividad deportiva profesional que realizaba, lo cual tiene el límite de la cantidad de años máxima para desempeñar tal profesión (en el caso de los futbolistas no pasa de los 35 años).

Entonces afirmar que cuando un deportista está asegurando sus piernas está en realidad asegurando su proyecto de vida, no pasa de ser un chascarrillo de mal gusto que no debiera de ninguna forma tomarse en serio y mucho menos a la ligera, pues una cosa es lo que crea que esta asegurando el deportista y al parecer el profesor BURGOS y otra lo que realmente el seguro estaría cubriendo, con el seguro adquirido.

Al respecto el profesor LEON HILARIO señala: ***“Cuando señalo que el proyecto de vida no es “asegurable” me refiero a los seguros de “tercera persona” (que casualidad a los seguros “de responsabilidad civil”) no a los de “primera persona” (pero BURGOS que hace gala de ser experto en seguros, ni siquiera presta atención a esta diferencia); sería bueno que nos cuente si en Argentina existen seguros de “proyecto de vida matrimonial” o seguro de “proyecto de vida de jugar golf o al polo con los amigos”.***

Finalmente podemos decir que no existen seguros de proyecto de vida porque no nos imaginamos a las aseguradoras catalogando proyectos de vida en inmensas listas inacabables, en las cuales cada proyecto es en menor o mayor medida realizable, y sobre todo el riesgo que implicaría colocarle un precio a tales proyectos.

Tal apreciación no pasa de ser una idea utópica, pues las aseguradoras como cualquier empresa privada, buscan obtener utilidades, por ende jamás realizarán ni se interesaran por darles valor a los proyectos de vida de cada persona, porque, o no podrán cubrir los proyectos por lo elevado que podría

resultar intentar traducir en dinero tales proyectos o porque no nos imaginamos a las personas o al profesor FERNANDEZ SESSAREGO, CALDERON PUERTAS, DIAZ CACEDA y BURGOS colocándoles precio a sus proyectos de vida.

III. INCUANTIFICABILIDAD DEL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA

Una vez descartada la resarcibilidad del proyecto de vida, el punto de su cuantificación no nos trae mayor problema, pues al no ser resarcible tampoco resultaría cuantificable. Empero, se han pretendido indicar algunas formas de cuantificación del proyecto de vida, lo cual disiente del inexistente desarrollo de este aspecto por parte del profesor FERNANDEZ SESSAREGO, creador de esta teoría y de sus seguidores.

Todas las formas que se han querido acuñar como base para cuantificar el proyecto de vida han girado en base al débil e inútil argumento de la trayectoria y del principio de equidad para efectuarlo.

3.1. La Trayectoria

La trayectoria es un concepto entendido como el curso que a lo largo del tiempo sigue el comportamiento o el conjunto de actividades de alguien o algo, para el presente caso ese curso es la vida y desarrollo a diario de las personas. La trayectoria viene a constituir la sucesiva manifestación de hechos de una persona dentro de un ámbito determinado, el cual puede brindar referencialmente una valoración de desempeño en tal ámbito. Para el presente caso se ha pretendido hacer uso de este concepto, para intentar encontrar una base referencial mediante el cual se intente medir el resarcimiento del daño al proyecto de vida; siendo la "trayectoria" el instrumento que ha de fungir como baremo del daño al "proyecto de vida principal, alternativo o sustitutorio", viendo el caso en concreto y evaluando la trayectoria de su desempeño en la realización de su proyecto de vida, así como si este era factible o no y en cuanto se podría cuantificar su resarcimiento.

Sin embargo, consideramos que la trayectoria no es un argumento válido debido a su falta de aplicación a todos los casos.

Verbigracia, ¿Qué trayectoria se le podría solicitar a un niño dañado para que acredite un proyecto de vida obviamente existente? Si se diría que el niño no tiene proyecto de vida aún, entonces se le estaría quitando a los niños el derecho constitucional del libre desarrollo y realización de la persona, por ende se violaría un derecho fundamental y a la vez los estarían discriminando (por que todos tenemos en menor o mayor medida un proyecto de vida, otra cosa es que éste sea resarcible o cuantificable, y a estas alturas nos damos cuenta que **no lo es**), por el contrario si se diría que si tienen un proyecto de vida, ¿Cuál sería la base cierta sobre la cual se identificaría el proyecto, se intentaría resarcir y cuantificar? No existe respuesta alguna a estas preguntas, debido a lo errónea, individualista e injusta finalidad que resultaría pretender resarcir un daño al proyecto de vida.

Es este realmente un caso insuperable, pues en él no existe justificación ni fundamento alguno que le de solidez al argumento de la “trayectoria”.

Otro caso lo observamos en el de las personas de condición económica infortunada, en los que el proyecto de vida muchas veces lo constituye la subsistencia o sobrevivencia diaria, puesto que lo percibido solo les alcanza para cubrir sus necesidades diarias; la carga de los hijos y la familia son principalmente los motivos del trabajo diario y de la no realización del ambicioso “proyecto de vida” al que como dijimos anteriormente pareciera ser solo privilegio de algunas personas, pues las posibilidades no les son dadas por igual a todos.

En este ejemplo la trayectoria no tiene ningún sentido, solo sirve para discriminar y generar desigualdad entre las personas, pues las trayectorias de estas personas resultarían rebajadísimas si se pretendiera resarcirlas.

3.2. La Equidad: Límites

Respecto de la equidad, y en sencilla síntesis podemos decir que la equidad tiene como límite el resarcimiento o compensación de los daños morales (*pretium doloris*), los cuales en base a su presunción y al criterio equitativo del juez pueden aspirar a recibir una compensación, en cambio en lo que respecta al proyecto de vida no existe base cierta o referencial que pueda

servir como orientación para hacer uso de tal prerrogativa asignada al juez en estos casos.

Ahora sabemos que la presunción es una operación judicial, no un hecho condicionante, por la que se asume como probado un hecho que depende ordinariamente de otro que sí se ha probado ante el Juez: se trata pues de una dispensa de prueba que depende razonablemente de un hecho probado primariamente (D'ORS PEREZ-PEIX). Así podemos decir que en la manifestación de un daño al ser humano, se podrá hacer uso de la presunción de existencia, de un posible daño moral causado a la víctima o a sus familiares, el cual si bien no es cuantificable como los daños materiales, es mediante el criterio de “equidad”, que tal presunción no siempre probada, debe recibir un resarcimiento el cual de acuerdo al criterio del juzgador compensará el daño originado, el cual generalmente es de índole económica.

El propósito de mencionar la equidad como criterio, parte de la premisa, de la que parte el profesor FERNÁNDEZ SESSAREGO, así como su seguidor el Juez CALDERÓN PUERTAS, los cuales consideran a la “equidad”, como el instrumento con el cual, así como sirve para resarcir el daño moral, podría resarcir el daño al proyecto de vida, mediante la presunción de su vulneración.

Al respecto el Juez CALDERON PUERTAS señala: *“Por último, refiere – refiriéndose al profesor LEON HILARIO– 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”* (Calderón Puertas, 2014).

De acuerdo a los profesores OSTERLING PARODI y REBAZA GONZÁLEZ el caso del daño moral, se ha dejado a la libre y prudente determinación del juez el monto del daño resarcible, y por ello deberá aplicar su criterio

discrecional atendiendo tanto a las peculiares circunstancias de la naturaleza jurídica del daño, como a lo que pudiera requerir el caso concreto.

Ahora bien, el análisis de la responsabilidad civil se estructura usualmente en dos etapas:

i) la determinación de responsabilidad, donde se analizan los elementos de la responsabilidad civil (a saber, daño, antijuridicidad, culpa y causalidad) y, solo en caso que se logre establecer responsabilidad,

ii) la cuantificación de los daños.

Indudablemente el artículo 1332° se aplica **SOLO EN LA SEGUNDA ETAPA.**

Es decir que la facultad discrecional que se otorga al juez no está destinada a acreditar los elementos que configuran responsabilidad. Bajo este razonamiento, la aplicación del criterio de equidad **solo incide en la cuantificación y, por ende, tiene como presupuesto la configuración de responsabilidad civil.**

ES CLARO, ENTONCES, QUE SOLO PUEDE APELARSE AL ARTÍCULO 1332° CUANDO NO ES POSIBLE ACREDITAR LA CUANTÍA DEL DAÑO, MAS NO CUANDO LA PROBANZA SE REFIERE A LA EXISTENCIA DE UN DAÑO INDEMNIZABLE (OSTERLING PARODI – REBAZA GONZALEZ).

El razonamiento de los profesores OSTERLING y REBAZA es el razonamiento del contexto lógico del artículo 1332, en el cual el criterio de equidad podrá ser empleado coherentemente en caso de los daños morales, sin embargo, el caso del proyecto de vida, el cual se ha querido acuñar como un daño pasible de resarcimiento, tal uso no es el adecuado, ello por una simple razón, el daño moral pasa por un examen de presunción, ello quiere decir, que se deducirá de la ocurrencia del daño, la existencia o inexistencia –mediante la presunción– de un daño moral. Sin embargo, tal presunción en el caso del supuesto daño al proyecto de vida de la persona, no es siquiera imaginable, ello debido a que el proyecto de vida es:

- Permanentemente modificable.

- No existe certeza de cuál de todos los proyectos sería el denominado “principal”, lo cual por cierto queda a entera valoración y discriminación de la persona, tanto en la elección como en la realización.
- No sería posible presumir cual es el proyecto de vida de una persona y otra, por la condición económica o social que detentan al momento de ocurrido el daño, lo cual implicaría una notoria discriminación entre uno y otro, aun teniendo ambas personas la misma profesión, oficio u ocupación.
- Las actividades que a diario las personas realizan son en su mayoría, proyectos de vida generalmente no queridos, más bien impuestos por la realidad en que se desenvuelven, con lo cual la hipótesis de la “trayectoria” requerida para resarcir y cuantificar tal daño, cae en saco roto.
- No existe forma de presumir la probable realización o no de uno de los tantos proyectos que a diario elige la persona, con lo cual no se podría saber qué es lo que realmente se pretende tutelar.

Por estos y otros motivos adicionales vertidos en el contenido de la investigación, no podemos utilizar la equidad como criterio para resarcir un daño que no existe, el cual no es resarcible y por ende incuantificable.

Como indica con toda razón y criterio el profesor LEÓN HILARIO, –haciendo referencia al caso del magistrado que había solicitado un resarcimiento a su proyecto de vida, por haber sido destituido de su cargo– señala: ***“Limitándonos a evaluar la ensayística del doctor Carlos Fernández Sessarego, artífice y defensor del “daño al proyecto de vida” entre nosotros, yo sustentaría mi crítica haciendo notar que en todas esas páginas del ilustre autor brilla por su ausencia el tema más importante de todo juicio de responsabilidad civil, a saber: el tema de la cuantificación de los daños. ¿Cuánto habría que dar a la víctima por el “daño a su proyecto de vida”? ¿Están los vocales superiores autores del fallo que venimos criticando en capacidad de justificar, más allá del recurso endeble y acomodadizo a la “equidad”, los doscientos mil nuevos soles que recibirá por “daño a su proyecto de vida” el ex-magistrado del caso citado, si la Corte Suprema no lo evita? Los vocales supremos no toman en cuenta, para nada, que la presunta***

víctima, luego de ser destituida de su cargo, gestionó su pensión de cesantía (hoy homologada, nada más y nada menos, al monto de la remuneración percibida por funcionarios del mismo rango), que ocultó dicho hecho desde el momento de la interposición de su demanda, que luego de su destitución abrió un estudio de abogados y comenzó a ejercer la carrera docente en un centro universitario privado y de prestigio; que, en resumen, no experimentó ningún detrimento inmaterial merecedor de tutela, más allá de una desazón sobre la cual se puede especular bastante, pero jamás efectuar una valorización exagerada. ¿Esa desazón vale doscientos mil nuevos soles? ¿Dónde está la supuesta lesión del “proyecto de vida”? Al parecer, los componentes de nuestra Corte Superior creen que la frustración del “proyecto de vida” del ávido demandante consistió en el no haber podido seguir avanzando, jerárquicamente, en la carrera judicial. (...)En cuanto al “daño al proyecto de vida”, todo lo que se hace es invocar la palabra de Fernández Sessarego como argumentum ab auctoritate, como si en nuestro país la doctrina jurídica fuese, en términos propiamente dichos, “fuente del derecho”. Eso parece haber sido lo único decisivo para los jueces, por encima de la ausencia de toda previsión explícita en el Código Civil o fundamentación razonada en torno de la figura invocada. Los vocales superiores ni siquiera han tenido el cuidado de reparar en que la equidad –a la que dicen recurrir para su descabellada decisión– tiene un ámbito de aplicación muy restringido en la responsabilidad civil. Ellos señalan que el “daño moral” y el “daño al proyecto de vida” deben ser valorizados conforme a la equidad, y que es razonable estimar el perjuicio ocasionado al demandante, por cada uno de dichos rubros, en la cifra de doscientos mil nuevos soles. ¿Eso es “razonable”? ¿Hay algo de buen sentido o de recto criterio en semejante dictamen? En la responsabilidad civil –no hay que olvidarlo– el espacio concedido a un magistrado para echar mano a la equidad está limitado, sí, al campo de los daños morales, es decir, de los daños que una vez entrevistados (por presunción) resultan

difíciles de traducir en términos pecuniarios, y en los que se tiene que recurrir, por lo tanto, a elementos que de ningún modo se podrían aplicar para la valorización de los daños materiales. [...] ¿No está claro que los vocales superiores han considerado que “recurrir a la equidad” significa establecer un monto arbitrariamente o bajo los dictados de una conciencia viciada de desinformación sobre las técnicas de cuantificación de los daños?”.

A todo esto, no debemos olvidar de mencionar el deber de motivación de la sentencia cuando se utiliza el criterio de equidad. En consecuencia el juez debe justificar siempre el empleo de “la equidad” como si fuera una prueba más en el proceso. Como señala FRANZONI, la equidad no es sinónimo de arbitrariedad, sino que la verificación del poder discrecional del juez se suma a un resultado, en lugar de otro que no fuese controlable. Por lo tanto la función de equidad está relacionada con el fin resarcitorio (BUENDÍA DE LOS SANTOS, 2014), obviamente de un daño resarcible, en el que no cabe pensar en el proyecto de vida como daño resarcible.

La equidad puede resultar una herramienta que ofrezca consecuencias disímiles dependiendo del juez que la aplique. Si el criterio discrecional del juez es el elemento de juicio determinante para cuantificar el daño, entonces se admite la posibilidad de que un mismo daño pueda ser indemnizado con distintos montos, dependiendo del magistrado que conozca la causa. Bajo esta perspectiva, la norma bajo análisis podría convertirse en fuente de fallos judiciales heterogéneos y en promotora de la indeseable falta de predictibilidad de las decisiones judiciales. Sin embargo, el amplio margen de discrecionalidad que la norma bajo análisis otorga al juez deja muy poco espacio para establecer uniformidad en los fallos. En efecto, la herramienta de cuantificación de daños que venimos analizando no permite definiciones, pues se basa, precisamente, en la apreciación personal del juez. En tal sentido, no resulta conveniente orientar los esfuerzos de la jurisprudencia a la búsqueda de criterios definitivos para la cuantificación de los daños, sino de parámetros a los que deberá ceñirse la aplicación del criterio de equidad. Bajo esta óptica, la definición y aplicación del criterio de equidad, es un

espacio de discrecionalidad que se otorga al juez el cual debe ser complementado con parámetros desarrollados por la doctrina y jurisprudencia para, siempre con el objetivo de cuantificar daños de probanza compleja, delimitar la aplicación de dicho criterio. Cabe recordar que la unificación de los criterios jurisprudenciales, al generar predictibilidad, tiene una incidencia directa en el porcentaje de litigios que se inicien en determinada comunidad. La predictibilidad que pueden generar las resoluciones judiciales en este caso es solo relativa, pues el criterio de equidad puede presentar diferentes facetas dependiendo de quién lo aplique; sin embargo, resulta deseable establecer puntos de referencia vinculantes que el órgano jurisdiccional deberá tener en cuenta al momento de cuantificar daños de probanza compleja, como en este caso lo son los daños extrapatrimoniales.

IV. DAÑO EXISTENCIAL Y DAÑO AL PROYECTO DE VIDA

4.1. Similitudes del Daño al Proyecto de Vida con el Daño Existencial

A lo largo de lo ya desarrollado no podemos evitar hacer un paralelo entre el daño al proyecto de vida y el daño existencial.

Respecto del daño existencial el profesor Carlos Fernández Sessarego, se ha apartado e indicado que tal daño existencial pretende cubrir todas las lesiones que acarrear consecuencias no patrimoniales que no se encuadran dentro del estricto, histórico y tradicional concepto de daño moral. Al respecto advertimos –señala el profesor sanmarquino– *que todos estos daños de consecuencias no patrimoniales se encuentran incluidos dentro del amplio concepto de daño psicosomático. Por lo expuesto, no encontramos razón alguna para pretender la creación de una categoría autónoma de daños bajo la ambigua denominación de daño existencial.* Tratando de encontrar su par académico cita a Giulio Ponzanelli, diciendo: *“Ponzanelli, uno de los escasos críticos de este nuevo daño existencial coincide con nuestra posición cuando sostiene que el derecho italiano de la responsabilidad civil puede tranquilamente prescindir del daño existencial”.* Respecto de ello el profesor León Hilario desmiente lo dicho por Fernández

Sessarego e indica: “Como bien señala y enseña Giulio Ponzanelli –*con quien coincide, en algunas cosas, Fernández Sessarego, y no al revés*– el crecimiento de las reglas de responsabilidad civil se ha producido siempre por medio de una fuerte oscilación entre la función de *compensation* (es decir, de reparación del daño) y de *deterrence* (es decir, de incidencia en el tipo de actividad que debe desarrollarse). Reconocer el resarcimiento del daño existencial es privilegiar, en demasía, la primera función, en total detrimento de la segunda: los riegos, los problemas sociales y las patologías de un fenómeno de *overcompensation* son tan conocidas que aquí debe desaconsejarse todo análisis distinto. *Si las reglas de responsabilidad civil tiende a dictar sobre todo, un equilibrio de intereses entre dos posiciones en conflicto, el resarcimiento del daño existencial da la impresión de estar en capacidad de crear un fuertísimo desequilibrio*” (León Hilario Equivocos Doctrinales).

Si bien el profesor Fernández Sessarego ha querido desvincular el daño existencial del daño al proyecto de vida, uno de los representantes y difusores del daño existencial, nos referimos al investigador de Derecho Privado de la Universidad de Udine (Italia), el profesor FRANCESCO BILOTTA los ha vinculado, el cual en vez de deslindar el daño existencial del daño al proyecto de vida realiza un estudio comparativo de éstos.

El profesor BILOTTA textualmente refiere: “En las páginas que siguen se tratará de encontrar las afinidades que existen entre el daño al proyecto de vida y el daño existencial desde la perspectiva de su contenido[...]”.

El profesor italiano menciona el sentido de la perfecta sintonía de dos propuestas doctrinarias nacidas en países lejanísimos, de parte de dos estudiosos que (salvo en tiempos recientes) nunca han tenido contacto entre ellos. Refiriéndose a Carlos Fernández Sessarego y Paolo Cendon⁴³. El primero, creador de una categoría de nombre evocativo de **daño al**

⁴³ El primero, profesor emérito de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y ordinario de la Pontificia Universidad Católica del Perú. El segundo, profesor ordinario en la Universidad de Trieste – Italia.

proyecto de vida. El segundo, creador junto con sus discípulos (de primera generación) **el daño existencial**⁴⁴.

El profesor italiano reconoce un común pasado cultural, similar fuertemente influenciado en la estructura de sus Códigos Civiles por la tradición jurídica francesa. Así también refiere: “Es en verdad sorprendente no sólo la afinidad que existe entre el daño al proyecto de vida y el daño existencial desde la perspectiva de su contenido (imaginable ya tan sólo fijándonos en la denominación de los dos perjuicios), sino también a la identidad de las críticas doctrinarias que se dirigen desde una y desde la otra parte del océano a tales voces de daño.

El profesor BILOTTA señala que es desde la teoría del Derecho y de su concepto de sujeto de derecho que ambas teorías (del daño al proyecto de vida y del daño existencial) se encuentran en absoluta sintonía. Concluyendo: **“SEA EN UN CASO COMO EN EL OTRO, PODEMOS DECIR QUE EL SUJETO DE DERECHO ES CONSIDERADO COMO UN SER QUE DESEA, LIBRE DE AUTODETERMINAR SU PROPIA ESFERA EXISTENCIAL”**.

El profesor BILOTTA refiriéndose a las posturas críticas respecto del daño al proyecto de vida dice: *“Ni siquiera en el Perú, desde luego, no ha faltado quién ha estigmatizado la teoría del daño al proyecto de vida, ya que su resarcimiento constituiría una especie de pena privada. El argumento tiene su sugestión y ha sido utilizado también en Italia a propósito del daño existencial. Aun no teniendo ningún fundamento teórico, tiene el mérito de señalar un cambio en el sistema actual de la responsabilidad civil”*. Este argumento del daño al proyecto de vida como pena privada en el fondo parecería ser una crítica más que lógica, retórica, debido a que constituye una excusa para su existencia como criterio de resarcimiento, manifestando la función punitiva injusta, lo cual denota lo inadecuado que resultaría como pena privada, sin embargo aceptar tal premisa implicaría aceptar su existencia, su resarcibilidad y cuantificabilidad, cosa que no es cierta. Por

⁴⁴ Se refiere a LUIGI GAUDINO Y PATRICIA ZIVIZ.

ello tal mérito de cambio se convierte en el demérito de inflar el resarcimiento y hacer más opaca el reconocimiento de los daños resarcibles. Prosigue el profesor italiano: *“En efecto, es evidente que el resarcimiento en el caso que consideramos no puede tener la función de restituir a la víctima todo cuanto se le ha sustraído, como en el caso del daño patrimonial. No por nada, el método de cuantificación del daño es equitativo, teniendo en consideración que no han sido lesionados bienes que no tienen un valor en el mercado.* Respecto de este párrafo compartimos el hecho de que el resarcimiento no puede tener la función de restituir lo sustraído a la víctima, sin embargo en cuanto al método de cuantificación del daño mediante la equidad, ésta no tiene cabida ni forma de poder aplicarla si se quisiera resarcir un daño al proyecto de vida, ya que no resulta probabilísticamente presumible ni incuantificable, mientras que en el daño moral a la peruana la equidad funciona perfectamente, siendo tal presunción reconocible.

Finaliza el profesor BILOTTA: *“La función del resarcimiento en tal caso es compensatorio y tiene un valor simbólico que el resarcimiento del daño no patrimonial lleva siempre consigo: el atribuir una riqueza adicional a la víctima sirve no sólo para ponerla en condiciones de actuar para atenuar el perjuicio sufrido (función compensativa), sino también para marcar el disfavor de parte del ordenamiento, en confrontación con un cierto comportamiento lesivo a la dignidad y a la libertad de la persona”.* Lo concluyente respecto de la función del resarcimiento denota un claro concepto respecto del resarcimiento y la reparación. Se ha indicado en reiteradas oportunidades que la función de reparación es la que se da en el caso de daños extrapatrimoniales y la de resarcimiento en daños patrimoniales, por ser ésta última plenamente restituible; sin embargo, el profesor BILOTTA señala cual es la función compensativa del resarcimiento la cual actúa en los daños extrapatrimoniales debido a la imposibilidad de su reparación, lo cual significa que lo reparable es perfecta y plenamente restituible y en donde la reparación puede ser íntegra, empero en lo que respecta a los daños extrapatrimoniales el resarcimiento resulta sólo compensable, debido a la imposibilidad de reparación integral.

4.2. Formas de ponerle Precio a la Felicidad y a la Improbable Probabilidad: Las Oportunidades

4.2.1. El Precio de la Felicidad

Ahora hemos podido comprobar que existen dos formas en distintos países de ponerle precio a la felicidad y a la improbable probabilidad. Primero nos encontramos con el daño existencial de origen italiano, el cual ha sido refutado y criticado por el propio Fernández Sessarego, quien no ha tenido mayor estudio sobre éste, al descalificarlo plenamente dando a conocer la carencia de su propósito y existencia.

Las críticas mejor fundamentadas que se han realizado al daño existencial, han sido las realizadas respecto de su funcionalidad, más que a su aspecto estructural, los cuales también estuvieron presentes, sin embargo no fueron tan enérgicos como los dirigidos a su funcionalidad.

Respecto de ello el profesor LEYSSER LEÓN a través del profesor MARCO ROSSETTI nos da cuenta de las críticas al daño existencial.

Así, el profesor LEON HILARIO señala: *“De acuerdo con ROSSETTI, las críticas al daño existencial se dividen en estructurales y funcionales. Las primeras atañen a la admisibilidad teórica y fundamento normativo de la categoría; las segundas (tributarias, en gran medida, del análisis económico del derecho), a su utilidad práctica y posibilidades de aplicación en la práctica⁴⁵. Efectuado un rápido repaso de las críticas, del cual no será necesario rendir cuenta exhaustiva, me parecen más convincentes las de los segundos tipos, encaminados a negar el carácter resarcible del daño existencial. En cambio, conforme con el propósito expresado en las primeras líneas del presente estudio, juzgo que es más importante reparar en los aspectos funcionales de la categoría, puesto que un desmentido de su ductibilidad, y de su valor, en el nivel de la práctica – in the currency of fact (“en la moneda de los hechos”), como quería Cohen – traerá por tierra todo el trabajo de abstracción realizado preliminarmente por los juristas.*

⁴⁵ Aquí el profesor LEON HILARIO, LEYSSER, cita a ROSSETTI, MARCO, “*Danno esistenziale: Adesione, iconoclastia od epoch*”, en «*Danno e Responsabilità*», año V, núm. 2, Milán, 2000, p. 211.

Consideramos mencionar las más resaltantes críticas al daño existencial, y no las referidas a aquellas de contenido normativo italiano que es de donde procede esta curiosa figura, ello con el propósito de que no nos desvíen a problemas propios a su realidad ajenos a la nuestra.

Así, ROSSETTI expone las críticas que atacan la configuración del daño existencial:

a) *La noción adolecería de indeterminación excesiva. Siendo el daño existencial toda privación o renuncia a una actividad (aun si no communis omnium), se volvería resarcible cualquier “capricho” del damnificado, como por ejemplo, el no poder realizar cabriolas, ni trepar árboles, ni recoger nidos. **La nueva noción expresaría, una abstracta aspiración a la felicidad, cuya garantía no es tarea del sistema de responsabilidad civil.***

b) *Y está el problema de la previsibilidad del daño existencial, a los fines de su imputación al dañador a título de culpa. La esencia de la culpa, como es sabido, reside en la previsibilidad y evitabilidad del evento dañoso, pues sería injusto obligar a un sujeto a resarcir un daño que no podía ni prever ni prevenir. Por ejemplo – continúa Rossetti – quien paga en retardo la deuda personal puede ser llamado a responder por el daño patrimonial que padeció el acreedor por la demora; en este caso, es abstractamente previsible que el acreedor, si hubiera podido disponer a tiempo de la suma que se le debía, habría podido invertirla y obtener un lucro financiero. Sin embargo, ese mismo deudor no podría ser llamado a responder del supuesto daño existencial padecido por un acreedor avaricioso que, sumido en un estado de postración a causa de la falta de pago, se hubiera encerrado en casa, renunciando a gozar de la vida, dado que se trataría de un daño no previsible ex ante.*

Ahora consideramos que las críticas a su funcionalidad, son en razón a nuestra investigación, más consistentes, y versan sobre la debilidad del daño existencial respecto de su resarcibilidad.

ROSSETTI expresa que específicamente, queda al descubierto tal inconsistencia, al intermediar un análisis en perspectiva económica. *Una anomalía funcional de la responsabilidad civil, contra la cual advierten los*

partidarios de la interpretación económica del derecho, es lo que se conoce con el nombre de overcompensation.

Con esta locución del inglés, se hace referencia a un fenómeno de compensación exagerada de los daños injustamente causados, plasmada por dictámenes judiciales, y por reglamentaciones enteras, que anteponen la tutela de los damnificados a los demás fines de la responsabilidad civil.

*Al igual que la desincentivación de actividades potencialmente generadoras de daños (deterrence), que es una de las funciones que el análisis económico ha contribuido a prospectar en los últimos años, la compensación constituye uno de los cometidos primarios de la responsabilidad civil. **Consiste, en términos generales, en saldar monetariamente los costes de los daños a quienes los han padecido; en asegurarles, como dice Ponzanelli⁴⁶, “el mejor (léase: ‘adecuado’) resarcimiento posible”.***

La compensación económica de los daños, en cuanto función de la responsabilidad civil, debe proyectarse con sumo cuidado. Ha de ser una de las más arduas tareas de los jueces establecer, en cada caso, el monto destinado a saldar, congruentemente, la suma de consecuencias perjudiciales de un evento dañoso. La dificultad, mucho más grave en el área de las lesiones a la integridad psicofísica de la persona, ha propiciado que en ordenamientos, como el italiano, se dispongan tablas de referencia económica, para medir con relativa certeza la relevancia de los daños.

*Pareciera que la compensación sea uno de los puntos débiles de los sistemas de responsabilidad civil, con el temor a que los damnificados sean indemnizados con cifras menores a las realmente necesarias, y en la inevitable incerteza, **los jueces tienden muchas veces a sobredimensionar la entidad de los daños; prefieren dar de más antes que dar de menos.***

⁴⁶ Aquí el profesor LEON HILARIO, LEYSSER, cita a G. PONZANELLI: *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Il Mulino, Bologna, 1992, p. 80.

Verosímilmente, GAZZONI⁴⁷ ha vinculado la resarcibilidad del espectro de perjuicios cubierto por el daño existencial, con cierto “**derecho a la búsqueda felicidad**”.

Es sobre la idea de este inadecuado “**derecho a la búsqueda de la felicidad**”, que gira nuestro parecer respecto del daño existencial.

Además de todo lo ya referido podemos apreciar que en el fondo el daño existencial pretende amparar cualquier menoscabo, por menor que fuere, consecuencia del daño ocasionado que limite en algún sentido su realización en algún futuro. Ello implicaría la resarcibilidad a una inmensidad de aspectos que pudieran darle bienestar a la persona en el transcurso de su vida en determinado momento, bastando la posibilidad que exista un tercero al cual se le pueda nombrar como responsable que se haga cargo del daño existencial ocasionado a la víctima.

Desde la perspectiva de la profesora venezolana MILAGROS KOTEICH, los confines de un rubro tal son inasibles; al lector se le presenta como una mega-categoría, como un contenedor dentro del cual todo tiene cabida, lo que naturalmente desbordaría y desnaturalizaría la responsabilidad civil (KOTEICH KHATIB, 2006).

Esto realmente resulta un despropósito y una distorsión, pues si bien nuestro sistema de responsabilidad civil protege los bienes e intereses de la persona ante el daño ocasionado, no puede servir como mecanismo de búsqueda de la felicidad, incluyendo dentro de ella supuestos que no pasan de ser meros caprichos, los cuales no tienen cabida dentro de un sistema de responsabilidad civil, creado con otra finalidad.

Finalmente se insiste en la necesidad de delimitar los rubros indemnizables, pues hoy en día el problema no es el de la catalogación de los siempre nuevos rubros de daño que emergen de la praxis, el verdadero problema hoy es el de la selección y contención de esos daños, con el fin de no convertir, en palabras de BUSNELLI, en una *trivial actions* la tutela resarcitoria de la persona (KOTEICH KHATIB, 2006). Así el profesor ESPINOZA ESPINOZA,

⁴⁷ Aquí el profesor LEON HILARIO, LEYSSER, cita a F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 7a. ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1998, p. 695.

nos dice: *“Creo que se debe tener en cuenta una fábula que irónicamente cuenta cierta doctrina italiana, en la que se relata que, después de una larga discusión (que duró décadas) entre los Solones (los académicos) y los Decisionistas (los jueces), en lo que se refiere a la tutela del daño existencial (una variante, por cierto, no muy bien definida, del daño a la persona), quienes terminaron ganando no fueron ni los unos, ni los otros (mucho menos las víctimas de los daños), sino las compañías de seguros. La moraleja que se puede desprender de esta fábula es que si se diseña un modelo jurídico (sea legislativo o jurisprudencial) o un modelo dogmático, se debe tener en cuenta (a nivel político) a quien o quienes, efectivamente se desea tutelar: a las víctimas o a las compañías de seguros. Yo me inclino a favor de las víctimas”* (ESPINOZA ESPINOZA, 2013).

4.2.2. La Improbable Probabilidad

La otra forma que se ha creado para así como el daño existencial, generar un derecho a la búsqueda de la felicidad, es el daño al proyecto de vida, el cual se convierte en una forma de ponerle precio a las oportunidades que en el transcurso de nuestras vidas, a raíz del daño no pudiéramos cumplir, retardemos su cumplimiento o se nos menoscabe.

Porque decimos que esta es la otra forma de ponerle precio a lo que iba a suceder pero no sucedió, porque se dice, de acuerdo a lo que indica el profesor Fernández Sessarego y absolutamente todos sus seguidores, respecto del proyecto de vida, que éste es un daño que viola su libertad de elegir, aunque más que eso parece un derecho a la realización.

Creemos que todos tenemos derecho a realizarnos en mayor o menor medida en el transcurso de nuestras vidas, es lógico que todo ser humano persiga fines, metas y sueños aprovechando oportunidades que a veces sólo se dan una vez en la vida, ello como parte del desarrollo en diversos aspectos y generalmente con la finalidad de vivir en tranquilidad y disfrutando lo que más le gusta hacer, que es aquel supuesto que protegería el proyecto de vida.

Viendo las cosas así, que duda pudiera haber para proteger el proyecto de vida. Sin embargo, y como era de esperarse, desde la perspectiva individual

los argumentos para defender el proyecto de vida son loables y su no protección hasta tal vez podría ser calificada como condenable, como se ha venido diciendo; pero cada día que pasa, los que vivimos en la realidad, realidad peruana, palpamos una sociedad con problemas sociales en abundancia, violencia en crecimiento, políticas sociales inservibles y nada prioritarias.

Lo cual manifiesta que la realidad peruana no es aquella que el profesor Fernández Sessarego, quien acaso “desde la colina donde vivía observaba viendo las cosas pasar” –feliz frase que CALDERÓN PUERTAS le asigna– no palpa la realidad dura y áspera, que cada día vivimos en nuestro país. Ese individualismo propio del existencialista heideggeriano, tal vez lo hizo inmune al sentimiento colectivo que dice retóricamente proteger con la protección del proyecto de vida, cuyo argumento no termina siendo más que una treta, en la que se esconde la discriminación y la injusticia.

Para realizar un proyecto de vida se nos ha dicho que debemos ser conscientes de nuestras opciones, posibilidades y circunstancias, las cuales mediante el uso de nuestras potencialidades, las que por cierto son diferentes en cada persona, podríamos llegar a formular un proyecto de vida e intentar realizarlo.

Eso significa que no todos los peruanos nos encontramos con las opciones, posibilidades o circunstancias, que hagan posible mediante nuestras potencialidades, lograr realizar lo que más nos guste hacer, que sería un verdadero proyecto acorde a nuestra libertad de elegir. Lo que significa que muy pocos tienen la posibilidad de elegir un proyecto que vaya acorde con lo que les gustaría hacer, lo que implica que en realidad no depende tanto de los potenciales, sino de las opciones y las posibilidades, especificando las posibilidades económicas y sociales, y tal vez de alguna circunstancia favorable que permita su realización.

En ese entender son las posibilidades económicas y la posición social la que en la mayoría de casos determinara la ideación de un proyecto, y luego de la elección tal vez la ejecución de la ideación. Este aspecto se denota en el ejemplo del pianista, pues a éste no solo le basta el talento de su potencial,

ya que para que éste pueda ensayar sus melodías, tendrá que tener un piano, instrumento costosísimo y al alcance de muy pocas familias peruanas. El talento sin posibilidades económicas es como los sueños y la realidad. A diario en los barrios, asentamientos y urbanizaciones de todo el Perú nacen talentos, en las diversas áreas, del deporte, la música, el estudio, etc.; sin embargo, así como nacen mueren, sin ningún tipo de reconocimiento, olvidados y dedicados a todo tipo de oficio para poder vivir, y conscientes de la realidad en la que les ha tocado vivir.

Las elecciones están rigurosamente condicionadas a nuestras posibilidades, tal vez el profesor Fernández Sessarego no lo vea desde su colina, sin embargo es ésta la realidad para la cual se crean las normas y de la cual las personas son víctimas de sus efectos. El proyecto de vida encierra un individualismo cerrado, que busca en la **“trayectoria”**, sustento para intentar cuantificar la realización de un proyecto de tantos que a diario ideamos. Tal argumento de la trayectoria no pasa de ser otro argumento falaz, pues aún no nos contesta el profesor Fernández Sessarego, ¿cuál es el proyecto de vida del niño? ¿Cuál es el proyecto de vida del pobre? CALDERON PUERTAS dice que el proyecto de vida del niño no es evitable, pues el proyecto de algunos niños es más visible que el de otros, reconoce que se hace difícil establecer su proyecto de vida, pero comete el craso error de discriminar otra vez diciendo **“piénsese en el ajedrecista que se inicia a temprana edad en el deporte y que encamina su vida hacia ello”** (Calderón Puertas, 2014), o sea lo que nos está diciendo el Juez CALDERON PUERTAS, es que los peruanos tenemos que enseñarle a jugar ajedrez a nuestros niños a temprana edad, para que por lo menos tengamos la chance de un resarcimiento por proyecto de vida, porque si les pasa algo y son ajedrecistas si tendrán un proyecto de vida que resarcir, pero si no es así, no se les resarcirá por este concepto, pues su proyecto no es visible.

Tamaña sandez no tiene asidero en ninguna parte del mundo, la evidente discriminación que denota el ejemplo de uno de los seguidores acérrimos del profesor Fernández Sessarego relata el individualismo, egotismo, solipsismo extremo al que hicimos referencia en la parte pseudofilosófica de las bases

de esta figura. Se suponía que todos los seres humanos teníamos proyecto de vida, y que por ende somos iguales, en el sentido de idear e intentar realizar aquello que consideramos nuestra aspiración, el cual obviamente tendrá límite en la medida de nuestro condicionamiento opcional y de posibilidades; viendo esta situación, entonces qué pasaría con la protección del concebido con ideas como a las que hace referencia el magistrado CALDERON PUERTAS.

Ahora, que pasaría con los peruanos que viven en pobreza y extrema pobreza, porque recuérdese que en el Perú, existen ambas categorías, a las cuales mediante los programas sociales se les da placebos, con el propósito de volver ociosa a la gente, en vez de generar desarrollo en ellas.

Los potenciales de las personas en aquellos lugares duermen condicionados eternamente, lugares en donde las opciones son muy pocas y las posibilidades nulas, en aquellos lugares alejados de nuestro país, donde día a día se forja el Perú, y en donde con mucho sacrificio se consigue el alimento, vestido y vivienda para los hijos de sus habitantes.

Quienes tal vez condicionados por sus posibilidades y opciones esperan alguna circunstancia que les permita dar un giro a su realidad cotidiana, que les permita desarrollarse mediante el aprovechamiento de tal o cual oportunidad, la cual aparece generalmente una sola vez en la vida de estas personas.

Se ha tratado de dar criterios generales para resarcir una fantasía, que discrimina entre pianistas, futbolistas, o pintores, tal diferenciación no es concebible y resulta inconstitucional.

Como se puede medir y ponerle precio a las oportunidades o aspiraciones, o diferenciar proyectos de pianistas o futbolistas. Para entender mejor esto haremos uso de un ejemplo pintoresco del profesor LEON HILARIO el cual nos dice:

“A ver si en el avión van Billy Joel, Juan Castro Nelly y un profesor del Conservatorio de Lima (si el del querido centro de Lima) y los tres se lesionan las manos: ¿el resarcimiento para estos tres “pianistas” es diferente? Y más difícil todavía. El avión está lleno de pianistas (o de

futbolistas) de varias partes del mundo, todos profesionales pero con mayor o menor éxito (concepto clave para los defensores de la discriminación ante la ley). ¿El resarcimiento, otra vez será (¡podría ser siquiera!) diferente?”

Es evidente que no cabe realizar diferenciación alguna entre pianistas y futbolistas, y no sólo con ellos, sino, que no cabe hacer diferencia alguna entre proyectos de vida de las personas que ostenten diferentes profesiones, oficios u ocupaciones, en las cuales las personas se puedan desenvolver, eso implicaría ser discriminados con una norma que sustenta tal discriminación: el resarcimiento del daño al proyecto de vida.

La clasificación de proyecto de vida en principal, alternativo y sustitutorio es otra falacia.

Según Fernández Sessarego el proyecto de vida principal es uno solo, aquel que deseamos y anhelamos cumplir en el trayecto de nuestra vida y que sería la máxima manifestación de nuestra realización. Prosigue e indica que cuando el proyecto de vida principal no pueda realizarse se tendrá uno alternativo, que en palabras del propio profesor sanmarquino “*son los desdibujados y grises proyectos que sustituyen al deseado*”, siendo finalmente el proyecto sustitutorio aquel que es resultado o consecuencia de la frustración del proyecto de vida principal.

Ante estas afirmaciones los peruanos nos repartiríamos en tres partes:

- a) Primero están los que gozan de las opciones y posibilidades, muchas veces superiores a su potencial, vale decir, todos aquellos que cuenten con disposición económica y posición social que permitan la realización de lo elegido, y que vienen a constituir una cantidad pequeñísima de la sociedad peruana, y que cuando se les dañe podrán pedir un resarcimiento a su proyecto de vida ***principal***.
- b) Después están la mayoría de peruanos, quienes según nuestra realidad asumimos un proyecto ***sustitutorio***, debido a que no podemos realizar la aspiración que quisiéramos y tomaríamos como un proyecto principal, el cual no resulta más que un sueño en nuestra realidad, por lo que condicionados por nuestras posibilidades y

opciones acudimos a las circunstancias para intentar sobresalir y aprovechar alguna oportunidad, obviamente aquí se invierten las cosas, el potencial es superior a las posibilidades y opciones, pero como nuestro proyecto es sustitutorio no es en palabras de Fernández Sessarego “**necesariamente causa de frustración que comprometa nuestro destino**”, por ello no podríamos llegar a suicidarnos o a perder el sentido de nuestras vidas, aspecto que debería tomarse como “positivo” en su teoría.

- c) Por último, y en último lugar en esta escala, deberían encontrarse aquellos peruanos en pobreza y extrema pobreza, los cuales siendo víctimas de un daño, y al verse supuestamente frustrado y perdido su proyecto principal, acuden a un proyecto **sustitutorio** que les permita seguir viviendo, pues según el profesor sanmarquino dependerá mucho de la personalidad de cada cual o de la capacidad de adaptación a inéditas situaciones, que la víctima se pueda recuperar. Nada más alejado de la realidad, si bien nos resulta a todas las personas superar problemas, en mayor o menor medida es el esfuerzo y el sacrificio cualidades propias de las personas que se encuentran en tal situación económica y social.

Ahora en el caso, generalmente las personas que sufren un daño y a causa de ello supuestamente pierden su proyecto principal, el que en realidad es sólo uno de los tantos que tiene en mayor o menor grado de importancia, superan tal frustración. Si la víctima no lo decide y no lo hace por propia iniciativa, son los parientes en distintos grados de consanguinidad y afinidad, los encargados moralmente de sostener la frustración con el propósito de sopesar conjuntamente la aceptación de su situación real, la motivación a continuar con otros proyectos y asumir el dilema natural del éxito y el fracaso, para luego de ello salir adelante y continuar con la vida que aún posee.

Con el argumento de la parentela, el cual termina siendo completamente real, verdadero y cotidiano. Las muertes por suicidio a las que alude el profesor Fernández Sessarego, se evitarían, pues la

familia es un aspecto subjetivo importantísimo interviniente en la vida de la persona.

Tal vez en el ejemplo del profesor sanmarquino, los familiares del pianista o el futbolista, por dinero u otro motivo se alejen o sean alejados, como para no preocuparse por un, hijo, padre, sobrino, tío, amigo, etc.; en el supuesto del profesor Fernández Sessarego vemos un pianista o futbolista al haber perdido su supuesto proyecto de vida principal, completamente alejado y solo de su entorno, abandonado en su frustración, reticente a la sociedad y a los que la componen, tal apreciación es propia de los existencialistas adeptos del envilecido pensamiento egotista, solipsista e individual, que resulta siendo una condena más que un argumento de defensa para el ser humano.

Al parecer el proyecto de vida principal sigue siendo una utopía, pues vivimos en una sociedad donde la mayoría tiene un proyecto alternativo, el cual pareciera confundirse con el sustitutorio pues éste último, pareciera ser también un proyecto de vida “alternativo sobreviviente” a la frustración del proyecto principal.

En fin esta clasificación hecha por el profesor Fernández Sessarego trajo a colación más equívocos, confusiones y distorsiones; que lucidez y desarrollo en el campo de la responsabilidad civil. Tales clasificaciones a las que estaríamos sujetos los peruanos cuando seamos víctimas de un daño, son en su conjunto un sinsentido absoluto.

Tratar de encasillar el proyecto principal en una sola opción es irreal, pues los proyectos circulan como el flujo del mercado, como los peces en el agua, virando a cada instante y siendo en rango de importancia diferentes a cada momento.

Existen variados ejemplos de superación, de fracasos, tristezas, angustias, y problemas en general. Los riesgos son connaturales a nuestras acciones por ello somos pasibles de daño en cualquier momento y lugar, sin embargo también estamos protegidos en caso nos dañen en algún aspecto existente de nuestro cuerpo, mente o derechos de la personalidad.

Los proyectos cambian a cada instante, tratar de encuadrarle a cada persona un proyecto disfrazado de principal, más que la reclamación de un derecho parecería resultar una imposición de un destino o futuro asignado a una persona sobre bases más que dudosas. La trayectoria es falaz y se muestra claramente fuera de lugar en el caso de daños a los niños y al concebido.

Por todo ello, creemos que el proyecto de vida no dista mucho del daño existencial, pues ambos en vez de protegernos en situaciones reales acordes a nuestras realidades son meras teorías de aspiraciones que protegen: ***LA FELICIDAD Y LA IMPROBABLE PROBABILIDAD.***

SUB EJE 2: RESPECTO DEL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA COMO CRITERIO INDEMNIZABLE MEDIANTE EL ART. 1985 DEL CÓDIGO CIVIL DE 1984

V. CONSIDERACIÓN DEL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA COMO CRITERIO INDEMNIZABLE

5.1. El daño al proyecto de vida no tiene asidero en el art. 1985 del código civil peruano vigente

Como se ha visto del análisis del material que se ha escrito respecto del daño al proyecto de vida, tanto del pensamiento de su autor como las de algunas innovaciones o tal vez tropiezos de sus seguidores, al intentar acuñarlo forzando muchas veces mecanismos a su favor no ha servido ni ha rendido los frutos que se esperaban. Del análisis realizado no hallamos motivo razonable que fundamente su introducción como criterio indemnizatorio contenido en el artículo 1985 del Código Civil Peruano de 1984; lo único que se ha conseguido con su polémica e inútil inserción han sido problemas de distintos calibres y confusiones tanto a nivel teórico como práctico, empero ha sido la propia realidad la que le ha negado su desarrollo así como los criterios lógicos los que han desenmascarado este vano filosofismo disfrazado de categoría jurídica.

Inclusive se han tergiversado conceptos como la “reparación integral”, ello con el único objeto de usarla como pretexto para incluir el resarcimiento del

daño al proyecto de vida como parte de esa reparación integral en mérito del cual se acuñaba la polémica figura.

Por ello, veremos que significa y cuáles son los alcances de la reparación integral.

Así también veremos cuál es la importancia de los baremos en lo que concierne a la indemnización por daños extrapatrimoniales.

5.2. El “Principio de la Reparación Integral” en los Daños Extrapatrimoniales

Respecto de la reparación integral se ha dicho que:

“Se entiende, actualmente, que el principio de reparación integral del daño hace alusión al valor justicia. Considerando entonces que para cumplir con la justicia como pilar del ordenamiento jurídico, en materia de responsabilidad civil y derecho de daños, la restitución al estado anterior al hecho dañoso es fundamental (CUBERO SOTO, FERNÁNDEZ ULATE, 2010). De lo dicho nos queda la duda de si la responsabilidad civil y llamado derecho de daños vienen a ser lo mismo, o dos distintas áreas. De igual manera, estamos de acuerdo en el parecer de que el principio de reparación integral es tan ideal, como el valor de la justicia, ambos son parámetros inalcanzables, como lo es la reparación integral en cuestión de resarcimiento de daños extrapatrimoniales.

Así también se ha dicho, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha reconocido la restitutio in integrum, considerando que es una de las formas en que se puede reparar el daño, **pero no siendo ésta la única forma, ya que muchas veces este ideal es imposible o no es el más adecuado**. La Corte ha dicho que “de no ser esto posible –la restitutio in integrum–, cabe al tribunal internacional determinar una serie de medidas para, además de garantizar los derechos conculcados, reparar las consecuencias que las infracciones produjeron, así como establecer el pago de una indemnización como **compensación por los daños ocasionados**”.

El autor Sergio García Ramírez, considera que “en un plano ideal, lo deseable sería restituir las cosas al estado que guardaban antes de que la violación ocurriera. **Sin embargo, esta restitución no sólo es improbable,**

sino también imposible, porque los resultados materiales o formales de la violación constituyen un imborrable dato de la experiencia” (CUBERO SOTO, FERNÁNDEZ ULATE, 2010). De lo referido acerca del pensamiento de la CIDH respecto de la reparación integral, concordamos en el sentido de que la *restitutio in integrum* es un concepto ideal, en el que la restitución o reparación integral como se hace llamar no tiene cabida, por la improbabilidad e imposibilidad de su realización sobre todo cuando se trata de daños extrapatrimoniales.

De igual manera Clayton Reis considera que, **“siempre hablaremos de toparnos con inmensas dificultades cuando se tratare de daños extrapatrimoniales”**.

De igual forma el Juez CALDERÓN PUERTAS, desinformativamente intenta argumentar ante la lógica del concepto y de la posición del profesor LEÓN HILARIO, diciendo: *“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 siente horrorizado por esto (...)”*. 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 que se le ha causado”*. Este principio es el que se le conoce como *reparación plena o integral* 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” (CALDERÓN PUERTAS, 2014); citando al jurista DE TRAZEGNIES GRANDA en este último párrafo, aludiendo a la *restitutio in integrum*, e indicando lo que supuestamente significaba para el maestro, la *restitutio in integrum*.

Sin embargo, lo dicho por CALDERÓN PUERTAS es medianamente cierto, por no decir falso, la afirmación que hace del profesor DE TRAZEGNIES, el magistrado CALDERÓN PUERTAS es incompleta, si bien el profesor dice lo descrito por el magistrado, prosigue el profesor DE TRAZEGNIES señalando: **“343. PERSISTENCIA DE LAS HUELLAS DEL DAÑO. Evidentemente, este principio es más un anhelo que una realidad:**

RESULTA IMPOSIBLE BORRAR TOTALMENTE LAS HUELLAS DEL DAÑO. TUNC mismo nos dice que el sufrimiento, las molestias e incluso los problemas materiales causados por el daño, no desaparecen con el pago de una indemnización, por eso, más que una reparación, el pago ordenado por el juez es muchas veces sólo una compensación” (TRAZEGNIES GRANDA, 2001).

De lo dicho por el profesor DE TRAZEGNIES no cabe duda alguna de cual es realmente su parecer respecto de la restitutio in integrum, lo cual no es lo referido por el magistrado CALDERÓN PUERTAS; una vez más la verdad de los hechos prevalece sobre la retórica empleada para defender una reparación integral inexistente, sobre todo cuando hablamos de daños extrapatrimoniales.

Respecto de la reparación integral también nos parece interesante referirnos al profesor GIULIO PONZANELLI, quien nos dice: ***“El principio de la reparación integral del daño tiene relevancia tanto para el daño patrimonial como para el daño no patrimonial”, pero es muy difícil dar una reparación en materia de este último, pues su naturaleza vuelve la valoración del resarcimiento difícil*** (PONZANELLI, 2014).

Es necesario traer a colación lo escrito por el profesor LEÓN HILARIO quien tal vez tiene el más claro y definido concepto tanto de principio como en lo respecta al origen y alcances de la reparación integral, así el insigne y joven jurista nos dice:

“¿Qué es lo que determina la existencia de un “principio”? A mí no me cabe la menor duda de que para ello es imprescindible la convicción generalizada de un pueblo sobre las bondades de un ideal. De un ideal que bien puede ser una regla para solucionar conflictos, de aceptación unánime, aunque por definición no se encuentre escrita. Desafortunadamente, algunos magistrados nacionales dan la impresión de haberse enterado, leyendo textos españoles o argentinos, de que en Europa se habla multitudinariamente de un “principio” de “reparación integral de los daños”, y ese solo dato los mueve a adoptar el cliché, como si se tratara de una moda o de un elemento de cultura jurídica

automáticamente válido y vinculante en el Perú. Y como la bibliografía consultada proviene de países propensos a la imitación, nada autorreferenciales, un ulterior eslabón a la cadena de imitaciones – igual de censurable que los precedentes– termina siendo forjado e incorporado por el poder judicial peruano. Como toda imitación carente de sustento y meditación previa, en el país-Perú, donde la magistratura “ya está a la moda” con la “reparación integral de los daños”, un joven que perdió la visión por un accidente imputable en gran medida a su propia imprudencia recibe treinta mil nuevos soles, mientras que una joven a la que su conviviente le provocó un aborto inducido recibió solamente tres mil nuevos soles. Recientemente, dos señoras que alegaron haber sido “víctimas” del maltrato psicológico e infidelidad de sus cónyuges han recibido, respectivamente, treinta mil dólares de los Estados Unidos de América y ciento cincuenta mil soles, mientras que otra, menos afortunada ante la “justicia”, ha conseguido, a duras penas, dos mil quinientos nuevos soles por los daños que dijo haber sufrido a causa de su divorcio; todo ello, con la puntual invocación del automatismo “daño al proyecto de vida”. ¿Reparación “integral”? ¡¿Cuál reparación “integral”?! 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. Participando de esta perspectiva retornamos a una superada y sesgada visión de esta institución, en flagrante desatención, por lo demás, de los aportes del análisis económico del derecho, y del análisis funcionalista en general, desde hace tiempo practicado a alto nivel entre nosotros” (LEÓN HILARIO, Inflando los resarcimientos con automatismos el daño al proyecto de vida y otros espejismos de nuestra magistratura).

Por último, dentro de este mismo ámbito, la reparación del daño moral, con sus evidentes dificultades para su evaluación ofrece un ejemplo claro de los

límites del principio de reparación integral. Entre nosotros, esta cuestión es tan evidente que sólo la mencionamos: no todas las víctimas por iguales daños reciben igual reparación y todo depende, según un autor clásico entre nosotros, del criterio de los jueces⁴⁸ el que, desde luego, no ofrece ningún parámetro objetivo de evaluación del daño (DOMÍNGUEZ AGUILA, 2010).

Ahora, sin embargo, debemos entender que la indemnización plena, en los casos de daños no patrimoniales donde los intereses son inestimables, se plantea una especie de contradicción de la regla y su eficacia práctica, tanto que se ha proclamado su estado de crisis y relatividad.

Concibiendo la reparación integral como una directriz o norma programática es posible llegar a considerar que en ciertos casos, pueda llegar a ser absoluta –como es el caso de los daños patrimoniales– o simplemente ser de relativo o imposible cumplimiento –en el caso de los daños extrapatrimoniales–.

Pese a formularse la reparación integral como “*la directive essentielle en ce qui concerne l'évaluation des indemnités*”, como base de la función reparadora que le asiste a la responsabilidad civil, la discusión sobre su actualidad y operatividad es realmente importante. Quienes sostienen su virtualidad y su falta de admisión en la evolución legislativa y la jurisprudencia comparada, afirman su existencia solo en situaciones concretas.

El objetivo de la reparación integral está directamente relacionado con la apreciación concreta y precisa que se pueda llegar a efectuar de los perjuicios ocasionados al afectado, y con su traducción directa en un equivalente monetario que refleje, a ciencia cierta, la real magnitud de las consecuencias del hecho dañoso. Este simple punto de vista plantea una rotunda inclinación hacia los daños materiales en virtud de los cuales se puede llegar a indemnizar las disminuciones presentadas por las víctimas, alcanzando en muchos casos una *reparación in natura*. En concreto, se insiste en que la regla de reparación integral es de una aplicación

⁴⁸ Aquí el autor hace referencia a FERNANDO FUEYO, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 463.

relativamente fácil en los llamados daños materiales, cuyo carácter objetivo elimina de manera afortunada aquellas incertidumbres que pudiesen llegar a surgir, por ejemplo, de un criterio equitativo.

La evaluación de los efectos y la extensión de la responsabilidad estará detallada en operaciones aritméticas detalladas de los efectos nocivos del hecho sin que se encuentren inconvenientes en su tasación, siendo solo cuestionados en oportunidades por el examen que se efectúe de certeza y necesidad probatoria, que una vez superados, cumplirán de forma plena con la indemnización o por lo menos en un punto muy cercano a ella. Cosa contraria se da en la valoración de los daños no patrimoniales. ***Es evidente que el equilibrio entre perjuicio y reparación es problemático en los daños que recaen sobre bienes de la personalidad de suyo inestimables que excluyen la aplicación de procedimientos matemáticos para el cálculo del importe a cargo del responsable. Por ello, estando alejados de un patrón de referencia o paralelo, la estimación de su cuantía quedará sujeta a una aproximación judicial subjetiva como paliativo o compensación por los daños sufridos. Esto lleva a que se afirme que “en las más recientes manifestaciones doctrinales se ha abandonado del todo el principio de ‘reparación íntegra’ cuando se trata de daño a la persona en sentido estricto, esto es, al margen de sus consecuencias económicas, fenómeno que sin duda responde a la evidencia de que hablar de ‘completa reparación’ es en este caso una entelequia”*** (SANDOVAL GARRIDO).

A pesar de lo dicho, el papel actual del principio de reparación integral, sobre todo debido al gran avance de litigiosidad en materia de daños a la persona, merece una reformulación para su genuino entendimiento en su aplicación práctica. En este contexto, Viney y Jourdain proponen inicialmente que el campo de acción propicio y único de aplicación del principio se limite a los daños patrimoniales, pues como ya se ha visto, se trata de daños en los cuales la adaptación de justicia material efectiva puede lograr más claramente su cometido. Incluso, en este campo, deberán tenerse en cuenta imperativos de corrección y modificación distintos de la propia reparación,

como los medios de subsistencia del individuo o el equilibrio financiero de una empresa que hagan necesaria la reparación plena o simplemente de poca relevancia.

Por otro lado, recordando lo expresado líneas atrás, se plantea una limitación a los excesos que se pueden presentar al momento de la tasación de las indemnizaciones con fundamento en el principio de reparación integral y que conducen a cifras manifiestamente desproporcionadas en relación con *l'attente légitime*⁴⁹ de la víctima.

Es por ello que consideramos que cuando se habla de reparación integral, se habla sólo de la reparación de daños patrimoniales, y no del resarcimiento de daños extrapatrimoniales, los cuales inestimables por naturaleza impiden la aplicación de una regla aplicable sólo al ámbito patrimonial.

5.3. Los Baremos

Es inevitable preguntarnos si en el Perú, así como se han planteado en otros países debemos crear legislativamente baremos o cuadros graduales de daños, con los que los daños no patrimoniales puedan resarcirse o compensarse. Podemos decir que no existe una definición legal ni jurisprudencial del concepto de "baremo", pero bien podría definirse como un "cuadro gradual establecido convencionalmente para evaluar los daños, en este caso, los daños no patrimoniales, como por ejemplo en el caso peruano en materia de accidentes de tránsito. Así, el baremo puede adoptar muy diversas formas, pues la evaluación de daños puede llevarse a cabo bien asignándoles un valor monetario único, bien estableciendo una horquilla de valores posibles, que el Juzgador concretará a partir de las circunstancias del caso, o bien estableciendo una fórmula de cálculo basada en variables objetivas. Todo baremo presenta tres características básicas: es general, pues tiene vocación de aplicarse a cualquier víctima que cumpla con su ámbito de aplicación material; está predeterminado, de manera que la

⁴⁹ *Expectativa legítima.*

potencial víctima puede conocer *ex ante* cuál es la indemnización previsible en caso de accidente; y agota la valoración del daño que cuantifica.

De esta manera, el establecimiento de tarifas legales y jurisprudenciales en materia de indemnización a las víctimas de algunas actividades y para ciertas categorías de daños es una cuestión de primer orden en la discusión actual de la responsabilidad civil. A decir verdad, la imposibilidad de tasar con cierta suficiencia los daños no patrimoniales o extrapatrimoniales ha llevado a que se ponga en duda el valor del principio de la reparación integral y se establezcan vías de reducción a los daños en casos excepcionales. La idea es conceder una reparación a la víctima que no solo aparezca como adecuada y razonable sino que confiera certeza para casos semejantes para el futuro. En especial, frente a la interrogante general de si es adecuado, razonable y, sobre todo, necesario implementar un sistema de techos para la indemnización respecto a los daños no patrimoniales, la respuesta casi unánime es favorable.

Tomando partido a favor, VINEY considera que “hoy es cada vez más seriamente hora de definir con precisión los daños reparables y reglamentar la tasa de las indemnizaciones”. De este modo, “la idea de conceder una reparación tan adecuada como sea posible a los perjuicios sufridos aparece tan sensata como generosa, pero es en realidad demasiado vaga para permitirle traducir en una suma de dinero el equivalente necesario a la compensación de los daños extrapatrimoniales”.

Partiendo de un sistema de mutualización de riesgos y de la gran incertidumbre que ofrecen las diversas condenas que en determinados casos pueden imponer los jueces, se ha hecho eco a la limitación de los daños no patrimoniales disminuyéndose de a poco la importancia de la responsabilidad civil y la creciente tendencia de su litigiosidad. Más efectivo es, al parecer, establecer de antemano a qué se expone quien ha de pagar y qué recibirá quien ha de resultar afectado por determinados sujetos. Para ello, TUNC, recomendando previamente prudencia en la indemnización de daños no patrimoniales, afirma que la protección a las víctimas no debe pesar en demasía sobre los otros, de modo que “cuando el que o la que

asegura la vida de la familia es víctima de un accidente, lo esencial es que la familia reciba lo más rápidamente posible el equivalente de su salario o de su renta patrimonial, o en cualquier caso una importante proporción de ésta; indemnizar el sufrimiento puede ser legítimo, pero no necesario”.

Conforme a lo anterior, se ha planteado que la valoración de los daños no patrimoniales se efectúe mediante baremos que deberán ser expedidos por el legislador y de seguimiento obligatorio por los jueces partiendo de las siguientes reglas:

(I) Las tablas deberán determinar sumas razonables fijas pero revisables periódicamente de acuerdo con criterios estadísticos; (II) El juez al momento de fijar las sumas no puede alejarse de las tablas previamente establecidas. De forma excepcional, podrá aumentar las reparaciones frente a las circunstancias especiales del caso, pero para ello la ley fijará un marco dentro del cual podrá ajustar la indemnización; (III) Los daños materiales deben repararse en forma íntegra en cuanto estén probados; y, (IV) Para los daños no patrimoniales se procurará su satisfacción a través de las cuantías establecidas (GARRIDO, REPARACIÓN INTEGRAL Y RESPONSABILIDAD CIVIL, 2013).

Por su parte, la experiencia francesa ha marcado otros criterios para la valoración de los perjuicios corporales o psicofísicos. A partir de las apreciaciones efectuadas por los médicos respecto de las lesiones a la integridad psicofísica, los jueces, atendiendo a la edad de la víctima y al déficit funcional permanente establecido por vía pericial, efectúan un cálculo por punto (*calcul au point*) de incapacidad para arribar finalmente a la indemnización debida. Lo interesante de este sistema francés es que la jurisprudencia, de acuerdo con sus precedentes, instaura el valor del punto tomando en cuenta las indemnizaciones previamente concedidas, estableciendo de esta forma una base media que guarda relativa uniformidad. Ahora bien, la práctica ha revelado la falta de una tasa médica de incapacidad que armonice de forma concreta las decisiones judiciales y brinde un criterio de uniformidad. Las diferencias de opiniones médicas llevan a que las cuantías en muchos casos discrepen unas de otras, lo que

ha conducido a la necesidad de establecer en forma legal un baremo de invalidez aplicable a todos los sistemas de indemnización.

Viendo y siendo conscientes de la situación y problemática actual del resarcimiento o compensación de los daños extrapatrimoniales o no patrimoniales cabe preguntarnos ¿Contribuyen los baremos a la reparación integral de los daños no patrimoniales o extrapatrimoniales? Como conclusión de lo que se viene analizando, debe admitirse que la utilización de tarifas o baremos para la valoración de los daños no patrimoniales respecto de los cuales no existen elementos objetivos de comparación o referencia aparece como una propuesta seria para garantizar seguridad jurídica, certeza e igualdad material de las víctimas de daños corporales.

Lo anterior es más considerable aún si se tiene en cuenta que nuestro sistema se fundamenta en la apreciación judicial de los daños sin basarse en ningún tipo de criterio objetivo sino en apreciaciones subjetivas e individuales que dependerán del ánimo y sentido que ofrezca cada juez. El respeto por el principio de igualdad es una de las garantías más importantes que se deben perseguir en el juicio de responsabilidad, de manera que las decisiones judiciales deben preocuparse por guardar uniformidad y coincidencia en casos similares, aspecto que no acontece en la experiencia peruana donde las disparidades son notables. Es motivo entonces del azar la suerte que correrá la víctima dependiendo de quién sea el causante del daño y de las notas especiales que pueda llegar a tener su caso para influenciar una buena decisión del juez. No puede caber duda de que este proceder es intolerable, ni de que debe allanarse un camino para corregir estas prácticas discriminatorias y desestimulantes del sentimiento de justicia (GARRIDO, REPARACIÓN INTEGRAL Y RESPONSABILIDAD CIVIL, 2013).

A propósito de lo afirmado existen opiniones en contra de baremos vinculantes para los jueces. Se alude en principio a que la reparación de situaciones idénticas es relativa porque casos distintos serían tratados como iguales fomentando desigualdades y desconociendo la misma igualdad que se pregona. Esto es, se conduce a un automatismo en donde se encuadran

supuestos fácticos a las mismas consecuencias jurídicas sin reparar en que efectivamente son eventos disímiles, reparando más de lo que se debería reparar a unos y cubriendo con un manto de simetría lo que se escapa a comparaciones. Atado a lo anterior, la certeza y seguridad jurídica pueden enfrentarse a las distintas interpretaciones que ofrezcan los jueces sobre cada evento en particular. Así mismo, la estrechez que imponen los topes y la necesidad de una argumentación judicial coherente con los derechos de las víctimas llevan a sostener con sumo interés que no son lo suficientemente perfectos para sacrificar el principio de reparación integral. Pues bien, cabe plantearse la pregunta: ¿qué mecanismo podría ser el más adecuado para llevar a cabo una justa uniformidad en la reparación de los daños extrapatrimoniales? En primer lugar, debe señalarse que los jueces son los encargados de determinar las categorías de perjuicios indemnizables y de calcular las indemnizaciones, estando sujetos a la valoración de las pruebas y a la garantía de la reparación integral siempre que pueda ser posible.

En este proceso ha sido común el establecimiento de criterios judiciales que han tratado de regular de manera gradual la compensación de este tipo de daños, ejercicio guiado fundamentalmente por patrones de equidad y de libre valoración judicial, en virtud de la falta de criterios objetivos. En este orden de ideas, es aceptable la facultad de fijar el cuántum indemnizatorio por parte de los jueces y el consiguiente establecimiento de topes que a manera de guía puedan servir como pauta para casos de similar sustento fáctico. Esto, sin embargo, se considera únicamente respecto de los perjuicios morales. En relación con los perjuicios corporales o fisiológicos, como se verá, sigue existiendo posibilidad de alcanzar criterios objetivos en su valoración, la libre apreciación judicial no puede ser la regla que gobierne.

Ahora en nuestro país como lo dijimos anteriormente el criterio tabular ya está regulado en el ordenamiento jurídico nacional, al menos, a nivel legislativo, en materia de accidentes de tránsito, sin embargo, la cuantificación de los daños no patrimoniales que viene realizando el Poder

Judicial es impredecible. A decir del profesor ESPINOZA ESPINOZA las causas son las siguientes:

- a) Los operadores jurídicos no respetan la normatividad en lo que a individualización de daños se refiere. Por ello la búsqueda de los criterios de cuantificación de los daños (patrimoniales y no patrimoniales) resulta ser un misterio indescifrable.
- b) Los jueces civiles se olvidan de la excepción de la cosa juzgada, cuando quien demanda por reparación ya la obtuvo en un proceso penal. El extraño fundamento, que parece iluminar a estos operadores jurídicos es el reducido *quantum* que imponen sus colegas penales, integrándolo al suyo.
- c) No hay unanimidad en calificar el daño por pérdida de un pariente. Ello genera un problema operativo, pues muchos jueces solicitan que se acredite la legitimidad para obrar con la declaratoria de herederos, lo cual conlleva a una dilación innecesaria del proceso.
- d) No hay unanimidad en cuantificar los daños físicos o psíquicos de las personas.

Ahora sumémosle a esto, el hecho del inexistente desarrollo de bases que intenten resarcir el daño al proyecto de vida, el cual a saber de su autor y seguidores, no han manifestado escrito o palabra alguna respecto de este punto. No imaginamos cuales serían los puntos referenciales de los proyectos de vida dañados en un accidente de tránsito, los cuales por cierto las aseguradoras no los cubren. Este es y ha sido siempre un obstáculo que no han podido superar los que pretenden acuñar el daño al proyecto de vida como daño resarcible y como criterio indemnizatorio.

Finalmente viendo el estado actual de las cosas sostenemos que si bien los baremos son cuadros en los cuales se podrían ajustar la reparación o el resarcimiento de los daños, éstos no deben ser obligatorios, sino sólo referenciales. Si bien autores como ESPINOZA ESPINOZA consideran que deben ser referenciales pero que deben contener una base mínima, consideramos que en lo que respecta a los daños extrapatrimoniales no cabe la emisión de una norma que obligue al operador, desde antes de la producción del daño asignarles un valor mínimo a los daños no patrimoniales

como por ejemplo al daño moral o al daño psicofísico, ya que ello traería inconvenientes como por los de compensar el daño moral en todos los casos en los cuales haya daño a la víctima, aún sabiendo y teniendo conocimiento de que el daño fue producto en buena parte culpa de la víctima. Casos como esos son los que se quieren evitar con la no positivización de baremos que mediante leyes intenten regir como una especie de cuadros de compensación del dolor y el sufrimiento, como sucediera en el caso de la tabulación de los daños extrapatrimoniales.

Ahora, la propuesta que manejamos gira en torno a la necesidad que tienen los operadores jurídicos de hacer predictibles sus sentencias, y en las cuales la reparación o resarcimiento por daños patrimoniales y no patrimoniales a la persona sean y tengan criterios equitativos, justos y emitidos por igualdad entre personas, no haciendo diferencias entre la posición social o económica detentada al momento del accidente o producción del daño, como se quiere efectuar en el caso del pretendido resarcimiento del daño al proyecto de vida.

Así también consideramos que tales tablas o tabulaciones de daños no deban contener topes máximos en los cuales el criterio equitativo del juez quede relegado y eliminado, pues ello implicaría en palabras del profesor ESPINOZA ESPINOZA, sacrificar la singularidad de los casos especiales. Pues no sería razonable pasar de la *anarquía* a la *tiranía* en materia de cuantificación de daños (ESPINOZA ESPINOZA, 2013).

5.4. El “proyecto de vida” en la jurisprudencia argentina

En la República Argentina se han emitido varias sentencias que acogen la protección del “proyecto de vida”. Empero para citar tan sólo un ejemplo, cabe referirse a aquella pronunciada por la Corte Suprema, en los seguidos por “Scamarcia, Mabel y otro con la Provincia de Buenos Aires y otro” por daños.

En el mencionado fallo, el menor Carlos Esteban Kuko, hijo de los demandantes, fue víctima de diversas graves lesiones como consecuencia de un disparo efectuado por un policía, en su día franco. El referido menor, sufrió una lesión en la cara anterior del muslo izquierdo que comprometía la

arteria y vena femoral con grave riesgo para su vida y para el miembro afectado causándole una incapacidad permanente.

El mencionado menor era un destacado deportista que jugaba en el equipo del Club Atlético Platense que militaba en la primera división del fútbol argentino, habiendo llegado a participar en la preparación de pre temporada del mencionado equipo. La víctima, en virtud de sus excelentes condiciones como futbolista, se hallaba ad portas de firmar contrato como jugador profesional en el primer equipo del mencionado Club. Como consecuencia de la lesión en referencia, el menor Carlos Esteban Kuko sufrió una muy importante disminución en su capacidad deportiva ya que se produjo un “síndrome varicoso con importantes trastornos tróficos que hacen que la capacidad funcional de la pierna izquierda sea muy inferior a la derecha”.

La Corte Suprema, reconoce que, como consecuencia de las lesiones sufridas por Carlos Alberto Kuko, se han afectado “diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, social, cultural y deportivo con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida”. Es decir, **se alude a un daño a su bienestar personal**. La Corte fijó como reparación por este daño la suma de US\$ 30,000.00.

De otro lado, al reconocer que las lesiones en referencia justifican que el actor reclame también una indemnización por la frustración que el accidente ocasionó a su carrera deportiva, la Corte consideró que “la pérdida de posibilidad de desempeñarse como jugador profesional de fútbol presenta como **una probabilidad suficiente de beneficio económico** que supera la existencia de un daño eventual o hipotético para constituirse en un perjuicio cierto y resarcible”. Es evidente que **este perjuicio no es otra cosa que la frustración del “proyecto de vida” de la víctima como jugador profesional de fútbol**. Ante esta situación que **compromete el destino de la víctima**, la Corte fijó, como indemnización por **pérdida de chance**, la suma de US\$ 30,000.00.

De lo descrito, verbigracia, es importante destacar primero que cuando se alude a un daño de su bienestar personal y afectación al desarrollo pleno de la vida, pareciera que la Corte Suprema de Argentina estaría introduciendo,

tal vez sin querer, como categoría o rubro de daño indemnizable al daño existencial.

En segundo lugar, al parecer se vincula y hasta se confunde los alcances de la pérdida de la chance con lo que sería un resarcimiento por un supuesto daño al proyecto de vida.

Para estos efectos, debe tenerse en cuenta que la complejidad de la evaluación de la pérdida de una chance radica en su carácter variable, susceptible de aumentar o de disminuir a partir del momento en que se ha afectado a la víctima, habida cuenta que las probabilidades de obtener beneficios o evitar pérdidas pueden ser más cercanas o lejanas atendiendo al punto de vista desde el cual son analizadas y a las circunstancias existentes al momento de su valuación. No obstante, es posible adoptar como criterio general que la reparación de una pérdida de chance deberá ser cuantificada de acuerdo al valor de la oportunidad que ha sido frustrada, no pudiendo ser igualada a la ventaja que habría procurado la chance perdida si ésta se hubiese verificado. En esta línea, BUSTAMANTE ALSINA sostiene que "la indemnización deberá ser de la chance misma, y no de la ganancia, por lo que aquélla deberá ser apreciada judicialmente según el mayor o menor grado de posibilidad de convertirse en cierta; **el valor de la frustración estará dado por el grado de probabilidad**" (BUSTAMANTE ALSINA, 1993).

La aplicación del principio de cálculo de probabilidades resulta bastante útil en este sentido. Bajo este razonamiento, la cuantía de la indemnización estará dada por la comparación entre las probabilidades de aprovechar una chance y las probabilidades de la misma de no presentarse. En algunos casos, un análisis matemático de cálculo de probabilidades podría ayudar a determinar el coeficiente que debe aplicarse a la eventual ganancia a fin de establecer el monto de la indemnización: el valor de la chance perdida podría estar dado por el monto de la ganancia eventual multiplicado por el porcentaje de probabilidad que tenía la víctima de conseguir esa ganancia. En el ejemplo clásico, si el premio al propietario del caballo ganador de la carrera es de 100 y al caballo que no pudo llegar a tiempo se le reconoce el

50% de probabilidades de ganar, el valor de esa chance podría ser, eventualmente, 50. Asimismo, en caso de que una rifa se realizara solamente entre dos personas, y el premio mayor fuera como 100, la probabilidad de ganar de cada una de ellas podría valer como 50. Sin embargo, la cuantificación de una chance no solamente se basa en elementos de tipo cuantitativo, determinables mediante cálculo matemático como en este último ejemplo, sino en elementos de tipo cualitativo (agilidad del caballo, sus condiciones físicas el día de la carrera, condiciones de los demás competidores, etc.), en cuyo caso las matemáticas pueden ayudar a ordenar los elementos a tomar en consideración, pero no bastan por sí solas (OSTERLING P. y REBAZA G., s.f.).

Otro elemento a tener en cuenta para la cuantificación del daño es el carácter aleatorio de la chance. Sobre este punto, cabe mencionar el caso en que como consecuencia de la negligencia de un abogado que dejó perimir la instancia, su cliente (acreedor en una relación obligacional) perdió la oportunidad de obtener una resolución judicial que le habría permitido acceder a un título de ejecución para cobrar sus acreencias. En el caso descrito, mediante Sentencia de fecha 18 de octubre de 1999, la Corte de Casación francesa resolvió que "la reparación de la privación de una decisión condenatoria debe ser cuantificada de acuerdo a la pérdida efectiva de la chance que de ello resulta". Para estos efectos, la resolución de la Corte tuvo en cuenta que la posibilidad de obtener una sentencia a favor por parte del perjudicado contenía un fuerte componente aleatorio, pues no era seguro que el órgano superior le diera la razón. Asimismo, la Corte tuvo en cuenta que aun cuando el fallo hubiese sido a favor, dicha sentencia era susceptible de ser apelada. Ahora bien, se ha dejado sentado que ***en materia de chance lo que se busca resarcir no son las ganancias que hubiera obtenido el agraviado de no haberse verificado el evento dañoso, pues se trata de un concepto incierto y por demás aleatorio.*** Tampoco se pretende indemnizar la probabilidad de obtener dichas ganancias, como hubiera sucedido si verdaderamente existiese un lucro cesante que reclamar; por el contrario, ***lo que se busca reparar es la***

pérdida de oportunidad que tuvo el agente dañoso de mantenerse en una situación que seguramente le hubiese otorgado la posibilidad de obtener beneficios. En este sentido, será preciso evaluar el valor económico que hubiese tenido dicha oportunidad a efectos de asignarle un valor discrecional. La indemnización, entonces, nunca podrá ser igual al monto que estaba sometido al alea propio de la chance, ***sino conforme a la pérdida efectiva de la oportunidad de intervenir en ella***, la misma que deberá ser apreciada y juzgada por el órgano jurisdiccional correspondiente, de acuerdo con las calidades del sujeto frustrado.

En el caso resuelto por la Corte Suprema Argentina se denota que se indemniza la frustración del proyecto de vida pero compensando la pérdida de la oportunidad y no la pérdida de la libertad que se dice haber vulnerado. Así es de notar que se malentiende la propia teoría del profesor Carlos Fernández Sessarego, al cual se le asigna todo el mérito de la creación y el desarrollo de la teoría del proyecto de vida, y en base al cual presuntamente se haya decidido incorporar textualmente tal criterio en su normativa en el artículo 1738⁵⁰ del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

A diferencia de Argentina, en el Perú ha sido la propia realidad la que ha contribuido a negar la aplicación de tal teoría, siendo testigos también de que la justicia supranacional defensora de los derechos humanos –la CIDH– haya dejado atrás su reconocimiento y más aún ha servido para negarle su independencia como daño resarcible y cuantificable, lo cual nos ha enseñado que actualmente dejar de lado este tipo de filosofismos es lo recomendable.

⁵⁰ **ARTÍCULO 1738.- Indemnización:** 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.**

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El daño al proyecto de vida en la teoría de su autor Carlos Fernández Sessarego es injusta y discriminatoria porque los jueces tienden a diferenciar los “proyectos de vida” exclusivamente en función a la posición social y a la capacidad económica de la parte agravada.

SEGUNDA.- El daño al proyecto de vida no es un daño resarcible en la teoría ni en la práctica de la judicatura peruana, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional.

TERCERA.- El daño al proyecto de vida no es un daño cuantificable por carecer de bases ciertas para su cuantificación, por ello el criterio de equidad es inaplicable a sus fines y la trayectoria no sirve como instrumento para medirlo.

CUARTA.- No cabe hacer referencia a la reparación integral o restitutio in integrum, cuando se habla de daños extrapatrimoniales, pues su naturaleza no lo permite.

QUINTA.- El proyecto de vida no es cuantificable porque un proyecto de vida no tiene ni tendrá un valor dinerario jamás.

RECOMENDACIONES

PRIMERO.- Debe excluirse al daño al proyecto de vida como un criterio indemnizatorio por el artículo 1985 del Código Civil Peruano.

SEGUNDO.- Antes de introducir una figura nueva al Derecho ésta debe analizarse respecto de sus ventajas y desventajas y ver si su introducción por sobre todo genera justicia.

TERCERO.- Se debe eliminar la voz de daño a la persona del artículo 1985 del Código Civil Peruano de 1984, porque genera confusiones innecesarias.

BIBLIOGRAFÍA

- ❖ ALVAREZ-GAYOU JURGENSON, J.L. *Como hacer investigación Cualitativa Fundamentos y Metodología*, Recuperado el 20 de Agosto de 2015, <https://mayestra.files.wordpress.com/https://mayestra.files.wordpress.com/2013/03/bibliografc3ada-de-referencia-investigac3b3n-cualitativa-juan-luis-alvarez-gayou-jurgenson.pdf>
- ❖ ANTÍSERI, D. y REALE G. (2010). *Historia de la Filosofía VI De Nietzsche a la Escuela de Frankfurt* (2da ed., Vol. VI). (J. Gómez, Trad.) Bogotá, Colombia: San Pablo.
- ❖ BENAVIDES, C. C. (s.f.). Recuperado el Diciembre de 2014, de www.corteidh.or.cr:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_69_esp.pdf
- ❖ CALDERÓN PUERTAS, A. (s.f.). Recuperado el 12 de Diciembre de 2014, de www.cybertesis.unmsm.edu.pe:
http://cybertesis.unmsm.edu.pe/xmlui/bitstream/handle/cybertesis/3399/calderon_pc.pdf?sequence=3
- ❖ CÁRDENAS QUIROZ, C. (1994). *Estudios de Derecho Privado (reflexiones de un tiempo I)*. Lima, Perú: Ediciones Jurídicas.
- ❖ CUCARELA, J. J. (s.f.). www.iespana.es. Recuperado el 23 de Julio de 2015, de <http://www.iespana.es/revista-arbil/revista.htm>
- ❖ DE CUPIS, A. (1970). *El daño Teoría General de la Responsabilidad Civil* (Segunda Edición italiana ed., Vol. II). (Á. M. Sarrión, Trad.) España: Bosch.
- ❖ DE TRAZEGNIES GRANDA, F. (2001). *LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL BIBLIOTECA PARA LEER EL CÓDIGO CIVIL VOL IV* (Setima Edición ed., Vol. II). Lima-Perú: Fondo Editorial de la Pontifica Universidad Católica del Perú.

- ❖ DEBAKEY, C. D. (1988). *Exposición de Motivos y Comentarios - Responsabilidad Extracontractual José León Barandiarán* (Segunda Edición ed., Vol. IV). Lima: Grafotecnica Editores e Impresores.
- ❖ DIAZ CACEDA, J. (2009). La inclusión del "Daño al Proyecto de Vida" en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana Un Breve Comentario. En C. C. Gonzáles, & E. J. Motivensa (Ed.), *Persona, Derecho y Libertad* (págs. 423-438). Lima: Motivensa.
- ❖ DOMINGUEZ AGUILA, R. (2010). LOS LÍMITES AL PRINCIPIO DE REPARACIÓN INTEGRAL. *REVISTA CHILENA DE DERECHO PRIVADO* (15), 09-28.
- ❖ D'ORS PEIX, A. (s.f.). *RESPONSABILIDAD Y LIBERTAD*. Recuperado el 11 de Julio de 2015, de dialnet.unirioja.es: file:///C:/Users/hp/Downloads/Dialnet-ResponsabilidadYLibertad-2117255%20(1).pdf
- ❖ ESPINOZA ESPINOZA, J. (2011). *Apuntes para una interpretación coherente del Tercer Pleno Casatorio*. *DIÁLOGO CON LA JURISPRUDENCIA* , 16 (153), 57.
- ❖ ESPINOZA ESPINOZA, J. (2013). *DERECHO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL* (Sétima ed.). Lima: Editorial RODHAS.
- ❖ FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (s.f.). Recuperado el Noviembre de 2014, de <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/68c3e58043eb7b7ba6c9e74684c6236a/9.+Doctrina+Nacional+-+Juristas+-+Carlos+Fern%C3%A1ndez+Sessarego.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=68c3e58043eb7b7ba6c9e74684c6236a>
- ❖ FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (2001). *Daño moral y daño al proyecto de vida*. *REVISTA CATHEDRA*, 14 y sgtes. especialmente la pág. 16.

- ❖ FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (2000). *Hacia una nueva sistematización del daño a la persona*. ACTUALIDAD JURÍDICA (79-B), 9 y sgtes.
- ❖ FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (1995). *Apuntes para una distinción entre el daño al proyecto de vida y el daño psíquico*. THEMIS (32), 162.
- ❖ FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (1996). DAÑO AL PROYECTO DE VIDA. *Separata de la Revista de Derecho de la PUCP* (50), 54.
- ❖ FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (LIII-2003). *Deslinde conceptual entre Daño a la Persona, Daño al Proyecto de Vida y Daño Moral*. REVISTA JURÍDICA DEL PERÚ (50).
- ❖ FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (2008). *El "Proyecto de Vida" ¿merece protección jurídica?* REVISTA JURÍDICA DEL PERÚ (84).
- ❖ FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (1999). *El daño al Proyecto de Vida en una reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. THEMIS (39).
- ❖ FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (2006). *EL DERECHO COMO LIBERTAD* (3ra ed.). Lima: ARA Editores E.I.R.L.
- ❖ FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (2000). *El Supuesto de la Denominada Autonomía de la Voluntad*. Gaceta Jurídica , 75-B.
- ❖ FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (2009). *LOS 25 AÑOS DEL CODIGO CIVIL PERUANO DE 1984 Historia, Ideología, Aportes, Comentarios Críticos, Propuestas de Enmiendas* (1ra ed.). Lima, Lima, Perú: Motivensa S.R.L.
- ❖ FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (I-2007). *Los jueces y la reparación del daño al proyecto de vida*. *Revista Oficial del Poder Judicial* (1), 170.

- ❖ FROMM, E. (s.f.). Recuperado el Diciembre de 2014, de www.ignaciodarnaude.com:
http://www.ignaciodarnaude.com/textos_diversos/Fromm,El%20corazon%20del%20hombre,su%20potencia%20para%20el%20bien%20y%20el%20mal.pdf
- ❖ HEDEMANN, J. W. (1958). *DERECHO DE OBLIGACIONES* (Vol. III). (J. S. Briz, Trad.) Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- ❖ HEIDEGGER, M., *SER Y TIEMPO*, Traducción, Prólogo y Notas de Jorge Eduardo Rivera. (s.f.). Recuperado en Diciembre de 2014, de ir.nmu.org.ua:
<http://ir.nmu.org.ua/bitstream/handle/123456789/133547/84adb28abdfb74f7cf4884e11780742b.pdf?sequence=1>
- ❖ HERNÁNDEZ GIL, A. (1988). *Metodología de la Ciencia del Derecho* (Vol. Obras Completas Tomo V). Madrid: ESPASA-CALPE S.A.
- ❖ DD. HH., CORTE INTERAMERICANA, CASO LOAYZA TAMAYO (s.f.). Recuperado en Diciembre de 2014, de www.corteidh.or.cr:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf
- ❖ DD. HH., CORTE INTERAMERICANA, CASO CANTORAL BENAVIDES (s.f.). www.corteidh.or.cr. Recuperado el 20 de Marzo de 2015, de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf
- ❖ JUDICIAL, P. (2010). *TERCER PLENO CASATORIO* (Centro de Investigaciones Judiciales ed.). Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial.
- ❖ JUDICIAL, P. (s.f.). www.pj.gob.pe. Recuperado el 20 de Marzo de 2015, de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/45efab0047ebd8ee8b59ef1f51d74444/TERCER+PLENO+CASATORIO+CIVIL.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=45efab0047ebd8ee8b59ef1f51d74444>

- ❖ KOTEICH KHATIB, M. (2006). El daño extrapatrimonial, las categorías y su resarcimiento Italia y Colombia vicisitudes de dos experiencias. *REVISTA DE DERECHO PRIVADO DE LA UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA* (10), 161-193.
- ❖ LEGAZ Y LACAMBRA, L. (1979). *Filosofía del Derecho* (5ta ed.). Barcelona: BOSCH.
- ❖ LEON HILARIO, L. L. (2007). *LA RESPONSABILIDAD CIVIL Líneas Fundamentales y Nuevas Perspectivas* (2da Edición Enero 2007 ed.). Lima: Jurista Editores.
- ❖ LEÓN HILARIO, L. L. (s.f.). (F. Académico, Editor, & workbepress) Recuperado el 13 de Junio de 2013, de <http://works.bepress.com/leysser_leon/7
- ❖ LEÓN HILARIO, L. L. (s.f.). Equívocos Doctrinales sobre el Daño Moral a propósito de un reciente artículo. *Revista Jurídica del Perú* .
- ❖ LEÓN HILARIO, L. L. (2007). *La Responsabilidad Civil Líneas Fundamentales y Nuevas Perspectivas* (Segunda Edición corregida y aumentada ed.). Lima: Jurista Editores.
- ❖ OSTERLING F. y REBAZA, A. (s.f.). www.osterlingfirm.com. Recuperado el 11 de Julio de 2015, de <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/La%20equidad%20y%20su%20funcion%20cuantificadora.pdf>
- ❖ PINEDA GONZÁLES, J.A. (2008), *Investigación Jurídica Elaboración de la tesis en los diseños cuantitativo y cualitativo*, Editorial Pacífico, Puno.
- ❖ PINTO OLIVEROS, S. (2009). *La experiencia latinoamericana del daño a la persona*. En *Persona, Derecho y Libertad “Nuevas Perspectivas”* (Primera Edición ed., Vol. III, pág. 383 y sgtes.). Lima, Perú: Motivensa Editorial Jurídica.

- ❖ PONZANELLI, G. (2014). *El Principio de Reparación Integral del Daño y la Cuantificación del Daño No Patrimonial entre Juez y Legislador. PONENCIAS DEL V CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO CIVIL PATRIMONIAL* , 167-172.
- ❖ ROUX RENGIFO, C *VOTO PARCIALMENTE DISIDENTE DEL JUEZ CARLOS VICENTE DE. I.* (s.f.). Recuperado el Diciembre de 2014, de www.corteidh.or.cr:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdfSANTOS, E. B. (2014). De la responsabilidad a la cuantificación de los daños. *GACETA CIVIL Y PROCESAL CIVIL* (12), 167-179.
- ❖ SANDOVAL G. DIEGO (s.f.). <http://www.scielo.org.co/>. Recuperado el 10 de Junio de 2015, de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-43662013000200010&lng=es&nrm=iso&tlng=es
- ❖ SANDOVAL G. DIEGO (2013). REPARACIÓN INTEGRAL Y RESPONSABILIDAD CIVIL. *REVISTA DE DERECHO PRIVADO Universidad Externado de Colombia* (25), 235-271.
- ❖ SARTRE. J.P. , *EL SER Y LA NADA*, Prólogo y Notas de Libasi, J., www.bsolot.info/wp-content:
http://www.bsolot.info/wp-content/uploads/2011/02/Sartre_Jean_Paul-El_ser_y_la_nada.pdf
- ❖ ULATE, M. C.-I. (s.f.). *ijj.ucr.ac.cr*. Recuperado el 10 de Julio de 2015, de http://ijj.ucr.ac.cr/sites/default/files/documentos/t10-analisis_y_desarrollo_del_concepto_dano_al_proceso_de_vida_base_s_filosoficas_desarrollo_conceptual_derecho_comparado_y_aplicabilidad_de_la_figura_en_costa_rica.pdf
- ❖ TAYLOR S.J. y BOGDAN R., *Introducción a los Métodos Cualitativos de Investigación*, Recuperado el 20 de Agosto de 2015, de <http://colegiodesociologosperu.org>,
<file:///C:/Users/hp/Desktop/DOC%20TESIS%20JIMMY/INTRODUCCI>

ON%20A%20LOS%20METODOS%20CUALITATIVOS%20DE%20IN
VESTIGACION-TAYLOR-BOGDAN.pdf

- ❖ ZAVALA DE GONZÁLES, M. (2005). Daño al proyecto de vida. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros* (4), 2.
- ❖ ZUBIRI, X. (s.f.). *biblio3.url.edu.gt*. Recuperado el 23 de febrero de 2015, de <http://biblio3.url.edu.gt/Libros/2012/LYM/NHG.pdf>

ANEXOS

“De lo irresarcible e incuantificable: EL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA”

MATRIZ DE CONSISTENCIA

PROBLEMA	EJES	SUB – EJE	DIMENSIONES	INDICADORES	OBJETIVOS	MÉTODOS	TÉCNICAS E INSTRUMENTOS
PROBLEMA GENERAL ¿Es resarcible el daño al proyecto de vida?	El daño al proyecto de vida no es pasible de resarcimiento ni cuantificación por el sistema de responsabilidad civil extracontractual por ende no debe ser considerado como criterio contenido en la indemnización art. 1985 del Código Civil Peruano de 1984.	¿Es resarcible el daño al proyecto de vida?	Respecto del daño al proyecto de vida desde la teoría de su autor Carlos Fernández Sessarego.	La teoría del daño al proyecto de vida es injusta y discriminatoria	OBJETIVO GENERAL Determinar si el daño al proyecto de vida debe ser considerado como criterio de resarcimiento y cuantificación en el ordenamiento jurídico civil peruano.	METODO CUALITATIVO Interpretación jurídica: Interpretación comparativa del daño al proyecto de vida en la teoría y su irresarcibilidad e incuantificabilidad en la practica	TECNICAS E INSTRUMENTOS Observación documental INSTRUMENTOS Fichas de Registro de Anotación de Resumen Fichas de Registro de Comentario Fichas de Registro de Anotación – Paráfrasis Ficha Observación Documental Entrevista
			Respecto del daño al proyecto de vida y su irresarcibilidad e incuantificabilidad en el tratamiento de su uso en la práctica.	Irresarcibilidad del daño al proyecto de vida Incuantificabilidad del daño al proyecto de vida			



“De lo irresarcible e incuantificable: EL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA”

MATRIZ DE CONSISTENCIA

		<p>¿Es el daño al proyecto de vida un criterio indemnizable mediante el artículo 1985 del Código Civil Peruano vigente?</p>	<p>Respecto de la consideración del daño al proyecto de vida como criterio contenido en la indemnización</p>	<p>La teoría del daño al proyecto de vida no debe tener asidero en el ordenamiento jurídico civil peruano</p>	<p>OBJETIVO ESPECIFICO Conocer el contenido y los alcances de la teoría del daño al proyecto de vida.</p>		
				<p>El daño al proyecto de vida no debe ser considerado como criterio en la indemnización</p>	<p>OBJETIVO ESPECIFICO Realizar un examen entre el resarcimiento en la teoría del daño al proyecto de vida y la imposibilidad de su resarcimiento en la práctica y confirmar su inutilidad.</p>		



Universidad Nacional del Altiplano

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

FICHA DE REGISTRO DE ANOTACIÓN – PARÁFRASIS

1.- INVESTIGADOR: _____

2.- DIMENSIÓN: _____

AUTOR: _____

AÑO:_____ MATERIA:_____

TEMA:_____ PÁGINAS:_____

RESUMEN:_____

_____.

Puno, Setiembre 2015



Universidad Nacional del Altiplano

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

FICHA DE REGISTRO DE ANOTACIÓN DE RESUMEN

1.- INVESTIGADOR: _____

2.- DIMENSIÓN: _____

AUTOR: _____

AÑO:_____ MATERIA:_____

TEMA:_____ PÁGINAS:_____

RESUMEN:_____

_____.

Puno, Setiembre 2015

ENTREVISTA ESTRUCTURADA AL PROF. LEYSSEER LEÓN HILARIO

En esta oportunidad, es un honor dirigirme hacia su persona Dr. Leysser León Hilario, con el propósito de obtener sus opiniones, apreciaciones y perspectivas respecto del llamado “daño a la persona”, y más específicamente, respecto del llamado “daño al proyecto de vida”; teniendo la seguridad que su experiencia como abogado y sus conocimientos rigurosos como estudioso del derecho (específicamente en el campo de la Responsabilidad Civil), nos permitirán entender la importancia y actualidad de la problemática generada por tales voces en la práctica jurídica (con mayor énfasis en la práctica judicial). De igual manera, a través de vuestra contribución, acentuar su meritorio esfuerzo por dilucidar lo oculto y oscuro del contenido en tales voces, lo cual también nos permitirá obtener sus conclusiones claras y objetivas sobre los temas abordados.

1. Habiendo transcurrido más de treinta años de vigencia del Código Civil Peruano de 1984 ¿Cuáles son sus apreciaciones actuales respecto de la inclusión de la voz “daño a la persona” en el artículo 1985 del C.C. de 1984?

La voz “daño a la persona” era y es innecesaria en el Código Civil en tanto duplicativa de un concepto incluido en el de “daño moral”, a saber, el de “daño a la integridad física”, “daño biológico” o “daño a la salud”. El “daño moral”, en efecto, comprende todos los daños a los derechos de la personalidad y nuestro medio era y sigue siendo ajeno a los debates que dieron lugar a que en Italia, se hablara de “danno alla persona” como concepto distinto del “danno non patrimoniale”.

2. Ud. ha indicado que: es el daño moral y su perfecta funcionalidad, la que contiene al daño a la persona y no al revés. ¿En que sustenta tales afirmaciones?

En el derecho francés clásico, los daños son solamente materiales y morales (o inmateriales). Esa es la clasificación que se recibió en el derecho civil peruano desde el Código Penal de 1924 y el Código Civil de 1936 (y la que se mantiene, por cierto, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos). De acuerdo con tal clasificación, que en nuestro Código Civil se sigue fielmente en el régimen del incumplimiento de obligaciones, los daños a los derechos de la personalidad (incluido el daño a la integridad física, o sea el daño a la persona) forman parte del concepto de daño “moral”.

En tiempos recientes la doctrina y jurisprudencia francesas han perfilado una voz autónoma de “daño corporal”, que comprende múltiples subespecies de daño a la integridad física y perjuicios existenciales, que se resarcen cuando se dispone de verosímiles medios de prueba. Es de destacar, empero, que en el Código de Napoleón todos los daños que se ocasionen con dolo o culpa son resarcibles y ello permite a los autores y

a los magistrados una gran libertad de creación de voces de daño resarcible. Una práctica semejante resultaría, por muchas razones, inapropiada en el Perú.

3. Se ha dicho que la introducción de la voz “daño a la persona” en la codificación civil peruana ha sido un logro del humanismo, y que solo los desactualizados y patrimonialistas se han negado a tal modernización. ¿Qué opinión le merecen tales afirmaciones?

Esa afirmación la venimos escuchando hace mucho tiempo y es inexacta. El Código Civil peruano no es “humanista” ni “materialista”. Es un Código Civil que, como todos los demás, gobierna la interacción entre los particulares.

En particular, el libro I del Código Civil, al mantener la férrea distinción entre capacidad e incapacidad es tributario del patrimonialismo más tradicional. Esta visión, afortunadamente, está destinada a ser superada por las directrices de la Convención Internacional de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

4. Respecto de los proyectos de vida ¿Cree Ud. que las personas tenemos proyectos de vida? ¿Por qué?

Puede convenirse en que el ser humano traza planes y proyectos, pero ello no convierte los planes y proyectos en bienes tutelados por el derecho.

Y si el análisis se restringe al plano filosófico, así como hay filósofos de la existencia que proponen su visión del ser humano como “proyectista”, existen otros, más modernos, que consideran la vida como un “juego”, y no como un “proyecto”. Otros, los fatalistas, consideran que la vida está delineada por los astros, por la divinidad, por nuestras vidas pasadas, por nuestras acciones. El contrapunto entre estas tres perspectivas filosóficas (y todas las demás que se pudieren plantear) no tiene ninguna relevancia jurídica.

5. Respecto de la teoría del daño al proyecto de vida ¿Cree Ud. que la base filosófica existencialista presentada y desarrollada por el profesor Carlos Fernández Sessarego era necesaria para sustentar tal teoría? ¿Por qué?

La filosofía, en este ámbito (el de la responsabilidad civil) no puede brindarnos ninguna ayuda si no es para justificar o sustentar la imperiosidad de que las personas restituyan los males que ocasionan. No estaría en desacuerdo, por ejemplo, con un repaso de los principios del derecho natural en cuanto al deber de no causar daño a nadie.

El problema con la filosofía existencialista (fuera de la circunstancia de que es improbable pensar en un convencimiento de Heidegger o Sartre

sobre la “resarcibilidad” del daño al proyecto de vida) es que genera fanatismos. Si se persiste en invocarla para apoyar la doctrina del proyecto de vida, será todavía más fácil rechazar esta última y superarla, porque será legítimo leerla como un discurso propio de su tiempo (el tiempo de los existencialistas, justamente). Esa persistencia podría ser liquidada, de otro lado, con sentencias lapidatorias como la de Bunge, que considera al existencialismo como una pseudo filosofía. ¿Se da cuenta Ud. de a qué nos exponemos cuando mezclamos lo filosófico con lo jurídico? Y con el nihilismo que caracteriza nuestra época, no quiero ni pensar en qué cosas podrían plantearse ahora, como novedades, en el campo de la responsabilidad civil.

6. ¿Cuál es su opinión respecto del existencialismo y personalismo jurídico como sustento de la teoría del daño al proyecto de vida?

No existe un existencialismo jurídico ni un personalismo jurídico. Existen, en realidad, convicciones “existencialistas” arrancadas de su inocuo ámbito (el de la especulación filosófica), y que terminan, a la mala, en la consideración de los proyectos de vida como bienes jurídicos dignos de tutela resarcitoria.

7. Respecto del uso de ideas o corrientes filosóficas como sustento de teorías jurídicas ¿Cree Ud. que es conveniente hacer uso de ellas? ¿Por qué?

En muchas ocasiones el discurso filosófico “legítima” pareceres jurídicos, pero siendo tantas las corrientes del pensamiento filosófico podría hasta decirse que para cada postura jurídica existe una filosofía invocable.

Por ejemplo: si Ud. enfrenta a un abogado existencialista ante un magistrado, Ud. podría comenzar su defensa señalando que no es existencialista, sino nihilista o fatalista. ¿Acaso eso contribuiría a una solución arreglada a derecho de la causa? Los procesos judiciales serían, tal vez, más entretenidos, pero a costa de la pérdida de la seriedad.

8. Respecto del Tercer Pleno Casatorio ¿Qué opinión le merece la actuación de la magistratura peruana en el Tercer Pleno Casatorio respecto del daño al proyecto de vida como criterio indemnizatorio?

Se perdió una gran oportunidad para decretar que el daño al proyecto de vida no es resarcible, pero alegrémonos, de todas maneras, por el dictamen sobre la no-resarcibilidad del “daño al proyecto de vida familiar”.

Luego de ese Pleno, sin embargo, se han multiplicado las sentencias que resucitan al “daño al proyecto de vida familiar”. Ello nos demuestra que ni los Plenos Casatorios tienen un real valor “vinculante”.

9. Refiriéndonos a las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos ¿Qué opinión le merece la actuación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con respecto a la emisión de sentencias en las que se habría intentado reconocer indemnizaciones por daño al proyecto de vida?

La Corte Interamericana de Derechos Humanos no “resarce” el daño al proyecto de vida. La Corte utiliza otros remedios, que no son concebibles en casos de responsabilidad civil como los que se ventilan ante nuestros jueces. En la muy reciente sentencia del caso González Lluy, la demandante, una mujer que siendo niña fue víctima de una transfusión de sangre infectada con el VIH, ha obtenido de la Corte una condena al Estado ecuatoriano que obliga a éste a proveerle asistencia médica, educación y hasta una vivienda. Al tratar el tema del resarcimiento, la Corte se limita, muy bien, a considerar los daños “inmateriales”. Ni rastro del daño al proyecto de vida.

10. Respecto del cambio de opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus sentencias ¿Cuál es su parecer respecto de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos haya retornado a la división tradicional de daños materiales e inmateriales en la sentencia del 1 de setiembre de 2015 sobre el caso Gonzales LLuy y otros vs Ecuador?

Esa división ha existido siempre en la jurisprudencia de la Corte. Es el fruto de la herencia francesa, de la que existen vestigios imborrables también en nuestra práctica. El daño al proyecto de vida no se adecua a ninguna de tales categorías, lo que confirma su inutilidad como instrumento técnico, aunque lo que se persiga sea un “resarcimiento integral”.

11. Respecto del daño al proyecto de vida, Ud. ha indicado que éste solo infla los resarcimientos y genera desigualdad y discriminación. ¿En que sustenta tales afirmaciones?

En algo tan objetivo como lo siguiente: los magistrados consideran que el proyecto de vida tiene que ver, sobre todo, con la profesión y el trabajo (esto no lo habrían postulado jamás los existencialistas). Entonces, hay proyectos de vida importantes y proyectos de vida “no tan importantes” o “irrelevantes”, inclusive. La importancia del “proyecto” termina incidiendo en el resarcimiento y ello se refleja en la cuantificación.

Lo paradójico es que utilizando otros recursos técnicos de la responsabilidad civil, como el de la prueba de un daño tan multifacético como el daño a la integridad física, se podrían obtener resarcimientos ejemplares que, para muchos jueces (pero sobre todo para muchos abogados) sólo son realizable con la invocación del “daño al proyecto de vida” como expediente retórico.

12. Respecto del daño existencial ¿Cuál es su perspectiva respecto de la conveniencia de acuñar el daño existencial en el ordenamiento civil peruano?

El daño existencial tuvo oportunas censuras en Italia y actualmente, pensar en su importación a Perú significaría aceptar como posible aceptar la importación de una figura del derecho extranjero que no resuelve problemas sino que crea problemas.

CASACIONES: DAÑO AL PROYECTO DE VIDA

CASACIÓN Nº 823-2002-LORETO

Lima, veintinueve de setiembre del dos mil tres

Sumilla:"... que el hecho que en plena travesía el motor de la motonave haya dejado de funcionar quedando a la deriva con el inminente peligro de colisionar violentamente con sus pasajeros, no puede ser calificado como un caso fortuito y dar lugar a la exoneración de responsabilidad, pues el desperfecto del motor es más bien un riesgo típico de la actividad de transporte. En cuanto a la inaplicación del artículo 1973 del Código Civil considera que al no haberse configurado la fractura causal de la imprudencia de la propia víctima no debió reducir el monto de la indemnización con la aplicación de este artículo que sólo opera de aplicarse el artículo 1972 del Código Civil..."

"...el desperfecto que sufrió la motonave "Atenas de Ucayali" cuando se encontraba navegando en el río Ucayali consistió en que la bomba de agua no succionó, y el motor se recalentó apagándose instantáneamente...este desperfecto pudo y debió ser previsto por el administrador de la nave... caso contrario no habría ocurrido ningún desperfecto. Todo lo cual hace concluir que la demandada, no actuó en forma diligente ni tomó los cuidados debidos para realizar sus labores ordinarias, motivo por el cual y por lo señalado líneas arriba no se puede calificar el desperfecto de la motonave como un caso fortuito, extraordinario, imprevisible e irresistible... la víctima acató la orden que le dio el administrador de la motonave, de lanzarse al agua, y amarrar las sogas a un árbol. Esta orden fue acatada a fin de evitar una desgracia de mayores consecuencias - pues la nave se encontraba con pasajeros y se dirigía a estrellarse contra la orilla y fue cumplida con éxito, nadó, llegó a la orilla y amarró la soga al árbol debido.

CAS. N°- 823-2002 LORETO. Lima, veintinueve de setiembre del dos mil tres.-

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE LA REPUBLICA, vista la causa en audiencia pública el día de la fecha, y

producida la votación con arreglo a ley, con el acompañado, emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO: Es materia del presente recurso de casación, la sentencia de vista de fojas doscientos cincuenta y ocho su fecha quince de enero del dos mil dos expedida por la Sala Civil Mixta de la Corte Superior de Justicia de Loreto, que confirma la apelada obrante a fojas doscientos seis su fecha veinticuatro de setiembre del dos mil uno en el extremo que declara fundada la demanda de indemnización por daños y perjuicios y la revoca en el extremo que ordena el pago de cien mil nuevos soles reformándola ordenaron el pago de quince mil nuevos soles: mas intereses legales, costas y costos.

FUNDAMENTO POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO: Mediante resolución de fecha nueve de julio del dos mil dos se ha declarado procedente el recurso de casación interpuesto por doña Angélica Silva Mozombite por la causal de aplicación indebida del artículo 1972 del Código Civil, alegando que el hecho que en plena travesía el motor de la motonave haya dejado de funcionar quedando a la deriva con el inminente peligro de colisionar violentamente con sus pasajeros, no puede ser calificado como un caso fortuito y dar lugar a la exoneración de responsabilidad, pues el desperfecto del motor es más bien un riesgo típico de la actividad de transporte. En cuanto a la inaplicación del artículo 1973 del Código Civil considera que al no haberse configurado la fractura causal de la imprudencia de la propia víctima no debió reducir el monto de la indemnización con la aplicación de este artículo que sólo opera de aplicarse e l artículo 1972 del Código Civil.

CONSIDERANDO:

Primero: Que, los presentes autos versan sobre responsabilidad extracontractual, donde no está en discusión la forma y modo como ocurrió el accidente, ni la atribución de la propiedad de la motonave, ni en la existencia de un evento dañoso como consecuencia del accidente, toda vez que está fehacientemente acreditado que el demandante Segundo Monteluis Silva hijo

de la recurrente sufrió irreparables daños al perder los dos globos oculares y quedarse ciego producto del accidente ocurrido. En consecuencia los requisitos para la existencia de la responsabilidad civil se encuentran presentes; conducta antijurídica, daño causado y relación causal de los hechos.

Segundo: Que el artículo 1969 del Código Civil dispone que "aquel que por dolo o culpa, causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor"; al tratarse de un accidente en una motonave calificada como bien riesgoso debe tenerse en cuenta además el artículo 1970 del Código acotado que dispone que "aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa causa un daño a otro está obligado a repararlo".

Tercero: El demandante quedó ciego a consecuencia del accidente, tal como se desprende de la historia clínica de fojas veintitrés motivo por lo que se debe considerar también lo dispuesto en el artículo 1984 del Código Civil, que dispone "el daño moral es indemnizado considerando la magnitud y el menoscabo producido en la víctima o a su familia, indemnización que comprende las consecuencias que se deriven de la acción del daño, para lo cual debe existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido".

Cuarto: Que en el caso sub examine el Ad-quem en el cuarto considerando de la sentencia de vista ha sostenido que para la generación del daño concurrió un caso fortuito, negligencia e imprudencia por parte de la víctima. Es decir en la relación causal se habría presentado lo que en doctrina se denomina una fractura causal debido a la existencia de una causa ajena, por lo que aplicando los artículos 1972 y 1973 del Código Civil no excluyó de responsabilidad a la demandada sino la atenuó tal como lo describe en ese mismo considerando.

Quinto: Ahora bien la sentencia califica el desperfecto ocurrido en la motonave como un caso fortuito, por ende es necesario analizar su definición. El caso fortuito esta tratado en nuestro ordenamiento civil en el artículo 1315 del Código Civil, que dispone: "Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no

imputable, consistente en evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial tardío o defectuoso". Nuestra legislación da una misma definición al caso fortuito y a la fuerza mayor, sin embargo la doctrina y la jurisprudencia ya han establecido que su origen es distinto pero sus hechos constitutivos comunes. El caso fortuito se aplica a los hechos producidos por la naturaleza y la fuerza mayor a los hechos del hombre.

Sexto: En consecuencia el caso fortuito debe entenderse como un acontecimiento extraordinario, imprevisible e irresistible producido por el hombre y para calificarlo como tal se trata de un hecho que no puede preverse o que previsto no puede evitarse, no debiendo ser una previsibilidad exacta y precisa sino por el contrario conocida por el hombre común para cada caso concreto.

Sétimo: En el caso que nos ocupa, el desperfecto que sufrió la motonave "Atenas de Ucayali" cuando se encontraba navegando en el río Ucayali a la altura del Caserío Chingana frente a la localidad de Bagazan Iquitos consistió en que la bomba de agua no succionó, y el motor se recalentó apagándose instantáneamente, tal como lo describe Humberto Vásquez Arévalo a fojas quince en su manifestación policial.

Octavo: Que, como vehículo motorizado una motonave necesita para su funcionamiento que su motor así como las demás piezas, entre ellas la bomba de agua, se encuentren en total estado de funcionamiento y buen estado de conservación, lo que no sucedió en este caso pues la bomba falló.

Noveno: Este desperfecto pudo y debió ser previsto por el administrador de la nave -entiéndase que al ser la propietaria la Municipalidad de Requena, ésta delegó en alguna persona tal función- pues por su cargo tenía la facultad y el deber de hacerlo por ende era el responsable de su funcionamiento y buen estado de conservación, estado en el cual no se encontraba la nave, caso contrario no habría ocurrido ningún desperfecto. Todo lo cual hace concluir que la demandada, no actuó en forma diligente ni tomó los cuidados debidos para

realizar sus labores ordinarias, motivo por el cual y por lo señalado líneas arriba no se puede calificar el desperfecto de la motonave como un caso fortuito, extraordinario, imprevisible e irresistible.

Décimo: Que, dentro del mismo contexto, el Ad-quem califica la actitud del demandante de lanzarse al agua y cumplir las órdenes del administrador de la nave como un acto negligente, que no tenía que acatar por no tener la pericia y conocimiento suficiente.

Décimo Primero: Guillermo Cabanellas en su diccionario de derecho usual, define la negligencia como la omisión a la diligencia o cuidado que debe ponerse en los negocios, en las relaciones con las personas y en el manejo o custodia de las cosas; en el caso que nos ocupa la víctima acató la orden que le dio el administrador de la motonave, de lanzarse al agua, y amarrar las sogas a un árbol. Esta orden fue acatada a fin de evitar una desgracia de mayores consecuencias - pues la nave se encontraba con pasajeros y se dirigía a estrellarse contra la orilla y fue cumplida con éxito, nadó, llegó a la orilla y amarró la soga al árbol debidamente, no existiendo impericia, ni menos falta de conocimiento en ese acto. motivo por el cual no se puede calificar la conducta del demandante como negligente ni imprudente pues cumplió su misión con éxito y por el contrario tal como se describen los hechos fue la fuerza de la motonave con pasajeros a bordo y a merced de la corriente del río que hizo producir el accidente.

Décimo Segundo: Consideramos que por el contrario fue negligente la conducta del Administrador de la nave al disponer esa orden, pues por su cargo debió tener en cuenta que las cuerdas no serian lo suficientemente fuertes como para poder detener una motonave que se encontraba cargada de pasajeros y a la deriva en el río.

Décimo Tercero: En consecuencia luego del análisis de los hechos se llega a determinar que en el presente caso no se ha presentado un caso fortuito, negligencia e imprudencia por parte de la víctima que dieran lugar a atenuarla responsabilidad, por ende las fracturas causales que se invocan no se

encuentran presentes siendo que el daño producido ha sido consecuencia de la conducta de la demandante y no de un evento extraño y ajeno a él, por lo que la Sala Superior ha realizado un deficiente análisis de los hechos, aplicando indebidamente los artículos en estudio, 1972 y 1973 del Código Civil, debiendo ampararse la demanda en lo dispuesto por los artículos 1969, 1970 y 1984 del Código Civil, antes descritos toda vez que al producirse un daño mediante un bien riesgoso la demandante está obligada a indemnizar.

Décimo Cuarto: Que para los efectos de fijar del monto indemnizatorio, debe tenerse en cuenta el artículo 1985 del Código Civil, que dispone que la indemnización comprende la omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral; y atendiendo a que el demandante era una persona joven de diecisiete años de edad a la época de los hechos y según el informe médico obrante a fojas veintitrés producto del accidente el actor sufrió ceguera bilateral por múltiples heridas perforantes y cortantes en párpados y región nasal frontal y bilateral, heridas infectadas en ambos ojos, dejándolo incapacitado de por vida, todo lo cual se debe tener en cuenta para efectos de fijar el monto indemnizatorio.

DECISIÓN: a) Por tales consideraciones, con lo expuesto por el Señor fiscal Supremo en lo Civil, y estando a lo establecido en el artículo 396 inciso 11 del Código Procesal Civil, declararon: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por doña Angélica Silva Mozombite, en consecuencia **CASAR** la resolución de fojas doscientos cincuentiocho de fecha quince de enero del dos mil dos. b) **ACTUANDO EN SEDE DE INSTANCIA CONFIRMARON** la sentencia de primera instancia su fecha veinticuatro de setiembre del dos mil uno corriente a fojas doscientos seis en el extremo que declara fundada la demanda de fojas treintisiete a fojas cuarentitrés, interpuesta por don Segundo Monteluis Silva representado por su Sucesora Procesal doña Angélica Silva Mozombite sobre indemnización por daños y perjuicios.

SS. ALFARO ÁLVAREZ; CARRIÓN LUGO; HUAMANI LLAMAS; CARO A; JULCA BUSTAMANTE; MOLINA ORDOÑEZ C-40967 Publicado 1-03-04
Página 11557

CAS N° 937-2002-CHINCHA**Lima, primero de setiembre del dos mil tres****Procedimiento: CASACIÓN****Ponente: Alfaro Álvarez****Vocales: Alfaro Álvarez, Caroajulca Bustamante, Carrión Lugo,
Huamani Llamas, Molina Ordoñez****Fecha
1 de Septiembre de 2003****Resolución:****Expediente: 000937-2002****Emisor: Sala Civil Transitoria****Indemnización por daños y perjuicios Principio de congruencia procesal****CONTENIDO**

Sentencia cas nro. 937-2002, Chincha-Lima, primero de setiembre del dos mil tres.- la sala civil permanente de la corte suprema de justicia de la república, vista la causa el día de la fecha, y producida la votación correspondiente de acuerdo a ley, emite la siguiente resolución:

1. MATERIA DEL RECURSO:

Es materia del presente recurso de casación la sentencia de vista de fojas seiscientos catorce, su fecha catorce de enero del dos mil dos, expedida por la sala mixta descentralizada de chincha, que confirmando la apelada de fojas quinientos cuatro de fecha veintiocho de abril del dos mil, declara fundada la demanda de fojas trescientos cincuentitrés, empero revoca el extremo que ordena pagar la suma de cincuenta mil nuevos soles por concepto de indemnización de daños y perjuicios; reformándola la fija en mil nuevos soles.

2. CAUSAL POR LA CUAL HA SIDO DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO DE CASACIÓN:

Por Resolución del dieciséis de julio del dos mil dos, esta sala ha. Estimado procedente el recurso de casación por la causal prevista en el inciso 3° del artículo 386 del código procesal civil, sustentando su decisión en el incumplimiento del mandato expreso contenido en la ejecutoria suprema expedida por esta sala civil permanente en fecha veintisiete de abril del dos mil uno.

3. CONSIDERANDO

Primero: Que, tratándose de una demanda de indemnización por daños y perjuicios derivado de un accidente de tránsito, se puede advertir que las instancias de mérito al resolver la controversia han aplicado correctamente los artículos 1969 y 1970 del código civil.

Segundo: Que, la ocurrencia del accidente de tránsito así como las consecuencias físicas y o psicológicas producidas en desmedro del actor se encuentran acreditados de forma fehaciente con los medios probatorios obrantes en autos.

Tercero: Que, primigeniamente la recurrente denunció la contravención del debido proceso, sosteniendo que la sala superior había expedido su decisión judicial, fijando un monto indemnizatorio de (cuatrocientos mil dólares americanos) sosteniendo que la sentencia se había apoyado en pruebas que no fueron admitidas en la etapa procesal correspondiente, por lo que la denuncia fue aceptada declarándose fundado el recurso de casación ordenándose para tal efecto se expida nuevo fallo.

Cuarto: Que, devueltos los autos a la instancia superior, ésta decide modificar el tipo de moneda reduciendo prudencialmente el monto resarcitorio, subsanando además la errada apreciación probatoria que efectuara la sentencia anulada; criterio jurisdiccional que la recurrente nuevamente

pretende anular alegando su total ineficacia, pero esta vez sobre la base de un incumplimiento expreso ordenado en la ejecutoria suprema.

Quinto: Que, en esencia la clave de este proceso radica en establecer si los trastornos físicos y psicológicos que ha sufrido el demandante (incapacidad permanente por cuadriplegia espástica); son susceptibles o no de superación, siendo para ello necesario conocer las condiciones personales y o familiares con que contaba el actor, antes del fatídico suceso.

Sexto: Que, a la fecha del accidente el actor contaba con veintiocho años de edad, de estado civil soltero y la ocupación profesional que ejercía, era la de profesor de educación física, condiciones bajo un contexto de realidad permite apreciar su total truncamiento, al devenir en nula la posibilidad de emerger en su carrera profesional, así como también en una futura vida familiar, que son los pilares de la superación de todo ser humano.

Sétimo: Que, la posibilidad de superación físico psíquica del actor, radica en la ejecución de una posible operación quirúrgica y de constantes terapias, que demandan el desembolso de una determinada suma dineraria que tendría como fin concreto una probable superación del actor.

Octavo: Que, bajo este cúmulo de ideas es necesario resaltar que al caso sub materia ***le resulta aplicable la teoría del proyecto de vida, creada por el ilustre jurista peruano doctor Carlos Fernández Sessarego quien en su libro derecho y persona, editorial grijley- año dos mil uno - página ciento cincuenticuatro, exponiendo una serie de características a cerca del proyecto de vida y considera: que es un mecanismo que cristaliza lo que para el ser humano constituye su plena realización en cuanto persona; que la consecuencia de un daño a la persona humana genera que este proyecto de vida pueda frustrarse, cumpliendo sólo parcialmente o menoscabarse en alguna medida; que es un daño radical de consecuencia incalculable pues puede llegar a crear en la persona un vacío existencial, es decir la pérdida del sentido que había dado a su humano transcurrir; en el proyecto de vida se juega el destino de una***

persona pues este daño lesiona al mismo núcleo existencial del sujeto a su proyección de ontológica libertad.

Noveno: Por consiguiente, del análisis efectuado se colige que al emitirse la sentencia recurrida, el colegiado superior no ha incurrido en la casual de contravención a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso; por lo que se debe proceder conforme lo dispuesto en el artículo 397 del código procesal civil.

4. DECISIÓN

Estando a las consideraciones precedentes: declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por unión de cervecerías Backus y Jhonston; en consecuencia **A) NO CASAR** la sentencia de vista de fojas seiscientos catorce de enero del dos mil dos, emitida por la sala mixta descentralizada de chincha. **B)** Condenaron a la recurrente al pago de la multa de una unidad de referencia procesal así como de las costas y costos originados en la tramitación del recurso; en los seguidos por don José Narciso Vicuña Reyes sobre indemnización por daños y perjuicios. **C)** Dispusieron la publicación de la presente

RESOLUCIÓN EN EL DIARIO OFICIAL "EL PERUANO", BAJO RESPONSABILIDAD, Y LO DEVOLVIERON.

CAS. Nº 1791-2005-LAMBAYEQUE**Lima, doce de septiembre de dos mil cinco****Procedimiento: CASACIÓN****Ponente: Sánchez-Palacios Paiva****Vocales: Sánchez-Palacios Paiva , Pachas Avalos, Egusquiza
Roca, Quintanilla Chacón, Mansilla Novella****Fecha****12 de Septiembre de 2005****Resolución:****Expediente: 001791-2005****Emisor: Primera Sala Penal Transitoria****RESUMEN:**

Indemnización por daños y perjuicios, Inaplicación de norma: reparación no fijada.

CONTENIDO:

AUTO CALIFICATORIO DEL RECURSO CAS. Nº 1791-2005 LAMBAYEQUE LIMA, DOCE DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL CINCO.- VISTOS, CON LOS ACOMPAÑADOS; Y, ATENDIENDO:

Primero: Que, el recurso de casación interpuesto por Ronald Guillermo Bustamante Carmona cumple con los requisitos de forma que para su admisibilidad contempla el artículo 387 del código procesal civil, así como con el de fondo del inciso 1º del artículo 388 de ese mismo texto legal.

Segundo: Que, como fundamentos del recurso, el impugnante invoca los tres incisos del artículo 386 del ordenamiento procesal civil, acusando la interpretación errónea de una norma de derecho material, la inaplicación de una norma de derecho material y la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso.

Tercero: Que, desarrollando su recurso acusa la interpretación errónea del artículo 240 del código civil, que regula la indemnización por incumplimiento de esponsales, argumentando que los daños y perjuicios causados deber ser consecuencia directa e inmediata del incumplimiento de la promesa matrimonial, mientras que los daños por hechos ajenos debe ser hechos valer en la vía ordinaria; que remitiéndonos al caso el ad quem ha considerado que los daños se habrían generado por los actos de violencia contra la demandante materializados en el aborto sufrido, pero tal situación es completamente diferente y autónoma al incumplimiento de la promesa matrimonial y no es consecuencia directa de éste, de modo que no habiéndose generado ningún tipo de daño acreditado que debe ser resarcido debe desestimarse la demanda.

Cuarto: Que, dicho cargo no puede prosperar por resultar carente de base real la afirmación de que el ad quem ha concluido que los daños se habrían generado por los actos de violencia contra la demandante materializados en el aborto sufrido por ésta, pues la sala establece que los daños producidos a la actora son de índole moral y personal al haberse afectado su proyecto de vida y sus sentimientos por culpa exclusiva del demandado.

Quinto: Que, se denuncia seguidamente la inaplicación de los artículos ii del título preliminar y 1331 del código civil, pues la ley no ampara el ejercicio abusivo del derecho, debiendo considerarse que la demandante con anterioridad inició en su contra un proceso penal por aborto no consentido en el que se le condenó como autor del delito y a una reparación civil de tres mil nuevos soles a favor de la demandante, quien se constituyó en parte civil en tal proceso, reparación que conforme al artículo 93 del código penal comprende la indemnización de daños y perjuicios, de modo que el pronunciamiento del ad

quem consuma un claro caso de abuso del derecho pues se le quiere obligar a cancelar dos indemnizaciones, debiendo destacarse que el artículo 1331 del código civil establece que la prueba de los daños y perjuicios y su cuantía corresponden al perjudicado, con lo cual la actora ha debido probar los mismos, empero no existe en autos prueba que acredite de manera tangible ello ni su cuantía, basándose los juzgadores en criterios subjetivos, resultando exorbitante el monto que se le ha impuesto.

Sexto: Que, dicha fundamentación debe descartarse toda vez que en autos no se ha fijado reparación alguna por el aborto que fuera materia del proceso penal acompañado en que se condena al recurrente, sino por los daños moral y personal sufridos por la actora como consecuencia del incumplimiento de los esponsales, como además lo deja claramente establecido el colegiado superior en el punto dos de su considerando tercero; máxime, si lo que persigue el cargo en realidad es la revaloración del caudal probatorio, lo que no es permisible al no ser fin que para el recurso establezca el artículo 384 del ordenamiento procesal civil.

Sétimo: Que, finalmente, se acusa la contravención del artículo 197 del código procesal civil, afirmando que la sala revisora no ha efectuado una valoración adecuada de los medios probatorios al no tener en cuenta que su parte cancela una reparación en el expediente penal dos mil dos guion cero treinta y siete, por lo que no es jurídicamente posible se le obligue a cancelar doble indemnización por un mismo hecho, como es el aborto sufrido por la demandante, no habiéndose considerado tampoco que en autos no existe prueba alguna que demuestre los daños causados, amparándose la demanda en base a criterios subjetivos vulnerando el artículo 196 del código adjetivo que regula la carga de la prueba.

Octavo: Que, dicha fundamentación merece la suerte de las anteriores en tanto que los juzgadores han valorado la prueba conforme al artículo 197 del código procesal civil, según el cual sólo se deben expresar las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan el fallo, debiendo reiterarse que en modo alguno se ha fijado la indemnización considerando como daño el aborto

sufrido por la actora, mientras que los daños personal y moral que sí estiman los juzgadores los han concluido en base a su apreciación razonada de la prueba, fijando el monto de indemnización prudencialmente conforme lo faculta el artículo 1332 del código civil.

En consecuencia, no habiéndose satisfecho los requisitos de fondo del inciso 2° del artículo 388 del código procesal civil es de aplicación el artículo 392 de ese mismo código:

Declararon **IMPROCEDENTE** el recurso de casación de fojas doscientos ochenta y cuatro, interpuesto por don Ronald Guillermo Bustamante Carmona; en los seguidos por doña Kelly Marilú Carrasco Llano, sobre indemnización por incumplimiento de esponsales; condenaron al recurrente a la multa de tres unidades de referencia procesal, así como al pago de las costas y costos del recurso; dispusieron la publicación de esta Resolución En el diario oficial "el peruano", bajo responsabilidad; y los devolvieron.

SS.

SÁNCHEZ-PALACIOS PAIVA

PACHAS AVALOS

EGUSQUIZA ROCA

QUINTANILLA CHACON

MANSILLA NOVELLA



DIALOGO CON LA JURISPRUDENCIA

ACTUALIDAD, ANÁLISIS Y CRITICA JURISPRUDENCIAL

Nº 104

MAYO 2007 • AÑO 12

ESPECIAL

PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA

ANALIZAN:
Roger Merino Acuña
Marco Carbajal Carbajal

¡30,000 dólares
por daños morales
en un divorcio!

La prueba ilícita

La actuación *ex novo*
en grado de apelación

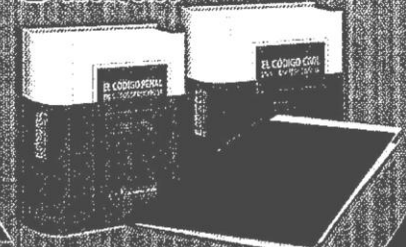
En caso de falta
de formalidades en
la celebración del matrimonio
¿Quiénes pueden
solicitar su nulidad?

Acreditación
del bien social o propio
en sede registral

Representación
societaria y plazo
de caducidad de
acciones societarias

El acto arbitrario
en el delito de
abuso de autoridad

SUSCRIBASE PRONTO
A DIALOGO CON LA JURISPRUDENCIA
Y RECIBA GRATIS ESTOS
3 OBSEQUIOS



PROMOCIÓN LIMITADA
Válida hasta el 31 de Julio
de 2007 o hasta agotar
stock

GACETA
JURIDICA

JURISPRUDENCIA CIVIL PATRIMONIAL



ANÁLISIS Y CRÍTICA JURISPRUDENCIAL	130,000 dólares por daños morales en un divorcio! De cómo el "daño al proyecto de vida" continúa inflando peligrosamente los resarcimientos	77
ENTRE CORCHETES COMENTARIOS Y ANOTACIONES	Transferencia de vehículo. ¿Su inscripción es constitutiva?	88
BUZÓN DE ÚLTIMAS JURISPRUDENCIAS	Si se pide el otorgamiento de escritura pública ¿Cabe aplicarse el artículo 1430 del Código Civil sobre la resolución por cláusula resolutoria expresa?	97
TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES	Excepción de incumplimiento	100



Análisis y crítica jurisprudencial

¡30,000 DÓLARES POR DAÑOS MORALES EN UN DIVORCIO!

De cómo el "daño al proyecto de vida" continúa inflando peligrosamente los resarcimientos

Leysser L. LEÓN^(*)

TEMA RELEVANTE



En el presente comentario, el autor analiza críticamente una reciente sentencia emitida por nuestra Corte Suprema de Justicia, en la cual, de manera que juzga incorrecta, se ha concedido un resarcimiento (por daños endofamiliares) notoriamente más elevado que los que normalmente son concedidos en nuestro medio. En tal sentido, señala, entre otras cosas, que la decisión comentada contiene una serie de errores, tales como el recurso a la clasificación de los daños en patrimoniales y extrapatrimoniales o a la categoría del daño al proyecto de vida, lo que representa, de alguna manera, un peligroso y descontextualizado acercamiento a la lógica de la categoría de los punitive damages de la experiencia estadounidense.

CAS. N° 3973-2006-LIMA. Lima, trece de diciembre del dos mil seis. La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, vista la causa en la fecha y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia: **1. MATERIA DEL RECURSO:** Se

trata del recurso de casación interpuesto por doña Frida Fabiola Salinas Janssen contra la resolución de vista de fojas mil doscientos veinticinco, su fecha diez de agosto del dos mil seis, expedida por la Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Lima, que aprueba la

(*) Doctor en Derecho Civil por la Scuola S. Anna di Pisa (Italia). Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

JURISPRUDENCIA CIVIL PATRIMONIAL

sentencia consultada de fojas mil ciento treinta y seis, su fecha treinta de marzo del mismo año, en el extremo que declara fundada la demanda de divorcio por separación de hecho, la confirma en el extremo apelado que fija indemnización a favor de la demandada, y la revoca en cuanto fija el monto indemnizatorio en cien mil dólares americanos, y reformando dicho extremo lo señala en treinta mil dólares americanos; con lo demás que contiene.

2. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO: El recurso de casación fue declarado procedente por auto de fecha seis de noviembre último, por la causal contenida en el inciso 3 del artículo 386 del Código Procesal Civil, y el cargo de carecer la impugnada de una debida motivación, por defecto de logicidad pues no existe motivación para la revocatoria y reforma del monto indemnizatorio; que la Sala de Familia reconoce el daño causado a la recurrente, consignándolo en el octavo considerando, y no obstante ello, no expresa razonamiento alguno que sustente la revocación y reforma en el monto indemnizatorio, y utiliza el término “prudencial”, por lo que resulta imposible que se conozca por qué se ha variado el criterio del a quo.

3. CONSIDERANDO: Primero.- La sentencia es el acto en cuya virtud el juez, en un proceso de cognición, declara la conformidad o disconformidad de una pretensión con el derecho objetivo, para proceder en su caso a su actuación. La sentencia no contiene otra voluntad que la de la ley, traducida en forma concreta por obra del juez. Esto requiere la definición en forma previa del juicio de hecho, y luego la determinación del Derecho aplicable, lo que debe ser expresado en forma clara. Por tanto el juicio lógico es elemento esencial y característico de la sentencia.

Segundo.- La recurrente al contestar la demanda, solicitó se le señale una indemnización ascendente a la suma de trescientos mil dólares americanos, en atención al daño físico y psicológico causado, pues el demandante durante el tiempo de su convivencia le impidió desarrollarse laboralmente, debido a su actitud machista y celos excesivos, por lo que no pudo generar ingresos propios además de perder la oportunidad de generarlos, siendo que la separación le ha ocasionado un perjuicio a su persona que debe ser resarcido, como se glosa en la parte expositiva del pronunciamiento de primera instancia, por lo que en la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, según acta de fojas trescientos sesenta y seis, se estableció como punto cuarto: determinar si procede otorgar una indemnización en favor de la demandada.

Tercero.- Que con relación a este extremo, la sentencia de primera instancia, en sus motivos décimo tercero al décimo octavo se refiere al examen psicológico practicado a la recurrente según el informe correspondiente, al hecho de haber esta contraído matrimonio a joven edad lo que habría impedido su desarrollo profesional y laboral, al daño físico sufrido por la recurrente según las copias certificadas expedidas de un proceso seguido al actor y las testimoniales de los hijos, y a la capacidad económica del demandante, de donde sigue que “debe fijar una indemnización a la cónyuge que le permita el reinicio de una actividad que le posibilite desarrollarse y atender a su

supervivencia”, por lo que en la parte resolutive fija la indemnización en la suma de cien mil dólares americanos.

Cuarto.- Este extremo fue recurrido por el demandante, y la sentencia de vista, en su séptimo motivo se refiere al concepto de daño no patrimonial previsto en el artículo 345-A del Código Civil, puntualizando que se refiere a valores que pertenecen más al desmedro sufrido, cómo ha influido negativamente en la vida subjetiva del afectado, lo que puede “llegar a ser cuantificable económicamente o patrimonialmente por el juez”, y a continuación, en su octavo motivo, se refiere a la conducta del actor, que llevó al rompimiento de la cohabitación de los cónyuges y frustró el proyecto de vida de la demandada, y coincide con la apelada en que se debe indemnizarla, pero que el monto debe señalarse “prudencialmente”, por lo que en la parte resolutive fija en concepto de indemnización a favor de la demandada la suma de treinta mil dólares americanos.

Quinto.- En consecuencia, la sentencia de vista está motivada, encontrándose la discrepancia en el quantum indemnizatorio, que como se ha señalado, al no haber prueba que lo indique, su determinación es consecuencia de una apreciación puramente subjetiva. El término “prudencial” que se utiliza en la de vista, no es carente de contenido en Derecho, pues deriva del término “prudencia” que es aquella virtud que permite distinguir lo bueno de lo malo, que evoca la moderación, el equilibrio, la cordura, la sensatez, y que a su vez deriva del vocablo latino “*prudentia juris*”, virtud clásica que caracterizaba a los juristas.

Sexto.- Que daño es toda lesión, disminución o menoscabo sufrido en un bien jurídico, entendiéndose por tales no solo los objetivos susceptibles de ser evaluados pecuniariamente, sino también los bienes que por no tener una traducción adecuada en dinero, escapan a la esfera del patrimonio. Esos bienes no patrimoniales son de naturaleza especial, y forman en su conjunto lo que la persona es: la vida, la salud, la integridad física, el honor, la libertad, etc.

Séptimo.- Como consecuencia de la clasificación de los bienes antes señalada, los daños según corresponda, se separan en dos categorías: daños patrimoniales y daños a bienes no patrimoniales. Los bienes no patrimoniales no pueden ser evaluados pecuniariamente de una manera tasada, por lo que cuando se ven lesionados, su reparación se debe fijar en una suma que a criterio del juzgador de mérito produzca una satisfacción equivalente al desasosiego sufrido. La estimación del daño no patrimonial la debe hacer el juez equitativamente, como establecen los artículos 1984 y 1985 del Código Civil en el caso de la responsabilidad extracontractual y mandan los artículos 1322 y 1332 del mismo código en el caso de incumplimiento de obligaciones. Ese criterio corresponde al prudente arbitrio del juez de mérito.

Octavo.- El principio lógico de razón suficiente, en cualquiera de sus formas de expresión, no aparece afectado, pues como se ha señalado, las sentencias de mérito coinciden en que se debe indemnizar, encontrándose la discrepancia en el monto en dinero, que en ambos casos se ha señalado subjetivamente.

Noveno.- Finalmente es necesario señalar que en casación no es posible revisar las cuestiones de hecho y probanza, ni el reexamen de los medios probatorios efectuado en la

ANÁLISIS Y CRÍTICA JURISPRUDENCIAL

instancia. Por estas consideraciones, no evidenciándose contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, o infracción de las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales, causal prevista en el artículo 386 inciso 3 del Código Procesal Civil, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 397 del mismo código: **4. DECISIÓN:** a) Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por doña Frida Fabiola Salinas Janssen, en consecuencia **NO CASAR** la resolución de vista de fojas mil doscientos veinticinco, su fecha diez de agosto del dos mil seis, expedida por la Sala

Especializada de Familia de la Corte Superior de Lima. b) **CONDENARON** a la parte recurrente al pago de la multa de una Unidad de Referencia Procesal, así como de las costas y costos originados en la tramitación del recurso. c) **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial *El Peruano*; bajo responsabilidad; interviniendo como vocal ponente el señor Sánchez-Palacios Paiva; y los devolvieron.

SS. SÁNCHEZ-PALACIOS PAIVA, CAROAJULCABUS-TAMANTE, SANTOS PEÑA, MANSILLA NOVELLA, MIRANDA CANALES



I. INTRODUCCIÓN

De un tiempo a esta parte, se está volviendo costumbre que nuestros magistrados invoquen cierta voz de daño, la del “daño al proyecto de vida”, de la misma forma y con los mismos fines que los prestidigitadores. En todos estos casos, el efecto mágico que se produce, nada divertido, oportuno ni controlable en un sistema de responsabilidad civil tan incipiente como el peruano, es la inflación, deficientemente sustentada, de los montos concedidos a título de resarcimiento.

Por la vía indicada, y sin contar con ningún amparo seguro en la normatividad vigente, los jueces nacionales proceden, bastante mecánicamente y casi siempre sin reflexionar al respecto, a incrementar el monto de las obligaciones nacidas de actos generadores de responsabilidad civil.

En este breve comentario expondré, tomando como base la sentencia transcrita, los motivos por los cuales considero que la voz “daño al proyecto de vida” debe ser excluida de la cuantificación de los daños, y resaltaré, una vez más, la conveniencia de delimitar con precisión el “daño moral”, al que sí se refiere, de manera expresa, nuestra legislación.

Luego de verificar y detallar las razones que autorizan a discrepar del sentido del fallo comentado, formularé, como conclusión, algunas hipótesis acerca de cómo decisiones judiciales como estas pueden terminar encaminando nuestro régimen resarcitorio, peligrosamente, hacia una exaltación de la función sancionatoria o punitiva de la responsabilidad civil y así, en definitiva, hacia la lógica de los *punitive damages* del Derecho común anglosajón.

II. ¿VALEN MÁS LOS DAÑOS MORALES EN UN DIVORCIO QUE LOS DAÑOS POR PÉRDIDA DE VIDA HUMANA?

Según se desprende de la lectura del fallo comentado –lectura siempre expuesta, lamentablemente, a inexactitudes, debido a la obstinación de los vocales supremos en

no resumir los hechos que originan las causas–, una dama demandó divorcio por separación de hecho, así como una atenuación pecuniaria por daño moral ascendente a 300,000 dólares. El juez de mérito decidió recortar semejante pedido hasta la suma de 100,000 dólares, movido por el afán de permitir a la afectada, casada a muy joven edad, “el reinicio de una actividad que le posibilite desarrollarse y atender a su supervivencia”. En la instancia superior, la suma quedó definitivamente y “prudencialmente” fijada en 30,000 dólares. En sede casatoria, ante el requerimiento de la actora, notoriamente ambicioso, de revertir la ya exagerada estimación de los magistrados de grado inferior, se confirmó el monto asignado por estos.

La inmediata impresión que produce este fallo es, obviamente, la de estar ante una decisión judicial completamente fuera de lugar en un país donde los resarcimientos por pérdida de vida humana o grave lesión de la integridad física difícilmente igualarían el monto concedido a la demandante “por daño físico y psicológico”, y donde el seguro obligatorio de accidentes de tránsito prevé indemnizaciones que lindan con lo irrisorio, si se tiene en cuenta la dimensión de los daños que dicho sistema busca compensar (daños por muerte y daños a la integridad física).

Las razones que deben de haber llevado a nuestros jueces de mérito a conceder tan inusual suma son fáciles de intuir. Ante todo, es claro que se ha prestado atención a la situación económica del causante de la separación conyugal, seguramente próspera e idónea para la aplicación de una satisfacción pecuniaria de miles de dólares que resultaría impracticable respecto de aquella inmensa masa de la población que subsiste percibiendo la remuneración mínima vital. En la misma medida, parece haber sido decisiva la falaz idea de que los perjuicios endofamiliares alegados tuvieron un efecto de frustración del mentado “daño al proyecto de vida” de la demandada, motivo que por sí solo parece haber bastado para servir de base a una ponderación judicial tan severa del cuántum resarcitorio.

JURISPRUDENCIA CIVIL PATRIMONIAL

III. NUESTRO ORDENAMIENTO NO RECONOCE LA DISTINCIÓN ENTRE “DAÑOS PATRIMONIALES” Y “NO PATRIMONIALES”

Es menester hacer notar, sin perjuicio de lo anterior, que los errores de los vocales firmantes de este fallo no comienzan con la absolución de los reclamos de la impugnante. El desenlace de esta causa es antecedido por una no menos equívoca exposición sobre la clasificación de los daños.

Según nuestra Corte Suprema, en efecto, existen “bienes no patrimoniales”, los cuales, por carecer de una traducción correspondiente en dinero, escapan del ámbito del patrimonio. Tal es el caso de la vida, la salud, la integridad física, el honor, la libertad, etc., es decir, de los bienes de la personalidad o, como señala la doctrina germana, de los “bienes de la vida”. La lesión de dichos bienes daría lugar, entonces, a la categoría de los “daños no patrimoniales”.

En el razonamiento anterior existe una equivocación tan clamorosa que se vuelve comprensible, realmente, la serenidad de ánimo e inercia de los vocales supremos frente a una atenuación pecuniaria de daños morales de 30,000 dólares.

La distinción germana entre daños “patrimoniales” y “no patrimoniales”, arraigada y florecida en la experiencia italiana en materia penal y civil, carece de sustento legislativo en el Perú. En nuestro Código Civil, la clasificación acogida ha sido la francesa, o sea, aquella que diferencia el daño “material” del daño “moral”⁽¹⁾.

Estas distinciones no son equivalentes. A pesar de que ellas tienen en común su vinculación con el aspecto de la susceptibilidad o no de valorización económica, hay una singularidad que las deslinda con nitidez: en el derecho alemán e italiano, la naturaleza compensable del daño no patrimonial (*Nichtvermögensschaden*, *danno non patrimoniale*) depende rigurosamente de su previsión legal expresa. En otras palabras, los ordenamientos de Alemania e Italia admiten la compensación del “daño no patrimonial” únicamente cuando el acto generador de responsabilidad civil está, por ejemplo, tipificado en la legislación penal.

En cambio, la dualidad francesa “daño material” “daño moral” (*dommage matériel*, *dommage moral*) no se sujeta a limitaciones como las que se acaban de señalar, de las cuales los intérpretes italianos han logrado librarse solo en tiempos muy recientes, y con denodados esfuerzos. Para ello, la doctrina y la jurisprudencia itálicas han tenido que aliarse en la propuesta de un nexo entre el daño no patrimonial y la protección, a través de los remedios de la responsabilidad civil, de los derechos constitucionalmente reconocidos, con el objetivo de relativizar el requisito de la previsión legal expresa. El marco vigente en la actualidad acepta la reparación del *danno non patrimoniale*, no solo en los casos contemplados por la legislación ordinaria, sino también en las hipótesis de lesión de valores de la persona constitucionalmente protegidos.

IV. PAUTAS PARA UN USO CORRECTO DE LA “EQUIDAD” EN LA CUANTIFICACIÓN DE LOS DAÑOS MORALES

La experiencia francesa “educa”, así mismo, en el uso de la “equidad” como criterio para la valorización de los daños.

En contra de lo que suponen los autores del fallo comentado, la fijación de un monto reparatorio “con arreglo a la equidad” o “según equidad” no tiene que ver exclusivamente con el empleo de la “prudencia”, “moderación”, “cordura”, “equilibrio” o “sensatez” en esta delicada operación encomendada a los jueces.

El recurso a la equidad en la valorización de los daños morales, admitida por el artículo 1332 de nuestro Código Civil, significa, más ampliamente, la posibilidad de utilizar criterios que el magistrado está impedido de aplicar con respecto de los daños materiales. Un excelso jurista francés nos ha dejado dicho, en relación con este punto, que cuando se alegan daños morales, “los tribunales disponen, sea para admitirlos o para negar su existencia, sea para evaluar su monto, de un poder de apreciación mucho mayor que el que se presenta cuando se trata de un daño material”⁽²⁾. Para esta última especie, el punto de referencia es la prueba concreta del monto de los perjuicios; en los daños morales, por el contrario, resulta admisible atender a factores especiales como el grado de culpabilidad del dañador (en este plano, el comportamiento doloso

(1) Un exacto conocimiento de esta clasificación, y de sus consecuencias, era el que mostraba, ya en la primera mitad del siglo XX, CORNEJO, Ángel Gustavo, *Código Civil - Exposición sistemática y comentario*, t. I, *Título preliminar - Derecho de las personas - Actos jurídicos*, Lima: Librería e Imprenta Gil, 1938. Págs. 380-381: “habrá casos, sin duda, en los que la solución más indicada sea la de dar satisfacción a los sentimientos de la persona humana, o al perjuicio de ciertos aspectos de bienes no materiales. Ha de entenderse por daño moral los verdaderos detrimentos morales que se traducen en dolores o en menoscabo de ciertos bienes inmateriales. Su apreciación queda al arbitrio judicial. Toda especificación, delimitación o clasificación es imposible e incompatible con la calidad esencialmente subjetiva de esta especie de daño”.

(2) CARBONNIER, Jean. *Droit civil*. Vol. II. *Les biens. Les obligations*, 1^a ed. “Quadrige”, París: Presses Universitaires de France, 2004. Pág. 2273: “Ce que reste vrai, c’est que, lorsqu’un dommage moral est allégué, les tribunaux ont, pour en admettre ou en dénier l’existence, comme pour en évaluer le montant, un pouvoir d’appréciation beaucoup plus vaste que lorsqu’un dommage matériel est en cause”.

ANÁLISIS Y CRÍTICA JURISPRUDENCIAL

se reprime con mayor severidad que el culposo), la reincidencia en una conducta lesiva y, ni más ni menos, la condición económica de las partes⁽³⁾.

Estas virtudes de la equidad son bien demostradas por el artículo 1977 del Código Civil, donde se hace referencia a la “indemnización equitativa” que el juez “puede” conceder a la víctima de un daño causado por un incapaz de discernimiento, “en vista de la situación económica de las partes”⁽⁴⁾. El texto de esta norma, correctamente entendido, precisa que los daños cometidos por dichos incapaces (“inimputables”) no se consideran generadores de responsabilidad civil, es decir, que no dan lugar a una obligación resarcitoria. Se trata de daños “indemnizables” y no “resarcibles”, o sea, de daños cuya atenuación a través de una suma de dinero se encuentra condicionada a la decisión del juez en torno de su procedencia y monto, sobre la base de un análisis riguroso de la situación económica de las partes.

Que la equidad, sin embargo, haya conducido a nuestros magistrados de primera y segunda instancia a establecer 100,000 dólares, y a la larga 30,000 dólares, como compensación de daños morales “endofamiliares” es algo difícil de entender, aun reconociendo la aplicación del criterio explicado.

V. RESPONSABILIDAD CIVIL Y FAMILIA

Las anomalías detectadas son típicas –hay que saberlo– cuando los actos que generan responsabilidad civil tienen

como escenario la familia. Otrora, hasta era común pensar que cuando los protagonistas de una causa por daños y perjuicios pertenecían a una familia, este solo hecho determinaba que las reglas de responsabilidad civil fueran aplicadas diversamente, o que no se aplicaran, inclusive⁽⁵⁾.

En la actualidad, por el contrario, se promueve una renovada concepción de las relaciones entre la tutela resarcitoria y la familia: esta última, “por ser cuna de derechos inviolables de la persona, no puede ser considerada como un sistema cerrado, al margen del derecho, sino que debe acoger, necesariamente, formas de protección tomadas de las diversas ramas del ordenamiento. Devienen fáciles de superar, entonces, las posiciones tradicionales que se encaminaban a negar la posibilidad de configuración de la responsabilidad extracontractual por violación de los deberes matrimoniales; posiciones que se fundaban en la tesis de la completitud del derecho de familia, consagrada en el principio *inclusio unius, exclusio alterius*, y en la naturaleza especial de las normas [en materia]”⁽⁶⁾.

En nuestro medio, el estudio de este debatido tema aún se encuentra pendiente, a pesar de que en el Código Civil se contempla la procedencia de la atenuación de los daños morales cuando los hechos que determinan un divorcio “comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente” (artículo 351).

Al respecto, viene al caso aclarar que el panorama legislativo nacional en materia no se ha modificado ni innovado, como podría creerse, con la inserción del artículo 345-A

(3) En este sentido se pronunciaba ya GIVORD, François. “La réparation du préjudice moral”. París: Librairie Dalloz, 1938. Págs. 223 y ss. Esta posibilidad atribuida al juez permitía al autor citado confirmar el carácter de “pena privada” de la atenuación pecuniaria del daño moral: “Pour ceux qui justifient la réparation du préjudice moral par l’appel à l’idée de peine privée, la fixation de l’indemnité doit être faite, compte tenu essentiellement de deux éléments: la gravité de la faute commise, la situation personnelle de l’auteur de cette faute”. En similar sentido: TUNC, André, “La pena privada nel diritto francese”, en BUSNELLI, Francesco Donato y Gianguido SCALFI (directores), *Le pene private*, Milán: Giuffrè, 1985. Pág. 359. Sobre estos criterios extrínsecos que contribuyen, precisamente, a hacer “equitativa” la estimación judicial de los daños morales, véase: LEÓN, Leysser L., “Derecho a la intimidad y responsabilidad civil. El refuerzo de los derechos fundamentales a través de los remedios civilísticos”. Lima: Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006. Pág. 39.

(4) Sobre esta hipótesis de “indemnización”, véase: LEÓN, Leysser L., “Incapacidad de discernimiento e indemnización equitativa. Apuntes sobre el artículo 1977 del Código Civil peruano” (2005), ahora en ID., *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, 2.ª ed., Lima: Jurista Editores, 2007. Págs. 461 y sgtes.

(5) El cuadro evolutivo es bien descrito en la obra pionera de PATTI, Salvatore. “Famiglia e responsabilità civile”. Milán: Giuffrè, 1984. Pág. 3 *et passim*. En relación con el tema de la separación de los cónyuges y la responsabilidad civil, el citado autor ya proponía que la relevancia del hecho ilícito cometido por el cónyuge como causa de separación personal y de divorcio debía distinguirse de la relevancia que dicho hecho puede tener como presupuesto para la acción de resarcimiento de daño: “la circunstancia de que el hecho dañoso puede tener relevancia, dada la relación existente entre los sujetos, como causa de cesación de la relación misma, no descarta su relevancia típica para efectos de la aplicación de la normativa sobre el ilícito civil” (Pág. 76).

Uno de los mayores expertos italianos en derecho de familia en el siglo XX, el jurista, historiador y periodista Arturo Carlo JEMOLO, (1891-1981) llegó a afirmar: “la familia es una isla que el mar del derecho solo alcanza a rozar; su esencia íntima seguirá siendo metajurídica”. La famosa cita aparece en los estudios de GIAZZI, Federica, “Anche i matrimoni in bianco hanno un costo”. En: *Danno e responsabilità*, 2006, núm. 1. Pág. 42; y RICCIO, Giovanni Maria, “Violazioni dei doveri coniugali e risarcimento del danno”. En: *Danno e responsabilità*, 2006, núm. 6. Pág. 590, nota (44).

(6) GIAZZI. Ob. cit. Pág. 43.

JURISPRUDENCIA CIVIL PATRIMONIAL

del Código Civil, según el cual: “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 persona u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder”⁽⁷⁾.

A rigor de términos, esta norma no regula un supuesto de responsabilidad civil. En sí misma, la separación jamás es fuente de una obligación resarcitoria, a pesar de que, ciertamente, puede ocasionar, desde un punto de vista objetivo, una alteración peyorativa de la situación de alguno de los separados⁽⁸⁾. A lo sumo, como se estipula en el artículo citado, lo que puede tener lugar es una obligación indemnizatoria, siempre que el juez considere que este remedio es preferible a la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal. Como es claro, esta alternativa remedial que se deja a criterio del magistrado, entre satisfacción en dinero y adjudicación de bienes resultaría incongruente con el sentido de la responsabilidad civil, que persigue, a la vez, finalidades de restablecimiento, prevención y punición, pero no conoce soluciones distintas del resarcimiento, ya sea por equivalente o en forma específica.

VI. LOS DAÑOS MORALES “ENDOFAMILIARES” EN LA EXPERIENCIA EXTRANJERA

Los acostumbrados fenómenos de sobrecompensación o de “inflación resarcitoria” en este campo pueden ser bien ilustrados con el auxilio de la jurisprudencia italiana reciente en materia de “*danni non patrimoniali*” endofamiliares.

Hace poco más de un año, la Corte d’Appello di Milano resolvió una causa promovida por un sujeto que demandó el divorcio y la reparación del “daño no patrimonial” contra su consorte, con la cual contrajo nupcias presionado porque ella le comunicó que estaba gestando un hijo suyo⁽⁹⁾. Aunque en el juicio previo, de desconocimiento de paternidad, se comprobó la falsedad de la atribución y, por lo tanto, que la paternidad biológica del supuesto hijo correspondía a otro hombre, el juez de primera instancia

no admitió, por falta de pruebas, la pretensión resarcitoria por “inducción al matrimonio por error”, ascendente a las desproporcionadas sumas de 258,000 euros (más de 1 millón de nuevos soles) para el esposo, y 103,000 euros (casi medio millón de nuevos soles) para los suegros. En esta sentencia, emitida por el Tribunale di Monza, se reconocieron, sin embargo, daños “patrimoniales” por gastos en recuerdos de bodas, trajes de novios, recepción y cena matrimonial, por un total de 8,176 euros (casi 40,000 nuevos soles)⁽¹⁰⁾.

El dictamen de primera instancia fue enmendado, en definitiva, por la Corte d’Appello milanese, que amplió la condena de la mujer, con el pago de 10,000 euros (45,000 nuevos soles, aproximadamente), a título de reparación del “daño existencial” infligido al cónyuge. Esta especie de daño, ligada desde sus orígenes con los problemas de *overcompensation* experimentados en el derecho italiano, fue identificada en el “sufrimiento determinado por el comportamiento de [la novia] que, contraviniendo los deberes de lealtad hacia su futuro cónyuge, incidió en la libre determinación de este para el matrimonio [...] [S]e configura [...] como daño *in re ipsa* (el llamado ‘daño-evento’) que, en cuanto tal, prescinde de toda carga probatoria y puede ser cuantificado por el juez, concretamente, recurriendo al criterio equitativo”.

En esta resolución se ejemplifican todas las consecuencias que acarrea el recurso a la equidad en la estimación de los daños no patrimoniales. Para su decisión, los magistrados concedieron importancia, claramente, a la conducta dolosa y engañosa de la mujer, que guardó silencio sobre su infidelidad y condujo, de tal forma, a que su entonces novio decidiera esposarla, bajo una inducida y falsa representación de la realidad. En tal sentido, se aprecia que la mujer faltó dolosamente a sus deberes de “lealtad” frente a su futuro cónyuge⁽¹¹⁾.

Sin perjuicio de lo anterior, lo que resulta de lo dictaminado es que el esposo defraudado por su consorte recibe más dinero a título de “daño no patrimonial” que a título de “daño patrimonial”. De tal forma, la magistratura italiana

(7) Dicho artículo se incorporó al Código Civil mediante la Ley N° 27495 del 7 de julio de 2001, que reguló la separación de hecho como “causal de separación de cuerpos y subsecuente divorcio”.

(8) Se equivoca, clamorosamente, en la interpretación que propone para esta novedosa disposición: ARIAS-SCHREIBER, Max, “Exégesis del Código Civil peruano de 1984, t. VII, Derecho de Familia”, 3ª. ed., con la colaboración de Ángela ARIAS-SCHREIBER M. y Alex PLÁCIDO VILCACHAGUA, Lima: Gaceta Jurídica, 2002. Pág. 317. Para dicho autor, la indemnización que debe señalar el juez debe incluir el daño emergente y el lucro cesante, además del “daño personal, que es doctrinariamente menos amplio” (!). ¿Y dónde estaría el criterio de imputación en esta supuesta hipótesis de responsabilidad civil? En atención a que el dolo y la culpa no han sido mencionados: ¿Se trataría de una responsabilidad “objetiva”? ¿Sería “objetiva relativa” u “objetiva absoluta”? ¿Cabría eximirse de ella por caso fortuito o fuerza mayor?

(9) Corte d’Appello di Milano, sentencia del 12 de abril de 2006, publicada en “Famiglia e diritto”, 2006, núm. 5. Págs. 509 y ss.

(10) El juez de primera instancia rechazó, por el contrario, la parte del petitório relativa al 50% de la cuenta de ahorros abierta por los cónyuges, a la restitución de joyas, y al reembolso de los gastos legales y médicos vinculados con el juicio de desconocimiento de paternidad.

(11) Subraya el punto: FACCI, Giovanni. “L’illecito endofamiliare tra danno in re ipsa e risarcimenti ultramilionari”. En: *Famiglia e diritto*. Núm. 5. 2006. Pág. 518.

ANÁLISIS Y CRÍTICA JURISPRUDENCIAL

termina estableciendo una inapropiada y deslucida jerarquía entre las funciones de la responsabilidad civil: si se atiende a los montos asignados, en efecto, la función sancionatoria o punitiva (reparación del “daño existencial”) prevalece sobre la función resarcitoria (compensación de los gastos concretamente realizados), y así, se altera el equilibrio que debe preservarse entre ellas, junto a la función preventiva⁽¹²⁾.

Un caso aun más llamativo que el anterior fue resuelto por la Corte d'Appello di Bologna. Un individuo bastante próspero fue condenado al pago de 2 millones de euros (casi nueve millones de nuevos soles) a título de reparación de los daños no patrimoniales ocasionados a su hijo, a quien no prestó la debida asistencia afectiva y económica durante años. Según los jueces, que invocaron una vez más el infalible “daño existencial”, y atendieron decisivamente a la gran capacidad patrimonial del demandado, la supuesta víctima fue gravemente afectada en sus derechos fundamentales, al haber tenido que desarrollar una existencia, “desde el punto de vista social y laboral, completamente distinta y absolutamente inferior a aquella que le habría podido permitir su relación de filiación”⁽¹³⁾. En el fallo se hace referencia, “a fin de poner en evidencia el perjuicio existencial, así como la personalidad emprendedora del demandante”, que este tuvo que trabajar como cocinero en una pizzería, como mozo, como peón, como agricultor y, finalmente, como agente de ventas, a diferencia de los otros hijos del demandado: “profesionales afirmados y, sobre todo, titulares de situaciones patrimoniales multimillonarias”. Estas comprobaciones llevan a los

magistrados a concluir que también el hijo desatendido, “de haber sido beneficiario de las aportaciones de distinta naturaleza –sobre todo las financieras– provenientes de su padre natural (de cuya existencia no tuvo noticia por mucho tiempo), habría podido lograr también resultados apreciables en el plano social y económico, no diferentes de los relativos a los demás hijos legítimos [del demandado]”.

VII. LA “PRIVATIZACIÓN” DE LAS RELACIONES FAMILIARES

A parte de la lectura crítica desde la perspectiva funcional, las sentencias italianas referidas en el acápite anterior confirman un fenómeno que, muy probablemente, ya viene produciendo efectos también en el Perú: la llamada “privatización” de las relaciones familiares.

Según un atinado observador⁽¹⁴⁾, la ampliación de las hipótesis de resarcimiento inscritas en el seno de las relaciones familiares obedece a la superación de la perspectiva “institucional” de la familia. Hoy ya no se quiere, entonces, que los intereses de cada uno de los miembros de la familia se subordinen a los intereses “superiores” de la institución familiar. De tal forma, el derecho de nuestros días se caracterizaría por apuntar hacia la preeminencia de las prerrogativas individuales, que antiguamente se hacían sucumbir frente a las demandas de la familia en cuanto tal. Así, pues, ha pasado a predominar una “visión privatística de las relaciones de pareja”, ya que el matrimonio se ha devaluado, y parece, cada vez más, estar destinado a convertirse en “una unión cuya finalidad esencial está constituida por la satisfacción de exigencias

(12) En la experiencia italiana hay otros puntos a subrayar. Tratándose de un “daño existencial” y no de un “daño moral subjetivo” (padecimiento anímico, sufrimiento, dolor), “el damnificado está obligado, según las reglas ordinarias, a aportar la prueba del daño en sus características naturalísticas, y tiene que demostrar la incidencia de dicho perjuicio en sus actividades de realización, con la consiguiente alteración de su personalidad, sea en el aspecto personal, sea en el aspecto relacional. En el caso examinado por la Corte d'Appello, es indudable que tiene relevancia la lesión de intereses de rango constitucional de la persona humana, como la libertad –entendida como determinación autónoma para el matrimonio–, la dignidad, la expectativa de poder desenvolver sus potencialidades en el ámbito de aquella peculiar conformación social que está constituida por la familia [...]; sin embargo, no es correcto hacer referencia a un daño *in re ipsa*, en atención a que si el resarcimiento se enlaza con la lesión del interés considerado en cuanto tal, y no con la entidad del perjuicio concreto sufrido por la víctima, se termina atribuyendo a la responsabilidad civil una función preeminentemente sancionatoria, en neto contraste con su función reparatoria”: FACCI. Ob. cit. Pág. 522.

Este comentario puede resultar muy útil a la hora de analizar el equivalente peruano del daño existencial, el “daño al proyecto de vida”, en el sentido de que una especie como esta jamás puede beneficiarse de la calidad de “daños presuntos” que sí poseen los daños morales estrictamente considerados. En este último sentido se ha pronunciado entre nosotros, correctamente, y por lo menos, la Corte Superior de Justicia del Santa, en el Expediente N.º 178-98, según informa VILCHES LIVIA, Dante. “Sistematización de los daños no patrimoniales contenidos en el Código Civil”. En: *Diálogo con la jurisprudencia*. Año XII, núm. 102, Lima, marzo de 2007. Pág. 102. Por los motivos que aquí se exponen, sin embargo, no es de compartir el discurso que el citado comentarista articula, sin mayores argumentos, en torno de la clasificación de los daños.

(13) Corte d'Appello di Bologna: sentencia del 10 de febrero de 2004, publicada en “Famiglia e diritto”, 2006, núm. 5. Págs. 511 y sgtes.

(14) SESTA, Michele. “Diritti inviolabili della persona e rapporti familiari: la privatizzazione ‘arriva’ in Cassazione”. En: *Famiglia e diritto*. 2005, Núm. 4. Pág. 371. Una amplia reseña jurisprudencial sobre la responsabilidad civil derivada de la violación de los deberes familiares, al cuidado de Agnese QUERCI, ha sido publicada en “Danno e responsabilità”. 2007. Núm. 1. Págs. 13 y sgtes.

JURISPRUDENCIA CIVIL PATRIMONIAL

personales, con la consiguiente posibilidad de ser removida en caso de que dicho objetivo no sea conseguido⁽¹⁵⁾.

Una prueba ulterior de la "privatización" a la que se hace referencia fue brindada por una sentencia, igualmente reciente, de la Corte di Cassazione. En ella, se establecieron las siguientes máximas jurisprudenciales:

"La familia se configura, no ya como un espacio de comprensión y afectación de derechos irrenunciables, sino como una sede de autorrealización y crecimiento, marcados por el respeto recíproco y ajenos a toda distinción de papeles, y en cuyo ámbito los componentes individuales conservan sus connotaciones esenciales y reciben reconocimiento y protección, ante todo como personas, y no solo como cónyuges, en adhesión a lo dispuesto en el artículo 2 de la Constitución. [...].

El respeto a la dignidad y a la personalidad de todo componente del núcleo familiar cobra las características de derecho inviolable, cuya lesión por parte de otro componente del núcleo de la familia, así como por parte de un tercero, constituye el presupuesto lógico de la responsabilidad civil, porque no se puede considerar que derechos considerados inviolables reciban una protección distinta dependiendo de si sus titulares se presentan o no dentro de un contexto familiar⁽¹⁶⁾.

El caso afrontado por la suprema Corte italiana fue, sintéticamente, el siguiente: con posterioridad a las nupcias, una mujer descubrió que su esposo era incapaz de procrear. Luego de obtener una dispensa eclesial, demandó el divorcio y, además, la reparación del "daño no patrimonial" sufrido, supuestamente, por la "conducta ilícita" de su consorte: una conducta "contraria a los cánones de lealtad, rectitud y buena fe", porque él no le informó, antes de casarse, de su *impotentia coeundi*, y se rehusó, durante el matrimonio, a someterse a tratamiento médico en pos de una cura⁽¹⁷⁾.

En primera y segunda instancia, la demanda fue declarada infundada. En particular, la Corte d'Appello di Palermo consideró que el marido no había cumplido con comunicar a su esposa el problema físico que lo afligía, y reconoció que ella, muy probablemente, no habría contraído nupcias si hubiese conocido el hecho. Sin embargo, no podía deducirse obligación resarcitoria alguna de un evento como "la celebración de un matrimonio desafortunado", atribuible a una patología no imputable a un

comportamiento doloso del cónyuge. La solución, en todo caso, debía buscarse exclusivamente, y conforme a la perspectiva tradicional antes descrita, en el campo "institucional" del derecho de familia, por ejemplo, a través de la simple nulidad del enlace.

Como se aprecia en las máximas citadas, la Corte di Cassazione confirma y promueve el cambio de rumbo respecto del enfoque tradicional. Como se ha anotado, ya no se aprecia la familia como un espacio cerrado donde los miembros se encuentren conminados y comprometidos a resolver sus diferencias de manera tal que se preserve la unión. "La separación y el divorcio –dictaminan los magistrados italianos– constituyen instrumentos concedidos por el ordenamiento para remediar situaciones de imposibilidad de prosecución de la convivencia o de disolución definitiva del vínculo; el hecho de que el comportamiento de un cónyuge constituya causa de la separación o del divorcio no descarta que ello pueda configurar un ilícito civil". Sin dejar de ser un asunto privado de los cónyuges, el matrimonio y la estabilidad de la familia están, entonces, en manos de cada uno de ellos: "el ordenamiento no impone reglas para garantizar dicha estabilidad contra la voluntad de los interesados"⁽¹⁸⁾.

VIII. INFLANDO LOS RESARCIMIENTOS CON AUTOMATISMOS: EL "DAÑO AL PROYECTO DE VIDA"

El camino por el cual nuestros magistrados estiman en 30,000 dólares los daños morales sufridos por la divorciada ha sido allanado, como se indicó al comienzo, por el equivalente nacional del cuestionado *danno esistenziale*, el llamado "daño al proyecto de vida", una especie que no tiene ningún respaldo en la legislación peruana vigente.

El daño al proyecto de vida no puede ser deducido, como parece asumir la Corte Suprema, del "daño a la persona" aludido en el artículo 1985 del Código Civil. Esta última expresión solo admite dos significados: el original y cierto de "daño a la salud" o "daño a la integridad física" ("daño a la persona" proviene de *danno alla persona* y esta expresión es la traducción, a su vez, de la *personal injury*" del derecho de seguros anglosajón); o el más amplio de "daño a los derechos de la personalidad".

Al espejismo del "daño al proyecto de vida", que ilusiona cada vez más a los jueces nacionales, han contribuido algunos fallos de la jurisprudencia de la Corte Interamericana

(15) SESTA, loc. cit.

(16) Corte di Cassazione: sentencia n. 9801, del 10 de mayo de 2005, publicada en "Famiglia e diritto", 2005, núm. 4. Págs. 365 y sgtes., y en "Danno e responsabilità", 2006, núm. 1. Págs. 37 y sgtes.

(17) GIAZZI. Ob. cit. Pág. 44, considera, exageradamente, que durante el período de noviazgo, el novio asumiría "frente a su pareja una posición de garantía por 'contacto cualificado', la cual le impone informar con claridad y transparencia todos los aspectos que podrían comprometer la buena andadura de la relación, y que podrían lesionar derechos constitucionalmente garantizados".

(18) SESTA, loc. cit.



ANÁLISIS Y CRÍTICA JURISPRUDENCIAL

de Derechos Humanos en los cuales, con la enorme ventaja de tener en el banquillo de los demandados al Estado, y no a individuos comunes y corrientes, se reconocen tranquilamente reparaciones que ascienden a varios miles de dólares.

Como todo espejismo, el "daño al proyecto de vida" puede perder su efecto ilusorio si se retoma, saludablemente, el contacto con la realidad.

Nadie "ve" los "proyectos de vida". El mundo sería inhabitable y la intranquilidad reinaría si los comportamientos en general tuvieran que decidirse o emprenderse con la precaución de no alterar las imperceptibles e inescrutables "aspiraciones" de los semejantes. 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 dirigiría "racionalmente" su automóvil un individuo que tuviera la mala fortuna de perder el control del vehículo por un imprevisto desperfecto en el sistema de frenos? La respuesta será "contra nadie" o "contra todos" si y solo si los "proyectos de vida" se mantienen invisibles; en oposición, si tales "proyectos" pudieran ser vislumbrados, el deber de mitigar los daños determinaría al conductor a atropellar al obrero, porque esta 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⁽¹⁹⁾.

El mundo del "daño al proyecto de vida" sería comparable al descrito por Ray Bradbury, maestro de la ciencia-ficción, en *A Sound of Thunder*, el mundo del pasado, adonde se viaja con imaginarias máquinas del tiempo, y en el cual toda alteración, todo cambio, sin importar cuán leve sea, está en capacidad de provocar alteraciones trascendentales en el futuro⁽²⁰⁾.

Las cuestionables libertades que se autoconceden los componentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no deben corromper ni influir nocivamente el parecer de los jueces que tienen que pronunciarse en el ámbito nacional, y no respecto de Estados, antes que no quiebran jamás y son inmunes a las sanciones y medidas correctivas, sino de seres de carne y hueso. Una sentencia en materia de responsabilidad civil cumple eficazmente sus irrenunciabiles funciones preventivas o desincentivadoras de conductas dañosas solo cuando el destinatario de la sanción pecuniaria es un individuo⁽²¹⁾. Con la comodidad de saber que está afectando económicamente a un Estado⁽²²⁾, y no a un particular, la Corte Interamericana dispone de un muy amplio espectro para realizar sus desmedidas valorizaciones. Además, teniendo en cuenta que los daños cuyo resarcimiento se persigue han afectado bienes de la vida (derechos de la personalidad), toda categoría novedosa es bienvenida si contribuye, retóricamente o conceptualmente, a inflar el monto asignado.

Un indicio seguro de los inconvenientes que genera la jurisprudencia supranacional de la Corte Interamericana nos lo brindan los elevados petitorios de los damnificados que

(19) Un caso tristemente célebre de la jurisprudencia italiana –el "caso Gennarino"– debería bastar para advertir sobre las injusticias que pueden propiciar figuras como el "daño al proyecto de vida". En el lejano 1971, el Tribunale di Milano dictaminó que los daños a la integridad física sufridos por el hijo de un modesto obrero tenían que ser cuantificados asumiendo que, en el futuro, la víctima iba probablemente a desempeñar el mismo trabajo que su progenitor. La reparación se calculó, entonces, teniendo en cuenta el oficio y la remuneración percibida por el padre de la víctima. Legítimamente, dicho fallo ha sido calificado como "aberrante": ALPA, Guido, "Trattato di diritto civile", IV, *La responsabilità civile*, Milán: Giuffrè, 1999. Págs. 387-388; ID., *Nuevo tratado de la responsabilidad civil*, trad. y notas de Leysser L. León, Lima: Jurista Editores, 2006. Pág. 497.

(20) En esta entrañable narración de BRADBURY, que transcurre en el cada vez más cercano 2055, una agencia de "viajes a través del tiempo" organiza safaris en la prehistoria. Los singulares "turistas" son advertidos, al efecto, acerca de las inexorables alteraciones en el futuro que puede ocasionar el más mínimo cambio que ellos provoquen en el pasado. La tragedia se desata cuando uno de los cazadores infringe accidentalmente las reglas, al aplastar una mariposa. Este solo acontecimiento hace que el presente sea distinto. El mundo del "daño al proyecto de vida" es un escenario alucinado como este, en el que todos deben andar con cuidado para no "modificar" el futuro.

(21) Como es obvio, el hecho de que el Sr. Vladimiro Montesinos siga y siga acumulando obligaciones resarcitorias, como aquella que derivará de la simbólica "repetición" a su cargo, por el descumbral e ilegítimo "resarcimiento" –aunque hay muchas razones para desconocerlo como tal– concedido por un tribunal arbitral, irresponsablemente, al empresario Baruch Ivcher, no tiene ninguna incidencia preventiva o disuasiva en la actividad estatal futura.

(22) Como agudamente ha notado PONZANELLI, Giulio. "A proposito del Trattato breve dei nuovi danni di Paolo Cendon". En: *Danno e responsabilità*, 2001, núm. 11. Pág. 1123, un sistema que reconozca la protección de cualquier "daño existencial" –léase "daño al proyecto de vida"– requeriría, precisamente, para evitar entrar en crisis, la constitución de un fondo estatal de previsión: "un sistema sobre cuya base todo, incluso aquello que pertenece a la esfera más íntima de la personalidad del damnificado debe resarcirse, en tanto y en cuanto merecedor de protección, presupone la presencia central y necesaria de la mano pública: todo plan de indemnizaciones automáticas que pretenda restar fiel a sus características, es financiado y administrado por el Estado, aun a través de mecanismos diversos que busquen, incluso si no lo logran completamente, que no sea completamente suprimida la función de prevención [de la responsabilidad civil]".

JURISPRUDENCIA CIVIL PATRIMONIAL

tienen la posibilidad de acceder a dicho fuero. El estímulo para pretender sumas desproporcionadas, que la cautela sugiere evitar en una demanda formulada ante un juez local, es tentador, si se atiende al gran número de demandas que la Corte Interamericana ha amparado⁽²³⁾. Como si todo ello no fuera suficiente, la propia Corte de San José aliena el espíritu vindicativo⁽²⁴⁾ de los actores, al incluir dentro del monto de la sanción dineraria que correrá por cuenta del Estado la compensación de los honorarios de los abogados de las víctimas.

Este último efecto es el que producirá, muy probablemente, la sentencia comentada. Hombres y mujeres separados de cónyuges de buena posición económica tentarán judicialmente la obtención de miles de dólares, por obra y gracia de la malhadada categoría del "daño al proyecto de vida". Mientras tanto, en los divorcios de personas menos prósperas, igualmente acompañados de secuelas perjudiciales de orden moral (por maltrato físico, por ejemplo), lo que seguirá siendo predecible es que los magistrados, a fin de no emitir dictámenes inejecutables, evitarán atender los

petitorios, o tal vez concederán sumas exiguas, de carácter puramente simbólico.

IX. EL PELIGROSO CAMINO HACIA LOS PUNITIVE DAMAGES "A LA PERUANA"

Si las previsiones efectuadas se tornaran realidad, la administración de justicia de nuestro país podría terminar asimilando, imprudentemente peligrosamente, elementos de los *punitive damages* del derecho común anglosajón.

A través de esta singular forma de sanción pecuniaria, que ha hecho aun más famoso al ordenamiento jurídico estadounidense, se reprime "ejemplarmente" los comportamientos ilícitos y dolosos, a la vez que se desincentiva su reiteración⁽²⁵⁾.

Una asimilación semejante, sin embargo, se apoyaría solo en lo desacostumbrada que resulta en el Perú la estimación del daño moral que se ha realizado. Aunque nos encontremos demasiado lejos, felizmente, de los millonarios *punitive damages* que suelen ocupar las primeras planas

(23) Es menester precisar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que existe el "daño al proyecto de vida", pero que en algún caso ha evitado, prudentemente, pronunciarse sobre su cuantificación, y remitir su satisfacción a otros remedios, incluido el resarcimiento en forma específica.

En el famoso caso "Loayza Tamayo contra el Estado Peruano" (1998), los magistrados de la Corte de San José opinaron en estos términos: "La Corte reconoce la existencia de un grave daño al 'proyecto de vida' de María Elena Loayza Tamayo, derivado de la violación de sus derechos humanos. Sin embargo, la evolución de la jurisprudencia y la doctrina hasta la fecha no permite traducir este reconocimiento en términos económicos, y por ello el Tribunal se abstiene de cuantificarlo. Advierte, no obstante, que el acceso mismo de la víctima a la jurisdicción internacional y la emisión de la sentencia correspondiente implican un principio de satisfacción en este orden de consideraciones" (n. 153).

Más recientemente, en el caso "Carpio Nicole y otros contra el Estado de Guatemala" (2004), la Corte Interamericana ha dictaminado, con mayor precisión, que "tanto el reconocimiento de responsabilidad internacional, así como la aceptación de los hechos, constituyen en sí mismos medidas de satisfacción cruciales para la dignificación de las víctimas y de sus familiares" (n. 114). A pesar de que el perjuicio del que se trata en esta causa es la muerte de personas, el "daño al proyecto de vida", insistentemente invocado por los deudos de los desaparecidos, termina diluyéndose, porque los magistrados, al momento de fijar la reparación, se refieren exclusivamente a los "daños inmateriales", estimados según equidad: "La jurisprudencia internacional ha establecido reiteradamente que la sentencia constituye, *per se*, una forma de reparación. No obstante, por las circunstancias del caso *sub judice*, los sufrimientos que los hechos han causado a las personas declaradas víctimas en este caso, el cambio en las condiciones de su existencia, así como las demás consecuencias de orden no material o no pecuniario que han sufrido estas, la Corte estima pertinente el pago de una compensación, conforme a equidad, por concepto de *daños inmateriales*" (n. 117). Como se aprecia, el "daño al proyecto de vida" es más un argumento retórico que una "voz" de daño a ser reparada en sí misma.

(24) Este adjetivo no tiene por qué ser excluido del estudio de la responsabilidad civil, sobre todo en lo que atañe a la protección resarcitoria de los derechos constitucionales. En la experiencia estadounidense, LOVE, Jean C. "Damages: A Remedy for the Violation of Constitutional Rights". En: *California Law Review*, vol. 67, 1979. Pág. 1247, postula una función "vindicativa" (*vindictory function*), propiamente dicha, de los *punitive damages* (sobre los cuales, véase: *infra* § 9).

(25) Así lo ha reconocido la Supreme Court of the United States, en su sentencia del 20 de mayo de 1996, en la causa *BMW of North America Inc. vs. Ira Gore Jr.*, 517 U.S. 559 (1996): "*Punitive damages may properly be imposed to further a State's legitimate interests in punishing unlawful conduct and deterring its repetition*". El texto íntegro de este fallo puede consultarse en <http://www.law.cornell.edu/supct/html/94-896.ZO.html>. Por su trascendencia, ha sido comentado por destacados autores como POLINSKY, A. Mitchell y Steven SHAVELL. "Punitive Damages: An Economic Analysis". En: *Harvard Law Review*, vol. 111, 1998. Págs. 901-902; REDISH, Martin H. y Andrew L. MATHEWS, "Why Punitive Damages are Unconstitutional". En: *Emory Law Journal*, vol. 53, 2004. Págs. 8 y sgtes.; y ZIPURSKY, Benjamin, "A Theory of Punitive Damages". En: *Texas Law Review*, vol. 84, 2005. Págs. 109 y sgtes. En la doctrina italiana, desde un punto de vista comparatístico: ROMANO, Maria Silvia y COSENTINO, Fabrizio, "Quando il troppo è troppo: verso un argine costituzionale ai danni punitivi". En: *Danno e responsabilità*, 1997, núm. 3. Págs. 298 y sgtes.

ANÁLISIS Y CRÍTICA JURISPRUDENCIAL

de los diarios estadounidenses, y que incluso han servido de inspiración a novelas y películas memorables como *The Rainmaker* (1997) o *Erin Brockovich* (2000), la suma de 30,000 dólares es, atendiendo conscientemente a la realidad peruana, exagerada.

Si los *punitive damages* son de monto tan elevado cuanto imprevisible⁽²⁶⁾ en el derecho de Estados Unidos es debido a que en su aplicación predomina, netamente, la función sancionatoria contra una conducta que se quiere desincentivar a toda costa. Asumiendo esta perspectiva, los jueces estadounidenses son libres de considerar, igualmente, las posibilidades que el dañador tiene de evadir las reglas de la responsabilidad civil. Si se tienen en cuenta tales referencias, lo peor de la versión que los magistrados peruanos han diseñado en la sentencia comentada es que se trataría, lamentablemente, de *punitive damages* "a la peruana", es decir, de un rubro reparatorio desprovisto, nada más y nada menos, de aquella carga disuasiva y preventiva que dicha figura conserva, de todas formas, en su entorno de origen.

¿Alguien, fuera de los magistrados que han firmado este fallo, podría pensar que con 30,000 dólares se generan incentivos en los individuos, incluido el sujeto gravado con la sanción pecuniaria, para que no se incurra en ciertas

causales de divorcio o de separación? ¿Contribuyen 30,000 dólares a una correcta apreciación de los valores del matrimonio o de la familia, por parte de la colectividad? ¿Podrá recomponerse, en dicho caso, una unión en la que uno de los componentes ha obtenido 30,000 dólares del otro porque este le frustró la vida? ¿Cómo se tendría que actuar, por otro lado, respecto de aquellos consejeros matrimoniales que sugieren permanentemente, a través de medios de comunicación masiva, que cuando el amor acaba lo mejor es que cada uno de los consortes siga su propio camino? ¿Es la separación de los cónyuges, por sí propia, un "ilícito civil"? ¿Se tendría que demandar, por lo tanto, a los profesionales de la psicología, en tanto "incentivadores" de la producción de daños cuando recomiendan una, ciertamente saludable, separación? ¿Acaso es el decaimiento de la afección marital un terreno adecuado para el cumplimiento de las funciones de desincentivación de la responsabilidad civil?

Para que todas estas interrogantes sean resueltas satisfactoriamente será necesario un rotundo desmentido por parte de la jurisprudencia sucesiva y a la vez un manifiesto frente al automatismo demostrado por los artifices de tan extravagante reparación de daños morales asociados con una separación conyugal.

(26) Los *punitive damages* son, en efecto, imprevisibles, y en ello radica, paradójicamente, la garantía de su efectividad, como bien explica ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo, "Pena privata e punitive damages nei recenti orientamenti dottrinari americani", en BUSNELLI y SCALFI (directores), ob. cit. Pág. 380, porque dicha característica asegura que las empresas (las que fabrican productos elaborados, por ejemplo) no puedan prever el monto económico de tales sanciones, ni comprenderlas, por lo tanto, en su análisis de costos y riesgos de producción.

DE LO IRRESARCIBLE E INCUANTIFICABLE: EL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA

RONALD JIMMY CANO FUENTES⁵¹

RESUMEN

En la presente investigación intitulada "De lo irresarcible e incuantificable: El daño al proyecto de vida", el autor haciendo uso del método cualitativo, analiza si el daño al proyecto de vida es resarcible y cuantificable, examinando el contenido, alcances y fiabilidad de su teoría, su aplicación desde la teoría y la imposibilidad de su resarcimiento en la práctica. Así también analiza si este debe ser considerado como criterio de resarcimiento en la aplicación del artículo 1985 del Código Civil Peruano vigente, dando cuenta de la incompatibilidad existente entre los fundamentos de la teoría del daño al proyecto de vida y la injusticia y discriminación contenida en ella, como también lo irresarcible e incuantificable que resulta el daño al proyecto de vida como criterio contenido en la indemnización, siendo éste el resultado más importante al que se arriba en la presente investigación.

PALABRAS CLAVE: Daño a la persona, proyecto de vida, daño al proyecto de vida.

ABSTRACT

In this research entitled "What irresarcible and unquantifiable: The damage to the life project", the author using the qualitative method examines whether the damage to the life project is compensable and measurable by examining the content, scope and reliability of his theory its theory and application from the impossibility of restitution in practice. So also it examines whether this should be considered as criteria for compensation in the application of Article 1985 of the Peruvian Civil Code in force, realizing the incompatibility between the fundamentals of the theory of damage to the life project and injustice and discrimination contained therein as well as irresarcible and unquantifiable damage resulting life project as criteria in compensation, being the most important result that up to this investigation.

KEYWORDS: damage of the person, the life project, damage to the life project.

I. INTRODUCCIÓN

⁵¹ Bachiller de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Escuela Profesional de Derecho de la Universidad Nacional del Altiplano – Puno.

Desde la dación del Código Civil Peruano de 1984, se ha criticado la redacción y alcances del artículo 1985 referido e intitulado como la “indemnización”, así como también por el texto definitivo y los motivos y argumentos de dicha modificación. Tal modificación fue propuesta y promovida por el profesor Carlos Fernández Sessarego, y hoy en la actualidad a más de treinta años de la puesta en vigencia de nuestro código civil, las críticas que apuntan al daño proyecto de vida no han encontrado respuesta. El daño al proyecto de vida contenido en el daño a la persona no fue analizado ni estudiado, por ello decidimos realizar un estudio respecto de su resarcibilidad y cuantificabilidad teórica y práctica, puesto que habiendo transcurrido un tiempo más que considerable es necesario dar cuenta de lo peligroso e innecesario que resulta amparar al proyecto de vida como un daño resarcible.

II. MATERIALES Y METODO DE INVESTIGACIÓN

En la presente investigación el autor ha hecho uso del método cualitativo. El método de recolección de información que se utilizó en la presente investigación es la observación, en razón a que se efectuó un procedimiento de percepción atento, racional, planificado y sistemático de los fenómenos relacionados con el problema objeto de la investigación. Se hizo uso de la técnica de análisis documental.

Por cuanto el objeto de estudio se encuentra contenido en normas jurídicas, en documentos y libros. Se utilizaron los siguientes instrumentos: Fichas de Registro de Anotación de Resumen, Fichas de Registro de Comentario, Fichas de Registro de Anotación – Paráfrasis y Entrevista.

En cuanto a las fuentes de la investigación tenemos como fuentes primarias a la Teoría del daño al proyecto de vida, y como fuentes secundarias al Tercer Pleno Casatorio Civil, las Sentencias del Tribunal Constitucional peruano que desarrollan el deber de resarcimiento del daño personal, las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el daño al proyecto de vida, y la Doctrina nacional e internacional sobre el daño al proyecto de vida.

III. DISCUSIÓN TEÓRICA Y RESULTADOS

3.1. INDEMNIZACIÓN

La indemnización la ubicamos en el artículo 1985 del Código Civil Peruano de 1984, normativa con poco más de treinta años y vigente hasta nuestros días. El contenido del dispositivo que nos interesa es el siguiente:

*La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo **el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral**[...]*

Como se aprecia, se deduce del dispositivo el daño patrimonial y el daño extrapatrimonial, siendo sus contenidos el daño emergente y lucro cesante, el daño a la persona y daño moral respectivamente. Es en el daño extrapatrimonial, moral o inmaterial, no patrimonial o personal, en el que se va a poner atención en las siguientes líneas.

3.1.1. Daño Extrapatrimonial

Para el presente caso hacemos uso del término “extrapatrimonial” con un propósito didáctico, puesto que la clasificación de daños seguida por el Código Civil Peruano (...) está a la vista: no es la distinción alemana (e italiana) entre daños patrimoniales y no patrimoniales, sino la francesa, y a medias (LEÓN HILARIO, 2007). Como manifiesta el profesor León Hilario la influencia del sistema francés sobre el sistema peruano es innegable, postura a la cual nos adherimos y aceptamos, sin embargo, al tener el daño moral un significado en **sentido estricto y propio**, (el de un daño que no recae sobre ninguna cosa material), y uno en **sentido lato e impropio** (es decir el que se le da como todo daño injustamente causado a otro, que no lo toque en su patrimonio ni lo disminuya⁵², vale decir como concepto clasificatorio) (HILARIO, 2007), notamos que éste nos brinda una doble acepción, por ello, preferimos usar el término **daño “extrapatrimonial”**. Así desde la perspectiva actual peruana tenemos al **daño a la persona** comprendiendo a su vez al **daño psicosomático**, el cual lo conforman el **daño biológico** en sentido estático y el **daño a la salud** en sentido dinámico, y al **daño al proyecto de vida**. Y en sentido estricto y propio el **daño moral (pretium doloris)**.

3.1.2. Daño a la Persona

El daño a la persona es una figura introducida desde la perspectiva del profesor Carlos Fernández Sessarego, el cual en síntesis se crea para proteger a la persona pues de acuerdo al profesor sanmarquino es más importante el “ser” que el “haber” (FERNÁNDEZ SESSAREGO, 2009). Sin embargo la accidentada e informal introducción de tal voz en el artículo 1985 de nuestro

⁵² LEÓN HILARIO, LEYSER, *La Responsabilidad Civil Líneas Fundamentales y Nuevas Perspectivas*, 2da Edición, enero, 2007, Lima, p. 234. El profesor Leysser León Hilario refiere: “Así se expresaba Carlo Francesco Gabba, en *Risarcibilità dei danni morali*, en *Quistioni di diritto civile*, vol. II, *Diritto ereditario e diritto delle obbligazioni*, Fratelli Bocca Editori, Turín, 1898, págs. 225-226. Aquí y en las citas siguientes reproduzco, con algunas integraciones, la traducción al castellano de Adolfo Gonzales POSADA, “*Indemnización de los daños morales*”, en GABBA, *Cuestiones prácticas de derecho civil moderno*, vol. II, La España Moderna, Madrid, s.f., págs. 241-242. Sin embargo, el profesor Gabba considera que se deben resarcir sólo las consecuencias patrimoniales de aquellos daños y deben valerse por sí, no mezcladas con la reparación de la ofensa moral (padecimientos físicos o morales), por sí misma considerada.

código civil peruano⁵³, revela su falta de análisis. Así, a más de treinta años de vigencia del Código Civil podemos darnos cuenta del sitio que ha merecido el daño a la persona en la práctica jurídica peruana, el cual se ha limitado a los daños psicofísicos producidos al dañado. Empero, esto ha dado pie para que el juzgador considere el daño al proyecto de vida como un daño resarcible y cuantificable, dándose la potestad temeraria de amparar un daño no resarcible y por consiguiente no cuantificable.

3.1.3. Daño al Proyecto de Vida

El proyecto de vida es un concepto que nace, según el profesor Carlos Fernández Sessarego, desde la perspectiva filosófica existencialista, basando tal afirmación en las apreciaciones de célebres filósofos como el profesor alemán Martin Heidegger y el profesor francés Jean Paul Sartre principalmente, apoyándose también en las ideas de otros filósofos como Soren Kierkegaard y Karl Jaspers. Asimismo, hace uso de los fundamentos del personalismo jurídico, trayendo a colación las ideas de Emmanuel Mounier principalmente. Así considerando a la libertad como el ser del hombre y denominando a su vulneración como el daño al proyecto de vida, el profesor Fernández Sessarego, nos indica que las variantes en cuanto a la magnitud del daño al proyecto de vida son: el **retardo**, considerado como el daño que impide temporalmente continuar la realización del proyecto conforme éste lo había planeado, el **menoscabo** el cual se presenta cuando a raíz del daño, la persona afectada no se encontrará en condiciones de cumplirlo plenamente sino que experimentará un déficit de diversa magnitud según los casos en cuanto a su realización y la **frustración** que implica el truncamiento total y la eliminación absoluta de cumplir el proyecto. Así también el profesor sanmarquino nos dice que la posibilidad que tiene cada persona de cumplir con un determinado “proyecto de vida” se halla en función tanto de las **potencialidades inherentes al sujeto, así como de las opciones que le ofrece el mundo en el que vive**, dando cuenta de los proyectos de vida alternativos o sustitutorios. Así los desdibujados y grises proyectos que sustituyen al deseado y escogido por el ser humano, son lo que se designan como **“alternativos”**. Distintamente los proyectos de vida **“sustitutorios”** son el resultado o consecuencia de una frustración del proyecto original y deseado.

⁵³ El excelso jurista sanmarquino relata: “Pocos días antes de la promulgación del Código, fijada para el 24 de julio de 1984, se celebró con fecha 3 del mismo mes en el despacho del ministro de Justicia de aquel entonces, profesor Max Arias Schreiber, una reunión de coordinación con los integrantes de la comisión revisora, con la finalidad de dar los últimos retoques al ya aprobado Proyecto de Código. A esta reunión fuimos invitados por el ministro junto con algunos pocos otros miembros de la Comisión Reformadora. Fue en aquella reunión del 3 de julio de 1984 –es decir, 21 días antes de la promulgación del Código– que se logró introducir en el artículo 1985 el daño a la persona al lado del daño emergente, del lucro cesante y del daño moral que aparecían en este numeral. No se pudo lograr lo más: eliminar del texto de este artículo, por repetitiva, la voz daño moral. ***Era peligroso insistir en este sentido, ya que se corría el riesgo de reabrir un debate que podría haber concluido con la confirmación del acuerdo adoptado en precedencia por la Comisión Revisora. Es decir, la no inclusión del daño a la persona. Preferimos, ante esta eventualidad y con sentido común lo bueno en lugar de lo óptimo.***” (La cursiva y negrita son nuestras). La infortunada anécdota, que denota la informalidad de la redacción de la más relevante de nuestras normas civiles, es confirmada por el profesor Carlos Cárdenas Quiroz.

Finalmente, refiere que para indemnizar el daño al proyecto de vida, se debe proceder a observar un hecho *objetivo*, visible a los sentidos, como es “*la trayectoria de vida*” de la persona que reclama haber sido víctima de un daño a su proyecto de vida, fijándose un monto en dinero de acuerdo al criterio de equidad. Es esta la manera en que el profesor sanmarquino indica se debe reconocer, objetivar, fijar el monto y finalmente indemnizar el daño al proyecto de vida.

3.1.4. Existencialismo: Heidegger y Sartre

Según Fernández Sessarego, le debemos a Martín Heidegger el que, en su profunda obra *El ser y el tiempo*, haya presentado al ser humano como un ser temporal. El análisis de la historicidad del «ser-ahí» trata de mostrar, según Heidegger, ***que este ente no es temporal por estar «dentro de la historia», sino que, a la inversa, sólo existe y puede existir históricamente «por ser temporal en el fondo de su ser»***⁵⁴ (Sessarego, Daño al proyecto de vida, 1996).

⁵⁴ Creemos necesario informar al lector que la frase citada por el profesor Carlos Fernández Sessarego pertenece a la primera edición de 1951 del texto *El ser y el tiempo* del célebre filósofo existencialista Martín Heidegger, cuya traducción estuvo a cargo de José Gaos, edición que al parecer tuvo a la mano el profesor sanmarquino. Sin embargo, tenemos a bien indicar que la traducción a la que tenemos acceso es una nueva edición del texto *Ser y Tiempo*, de traducción, prólogo y notas del profesor **JORGE EDUARDO RIVERA**, la cual recomendamos leer con el propósito de esclarecer dudas e interrogantes respecto de líneas poco o nada entendibles en la versión citada por el profesor Fernández Sessarego. La preocupación nada superficial del profesor **RIVERA** versa en el sentido y objeto de la obra en sí, y al respecto sentencia: «*La traducción de Gaos es casi siempre una traducción fiel al texto alemán. En contadas ocasiones se puede detectar pequeños errores que en algunos casos son errores puramente materiales, pero que otras veces se deben a una incorrecta interpretación del texto. El problema de la traducción de Gaos estriba, más bien, en la dificultad, a veces casi insuperable, con que se ve enfrentado el lector cuando intenta comprender el texto español. La experiencia de treinta años de seminarios universitarios y extrauniversitarios sobre Ser y tiempo me ha hecho ver que el texto de José Gaos es difícilmente utilizable por personas que carezcan del conocimiento de la lengua alemana. Hay en él frases de tal modo enredadas e indescifrables, que vuelven enormemente difícil la comprensión de un texto ya de suyo difícil de entender. Por otra parte, muchas veces Gaos traduce como términos técnicos palabras que son enteramente corrientes en alemán: el lenguaje siempre vivo y elocuente de Heidegger se convierte en una lengua rígida, hirsuta e incluso algo esotérica. La inexorable consecuencia con que Gaos mantiene a toda costa y en todos los contextos la traducción de una determinada palabra, aunque la frase española se convierta, de este modo, en un galimatías apenas comprensible, es otro de los defectos de la traducción hasta ahora existente. En 1988, con el apoyo del Katholischer Akademischer Austauschdienst y de la Fundación Alexander von Humboldt, elaboré, en Alemania, en constante diálogo con el profesor Friedrich-Wilhelm von Herrmann, una nueva versión de mi propia traducción. Conversaciones ocasionales con el profesor Hans-Georg Gadamer y con el profesor Max Müller ayudaron a la comprensión más exacta de algunos pasajes especialmente difíciles. El resultado de esta nueva reelaboración fue un texto muchísimo más límpido y más comprensible. Esta segunda versión fue sometida nuevamente a un examen riguroso, realizado, esta vez, en equipo. El principio que guió el trabajo de este equipo fue que la obra debía hablar en castellano, lo cual quiere decir que la fidelidad a un texto no consiste en la repetición literal de lo dicho en el original, sino, más bien, en la recreación de eso que allí está dicho, para decirlo en la forma que es propia de la lengua a la cual se lo traduce. Dejo constancia de las diferencias, a veces bastante importantes, respecto de la primera versión, conocida por muchos de mis alumnos y por otras personas interesadas en la obra de Heidegger».*

El párrafo en la nueva traducción dice comprensible y pulidamente: *El análisis de la historicidad del Dasein (estar-ahí) intenta mostrar que este ente no es “tempóreo” porque “está dentro de la historia”, sino que, por el contrario, sólo existe y puede existir históricamente porque es tempóreo en el fondo de su ser.* (La cursiva y negrita son nuestras)

Finalmente, estimamos que es este tal vez el motivo que orilló al profesor Fernández Sessarego a propugnar su versión de interpretación, defecto atribuible a la ininteligibilidad propia de la traducción, de la versión *El ser y el tiempo* de José Gaos. Al respecto, cuando se desee traducir es pertinente tomar en cuenta el consejo de Cosimo Marco Mazzoni, citado oportunamente por el profesor Leysser León Hilario, el cual indica: “La traducción no deberá ser literal, ni siquiera cuando la traslación literal sea la más inmediata u obvia. Muy a menudo, una traducción literal no se corresponde con una fidelidad de significado lógico o conceptual”. En “*TEORÍA GENERAL DEL NEGOCIO JURÍDICO*”, **BETTI EMILIO, GALGANO FRANCESCO, SCOGNAMIGLIO RENATO, BATTISTA FERRI GIOVANNI**, Traducción y edición al cuidado de **LEYSSER L. LEÓN**, ARA Editores, 1ra Edición, Setiembre, 2001, pág. 20. O lo referido y esgrimido por el genio literario argentino **JORGE LUIS BORGES**, quien advierte que los diccionarios bilingües generan el peligro de hacer creer «que cada palabra de un idioma puede ser reemplazada por otra de otro idioma». En «*El oficio de traducir*», **BORGES, JORGE LUIS**, *Borges en Sur 1931-1980*, Buenos Aires, Emecé, 1999, pág. 325, citado en “*DERECHO DE LAS RELACIONES OBLIGATORIAS*”, Lecturas seleccionadas y traducidas para uso de los estudiantes universitarios, **LEYSSER L. LEÓN**, Jurista Editores, 1ra Edición, Setiembre, 2007, pág. 17.

Sartre coincide con dichas apreciaciones cuando sostiene que el ser humano «es un existente cuya existencia individual y única se temporaliza como libertad». Por ello, Jaspers puede afirmar que «el ser sólo se nos abre en el tiempo»⁵⁵. La libertad crea, escoge los fines, «y, por su elección misma, les confiere una existencia trascendente como límite externo de sus proyectos»⁵⁶. La libertad es, así, «un fundamento rigurosamente contemporáneo de la voluntad (...) que manifiesta a su manera». Esta sólo «decreta que la persecución de esos fines sea reflexiva y deliberada»⁵⁷ (Sessarego, Daño al proyecto de vida, 1996).

3.1.5. Personalismo: Zubiri y Mounier

De igual manera Fernández Sessarego se vale de los fundamentos del personalismo cristiano de Xavier Zubiri y Emmanuel Mounier, señalando que el proyecto de vida no es concebible sin un vivenciamiento axiológico de parte del sujeto. Por eso, recordando a Mounier, le place repetir que la vida es una guerra civil consigo mismo, es decir, como señala el propio Mounier “la libertad se gana contra los determinismos naturales, se conquista sobre ellos pero con ellos” (Sessarego, Apuntes para una distinción entre el daño al proyecto de vida y el daño psíquico, 1995). Xavier Zubiri, al referirse al proyecto, expresa que éste es “el más elemental de los actos específicamente humanos que se interpone entre las cosas y nuestras acciones”. Libertad y proyecto son, así, un mismo concepto⁵⁸. Es, por lo expuesto, que Mounier sostiene que “un personalista sabe bien que el hombre no está determinado por su medio, pero igualmente sabe que está condicionado por él”⁵⁹ (Sessarego, El proyecto de vida ¿merece protección jurídica?, 2008).

3.1.6. Elementos del Daño al Proyecto de Vida

Se dice que la libertad es el *ser* mismo del hombre. La libertad es lo que caracteriza al ser humano. Es lo que lo hace ser el ente que es y no *otro*. (Sessarego, Los jueces y la reparación del daño al proyecto de vida, I-2007).

⁵⁵ El profesor Fernández Sessarego cita aquí a Karl Jaspers y a su obra *La fe filosófica*, Editorial Losada, Buenos Aires, segunda edición, 1968, p. 129.

⁵⁶ El profesor Fernández Sessarego cita aquí a Jean Paul Sartre, *El ser y la nada*, Editorial Ibero Americana, Buenos Aires, 1948, Tomo III, p. 24.

⁵⁷ El profesor Fernández Sessarego cita aquí a Jean Paul Sartre, *El ser y la nada*, Editorial Ibero Americana, Buenos Aires, 1948, Tomo III, p. 25.

⁵⁸ El profesor Fernández Sessarego cita aquí a Xavier Zubiri, *Naturaleza, Historia, Dios*, Editorial Poblet, Buenos Aires, 1948, p. 342.

⁵⁹ El profesor Fernández Sessarego cita aquí a Emmanuel Mounier, *El Personalismo*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1962, p. 6.

Así la libertad es “un fundamento rigurosamente contemporáneo de la voluntad, (...) que se manifiesta a su manera”⁶⁰. Al mismo tiempo Fernández Sessarego también se vale de Max Scheler⁶¹ cuando sostiene que el ser espiritual “no está vinculado a sus impulsos, ni al mundo circundante, está abierto al mundo, según expresión que nos place usar” (Sessarego, *El daño al Proyecto de Vida en una reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 1999). Por ser libertad el ser humano es espiritual o, podría también decirse que es libre en tanto es espiritual. Sólo un ser libre es espiritual⁶² (SESSAREGO, 2009). Así el insigne jurista reconoce dos instancias: la libertad ontológica⁶³, la cual implica el *ser* que somos, el aspecto fundamental es que en esta instancia se **elige y decide proyectos constante y continuamente, para su ejecución inmediata o a mediano y largo plazo** y la “libertad fenoménica⁶⁴”, el cual es el **proyecto elegido en proceso de ejecución en la realidad de la vida, convirtiéndose en actos y conductas**. Como anota Cossio⁶⁵, la libertad, con los actos que realiza “trasciende desde el hombre hacia el mundo” en una unidad porque no deja de ser libertad.

3.1.7. Coexistencialidad, Temporalidad y Proyecto

La coexistencialidad, temporalidad y el proyecto son según parecer de Fernández Sessarego, elementos inseparables, sin los cuales no cabría realizar decisión (libertad ontológica) y ejecución (libertad fenoménica) alguna. Es en consecuencia de la unidad de la **libertad** que se puede proyectar y en

⁶⁰ El profesor Fernández Sessarego cita aquí a Jean Paul Sartre, *El ser y la nada*, Editorial Ibero Americana, Buenos Aires, 1948, Tomo III, p. 25.

⁶¹ El profesor Fernández Sessarego cita aquí a Max Scheler, *El puesto del hombre en el cosmos*, Editorial Losada, Buenos Aires, 1943, p. 64.

⁶² Adicional a ello el profesor Fernández Sessarego menciona que la libertad es indefinible. Pues señala que podemos referirnos a ella aludiendo a alguno de sus atributos, a alguna de sus características, tal como la sentimos, como la percibimos, y así como decimos que Dios es omnipotente, podemos enunciar que la libertad es la capacidad que tiene cada ser humano para “decidir, por sí mismo”, todo lo que atañe a su existencia, a su “proyecto de vida”.

⁶³ La ontología se ocupa de destacar y explicar el *ser* de los *entes*. El ser es, en cualquier caso, el ser de los entes. Los entes son los objetos del mundo, donde cabe el ser que conoce que es el ser humano. La ontología radical es, por ello, la analítica ontológica del ser humano, del ente que conoce.

⁶⁴ El profesor Fernández Sessarego señala que: «“Fenoménico, señala Heidegger, es lo “que se da y es explicable en la forma peculiar de hacer frente al fenómeno y lo que constituye los conceptos requeridos en esta disciplina”. Pareciese que tal definición es el contenido del término fenoménico. Sin embargo, la traducción de estas líneas, realizada por Gaos en la obra *El ser y el Tiempo* del filósofo Martin Heidegger resulta ininteligible; lo que origina que el profesor Fernández Sessarego cometa un error al fiarse de tal traducción, ya que en una frase une dos conceptos distintos. De un lado, la significación del término Fenoménico y del otro la de Fenomenológico. Tal deslinde lo hace notar el profesor Jorge Eduardo Rivera en su traducción renovada y mucho más digerible, en la cual indica: «**Llámesese “fenoménico” [“phänomenal”] lo que se da y es explicitable (determinable) en el modo de comparecencia (presentación) del fenómeno; en este sentido se habla de estructuras fenoménicas. “Fenomenológico” [“phänomenologisch”] es todo lo relativo al modo de la mostración y explicación, y todo el aparato conceptual requerido en esta investigación**». Es clara la diferencia de ambas.

⁶⁵ El profesor Fernández Sessarego cita aquí a Carlos Cossio, *Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de libertad*, Segunda edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964, p. 480.

razón a la **coexistencialidad** con la contribución de los demás seres que se puede realizar dicho proyecto, pues sin los “otros” no se podría proyectar⁶⁶. En cuanto a la **temporalidad** refiere que ésta permite el despliegue del proyecto de vida dentro del tiempo existencial, del tiempo de cada ser humano. Por ende al ser el hombre libre, coexistencial y temporal puede elegir un determinado **proyecto de vida**, de preferir uno sobre otro, para lo cual el ser humano, como está dicho vivencia valores, ello le permite escoger entre una infinidad de oportunidades u opciones, aquella que decide ser en el futuro.

3.2. RESULTADOS: EL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA EN LA TEORÍA DE SU AUTOR CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO: CRÍTICAS A LA BASE FILOSÓFICA EXISTENCIAL DEL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA

3.2.1. Antecedentes: Fenomenología

Podemos decir que la raíz próxima del existencialismo es la fenomenología, empero, el movimiento fenomenológico **no ha producido hasta ahora una renovación filosófico-jurídica de verdadera envergadura** (Legaz y Lacambra, 1979). Se conoce que el fenomenólogo desea construir una filosofía que se base sobre *datos indudables*, es decir, sobre *evidencias estables*. Para tal fin, el camino justo es el de la *epoché*⁶⁷. Asimismo, Fernández Sessarego nos dice –valiéndose de Scheler– que tal autor al hablar de la libertad se está refiriendo a la libertad del espíritu como el ser del hombre⁶⁸, y no respecto de la libertad que posee el espíritu en cuanto a nuestro cuerpo (que Scheler llama persona), que es lo que Scheler realmente manifiesta (Reale y Antiseri, 2010).

3.2.2. Existencialismo: Derrota Ideológica

Así también y a diferencia de las filosofías optimistas –como el idealismo, el positivismo y el marxismo– el existencialismo fija su atención sobre un “*hombre finito*” arrojado al mundo, inmerso y herido en situaciones problemáticas y absurdas. Estas ideas las encontramos en: MARTIN HEIDEGGER y KARL

⁶⁶ El profesor Fernández Sessarego cita aquí a Xavier Zubiri, *Naturaleza, Historia, Dios*, Editorial Poblet, Buenos Aires, 1948, p. 373.

⁶⁷ *Epoché*, es un término griego que quiere decir “suspensión del asentimiento”: suspensión del asentimiento o del juicio, típica de la actitud del escepticismo antiguo y de modo particular, de Pirrón. En el pensamiento contemporáneo, la *epoché* es concepto fundamental de la Fenomenología de Husserl. La *epoché* es la suspensión, la puesta entre paréntesis de las convicciones científicas o filosóficas y también de aquellas creencias del sentido común que no resisten a la duda, que no son indudables, que no presentan la unción de la certeza incontrovertible. Tales ideas y creencias que pueden ser atacadas por la duda, son puestas entre paréntesis en el sentido de que una filosofía rigurosa no puede basarse en ellas. En todo caso, el procedimiento de la *epoché* entra en función con el fin de llegar a una fuente cualquiera de certeza. Cosa que Husserl encuentra en la conciencia, en la subjetividad. La conciencia no puede ponerse entre paréntesis. Su existencia brilla con la evidencia más firme. Ella es la realidad que *nulla re indiget ad existendum*; la conciencia es la que “constituye” el mundo.

⁶⁸ El profesor Fernández Sessarego hace referencia al libro de Scheler, Max, *El puesto del hombre en el cosmos*, en Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del Código Civil de 1984, Historia, Ideología, Aportes, Comentarios Críticos, Propuesta de enmiendas*, Ediciones Motivensa, Lima, 2009, pág. 508-509 .

JASPERS en Alemania, JEAN-PAUL SARTRE, GABRIEL MARCEL, MAURICE MERLEAU-PONTY y ALBERT CAMUS en Francia y a NICOLA ABBAGNANO en Italia. Sin embargo, la afirmación de su representatividad en el existencialismo, no es del todo cierta, ello debido a que en el transcurso del desarrollo de las ideas de los filósofos, a quienes se les asignó el título de existencialistas, se manifiesta el cambio y el abandono absoluto de la ideología existencialista.

Tal parecer lo confirma el reconocido jurista español LUIS LEGAZ Y LACAMBRA quien manifiesta: ***“(...) el de que HEIDEGGER no se solidariza con el existencialismo, niega que su filosofía sea filosofía de la existencia o existencial y subraya que ya su intención inicial era estrictamente ontológica; o bien, el de que JASPERS predique igualmente la necesidad de dejar de hablar de una filosofía de la existencia para pasar a una filosofía de la razón”***. (Legaz y Lacambra, 1979). Así también ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, nos dice que: ***“las exclusiones de HEIDEGGER y JASPERS se imputan a ellos mismos («ambos no admitirían que se les aplicara el término de existencialistas»)***. (...) así también la de G. MARCEL, puesto que aceptó a menudo ser llamado ***“existencialista cristiano”***; empero, también terminó abandonándolo ulteriormente, pues el propio GABRIEL MARCEL, ***existencialista católico por excelencia, recusó el calificativo de existencialista, quizá como consecuencia de la condenación por la Humani generis⁶⁹ del existencialismo.***

⁶⁹ MAC GREGOR, FELIPE E., *“La Encíclica HUMANI GENERIS y la actual situación intelectual del mundo”*, cursillo de tres lecciones dictadas en el Instituto Riva-Agüero los días 24, 27 y 28 de Octubre de 1950, en www.revistas.pucp.edu.pe Búsqueda realizada el 12/06/2015. Respecto de la ***“humani generis”*** nos refiere MAC GREGOR, que es el 12 de Agosto de 1950 en el que el Santo Padre Pío XII, firmó un documento o carta encíclica en que trata de precisar la doctrina católica frente a los principales errores contemporáneos. El documento lleva el nombre de ***“humani generis”***, por ser ésas las dos palabras iniciales de su texto latino; pues la costumbre inmemorial es, que las Encíclicas Pontificias se denominen por las dos palabras iniciales de su texto.

El origen próximo –la circunstancia– de este documento es sin duda el poderoso movimiento ideológico –entre ellos sin duda el existencialismo– que ha surgido en Europa después de la guerra. En una Europa afebrada por el hambre y la destrucción, una cosa no ha languidecido, la inquietud por pensar, dice MAC GREGOR. Así también respecto del existencialismo afirma: ***“En la encíclica el Papa se refiere varias veces al existencialismo: en el comienzo, número 53, lo llama seudofilosofía, en el número 14 pone al existencialismo como una de las nuevas filosofías en que se quiere hoy verter el mensaje cristiano; el número 32, finalmente, es más explícito; da en él una definición del existencialismo, diciendo que es “la consideración de sólo la existencia de los seres singulares y manifiesta en qué casos el existencialismo es incompatible con la verdad católica; “tanto si defiende el ateísmo como si al menos impugna el valor del raciocinio metafísico”***. A su vez relata que el existencialismo como método desarrolla una especial sensibilidad para los problemas de la existencia en general y de la existencia humana en particular. ***Pero es imposible a la mente humana, por lo menos le ha sido imposible hasta el momento, usar un método que no implique una doctrina, o elegir una doctrina que no implique un método. Dicho en términos técnicos: necesariamente toda Ontología supone un Fenomenología y viceversa, toda Fenomenología supone una Ontología. Por eso todo pensador honesto puede regocijarse del método existencialista. Pero desgraciadamente, en sólo el método puede terminar nuestra admiración: en efecto, como decía hace unos momentos, toda Fenomenología supone una Ontología; todo método, una doctrina; y la doctrina existencialista, fuera de la ofrecida por el exiguo grupo de existencialistas católicos, es inaceptable, es contradictoria, repugna a la razón humana porque es la proclamación del absurdo, de la nada, del no-ser.***

MAC GREGOR se pregunta entonces ***¿Qué significa pues, toda esa alharaca existencialista? Y refiere: “Es, como decíamos al empezar, un fenómeno de nuestra atormentada sociedad contemporánea, una reacción, en parte legítima, contra las exageraciones y empobrecimiento del hombre que creó el idealismo y cierto abuso de un mal comprendido escolasticismo”***.

Nosotros creemos que es ésta la razón, por la cual uno de los más famosos existencialistas católicos, como lo fue GABRIEL MARCEL, decidió abandonar tales ideas y tal título, en mérito a su cristiandad y religiosidad, la cual de acuerdo a la Encíclica se encontraba claramente en contra de lo que el mismo proponía en su filosofía de la existencia cristiana o teísta.

Este es un aspecto importante que debía tomarse en cuenta, para decidir, si era apropiado y correcto valerse de las ideas de una corriente filosófica de la que los propios autores se retractaron.

3.2.3. Martín Heidegger: El Ser y el Tiempo

Con este propósito, cabe preguntarse ¿Qué es y que implica el existencialismo en MARTIN HEIDEGGER y en su obra *EL SER Y EL TIEMPO*? El propósito explícito de *Ser y Tiempo* es el de una ontología capaz de determinar de manera adecuada el *sentido del ser*. La existencia, como ya se sabe, es poder-ser; ***sobre este poder-ser se basa el proyectar, el trascender del hombre; pero cada proyectar hace que el hombre se coloque a nivel de las cosas. Esto quiere decir que los proyectos y elecciones del hombre son, en el fondo, todos equivalentes; puede dedicarle su vida al trabajo, al estudio, a la riqueza o a cualquier otra cosa, pero puede ser hombre ya sea eligiendo una posibilidad o eligiendo otra. por esta razón, considerando como última y decisiva una de estas elecciones o posibilidades, el hombre se decide “por” y “se” dispersa en una existencia inauténtica.***

Sin embargo, mientras haya existencia, la muerte es una posibilidad permanente y es *la posibilidad de que todas las otras posibilidades lleguen a ser imposibles. Así vivir-para-la-muerte constituye, por lo tanto, el sentido auténtico de la existencia. la anticipación de la muerte (que no significa de hecho realizarla por el suicidio) da sentido al ser de los entes, mediante la experiencia de su nada posible.*

Además de ello, en cuanto al “tiempo”, entre lo que indica HEIDEGGER y Fernández Sessarego observamos que el profesor sanmarquino intenta darle correlación a las ideas de HEIDEGGER, SARTRE y JASPERS cuando se refiere a la temporalidad del ser humano. Empero, sin ambages es HEIDEGGER quien manifiesta su actitud finalista en todo momento del desarrollo de *EL SER Y EL TIEMPO*. Por ello, el “tiempo” no va referido en el sentido de “senda de la realización del proyecto” como lo describe el jurista sanmarquino, sino como proyecto fundamental –o vida– que es lo que HEIDEGGER señala, el cual considera al tiempo como auténtico e inauténtico, el cual dependerá de la existencia manifestada, según la cual, a la ***existencia auténtica, le es indiferente el proyecto o proyectos del hombre, pues consciente de su finitud, su actitud respecto de tales, resulta negativa.*** Así, para tener una existencia auténtica, deberá ser mediante una existencia angustiada que considera la ***insignificancia de todos los proyectos y propósitos del hombre.*** De lo referido se aprecia que se malinterpretan las ideas del filósofo alemán, se usan partes de su obra pero se obvia el motivo o propósito de su consideración. Por ello, ampararse en lo dicho por HEIDEGGER, o lo mencionado por los ideales del existencialismo, sin antes

definir los alcances de determinada obra, resulta peligroso y termina siendo perjudicial, pues se malinterpreta, tergiversando la obra filosófica al momento de su transplante a la teoría del proyecto de vida.

3.2.4. Jean Paul Sartre: El Ser y la Nada

Con respecto a JEAN PAUL SARTRE, los análisis desarrollados en el *El Ser y la Nada* revelan, ante todo, que la conciencia es siempre *conciencia de algo*, de algo que no es la conciencia. Es relevante cuando menciona que la **conciencia que es la existencia o el hombre**, es por lo tanto absolutamente libre. **La conciencia es libertad. La libertad no es un ser, ella es el ser del hombre, es decir su nada de ser. La libertad es constitutiva de la conciencia**, es decir es parte fundamental de ella, **el hombre por lo tanto, elige; su libertad es incondicionada, el hombre puede cambiar su proyecto fundamental a cada momento.**

Entonces ¿cuál es el significado que tiene la libertad para SARTRE en su obra *El Ser y El Tiempo*? SARTRE explica que la libertad es constitutiva de la conciencia, por ende el hombre una vez arrojado a la vida, se hace responsable de lo que hace, del proyecto fundamental, de su vida; el cual según el mismo SARTRE **“puede cambiar a cada momento”**. El propio Fernández Sessarego citando lo realmente dicho por SARTRE, señala: **“No se puede asegurar que la decisión libre se cumpla. El que el ser humano sea libre y pueda, por consiguiente, decidir, valorar y proyectar no significa necesariamente que, en el ejercicio de la libertad, en la fenomenalización de esa decisión libre, el proyecto se realice, se concrete, se convierta en acto de conducta”**. **La libertad que somos es, pues, independiente de la realización o no del proyecto. Los proyectos se cumplen o se frustran. La realización o la frustración de un proyecto no afectan la libertad en cuanto ser del hombre. Como Sartre lo precisa, «ser libre no significa obtener lo que se quiere sino determinarse a querer (en sentido amplio de elegir)». De ahí que se pueda concluir afirmando coherentemente «que el éxito no interesa en ningún modo a la libertad»**. **Es decir, a la libertad que cada uno es. Por lo demás, en cuanto el ser humano es libre, resulta un ser impredecible. Puede esperarse de él, en consecuencia, la formulación de cualquier proyecto.** (Sessarego, 1996)

SARTRE no menciona proyecto de vida principal, alternativo ni sustituto. Y respecto del proyecto fundamental, porque SARTRE nos habla de un proyecto fundamental, el cual es la vida, reiteramos, incluso refiere que: **“al ser la libertad absoluta y la responsabilidad total, nadie tiene excusa: si se falla, se falla porque se eligió fallar”**.

Es por todo esto, que observamos claramente la instrumentalización que se hace de las ideas de SARTRE, lo **impredecible de la realización del**

proyecto elegido y la facilidad de modificarlo de acuerdo a nuestras posibilidades y circunstancias, nos da una idea de lo que implicaría intentar reconocerlo, tutelarlo y más aún resarcirlo y cuantificarlo. Por ello el argumento de SARTRE no tiene razón de ser con lo expuesto por Fernández Sessarego; el existencialismo ha tenido una versión distinta de la que el profesor Fernández Sessarego nos relató.

3.3. CRÍTICAS AL EXISTENCIALISMO

Prosiguiendo es menester dar a conocer las críticas al existencialismo, como pensamiento infructuoso, vacío y sinsentido. Críticas a las cuales nos adherimos y en la que resaltamos la poca importancia que tuvo y tiene en la problemática jurídica. Así como el apego de HEIDEGGER con regímenes totalitarios como el nazismo, y su evidente pensamiento individual, egotista, solipsista, finalista e indiferente ante al problema del conflicto de clases.

Norberto Bobbio a través de Antonio Hernández Gil lo presenta como la **«filosofía de la crisis y la crisis de la filosofía»**. Ve en él un **«decadentismo moral e intelectual»**. **Ésta no busca, ni ha buscado encontrar el sentido del ser, sino más bien un ser sin sentido, en soledad y encima condicionado a su finitud o muerte** –indica. José Ferrater Mora señala que algunos existencialistas (por ejemplo MARCEL y SARTRE) **prestan, o prestaron, escasa o nula atención a la ciencia**; otros (v.gr., JASPERS) **incluyen la ciencia en su concepción del mundo**. Para algunos, la persona es siempre la que se hace a sí misma; para otros, es lo que hace con su situación personal y hasta histórica, o inclusive social⁷⁰». Sus distintos intereses dentro de la corriente, hacen que en su diversidad **se excedan y sobrepasen lo requerido por el molde de su postulado base: el existencialismo**. De igual manera, Frederick Copleston señala que el existencialismo es la **«filosofía de la burguesía moribunda» y del «individualismo anticuado»**. En la caracterización –llevada a cabo por COPLESTON– **del existencialismo subraya o, al menos, coloca muy en primer término la nota individualista, la concreta singularidad del hombre**. Refiriéndose a la «desesperación del hombre emanada del existencialismo, Walter Odajnyk⁷¹ escribe: «No sólo sabe que él crea su existencia a través de sus propias acciones y que, en ese aspecto, sólo él puede decidir por sí mismo y por los demás en todas las cuestiones y toma la responsabilidad de todas esas decisiones, sino que también sabe que el final de todos sus esfuerzos

⁷⁰ Aquí se cita a FERRATER MORA, *La filosofía en el mundo de hoy*, 1963, pág. 69.

⁷¹ Aquí se cita a ODAJNYK, Walter, *Marxismo y existencialismo*, trad. Castellana de Editorial Paidós, Buenos Aires, 1966, pág. 50.

no sirve para nada, porque su existencia y su ser terminan en no-existencia y en no-ser, en Nada».

El insigne jurista *Legaz y Lacambra*, se pregunta al igual que nosotros: « ***¿Qué sentido y qué valor tiene el Derecho en el Existencialismo? El existencialismo identifica vida social (colectiva) con “existencia inauténtica” y por eso valora peyorativamente al derecho, que queda lastrado con la tara de la inauténticidad. El caso-límite de esta actitud lo brinda UNAMUNO***, en su comentario al episodio quijotesco de la liberación de los galeotes. La ***“odiosa justicia humana, abstracta e impersonal” es rechazada con los dicterios más desfavorables y del derecho y de los conceptos jurídicos se afirma que envilecen en las manos de los juristas y de los teólogos.*** En ***HEIDEGGER apenas hay referencias al Derecho***, salvo en la forma de la “ley pública” reguladora del trato con las cosas del mundo, ***ley absolutamente inesencial y arbitraria*** y cuyo cumplimiento no tiene nada que ver con la genuina ***“culpabilidad”*** de la existencia. En ***JASPERS*** se encuentran también condenaciones bastante explícitas del derecho. Sus normas son “muertas y mecánicas”, repiten siempre lo mismo y sólo expresan la calculabilidad del obrar. El derecho es sólo la regulación aplicable a la ***“sociedad de masas”***. El derecho es tanto más inauténtico desde el punto de vista existencial, cuanto más perfectamente se ajusta en su funcionamiento a las exigencias de la moderna sociedad de masas. ***En cambio, se acercaría más a la autenticidad existencial cuanto menos perfecto fuera como derecho, o sea, cuanto más se guiase por lo excepcional y lo anormal.*** Pero otras afirmaciones de ***JASPERS*** vienen a contrapesar en parte el anterior juicio negativo. Bajo otro aspecto, ***el Derecho se revaloriza, no en cuanto pertenece a la existencia auténtica –de la que está excluido por naturaleza– sino en cuanto constituye una “posibilidad” de la misma.*** El ser histórico del hombre implica una tradición y el enraizamiento en unas formas de vida que el Derecho protege. ***El hombre no puede negarlas sin destruirse como posibilidad de realizarse auténticamente. Pero la existencia consiste en la posibilidad de realizarse auténticamente y en la de “perderse” en las cosas del mundo – y entre ellas, en el derecho– y el derecho participa de esta doble posibilidad, aunque se acentúa su posibilidad como “riesgo” o “peligro” para la mismidad de la existencia”***.

Legaz y Lacambra explica sintéticamente y de manera magistral lo que significa el Derecho para el existencialismo de ***HEIDEGGER***, ***SARTRE*** y ***JASPERS***, autores a los que acude ***Fernández Sessarego*** para crear una base pseudofilosófica de lo que él llama la teoría del proyecto de vida y el daño a éste (*Legaz y Lacambra*, 1979).

Al mismo tiempo *Erich Fromm* en su obra *El corazón del Hombre*, nos dice: **“el existencialismo de Sartre, como el de Heidegger, no es un comienzo nuevo, sino un final; son la expresión de la desesperación del hombre occidental después de las catástrofes de las dos guerras mundiales y después de los regímenes de Hitler y Stalin; pero no son sólo expresión de desesperación, son manifestaciones de un egotismo y un solipsismo burgueses extremados.** Esto es más fácil de comprender si tratamos de un filósofo como Heidegger, que **simpatizó con el nazismo.** Es más engañoso en el caso de Sartre, que pretende representar el pensamiento marxista y el ser filósofo del futuro; es, no obstante, **el representante del espíritu de la sociedad de la anomia y del egoísmo, que él critica y que desea cambiar.** En cuanto a la creencia de que la vida no tiene un sentido dado y garantizado por dios, la han sustentado muchos sistemas; entre las religiones, el budismo principalmente. Pero con su pretensión de que no hay valores objetivos válidos para todos los hombres, **y con su concepto de la libertad, que equivale a arbitrariedad egotista, Sartre y sus seguidores pierden el logro más importante de la religión teísta y no teísta, así como de la tradición humanista.**

Finalmente, *Mario Bunge* –filósofo y científico argentino– consolida nuestro parecer de manera contundente señalando: **“¿Es una filosofía el existencialismo?”** e indica: “Los existencialistas se caracterizan por **vilipendiar a la razón y por escribir sobre la angustia ante la muerte, a la que identifican con la nada.** Ha habido existencialistas religiosos, como *Soren Kierkegaard, Gabriel Marcel, Karl Barth, Paul Tillich, y Martin Buber,* así como existencialistas seculares, tales como *Miguel de Unamuno, Martin Heidegger, Jean-Paul Sartre, Albert Camus, y Jacques Derrida.* Todos ellos han sido pesimistas, centrados en sí mismos y enemigos de la razón y, por ende, también hostiles a la ciencia y a la técnica. **Si las lombrices solitarias tuvieran vida mental, serían existencialistas** –refiere con sarcasmo BUNGE. *Heidegger no transmitía conocimiento. Pero nos divertimos analizando algunas afirmaciones típicas del Oráculo de Freiburg –Friburgo–. Dos de ellas eran «La esencia de la verdad es la libertad» y «La esencia de la libertad es la verdad». De ellas se deduce que la verdad es idéntica a la esencia de su propia esencia.* Las tres afirmaciones no sólo **carecen de sentido,** y por lo tanto no son siquiera falsas, sino que **son asombrosas por provenir de un conocido servil de un régimen liberticida, y de quien jamás se ocupó de someter sus propias afirmaciones a prueba alguna de verdad.**

¿A qué se deberá la fascinación que inspiró ese siniestro charlatán? Supongo que, en el caso de los cortos de ingenio, se debió a que confundieron *oscuridad con profundidad,* y a que creían que todo lo que exportaba Alemania era de *buena calidad.* Ese delincuente cultural (como lo llamé en una conferencia que di en la capital alemana hace cuatro décadas) no fue un filósofo propiamente

dicho sino un *escribidor*, para emplear el feliz término acuñado por Vargas Llosa. Los filósofos auténticos, al igual que los científicos, son pensadores, *no* *escribidores*. Se devanan los sesos por entender, por aclarar dificultades, por resolver problemas, por construir teorías. ***La claridad es condición necesaria de la filosofía auténtica***, porque sin claridad no se sabe de qué se está hablando ni qué razones o motivos hay para afirmar o rechazar una tesis. Se dirá que algunas de las oraciones que escribió Heidegger tienen sentido. Es verdad, pero ellas ***no son originales ni profundas***: algunas de ellas son ***perogrulladas, otras falsas, y otras tantas tonterías***, ejemplo de perogrullada: ***su definición de «velocidad»***. ejemplo de falsedad: ***«la ciencia no piensa»***. ejemplo de tontería: ***«yo soy un ente cuya esencia consiste en ser y nada más que en ser.»***

El existencialismo es una seudofilosofía para formar cobardes ingenuos, no para adiestrar combatientes astutos. No en vano, el seudofilósofo favorito de Hitler (y de Heidegger) fue el profascista Nietzsche, quien exaltó la vida peligrosa, el heroísmo, la violencia y en particular la guerra⁷².

En la filosofía auténtica no hay lugar para el existencialismo, ya que éste constituye una estafa, pese a que ensalza la autenticidad.

Somos de la idea que los argumentos del existencialismo, no contribuyen en nada al desarrollo del pensamiento filosófico ni jurídico, y mucho menos sirven de base filosófica para sustentar una teoría jurídica cuyo propósito era defender a la persona.

3.4. PERSONALISMO: MOUNIER Y ZUBIRI

3.4.1. Emmanuel Mounier

Mounier, concluyentemente tiende hacia una sociedad nueva: ***una sociedad personalista en la cual la persona “sea responsable de sí misma, asuma su destino, el sufrimiento y la alegría, el deber hacia los otros”***. “*Pero el ser humano, la persona humana, no es dueño absoluto ni del mundo ni de sí mismo. El hombre no es un ser autónomo que pueda hacer con su vida, y con el mundo, lo que le venga en gana. Cada hombre es sólo administrador del mundo, pastor y cuidador de la realidad infrahumana; y tampoco puede disponer de sí mismo en un sentido absoluto y total*”. En este sentido, el personalismo olvida que el hombre también es medio y no sólo y únicamente fin: medio de Dios para la realización de «su» historia”.

⁷² Aquí el profesor BUNGE, MARIO cita a VACHER, LAURENT-MICHEL. 2004. *Le crépuscule d'une idole: Nietzsche et la pensée fasciste*. Montréal: Liber

3.4.2. Xavier Zubiri

Lo que nos interesa conocer de *Xavier Zubiri* son los fundamentos tomados por Fernández Sessarego de su obra *Naturaleza, Historia, Dios*, y si realmente, concuerdan y son en sí fundamentos que propugnan el proyecto de vida como bien o interés merecedor de tutela.

En suma, *Zubiri* señala: *¿Qué es ser futuro?* –e indica– Si se me pregunta lo que voy a hacer a las siete de la tarde, la pregunta tiene sentido perfecto. Me asalta ciertamente la duda de si viviré en esa hora o de sí las circunstancias me permitirán hacer lo que proyecto, pero no hay duda de que puedo proyectar y, por tanto, de que puedo responder unívocamente a la cuestión. Si se me pregunta, en cambio, qué voy a hacer a las siete de la tarde del 29 de agosto de 1953, **no puedo responder. Pero mi perplejidad es más honda que en el caso anterior.** No es que no esté seguro de que pueda hacer lo que quiera: **es que no tiene sentido proyectar para esa fecha. Puedo fingir un proyecto: será un deseo o una veleidad. No puedo tomarlo en serio; no es una voluntad** (*Zubiri* 1974). Así la historia no es un simple hacer, ni es tampoco un mero “estar pudiendo”, es en rigor, **“hacer un poder”**. La razón del acontecer nos sumerge en el abismo ontológico de una realidad, *la humana*, fuente no sólo de sus actos, sino **de sus posibilidades mismas. Ello es lo que hace del hombre, en frase de Leibniz, un petit Dieu⁷³.**”

Con lo dicho por *Zubiri* confirmamos que tanto las decisiones como las posibilidades no están prefijadas, y que los proyectos son meras veleidades cuando se pretende creer en posibilidades inexistentes aún, y de cuyo cambio no tenemos certeza.

3.5. EL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA EN EL TERCER PLENO CASATORIO, LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

3.5.1. Tercer Pleno Casatorio

Según la convocatoria publicada el 3 de diciembre en *El Peruano*, el objeto del mismo era superar las contradicciones existentes en la solución de los casos de divorcio por la causal de separación de hecho, específicamente, en lo referido “a la naturaleza jurídica del tema indemnizatorio” previsto en el artículo 345-A del Código Civil (CC) y, además, “determinar si procede fijar la indemnización de oficio o sólo a petición de parte.”

La causa que fue objeto de la vista fue la 4664-2010 de Puno, y el tema materia del recurso fue la indemnización fijada a favor del cónyuge perjudicado.

⁷³ *Un pequeño Dios.*

Es importante subrayar que la audiencia se llevó a cabo con una nueva metodología. Intervinieron los señores jueces supremos titulares magistrados civiles integrantes de las Salas Supremas Civiles. Se tuvo el informe del abogado de la parte demandante, quien, lamentablemente, no aportó nada importante al debate. El pleno convocó a dos “Amicus Curiae”, especialistas en la materia controvertida, los doctores Alex Plácido y Leysser León, quienes sustentaron sus respectivos puntos de vista con brillo y enjundia académica.

Respecto del daño al proyecto de vida matrimonial, punto que nos interesa, Alex Plácido fue el primero en intervenir, quién respecto del punto sobre el proyecto de vida, presuntamente matrimonial, indicó: La configuración legal determina que el daño al proyecto de vida matrimonial no tenga autonomía en sí mismo, por lo que no es compensable; no se debe hacer uso de la tesis de indemnización por la frustración del proyecto de vida como argumento para conceder una indemnización (JUDICIAL, 2010).

Por su parte, el profesor Leysser León presentó la siguiente tesis: [...] (e) *Los proyectos de vida existen, pero son irrelevantes jurídicamente. El proyecto de vida matrimonial no es resarcible, pues, por ejemplo, no puede ser cuantificado para efectos de la suscripción de un contrato de seguro y, además, propicia interpretaciones discriminatorias en su cuantificación. En definitiva, el “daño al proyecto de vida” es sólo un argumento para inflar los resarcimientos.*

Este es el resultado del Tercer Pleno Casatorio, pleno de obligatorio cumplimiento, que si bien descalifica al daño al proyecto de vida de manera contundente, le abre la puerta y la lanza a la cancha de la responsabilidad civil.

3.5.2. Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso Loayza Tamayo

Al respecto Calderón Puertas, señala: “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.**

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”.

Adicional a lo escrito, Calderón Puertas, se refiere a Joel Díaz Cáceda, e indica lo siguiente: **“En esa perspectiva, la alegría de Díaz Cáceda no resulta congruente con la retirada del concepto en la Corte”**⁷⁴ (CALDERÓN PUERTAS).

Caso Gonzáles Lluy y otros vs Ecuador

El 01 de Setiembre de 2015, se ha emitido la sentencia del Caso Gonzáles Lluy y otros vs Ecuador, la cual denota expresamente la estructura de rubros que la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en adelante CIDH–, maneja en cuanto a indemnización compensatoria se refiere, más específicamente respecto a la compensación de daños materiales e inmateriales o “morales”.

A diferencia de los argumentos de la indemnización compensatoria en el Caso Loayza Tamayo, en el presente caso, la Corte no sólo ha retrocedido en cuanto se refiere al uso de la voz daño al proyecto de vida como criterio indemnizable, sino que la ha desterrado y dejado de lado, pues clasifica a los daños en materiales e inmateriales, los cuales se aprecian en los fundamentos que van desde el 399 al 416.

Respecto del **daño material** la CIDH otorgó **a favor de Teresa e Iván Lluy, la suma de US\$ 50.000,00 (cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América) para cada uno, por concepto de daño material.**

Respecto del daño inmaterial se otorga **a favor de Talía Gonzales Lluy US\$ 350.000,00 (trescientos cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América); a favor de Teresa Lluy US\$ 30.000,00 (treinta mil dólares de los Estados Unidos de América), y US\$ 25.000,00 (veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América) a favor de Iván Lluy.**

Adicional a ello la CIDH dispuso que: 1. La sentencia constituye *per se* una forma de reparación. 2. El Estado debe brindar el tratamiento médico y psicológico o psiquiátrico a las víctimas, incluyendo el suministro gratuito de los medicamentos que requieran. 3. El Estado debe en acto público reconocer su responsabilidad internacional. 4. El Estado debe otorgar una beca de excelencia a la víctima para continuar sus estudios universitarios. 5. El Estado debe otorgar una beca para la realización de un posgrado. 6. El Estado debe entregar una vivienda a la víctima.

⁷⁴ Aquí se hace referencia a **Díaz Cáceda, Joel**. *El daño a la persona y el daño al proyecto de vida. Una aproximación a la doctrina y su aplicación en el ámbito nacional e internacional*, Lima, Jurista Editores, 2006.

De lo esgrimido no cabe duda alguna que la CIDH ha retomado la objetividad y coherencia como criterio para asignar la indemnización compensatoria en cada caso. No existe argumentación alguna por parte de las víctimas respecto del daño al proyecto de vida como daño resarcible o compensable, tampoco aparece ninguna alusión de tal voz por parte de la CIDH, pues ésta analiza el caso y se preocupa por los daños efectivamente ciertos y aquellos presumibles que una vez entrevistados puedan ser compensados mediante el criterio de equidad. La Corte utiliza la ***certeza fáctica***, vale decir, la constatación material que el analista realiza de los hechos vinculados a un resultado dañoso, así como la ***certeza lógica***, el cual es la aproximación al análisis de la relación causal entre el hecho y la consecuencia.

Ahora sí podemos decir que la CIDH no ha podido acoger nunca el daño al proyecto de vida como criterio indemnizatorio en sus sentencias y ello no porque no lo haya intentado, pues se ha pretendido hacerlo, sino porque los defectos de resarcibilidad y cuantificabilidad que contiene en su estructura son atribuibles sólo a sus postulados y conceptos. El problema de la imposibilidad de su aplicación a la realidad, gira en torno, a la inexistencia de bases ciertas para su cuantificación y además al hecho de que los argumentos sobre los cuales ha sido edificado carecen de solidez, y peor aún contienen una serie de falacias y pseudoargumentos que la vuelven incoherente, débil y artificial. Por ello su aplicabilidad ha sido rechazada en la práctica jurídica internacional.

3.5.3. Tribunal Constitucional del Perú

Habiendo visto lo ocurrido en el Tercer Pleno Casatorio y en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en adelante CIDH–, cabe mencionar brevemente dos sentencias emblemáticas emitidas por el Tribunal Constitucional y analizar cómo es que se ha pretendido amparar al daño al proyecto de vida y de que argumentos se han valido los miembros de nuestro Tribunal Constitucional.

Caso Juan Carlos Callegari Herazo

En el caso Callegari Herazo el Tribunal Constitucional ha tomado los conceptos e interpretaciones utilizadas en la primera sentencia donde se pretendió acuñar e indemnizar el daño al proyecto de vida en una instancia internacional, empero habiendo analizado y conocido las limitaciones que la propia CIDH admite para indemnizar daños que no pasan de ser meras probabilidades, sobre los cuales por cierto reiteramos no existen bases ciertas para su cuantificación y en los que la relación causal se diluye. Por ello esta sentencia al igual que todas aquellas que se amparan en el caso Loayza Tamayo se argumentan en fundamentos dejados de lado por los nuevos criterios actualmente usados por

la CIDH como dimos cuenta relatando el Caso Gonzales Lluy y otros vs Ecuador, de data reciente, y en el que queda clara la distinción de daños materiales e inmateriales compensables en la indemnización, lo cual nos parece un buen criterio adoptado a raíz de la experiencia vivida en sus distintos casos.

Caso Félix Cesar Calderón Urtecho

En el caso Calderón Urtecho, el Tribunal Constitucional Peruano, decide su sentencia en virtud de la defensa del derecho a la promoción y ascenso y no en defensa del proyecto de vida. Si bien se hace mención a que con la violación se perjudica el proyecto de vida de un diplomático, ello no es tan cierto, el aspecto profesional es sólo uno de los tantos aspectos que conforman los proyectos de vida que a diario y por doquier están a disposición del sujeto, los cuales se realizarán siempre y cuando la persona así lo decida.

Ahora bien nótese también que el mensaje del Tribunal Constitucional al emitir esta sentencia toma al proyecto de vida como un argumento valorativo-social tomado como recurso literal y no jurídico de tercera o cuarta importancia en lo que corresponde a los argumentos de la sentencia.

Es por esto que podemos concluir indicando que el daño al proyecto de vida, tampoco ha sido reconocido como categoría jurídica indemnizable o pasible de resarcimiento, sino simplemente ha sido mencionado como un recurso argumentativo valorativo que se encuentra contenido en los derechos reclamados por las personas en estas sentencias.

3.6. IRRESARCIBILIDAD DEL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA:

En síntesis y haciendo uso de lo dicho atinadamente por el profesor LEON HILARIO, así como lo mencionado en el Tercer Pleno Casatorio, Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional, respecto de la irresarcibilidad del proyecto de vida, podemos decir que el proyecto de vida es irresarcible porque:

“Todo lo desarrollado en lo precedente, en cuanto a los argumentos y fundamentos filosóficos para considerar a la libertad como el ser del hombre, y la vulneración de tal libertad como un daño al proyecto de vida, son argumentos falaces, pues se demuestra que **la teoría del daño al proyecto de vida es falsa en sus argumentos filosóficos**, pues de acuerdo al estudio y análisis de sus fuentes (Heidegger con su obra “*El Ser y el Tiempo*” y Jean Paul Sartre con su obra “*El Ser y la Nada*”) así como de los elementos tomados de la filosofía existencialista para sustentar tal teoría, se denota que el profesor Carlos Fernández Sessarego, creador de la teoría del daño al proyecto de vida, **instrumentaliza los argumentos de las fuentes cambiándoles el contexto**

al momento del trasplante a la teoría jurídica que se pretende fundamentar y se tergiversa el sentido real del contenido filosófico existencialista. Siendo cada uno de los argumentos y fundamentos de la filosofía existencial manifiestamente contrarios al Derecho, pues la posición existencialista es cerradamente antisocial, identificando a la vida social colectiva como existencia inauténtica, valorando así peyorativamente al derecho y considerando a las leyes inesenciales y arbitrarias. Ello demuestra que la filosofía existencialista no es una corriente filosófica adecuada para fundamentar ninguna teoría jurídica y mucho menos para defender a la sociedad debido a su carácter individualista y solipsista.

Asimismo en cuanto al Tercer Pleno Casatorio en el que se ha dictaminado la **No-Resarcibilidad** del daño al proyecto de vida familiar, se ha perdido la oportunidad de decretar y finiquitar su irresarcibilidad en cualquier campo, ello por **carecer de certeza fáctica** (*vínculo entre el hecho lesivo y el resultado dañoso*) y **certeza lógica** (*relación causal entre el hecho y la consecuencia*) en los que se basan por cierto las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Así también se manifiesta la **tendencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos – CIDH, de dejar de lado el daño al proyecto de vida como rubro o criterio indemnizatorio denotando la carencia de desarrollo y solidez de la figura en la Corte Interamericana**, manifestando la decadencia en el uso del criterio y su consecuente destierro al no revelar utilidad **como criterio indemnizatorio en la realidad de los hechos de las sentencias actuales**, siendo la **carencia de certeza fáctica** (*vínculo entre el hecho lesivo y el resultado dañoso*) y **certeza lógica** (*relación causal entre el hecho y la consecuencia*) **la causa verosímil de su irresarcibilidad.**

En cuanto al Tribunal Constitucional en ambos casos se denota **lo vinculante del criterio de la CIDH en materia indemnizatoria**, lo cual es absolutamente tomado en cuenta por nuestro Tribunal Constitucional Peruano, así como **lo aleatorio** que resulta invocar al proyecto de vida **solo como recurso argumentativo**. Estando la tendencia del Tribunal Constitucional sujeta a la tendencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo menos en cuanto a criterios indemnizables se refiere.

Así también señalamos que el daño al proyecto de vida no es resarcible porque: *i) No puede ser cubierto mediante un contrato de seguro, vale decir no es asegurable. ii) 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) Porque es incuantificable sobre bases ciertas. No nos imaginamos a las personas o al profesor Fernández Sessarego, Calderón Puertas, Díaz Cáceda y Burgos colocándoles un precio a sus proyectos de vida.*

3.7. INCUANTIFICABILIDAD DEL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA

Una vez descartada la resarcibilidad del proyecto de vida, el punto de su cuantificación no nos trae mayor problema, pues al no ser resarcible tampoco resultaría cuantificable. Empero, se han pretendido indicar algunas formas de cuantificación del proyecto de vida, lo cual disiente del inexistente desarrollo de este aspecto por parte del profesor Fernández Sessarego, creador de esta teoría y de sus seguidores. Todas las formas que se han querido acuñar como base para cuantificar el proyecto de vida han girado en base al débil e inútil argumento de la *trayectoria* y del *principio de equidad* para efectuarlo.

3.7.1. La Trayectoria

La trayectoria viene a constituir la sucesiva manifestación de hechos de una persona dentro de un ámbito determinado, el cual puede brindar referencialmente una valoración de desempeño en tal ámbito.

Empero, la trayectoria no es un argumento válido debido a su falta de aplicación a todos los casos. Verbigracia, ¿Qué trayectoria se le podría solicitar a un niño dañado para que acredite un proyecto de vida obviamente existente? Si se diría que el niño no tiene proyecto de vida aún, entonces se le estaría quitando a los niños el derecho constitucional del libre desarrollo y realización de la persona, por ende se violaría un derecho fundamental y a la vez los estarían discriminando (por que todos tenemos en menor o mayor medida un proyecto de vida, otra cosa es que éste sea resarcible o cuantificable, y a estas alturas nos damos cuenta que **no lo es**), por el contrario si se diría que si tienen un proyecto de vida, **¿Cuál sería la base cierta sobre la cual se identificaría el proyecto, se intentaría resarcir y cuantificar?** No existe respuesta alguna a estas preguntas, debido a lo errónea, individualista e injusta finalidad que resultaría pretender resarcir un daño al proyecto de vida. Es este realmente un caso insuperable, pues en él no existe justificación ni fundamento alguno que le de solidez al argumento de la “trayectoria”.

Otro caso lo observamos en el de las personas de condición económica infortunada, en los que el proyecto de vida muchas veces lo constituye la subsistencia o sobrevivencia diaria, puesto que lo percibido solo les alcanza para cubrir sus necesidades diarias; la carga de los hijos y la familia son principalmente los motivos del trabajo diario y de la no realización del ambicioso “proyecto de vida” al que como dijimos anteriormente pareciera ser solo privilegio de algunas personas, pues las posibilidades no les son dadas por igual a todos. En este ejemplo la trayectoria no tiene ningún sentido, solo sirve para discriminar y generar desigualdad entre las personas, pues las

trayectorias de estas personas resultarían rebajadísimas si se pretendiera resarcirlas.

3.7.2. La Equidad: Límites

Respecto de la equidad, y en sencilla síntesis podemos decir que la equidad tiene como límite el resarcimiento o compensación de los daños morales (*pretium doloris*), los cuales en base a su presunción y al criterio equitativo del juez pueden aspirar a recibir una compensación. De acuerdo a los profesores *Osterling Parodi* y *Rebaza González* el análisis de la responsabilidad civil se estructura usualmente en dos etapas: **i) la determinación de responsabilidad, donde se analizan los elementos de la responsabilidad civil (a saber, daño, antijuridicidad, culpa y causalidad) y, solo en caso que se logre establecer responsabilidad, ii) la cuantificación de los daños.** Bajo este razonamiento, la aplicación del criterio de equidad **solo incide en la cuantificación y, por ende, tiene como presupuesto la configuración de responsabilidad civil.**

Sin embargo, tal presunción de responsabilidad en el caso del supuesto daño al proyecto de vida de la persona, no es siquiera imaginable, ello debido a que el proyecto de vida es: a) **Permanentemente modificable.** b) **No existe certeza de cuál de todos los proyectos sería el denominado “principal”, lo cual por cierto queda a entera valoración y discriminación de la persona, tanto en la elección como en la realización.** c) **No sería posible presumir cual es el proyecto de vida de una persona y otra, por la condición económica o social que detentan al momento de ocurrido el daño, lo cual implicaría una notoria discriminación entre uno y otro, aun teniendo ambas personas la misma profesión, oficio u ocupación.** d) **Las actividades que a diario las personas realizan son en su mayoría, proyectos de vida generalmente no queridos, más bien impuestos por la realidad en que se desenvuelven, con lo cual la hipótesis de la “trayectoria” requerida para resarcir y cuantificar tal daño, cae en saco roto.** e) **No existe forma de presumir la probable realización o no de uno de los tantos proyectos que a diario elige la persona, con lo cual no se podría saber qué es lo que realmente se pretende tutelar.**

A todo esto, no debemos olvidar de mencionar el deber de motivación de la sentencia cuando se utiliza el criterio de equidad. En consecuencia el juez debe justificar siempre el empleo de “la equidad” como si fuera una prueba más en el proceso. Como señala *Franzoni*, la equidad no es sinónimo de arbitrariedad, sino que la verificación del poder discrecional del juez se suma a un resultado, en lugar de otro que no fuese controlable. Por lo tanto la función de equidad está relacionada con el fin resarcitorio (BUENDÍA DE LOS SANTOS, 2014),

obviamente de un daño resarcible, en el que no cabe pensar en el proyecto de vida como daño resarcible.

3.8. CONSIDERACIÓN DEL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA COMO CRITERIO INDEMNIZABLE

3.8.1. El daño al proyecto de vida no tiene asidero en el art. 1985 del código civil peruano vigente

Como se ha visto del análisis del material que se ha escrito respecto del daño al proyecto de vida, tanto del pensamiento de su autor como las de algunas innovaciones o tal vez tropiezos de sus seguidores, al intentar acuñarlo forzando muchas veces mecanismos a su favor no ha servido ni ha rendido los frutos que se esperaban. Del análisis realizado no hallamos motivo razonable que fundamente su introducción como criterio indemnizatorio contenido en el artículo 1985 del Código Civil Peruano de 1984; lo único que se ha conseguido con su polémica e inútil inserción han sido problemas de distintos calibres y confusiones tanto a nivel teórico como práctico, empero ha sido la propia realidad la que le ha negado su desarrollo así como los criterios lógicos los que han desenmascarado este vano filosofismo disfrazado de categoría jurídica. Inclusive se han tergiversado conceptos como la “reparación integral”, ello con el único objeto de usarla como pretexto para incluir el resarcimiento del daño al proyecto de vida como parte de esa reparación integral en mérito del cual se acuñaba la polémica figura. Por ello, veremos que significa y cuáles son los alcances de la reparación integral.

3.8.2. El “Principio de la Reparación Integral” en los Daños Extrapatrimoniales

Respecto de la reparación integral se ha dicho que: **“Se entiende, actualmente, que el principio de reparación integral del daño hace alusión al valor justicia. Considerando entonces que para cumplir con la justicia como pilar del ordenamiento jurídico, en materia de responsabilidad civil y derecho de daños, la restitución al estado anterior al hecho dañoso es fundamental** (CUBERO SOTO, FERNÁNDEZ ULATE, 2010).

Así también se ha dicho, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha reconocido la restitutio in integrum, considerando que es una de las formas en que se puede reparar el daño, **pero no siendo ésta la única forma, ya que muchas veces este ideal es imposible o no es el más adecuado**. El autor Sergio García Ramírez, considera que “en un plano ideal, lo deseable sería restituir las cosas al estado que guardaban antes de que la violación ocurriera. **Sin embargo, esta restitución no sólo es improbable, sino también imposible, porque los resultados materiales o formales de la violación**

constituyen un imborrable dato de la experiencia” (CUBERO SOTO, FERNÁNDEZ ULATE, 2010). De igual manera Clayton Reis considera que, *“siempre hablaremos de toparnos con inmensas dificultades cuando se tratare de daños extrapatrimoniales”*.

De igual forma el profesor DE TRAZEGNIES señala: *“(…) este principio es más un anhelo que una realidad: RESULTA IMPOSIBLE BORRAR TOTALMENTE LAS HUELLAS DEL DAÑO. TUNC mismo nos dice que el sufrimiento, las molestias e incluso los problemas materiales causados por el daño, no desaparecen con el pago de una indemnización, por eso, más que una reparación, el pago ordenado por el juez es muchas veces sólo una compensación”* (TRAZEGNIES GRANDA, 2001).

Concibiendo la reparación integral como una directriz o norma programática es posible llegar a considerar que en ciertos casos, pueda llegar a ser absoluta – como es el caso de los daños patrimoniales– o simplemente ser de relativo o imposible cumplimiento –en el caso de los daños extrapatrimoniales–.

Pese a formularse la reparación integral como *“la directive essentielle en ce qui concerne l’évaluation des indemnités”*, como base de la función reparadora que le asiste a la responsabilidad civil, la discusión sobre su actualidad y operatividad es realmente importante. Quienes sostienen su virtualidad y su falta de admisión en la evolución legislativa y la jurisprudencia comparada, afirman su existencia solo en situaciones concretas.

Por otro lado, recordando lo expresado líneas atrás, se plantea una limitación a los excesos que se pueden presentar al momento de la tasación de las indemnizaciones con fundamento en el principio de reparación integral y que conducen a cifras manifiestamente desproporcionadas en relación con *l’attente légitime*⁷⁵ de la víctima.

Es por ello que consideramos que cuando se habla de reparación integral, se habla sólo de la reparación de daños patrimoniales, y no del resarcimiento de daños extrapatrimoniales, los cuales inestimables por naturaleza impiden la aplicación de una regla aplicable sólo al ámbito patrimonial.

IV. CONCLUSIONES

1. El daño al proyecto de vida en la teoría de su autor Carlos Fernández Sessarego es injusta y discriminatoria porque los jueces tienden a diferenciar los “proyectos de vida” exclusivamente en función a la posición social y a la capacidad económica de la parte agravada.

⁷⁵ *Expectativa legítima.*

2. El daño al proyecto de vida no es un daño resarcible en la teoría ni en la práctica de la judicatura peruana, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional.
3. El daño al proyecto de vida no es un daño cuantificable por carecer de bases ciertas para su cuantificación, por ello el criterio de equidad es inaplicable a sus fines y la trayectoria no sirve como instrumento para medirlo.
4. No cabe hacer referencia a la reparación integral o restitutio in integrum, cuando se habla de daños extrapatrimoniales, pues su naturaleza no lo permite.
5. El proyecto de vida no es cuantificable porque un proyecto de vida no tiene ni tendrá un valor dinerario jamás.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALVAREZ-GAYOU JURGENSON, J.L. *Como hacer investigación Cualitativa Fundamentos y Metodología*, Recuperado el 20 de Agosto de 2015, <https://mayestra.files.wordpress.com/>
<https://mayestra.files.wordpress.com/2013/03/bibliografc3ada-de-referencia-investigac3b3n-cualitativa-juan-luis-alvarez-gayou-jurgenson.pdf>
- ANTÍSERI, D. y REALE G. (2010). *Historia de la Filosofía VI De Nietzsche a la Escuela de Frankfurt* (2da ed., Vol. VI). (J. Gómez, Trad.) Bogotá, Colombia: San Pablo.
- BENAVIDES, C. C. (s.f.). Recuperado el Diciembre de 2014, de www.corteidh.or.cr:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_69_esp.pdf
- CALDERÓN PUERTAS, A. (s.f.). Recuperado el 12 de Diciembre de 2014, de www.cybertesis.unmsm.edu.pe:
http://cybertesis.unmsm.edu.pe/xmlui/bitstream/handle/cybertesis/3399/calderon_pc.pdf?sequence=3
- CÁRDENAS QUIROZ, C. (1994). *Estudios de Derecho Privado (reflexiones de un tiempo I)*. Lima, Perú: Ediciones Jurídicas.
- CUCARELA, J. J. (s.f.). www.iespana.es. Recuperado el 23 de Julio de 2015, de <http://www.iespana.es/revista-arbil/revista.htm>
- DD. HH., CORTE INTERAMERICANA, CASO LOAYZA TAMAYO (s.f.). Recuperado en Diciembre de 2014, de www.corteidh.or.cr:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf
- DD. HH., CORTE INTERAMERICANA, CASO CANTORAL BENAVIDES (s.f.). www.corteidh.or.cr. Recuperado el 20 de Marzo de 2015, de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf
- DE CUPIS, A. (1970). *El daño Teoría General de la Responsabilidad Civil* (Segunda Edición italiana ed., Vol. II). (Á. M. Sarrión, Trad.) España: Bosch.
- DE TRAZEGNIES GRANDA, F. (2001). *LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL BIBLIOTECA PARA LEER EL CÓDIGO CIVIL VOL IV*

- (Setima Edición ed., Vol. II). Lima-Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- DEBAKEY, C. D. (1988). *Exposición de Motivos y Comentarios - Responsabilidad Extracontractual José León Barandiarán* (Segunda Edición ed., Vol. IV). Lima: Grafotecnica Editores e Impresores.
- DIAZ CACEDA, J. (2009). La inclusión del "Daño al Proyecto de Vida" en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana Un Breve Comentario. En C. C. Gonzáles, & E. J. Motivensa (Ed.), *Persona, Derecho y Libertad* (págs. 423-438). Lima: Motivensa.
- DOMINGUEZ AGUILA, R. (2010). LOS LÍMITES AL PRINCIPIO DE REPARACIÓN INTEGRAL. *REVISTA CHILENA DE DERECHO PRIVADO* (15), 09-28.
- D'ORS PEIX, A. (s.f.). *RESPONSABILIDAD Y LIBERTAD*. Recuperado el 11 de Julio de 2015, de dialnet.unirioja.es: file:///C:/Users/hp/Downloads/Dialnet-ResponsabilidadYLibertad-2117255%20(1).pdf
- ESPINOZA ESPINOZA, J. (2011). *Apuntes para una interpretación coherente del Tercer Pleno Casatorio*. *DIÁLOGO CON LA JURISPRUDENCIA* , 16 (153), 57.
- ESPINOZA ESPINOZA, J. (2013). *DERECHO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL* (Sétima ed.). Lima: Editorial RODHAS.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (s.f.). Recuperado el Noviembre de 2014, de /http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/68c3e58043eb7b7ba6c9e74684c6236a/9.+Doctrina+Nacional+-+Juristas+-+Carlos+Fern%C3%A1ndez+Sessarego.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=68c3e58043eb7b7ba6c9e74684c6236a
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (2001). *Daño moral y daño al proyecto de vida*. *REVISTA CATHEDRA*, 14 y sgtes. especialmente la pág. 16.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (2000). *Hacia una nueva sistematización del daño a la persona*. *ACTUALIDAD JURÍDICA* (79-B), 9 y sgtes.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (1995). *Apuntes para una distinción entre el daño al proyecto de vida y el daño psíquico*. *THEMIS* (32), 162.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (1996). *DAÑO AL PROYECTO DE VIDA. Separata de la Revista de Derecho de la PUCP* (50), 54.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (LIII-2003). *Deslinde conceptual entre Daño a la Persona, Daño al Proyecto de Vida y Daño Moral*. *REVISTA JURÍDICA DEL PERÚ* (50).
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (2008). *El "Proyecto de Vida" ¿merece protección jurídica?* *REVISTA JURÍDICA DEL PERÚ* (84).
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (1999). *El daño al Proyecto de Vida en una reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. *THEMIS* (39).
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (2006). *EL DERECHO COMO LIBERTAD* (3ra ed.). Lima: ARA Editores E.I.R.L.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (2000). *El Supuesto de la Denominada Autonomía de la Voluntad*. *Gaceta Jurídica* , 75-B.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (2009). *LOS 25 AÑOS DEL CODIGO CIVIL PERUANO DE 1984 Historia, Ideología, Aportes, Comentarios Críticos, Propuestas de Enmiendas* (1ra ed.). Lima, Lima, Perú: Motivensa S.R.L.

- FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (I-2007). Los jueces y la reparación del daño al proyecto de vida. *Revista Oficial del Poder Judicial* (1), 170.
- FROMM, E. (s.f.). Recuperado el Diciembre de 2014, de www.ignaciodarnaude.com:
http://www.ignaciodarnaude.com/textos_diversos/Fromm,El%20corazon%20del%20hombre,su%20potencia%20para%20el%20bien%20y%20el%20mal.pdf
- HEDEMANN, J. W. (1958). *DERECHO DE OBLIGACIONES* (Vol. III). (J. S. Briz, Trad.) Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- HEIDEGGER, M., *SER Y TIEMPO*, Traducción, Prólogo y Notas de Jorge Eduardo Rivera. (s.f.). Recuperado en Diciembre de 2014, de ir.nmu.org.ua:
<http://ir.nmu.org.ua/bitstream/handle/123456789/133547/84adb28abdfb74f7cf4884e11780742b.pdf?sequence=1>
- HERNÁNDEZ GIL, A. (1988). *Metodología de la Ciencia del Derecho* (Vol. Obras Completas Tomo V). Madrid: ESPASA-CALPE S.A.
- JUDICIAL, P. (2010). *TERCER PLENO CASATORIO* (Centro de Investigaciones Judiciales ed.). Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial.
- JUDICIAL, P. (s.f.). www.pj.gob.pe. Recuperado el 20 de Marzo de 2015, de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/45efab0047ebd8ee8b59ef1f51d74444/TERCER+PLENO+CASATORIO+CIVIL.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=45efab0047ebd8ee8b59ef1f51d74444>
- KOTEICH KHATIB, M. (2006). El daño extrapatrimonial, las categorías y su resarcimiento Italia y Colombia vicisitudes de dos experiencias. *REVISTA DE DERECHO PRIVADO DE LA UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA* (10), 161-193.
- LEGAZ Y LACAMBRA, L. (1979). *Filosofía del Derecho* (5ta ed.). Barcelona: BOSCH.
- LEON HILARIO, L. L. (2007). *LA RESPONSABILIDAD CIVIL Líneas Fundamentales y Nuevas Perspectivas* (2da Edición Enero 2007 ed.). Lima: Jurista Editores.
- LEÓN HILARIO, L. L. (s.f.). (F. Académico, Editor, & workbepress) Recuperado el 13 de Junio de 2013, de http://works.bepress.com/leysser_leon/7
- LEÓN HILARIO, L. L. (s.f.). Equívocos Doctrinales sobre el Daño Moral a propósito de un reciente artículo. *Revista Jurídica del Perú*.
- LEÓN HILARIO, L. L. (2007). *La Responsabilidad Civil Líneas Fundamentales y Nuevas Perspectivas* (Segunda Edición corregida y aumentada ed.). Lima: Jurista Editores.
- OSTERLING F. y REBAZA, A. (s.f.). www.osterlingfirm.com. Recuperado el 11 de Julio de 2015, de <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/La%20equidad%20y%20su%20funcion%20cuantificadora.pdf>
- PINEDA GONZÁLES, J.A. (2008), *Investigación Jurídica Elaboración de la tesis en los diseños cuantitativo y cualitativo*, Editorial Pacífico, Puno.
- PINTO OLIVEROS, S. (2009). *La experiencia latinoamericana del daño a la persona*. En *Persona, Derecho y Libertad "Nuevas Perspectivas"* (Primera Edición ed., Vol. III, pág. 383 y sgtes.). Lima, Perú: Motivensa Editorial Jurídica.

- PONZANELLI, G. (2014). *El Principio de Reparación Integral del Daño y la Cuantificación del Daño No Patrimonial entre Juez y Legislador*. PONENCIAS DEL V CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO CIVIL PATRIMONIAL , 167-172.
- SANTOS, E. B. (2014). De la responsabilidad a la cuantificación de los daños. *GACETA CIVIL Y PROCESAL CIVIL* (12), 167-179.
- SANDOVAL G. DIEGO (s.f.). <http://www.scielo.org.co/>. Recuperado el 10 de Junio de 2015, de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-43662013000200010&lng=es&nrm=iso&tlng=es
- SANDOVAL G. DIEGO (2013). REPARACIÓN INTEGRAL Y RESPONSABILIDAD CIVIL. *REVISTA DE DERECHO PRIVADO Universidad Externado de Colombia* (25), 235-271.
- SARTRE. J.P. , *EL SER Y LA NADA*, Prólogo y Notas de Libasi, J., [www.bsolot.info/wp-content: http://www.bsolot.info/wp-content/uploads/2011/02/Sartre_Jean_Paul-El_ser_y_la_nada.pdf](http://www.bsolot.info/wp-content/uploads/2011/02/Sartre_Jean_Paul-El_ser_y_la_nada.pdf)
- ULATE, M. C.-I. (s.f.). *ijj.ucr.ac.cr*. Recuperado el 10 de Julio de 2015, de http://ijj.ucr.ac.cr/sites/default/files/documentos/t10-analisis_y_desarrollo_del_concepto_dano_al_proceso_de_vida_bases_filosoficas_desarrollo_conceptual_derecho_comparado_y_aplicabilidad_de_la_figura_en_costa_rica.pdf
- ROUX RENGIFO, C *VOTO PARCIALMENTE DISIDENTE DEL JUEZ CARLOS VICENTE DE. I.* (s.f.). Recuperado el Diciembre de 2014, de [www.corteidh.or.cr:](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf) http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf
- TAYLOR S.J. y BOGDAN R., *Introducción a los Métodos Cualitativos de Investigación*, Recuperado el 20 de Agosto de 2015, de [http://colegiodesociologosperu.org,](http://colegiodesociologosperu.org/file:///C:/Users/hp/Desktop/DOC%20TESIS%20JIMMY/INTRODUCCION%20A%20LOS%20METODOS%20CUALITATIVOS%20DE%20INVESTIGACION-TAYLOR-BOGDAN.pdf) <file:///C:/Users/hp/Desktop/DOC%20TESIS%20JIMMY/INTRODUCCION%20A%20LOS%20METODOS%20CUALITATIVOS%20DE%20INVESTIGACION-TAYLOR-BOGDAN.pdf>
- ZAVALA DE GONZÁLES, M. (2005). Daño al proyecto de vida. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros* (4), 2.
- ZUBIRI, X. (s.f.). *biblio3.url.edu.gt*. Recuperado el 23 de febrero de 2015, de <http://biblio3.url.edu.gt/Libros/2012/LYM/NHG.pdf>