



“El daño al proyecto de vida.
Desde la autonomía conceptual
a la autonomía resarcitoria”

Proyecto de Investigación Aplicada (PIA)

Carrera: Abogacía

Tutor de la carrera: Cantarero, María Eugenia

Tutores de TFG: Cima, Eduardo; Toro, Raúl

Alumno: Ramovecchi, Arnaldo Rodolfo

Legajo N°: VABG 5774

Universidad Empresarial Siglo XXI

Año: 2015

Resumen

La noción “daño al proyecto de vida” es elaborada por el jurista peruano Carlos Fernández Sessarego, quien se basó para su formulación en los pensamientos de los filósofos de la existencia.

Como lo describe el autor en todos los escritos que hemos tenido posibilidad de estudiar, este daño incide en el despliegue fenoménico de la libertad de la persona, truncando la realización del desarrollo del proyecto vital que ésta se formula. Fernández Sessarego asegura que es el daño de mayor gravedad que puede sufrir un ser humano.

El daño al proyecto de vida ha sido analizado por destacados juristas de nuestro país, así como también ha sido acogido por diversos autores internacionales. A nivel legislativo ha sido incorporado en nuestro país en los Proyectos de Reforma al Código Civil de 1998 y 2012. En este último se encuentra incluido en el artículo 1738.

Ha tenido recepción jurisprudencial en la Argentina, donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación y otros tribunales inferiores lo han reparado, algunas veces como un daño autónomo y otras ubicándolo dentro del daño material o el moral. También ha sido receptado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha sentado importantes precedentes sobre el tema.

Abstract

The notion “damage to the life project” is produced by the Peruvian jurist Carlos Fernández Sessarego, who based his formulation thoughts on philosophers of existence.

As described by the author in all the writings that we had the opportunity to study, this damage affects the phenomenal display on the freedom of the individual, truncating the realization on the development of this vital project that is formulated. Fernández Sessarego assures that this damage is the most serious that a human being can suffer.

The damage to the life project has been analyzed by jurists of our country, and has also been welcomed by various international authors. At the legislative level has been built in our

country in the Draft Revised Civil Code of 1998 and 2012. In the latter it is included in Article 1738.

It has had jurisprudential reception in Argentina, where the Supreme Court of Justice of the Nation and other lower courts have repaired it, sometimes as a standalone damage and other times locating it within the material or moral damage. It has also been received by the Inter-American Court of Human Rights, which has set important precedents on the subject.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	7
Capítulo I.....	9
<i>“Introducción a la Responsabilidad Civil”</i>	9
§ 1. Nociones introductorias.	9
§ 2. La responsabilidad civil. Concepto.	9
§ 3. Evolución histórica.	11
§ 4. Funciones del Derecho de Daños.	14
§ 5. Presupuestos de la responsabilidad civil.	18
Capítulo II.....	29
<i>“Hacia el publicismo del Derecho Privado”</i>	29
§ 6. Introducción.	29
§ 7. Principios fundamentales del Derecho de Daños.	29
§ 8. El principio “alterum non laedere”.	30
§ 9. Constitucionalización de los principios de derecho privado.	32
§ 10. El principio de reparación plena e integral.	34
§ 11. Sobre los límites a la reparación plena.	37
Capítulo III.....	43
<i>“El daño a la persona como paradigma superador”</i>	43
§ 12. El tradicional modelo de Responsabilidad Civil ¿Se encuentra en crisis?	43
§ 13. Surgimiento del Daño a la Persona.	49
§ 14. La mirada de Burgos sobre el Daño a la Persona.	50
§ 15. ¿Daño Patrimonial y Extrapatrimonial? o ¿Daño a la Persona y Daño Extrapersonal?	52
§ 16. La opinión de la C.I.D.H. sobre la patrimonialidad del sistema actual.	54
§ 17. Sistematización del Daño a la Persona.	55
Capítulo IV	59
<i>“El Daño al Proyecto de Vida”</i>	59
§ 18. El existencialismo como punto de partida.	59
§ 19. El daño al proyecto de vida como despliegue de la libertad.	62
§ 20. ¿Qué es el daño al proyecto de vida?	63
§ 21. El daño al proyecto de vida según la doctrina nacional.	66
§ 22. Consecuencias del daño al proyecto de vida.	67

§ 23. Diferenciación con el daño moral.....	69
§ 24. Recepción legislativa del daño al proyecto de vida en la Argentina.	72
Capítulo V.....	73
“Recepción jurisprudencial del daño al proyecto de vida”.....	73
§ 25. El daño al proyecto de vida en la jurisprudencia.	73
§ 26. El daño al proyecto de vida en las sentencias de la C.I.D.H.	73
§ 27. El daño al proyecto de vida en la jurisprudencia nacional.....	82
CONCLUSIONES.....	89
BIBLIOGRAFÍA.....	93

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo lo iniciamos con expectativas distintas a la que nos mueven a escribir estas líneas. Aquí lo que buscamos es introducir al lector al mundo en el que se mueven nuestras ideas, nuestros pensamientos. Es una obviedad decir que nuestras ideas son promovidas por otros pensadores actuales, que sentaron las bases conceptuales y paradigmáticas que nosotros adoptamos, transformamos, y adaptamos a nuestro estilo.

Para introducirnos en la temática elegida para el desarrollo de nuestra tesis, inevitablemente debemos nombrar a Fernández Sessarego. Este jurista peruano de larga trayectoria en el campo jurídico, es considerado por todos los autores que hemos leído para la composición de este trabajo de grado, como el creador del concepto del “daño al proyecto de vida”, y demás estaría decir que un gran porcentaje de nuestra obra está inspirada en sus pensamientos.

Sin adelantar mucho, podríamos decir qué es el daño al proyecto de vida según su creador. En un ensayo titulado “El daño al “proyecto de vida” en la doctrina y la jurisprudencia contemporáneas”, Fernández Sessarego lo define como “el más grave que se puede causar a la persona”, pues considera que “sus consecuencias inciden en la frustración o menoscabo del destino que se ha trazado, de la manera de vida que ha escogido, de lo que ha decidido “ser” y “hacer” con su existencia” (Fernández Sessarego, 2009, pág. 22).

De la simple lectura de este concepto podemos inferir la gravedad y la trascendencia que puede ocasionar el padecimiento de un daño semejante a una persona.

Como objetivo principal nos propusimos delimitar la naturaleza, alcances y consecuencias de este radical daño elaborado por Fernández Sessarego. Para ello, volcaremos y analizaremos todos los conocimientos que pudimos extraer de este autor, comparándolo con las interpretaciones que pudiera tener por parte de otros autores que lo hayan estudiado.

A lo largo del trabajo intentaremos trazar las diferencias entre lo que consideramos es el sistema tradicional de responsabilidad civil -con sus bien diferenciadas categorías de daños patrimoniales y extrapatrimoniales- con respecto a los nuevos paradigmas de reparación.

Estos nuevos paradigmas, nacieron gracias a la confluencia de los esfuerzos de los grandes pensadores de la filosofía de la existencia y, del movimiento humanista delineado por los juristas europeos, especialmente los doctrinarios y jurisconsultos italianos. Podríamos aventurarnos a decir, que son teorías que tienen en el centro de la escena a la persona, como

fin en sí misma, desplegando su personalidad como sujeto interdependiente que vive en una sociedad rodeada por las demás personas y en contacto con las cosas del mundo.

La ambición que persiguen estos nuevos paradigmas, es irrumpir en el entramado jurídico en el que reinan los esquemas tradicionales de la reparación -signados por la patrimonialidad y enfocados en los objetos materiales que rodean a la persona-, y mutarlos, transformarlos, para lograr una migración hacia un sistema donde -como ya mencionamos-, la persona sea protagonista principal y esté en el centro del escenario.

No es nuestra intención al emprender esta labor científica, cambiar las ortodoxas tradiciones que rigen el campo de la responsabilidad del derecho privado, sería una fantasía imaginarnos que desde nuestro lugar de estudiantes de derecho podemos hacerlo.

Lo que buscamos es contribuir humildemente con nuestros esfuerzos de recolección y producción de información, a que ese cambio -que consideramos necesario- se produzca en algún momento y si se nos permite, por qué no, continuar con nuestra faena lo que aquellos juristas europeos iniciaron y Carlos Fernández Sessarego continuó en nuestras latitudes.

En nuestro país han sido muchos los maestros que mostraron su admiración por la tarea de Fernández Sessarego, y se han escrito diversos trabajos y libros sobre el tema. Entre algunos podemos nombrar a Osvaldo Burgos, Jorge Mario Galdós, Jorge Mosset Iturraspe, Ramón Pizarro y Matilde Zavala de González, quienes con sus ideas también aportaron al desarrollo de nuestras concepciones.

No podemos pasar por alto, que el daño al proyecto de vida, es un daño que ya ha tenido recepción por parte de nuestra Corte Suprema de Justicia y también de la jurisprudencia supranacional. Son numerosas las causas en que nuestros tribunales han tenido la oportunidad de expedirse sobre la cuestión.

Por todo lo expuesto, creemos que es un tema que merece nuestro abordaje, y tenemos la ilusión, que en un futuro no muy lejano, el daño al proyecto de vida logre autonomía resarcitoria así como ya ha conseguido encajarse como un concepto autónomo, adquiriendo, valga la redundancia, autonomía conceptual.

Entendemos también que los cambios de paradigmas y las tercerías superadoras necesitan su tiempo para insertarse y ser estudiadas por los expertos en la búsqueda de producir los cambios necesarios dentro del sistema. Mientras que eso ocurra seguiremos estudiando y produciendo, contribuyendo al cambio.

Capítulo I

“Introducción a la Responsabilidad Civil”

§ 1. Nociones introductorias.

Para llegar a plantear y dar sustento a nuestra hipótesis, tendremos que recorrer un largo camino para poder ubicar contextualmente al daño al proyecto de vida. Entendemos que para lograr una mejor comprensión de los temas que trataremos en los capítulos siguientes es indispensable analizar prima facie, los conceptos generales, pilares fundamentales de la estructura en la que se asienta todo el derecho de daños.

El estudio del derecho tradicionalmente se ha dividido en dos grandes ramas, por un lado el derecho privado y por otra parte el derecho público. El derecho de daños se encuentra dentro del denominado derecho privado y en muchas ocasiones se lo vincula con la responsabilidad civil e incluso se confunden sus conceptos y contenidos, es que la responsabilidad civil –a nuestro entender- tiene como finalidad justamente reparar un daño¹.

En este capítulo desarrollaremos los lineamientos principales de la responsabilidad civil, sus antecedentes y presupuestos, pilares fundamentales para entender cómo funciona el sistema del derecho de daños.

§ 2. La responsabilidad civil. Concepto.

Desde tiempos inmemoriales el ser humano experimentó la necesidad de reaccionar ante la producción de daños que recaían sobre su persona o sus bienes. Esa respuesta no siempre asumió caracteres de homogeneidad y se fue moldeando con el paso del tiempo hasta asumir un contenido netamente patrimonial. Sin embargo, desde la noción de responsable hasta el fundamento mismo de la obligación de resarcir, todo lo atinente a la responsabilidad civil ha sido objeto de controversias a punto tal que la mayoría de los autores que se han ocupado del tema, no han logrado coincidir a la hora de asignarle una definición.

¹ Queremos hacer una aclaración aquí ya que durante mucho tiempo se consideró que la finalidad de la responsabilidad civil era individualizar al culpable del daño para aplicarle una sanción. Nosotros a lo largo de este trabajo, explicaremos como los nuevos paradigmas del derecho de daños se alejan de la búsqueda de un responsable para focalizarse en la reparación del daño y la situación de la víctima, realizando las funciones preventiva y resarcitoria, por sobre la sancionatoria.

Según Pizarro y Vallespinos, “el origen etimológico de la palabra “responsabilidad” se encuentra en las fórmulas sacramentales de la *stipulatio* romana, donde el cambio verbal más frecuente, “*spondense-spondeo*”, valía para hacer surgir la obligación del interpelado, que respondía de modo abstracto de la causa. El sponsor era un deudor, siendo su figura vinculada con el *responsor*, es decir, con la garantía que alguien asumía por la deuda de otro”, explican los autores que “la palabra “responder” importa, de tal modo, “la idea de constituirse en garante en el curso de acontecimientos por uno”. Sin embargo, la expresión “responsabilidad” recién ha tenido su primera aplicación, con el sentido que modernamente se le asigna, a fines del siglo XVIII y su verdadera evolución no comienza sino en el siglo XX” (Pizarro y Vallespinos, 1999a, págs. 448 y 449).

Coincidimos con ellos en que la responsabilidad civil “es la obligación de resarcir todo daño injustamente causado a otro” (Pizarro y Vallespinos, 1999a, pág. 449). Nos explican los autores que dicho concepto es suficientemente amplio y flexible para brindar una explicación razonable de la manera en que se comporta esa obligación de reparar los daños y perjuicios, sin sujetarnos a preconceptos.

Del análisis de este concepto que nos brindan Pizarro y Vallespinos, debemos subrayar entonces, que es menester que exista un daño causado a otro, de modo que no existe responsabilidad sin daño. Así, podemos observar cómo se manifiesta el primer presupuesto necesario para que se configure la responsabilidad civil: el daño.

Este daño debe ser injusto, y es ese carácter de injusto lo que determina que la víctima no sea quien debe soportarlo, justificando así la pretensión resarcitoria contra el indicado como responsable.

Como bien señalan los autores, que el daño deba ser injusto “no significa que necesariamente deba provenir de un acto ilícito (aunque esto sea lo normal u ordinario) ni, mucho menos, que sea imprescindible un obrar culposo en la conducta del agente. Hay responsabilidad por actos ilícitos y la hay, también, excepcionalmente, en virtud de conductas lícitas; hay responsabilidad con culpa (responsabilidad subjetiva) y también es posible concebirla, en importantes sectores del derecho civil, sin que medie aquel factor de atribución, fundada en parámetros objetivos de atribución (responsabilidad objetiva)” (Pizarro y Vallespinos, 1999a, pág. 449).

El factor de atribución subjetivo se configura entonces cuando la obligación de indemnizar el daño causado tiene su origen en un hecho propio del responsable, y habrá

responsabilidad objetiva en el momento en que el menoscabo haya sido causado por el hecho de ciertas personas por las que se deba responder, o por el hecho de las cosas de las que se es propietario, dueño o guardián.

Dejaremos aquí este tema para abordarlo con mayor profundidad más adelante durante el desarrollo de este capítulo en forma conjunta con los demás presupuestos de la responsabilidad civil.

§ 3. Evolución histórica.

Para poder entender la situación actual de cualquier tema es imprescindible estudiarlo en su temporalidad recurriendo a su pasado. El pasado es lo que históricamente da forma al presente. Cuando analizamos la actualidad de un tema jurídico ocurre lo mismo, debemos trasladarnos a sus orígenes y realizar un repaso por todos sus estados para lograr comprender su evolución. Siguiendo a Pizarro y Vallespinos (1999a) haremos una revisión de la evolución histórica de la responsabilidad civil.

3.1. Orígenes de la responsabilidad civil. El derecho romano. Según relatan los autores citados supra, todo parece haber iniciado en la época romana. Se pueden diferenciar tres etapas bien definidas en las que fue variando de manera notable la forma de hacer frente a los hechos que generaban daños a terceros en el derecho romano.

En un primer momento, podemos hacer referencia a lo que se conocía como “la ley del talión”, en esta etapa a la persona que producía un daño se debía penar “ojo por ojo y diente por diente”, esto significaba un sistema de resarcimiento muy primitivo que -a nuestro modo de entender- en lugar de resarcir al damnificado, por un lado generaba más violencia y por otro, representaba un método más propio del derecho penal que del fuero civil.

Una evolución se fue dando en un momento posterior en el que víctima y ofensor acordaban el pago de una suma de dinero a cambio del perdón, esta composición voluntaria - como dicen los autores- constituía “una pena civil impuesta al ofensor y destinada al propio agraviado” (Pizarro y Vallespinos, 1999a, pág. 450).

Cuando se consolidó el poder de las organizaciones políticas, esta composición voluntaria a que hacíamos mención antes se institucionalizó y adquirió fuerza legal, era el Estado el que fijaba una determinada suma de dinero para cada delito, que el ofensor se veía obligado a pagar y el damnificado a aceptar. Los autores nos advierten que esta suma de dinero

que el ofendido debía pagar era impuesta más a título de pena que de resarcimiento del daño.

Aclaran Pizarro y Vallespinos que recién durante el período clásico “se llegó a distinguir la pena que impone el poder público ante hechos determinados para castigar al culpable de un delito que repercute directamente sobre la sociedad, del derecho de la víctima a reclamar el resarcimiento de los daños sufridos” (Pizarro y Vallespinos, 1999a, Pág. 450).

3.2. La Edad Media. Crisis de la responsabilidad romana y evolución posterior.

Con la caída del Imperio Romano de Occidente en el año 476 d.C. se inicia la Edad Media, y con ella, un período de oscuridad tiñe todos los planos culturales, al que no pudo escapar el derecho.

Los invasores adoptaron el sistema de personalidad de las leyes, lo cual generó la existencia de una dualidad de regímenes aplicables. Los vencidos romanos seguían rigiéndose por el derecho romano, pero sometidos a las leyes que dictaban los jefes bárbaros las cuales eran primitivas y rudimentarias. El antiguo derecho francés no distaba mucho de esta realidad, separados norte y sur en cuanto a la aplicación de las leyes, el Estado carecía de la fuerza necesaria para lograr una unificación porque se encontraba presionado por grandes familias cuyo poder político y económico era notable. No se logra diferenciar en esta época un principio general en materia de reparación de daños.

Posteriormente la culpa comienza a hacerse sentir por influencia del cristianismo, pero sin llegar a convertirse en presupuesto de la responsabilidad civil lo cual ocurriría con la revolución francesa. Una evolución similar se da en el derecho español con el dictado de las VII Partidas de Alfonso X, en dicho cuerpo normativo se podían encontrar numerosas normas impregnadas con la presencia del factor subjetivo de atribución.

El derecho comenzó a experimentar una profunda transformación hacia fines del siglo XVII, fruto de la influencia del derecho canónico y, del pensamiento iusnaturalista racionalista. Durante esta época se pueden advertir dos progresos en el ámbito de la responsabilidad, por un lado se produjo una creciente admisión del elemento intencional (culpa), y por otra parte, se puede apreciar una nítida diferencia entre la pena pública que recae sobre el criminal, y la indemnización de daños causados a la víctima, que tiene carácter netamente privado.

3.3. La Revolución Francesa y el principio “no hay responsabilidad sin culpa”.

El Código Civil Francés se erigió como el primero en darle un papel protagónico a la culpa, consagrando un sistema de responsabilidad subjetiva. Esto significaba que el individuo acusado de ocasionar un daño debía responder sólo cuando hubiera obrado con dolo o culpabilidad.

Pizarro y Vallespinos advierten que “la responsabilidad civil estaba edificada en torno al dañador, imbuida por la idea de falta, de reproche moral, de pecado. El hombre, por ser criatura racional, dotada de libertad, inteligencia y voluntad, debía reparar solamente aquellos daños que hubiese causado, fruto de un obrar reprochable” (Pizarro y Vallespinos, 1999a, Pág. 454).

Ese obrar reprochable se convertía así en una sanción al individuo por no haberse comportado con la diligencia que podía esperarse de él. Este sistema sancionatorio -que mucho dista de la función resarcitoria que entendemos como la principal del derecho de daños en nuestros días- se acercaba más al régimen de la responsabilidad penal.

3.4. La aparición de la responsabilidad objetiva. Los efectos de la Revolución Industrial y el advenimiento de la sociedad de masas provocaron grandes cambios en el sistema de la responsabilidad civil impuesto por los franceses donde imperaba la culpa como único factor de atribución. Los beneficios que generaban las máquinas de producir en menor tiempo grandes cantidades y reduciendo costos, ocasionaban grandes favores económicos a los productores pero como contraparte se convertirían en factores generadores de daños para terceros. La mayoría de las veces a la víctima le resultaba imposible probar la culpa del dueño o guardián de la cosa generadora del daño, por lo que el perjuicio sufrido quedaba sin reparación.

Esta situación de indefensión del más débil obligó al Estado a abandonar el rol pasivo que había adquirido durante la Revolución Francesa, para asumir otro más intervencionista y solidario y así paliar las fuertes desigualdades de poder existentes entre los empresarios y las clases obreras.

Nos encontramos aquí ante una verdadera crisis del sistema de responsabilidad civil imperante hasta el momento, sistema que tuvo que rever sus principios y postulados para amoldarse a las nuevas necesidades de la sociedad.

Pizarro y Vallespinos enseñan que “a fines del siglo XIX y en los primeros años del siglo XX comienzan a proliferar las primeras doctrinas que admiten, con diferente extensión, la idea de una responsabilidad objetiva; al principio tímidamente, con carácter excepcional; más tarde, expandiendo su esfera de acción a punto de ocupar en nuestro tiempo un lugar de similar importancia al de la culpa desde una perspectiva cualitativa (e incluso superior, desde una óptica cuantitativa)” (Pizarro y Vallespinos, 1999a, Pág. 456).

Estos cambios de pensamiento influyeron de manera directa en la reforma del Código

Civil Argentino en 1968. La Ley 17.711 impregnó de ideas humanistas y solidaristas nuestro Código Civil y produjo cambios trascendentales en materia de derecho de daños.

3.5. La responsabilidad civil en nuestros tiempos. La reforma en 1968 del Código Civil Argentino tuvo en cuenta la realidad socio-económica de aquella época, que imitaba los movimientos europeos de las primeras décadas del siglo XX. Con el comienzo de la era tecnológica o posmoderna –como la denominan extraoficialmente algunos autores- el mundo empieza a sufrir cambios de manera abrupta que inciden en todos los ámbitos pero sobre todo en el tecnológico.

La globalización y la aparición de nuevas formas de comunicación como internet, pusieron en crisis nuevamente a los paradigmas de la responsabilidad a punto tal que el Código Civil se vio desbordado ante la aparición de nuevos daños que reclamaban reparación. A modo ejemplo, Pizarro y Vallespinos enumeran algunos de los problemas que se le presentaron al derecho de daños en los últimos tiempos: “responsabilidad civil por actividades riesgosas, por daño ecológico; por daños causados por productos elaborados, por daños causados y sufridos colectivamente, por daños derivados del empleo de la informática, responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación; extensión de la legitimación activa y pasiva en materia resarcitoria; tutela jurídica de los derechos personalísimos; daños derivados de la biotecnología; la prevención como nuevo capítulo del derecho de daños; daños punitivos, etcétera” (Pizarro y Vallespinos, 1999a, Pág. 458).

Esto provocó el dictado de legislación específica de algunas materias, que muchas veces no coinciden con las normas de carácter general (como por ejemplo en materia de pruebas, factores de atribución, legitimación, cuantificación, etc.), terminando con la unicidad en el ámbito de la responsabilidad y pidiendo una reforma del sistema.

La búsqueda de respuestas que brinden solución a estos problemas será una ardua tarea que deberán afrontar con responsabilidad los juristas argentinos en los próximos años, para lograr uniformidad legislativa y encontrar la forma de producir los cambios que garanticen la protección jurídica de los derechos de la sociedad y los individuos que interactúan en ella.

§ 4. Funciones del Derecho de Daños.

Como ya lo hemos dicho anteriormente, es normal que la mayoría de los autores que se dedican al estudio de la materia, utilicen de manera indiferente la denominación “derecho de daños” como sinónimo de “responsabilidad civil”, haciendo referencia a la obligación de

reparar el perjuicio que se causa a otra persona cuando se viola el deber general de no dañar. Sin quitarle importancia a esta función de reparar el perjuicio, la doctrina es pacífica al entender que no es la única que posee esta rama del derecho, es decir que conjuntamente con la obligación de reparar, el derecho de daños también tiene funciones de prevención y sanción, entre otras. A continuación se hará mención de las características principales de cada una de ellas.

4.1. La función preventiva del derecho de daños. Si bien es cierto que jurídicamente se puede reparar un daño, el problema se presenta ante los perjuicios extrapatrimoniales (como por ejemplo: la pérdida de una extremidad ocasionada por un accidente de tránsito), en los que a pesar de que la víctima recibe una indemnización (casi siempre en dinero) por el menoscabo sufrido, la realidad nos indica que esa persona jamás recuperara lo que ha perdido. En estos casos la indemnización funciona como un remedio para devolver credibilidad al sistema y para que la víctima pueda paliar su sufrimiento con la sensación de que se ha hecho justicia, pero claro está que el derecho en estos casos no podrá retrotraer las cosas al estado en que se encontraba la víctima antes de sufrir el perjuicio. Es por ello que la función preventiva del derecho de daños ha adquirido gran relevancia en los últimos años, siempre es mejor prevenir un daño que repararlo.

Nos dicen Pizarro y Vallespinos que la función preventiva se puede clasificar de dos formas: una de carácter general y otra más específica. En la primera la prevención se produce por medio de disuasión, y allí “juega un rol preponderante la acción psicológica de intimidación que ejerce la consecuencia jurídica prevista en la norma” (Pizarro y Vallespinos, 1999a, Pág. 462), es decir que el sujeto actúa con diligencia por temor a contrariar la ley y que se le aplique la sanción prevista en ella.

La prevención específica en cambio, “se realiza mediante la imposición a ciertos sujetos, de deberes especiales, destinados, por ejemplo, a controlar y a aminorar los riesgos de la actividad por ellos desplegada, mediante la adopción de medidas de seguridad adecuadas; o mediante mecanismos orientados a impedir la consumación del daño o a detener los efectos de una acción dañosa ya iniciada” (Pizarro y Vallespinos, 1999a, Pág. 463).

En el derecho argentino existen algunas normas dispersas que regulan las cuestiones tendientes a la prevención del daño, a modo de ejemplo podemos mencionar: el Art. 43 de la Constitución Nacional, el Art. 11 inc. 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Art. 1071 y 1071 bis del Código Civil; art. 79 ley 11.723; art. 39 y 40 Ley 21.541; art. 1 y 3

Ley 23.589, art. 55 y ss. Ley 24.240, etc. Sin embargo, coincidimos con los autores citados supra, en que existe aún la necesidad de una mayor regulación tanto sustancial cuanto procesal, que prevea medidas en busca de la prevención del daño.

El proyecto de reforma del Código Civil de 1998, trata el tema de la prevención del daño en su artículo 1585, que reza: “Toda persona tiene el deber, en cuanto dependa de ella: a) De evitar causar un daño no justificado. b) De adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud. Si tales medidas evitaron o disminuyeron la magnitud de un daño del cual un tercero habría sido responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos que ha incurrido para adoptarlas, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa. c) De no agravar el daño, si ya se ha producido.”

4.2. La función resarcitoria. Nos encontramos aquí frente a la función más importante de todas y sobre la que tradicionalmente se han asentado los fundamentos de la responsabilidad civil. El artículo 1109 del Código Civil argentino habla de la obligación de “reparar” el daño, creemos que es la palabra justa para describir el objetivo de la responsabilidad civil ya que la reparación del perjuicio tiene en mira a la víctima y en intentar colocarla en el estado que se encontraba antes del evento dañoso.

La doctrina dominante habla de la reparación como una “sanción” que se le impone al autor de un daño, pero como nos dicen Pizarro y Vallespinos (1999a), la idea de la reparación como sanción ha sido superada en nuestros días para abarcar una dimensión más amplia. Los autores explican que el resarcimiento no debe ser visto como una sanción, sino como una manera de distribuir los daños en la sociedad, con esto se intenta fundamentar el por qué, en última instancia, una persona distinta de la víctima es quien debe acarrear con las consecuencias negativas del daño.

Por otro lado, López Herrera (2004) nos aporta una visión distinta. Este autor duda de que la función resarcitoria sea la más importante del derecho de daños, y cuestiona que este sea el único o el más efectivo medio para compensar, cuando dice que “hay otros [medios] que también lo hacen, aunque no en forma integral, pero sí más rápida y económica, como la seguridad social o el seguro personal o contra terceros” (López Herrera, 2004, Pág. 24). No coincidimos en este punto con López Herrera, porque consideramos que los medios mencionados son sistemas muy útiles a la hora de resarcir un daño, pero que son

complementarios de la vía civil ordinaria e incluso insuficiente si se quiere apuntar a una reparación integral como explicaremos en los siguientes capítulos.

4.3. La función punitiva. Esta función tiene como objetivo lograr el pleno desmantelamiento de los efectos del acto ilícito. En muchas ocasiones quien causa un daño lo hace deliberadamente, con malicia o con miras a obtener algún rédito económico con la comisión del ilícito, en estos supuestos “la reparación del perjuicio resulta insuficiente para alcanzar el restablecimiento pleno de la legalidad, pues subsiste un beneficio -en este caso económico- derivado directamente del ilícito, a favor de quien delinquiró” (Pizarro y Vallespinos, 1999a, Pág. 465). Es en este momento cuando se hace necesaria la aplicación de una pena civil de carácter pecuniario, de una magnitud tal que desmantela los efectos del ilícito, evitando el enriquecimiento del sindicado como responsable y restableciendo el orden alterado.

Los daños punitivos en el derecho argentino se encuentran legislados en el artículo 52 bis de la ley 24.240, si bien la doctrina mayoritaria advierte serias deficiencias en esta norma, debemos remarcar que es el primer antecedente legislativo nacional que trata el tema de los daños punitivos.

Por su parte, el Anteproyecto de reforma del Código Civil de 1998 propone una norma general sobre los daños punitivos en su artículo 1587, que reza: “MULTA CIVIL. El tribunal tiene atribuciones para aplicar una multa civil a quien actúa con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva. Su monto se fija tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial los beneficios que aquél obtuvo o pudo haber obtenido con su conducta, y tiene el destino que le asigne el tribunal por resolución fundada”.

4.4. Otras funciones. En su obra “Introducción a la Responsabilidad Civil”, Edgardo López Herrera menciona otras dos funciones del derecho de daños. En primer lugar nos habla de una función demarcatoria (que según él, es la primera función del derecho de daños) la cual se encarga de establecer el límite “entre aquello que está permitido, es decir dentro del libre ámbito de actuación y aquello que está prohibido por la norma, que no necesariamente tiene que estar tipificada” (López Herrera, 2004, Págs. 22 y 23). Este límite se encuentra en el artículo 19 de la Constitución Nacional que dice: “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe”.

También menciona que el derecho de daños posee una función admonitoria. Esta función tiene el rol de amonestar y advierte que si bien se encuentra en tratados del *common*

law y no en nuestra doctrina, se podría aplicar en ejemplos de mala praxis profesional o daños por difamación sobre todo si se ordena la publicación de la sentencia.

§ 5. Presupuestos de la responsabilidad civil.

Para que se configure la responsabilidad civil de un sujeto que ha producido un perjuicio a otro, existe una serie de presupuestos que deben estar presentes y ser analizados de manera individual. Ellos son: el daño, la antijuricidad, la relación de causalidad y el factor de atribución (que puede ser subjetivo u objetivo). Siguiendo a Pizarro y Vallespinos (1999a), nos ocuparemos en este apartado del estudio de cada uno de estos presupuestos y sus características más relevantes.

5.1. El daño. El concepto de daño es de fundamental importancia, ya que desde la teoría que se parta dependerán los límites cualitativos y cuantitativos tanto del derecho del damnificado, como de la obligación de resarcir que le corresponda al sindicado como responsable.

5.1.1. Diferentes visiones doctrinarias. Existen distintas teorías con diversos enfoques no coincidentes con respecto al concepto que le corresponda al daño. Explicaremos brevemente cada una de ellas:

a. Doctrina que identifica daño con lesión a un derecho subjetivo: según sus defensores (Brebbia, Mazeaud y Tunc, entre otros), el daño consiste en una lesión a un derecho patrimonial o extrapatrimonial. De este modo, guarda relación con la tradicional división de los derechos y asegura que de lesionarse un derecho patrimonial, se generaría un daño patrimonial; y por el contrario en caso de lesionarse un derecho extrapatrimonial, su resultado debería ser un daño extrapatrimonial. La crítica que se le hace a esta teoría, es que no necesariamente la lesión a un derecho patrimonial derivará en un daño de igual naturaleza, ni la lesión a un derecho extrapatrimonial tiene que resultar en un daño de la misma índole, por ejemplo, una lesión a la integridad psicofísica de una persona no solo generará un daño moral sino que también podría ocasionar un daño patrimonial y viceversa.

b. Doctrina que identifica daño con lesión a un interés legítimo: se enrolan en esta postura De Cupis, Zannoni, Bueres, Bustamante Alsina, entre otros. Sostienen que el daño es la lesión a un interés legítimo que es presupuesto de un derecho. Según esta teoría la distinción entre daño patrimonial y moral no se encontraría en la diferente calidad del derecho lesionado, sino en el interés diverso que es presupuesto de ese derecho. La crítica que recibe esta teoría,

es que existen discrepancias respecto de la extensión que se le aplica al concepto “intereses extrapatrimoniales”, pues algunos le otorgan un sentido muy amplio que excede la espiritualidad de la persona, con lo cual podrían ser titulares las personas jurídicas (Zannoni), y otros solo consideran extrapatrimonial a aquellos intereses del espíritu (Bueres). También se le ataca que confunde las expresiones “daño en sentido amplio” y “daño resarcible”.

c. Doctrina que toma en cuenta el resultado o consecuencia de la acción que causa el detrimento: en este sentido se pronuncian a favor de esta línea de pensamiento autores como Pizarro, Vallespinos, Orgaz, Mosset Iturraspe, Zavala de González, López Cabana y Alterini, entre otros.

Para esta teoría, se debe realizar una distinción entre lesión (o daño en sentido amplio) y daño resarcible. El daño en sentido amplio es la ofensa o lesión a un derecho o interés no ilegítimo que bien puede ser patrimonial o extrapatrimonial. El daño resarcible recibe otro significado según el Código Civil, éste lo considera un presupuesto de la responsabilidad civil (arts. 1068, 1069 y conc.) En este caso, nos enseñan Pizarro y Vallespinos que “el daño ya no se identifica con la sola lesión a un derecho de índole patrimonial o extrapatrimonial, o a un interés que es presupuesto de aquél, sino que es la consecuencia perjudicial o menoscabo que se desprende de la aludida lesión. Entre la lesión y el menoscabo existe una relación de causa a efecto. El daño resarcible es esto último” (Pizarro y Vallespinos, 1999a, Pág. 640).

5.1.2. Requisitos del daño resarcible. Como explicamos en el punto anterior, siguiendo a la doctrina que considera que el daño es el resultado o consecuencia de la acción que causa el detrimento, sólo el daño que produce efectos jurídicos es aquel que importa a la responsabilidad civil y obligará al responsable a responder por su accionar. Para que este daño jurídico se configure y sea susceptible de ser resarcido, deben cumplirse una serie de requisitos, ellos son:

a. El daño debe ser cierto: para Pizarro y Vallespinos “el daño es cierto cuando cualitativamente resulta constatable su existencia, aun cuando no pueda determinarse su cuantía con exactitud”, y aclaran que “la certidumbre del daño se relaciona con la consecuencia que genera la acción lesiva y también con la índole del interés lesionado. Un daño puramente eventual o hipotético no es idóneo para generar consecuencias resarcitorias” (Pizarro y Vallespinos, 1999b, Pág. 649).

b. El daño debe ser personal: la única persona que puede reclamar la reparación del daño es quien sufre el perjuicio. El daño personal puede ser directo o indirecto, el primer supuesto se configura cuando el titular del interés afectado es la víctima del ilícito, en cambio

será indirecto cuando el perjuicio propio alegado por el actor, sea consecuencia de una afectación a bienes patrimoniales o extrapatrimoniales de otra persona.

c. El daño debe resultar de la lesión a un simple interés no ilegítimo: este tópico ha dado lugar a dos teorías diferentes:

1. La lesión a un derecho subjetivo o a un interés jurídicamente protegido como presupuesto del daño resarcible: cierto sector de la doctrina (Orgaz, Bustamante Alsina, Kemelmajer de Carlucci, Trigo Represas) exige la lesión a un derecho subjetivo o a un interés jurídicamente protegido. Esta teoría tiene como premisa principal evitar que existan excesivos damnificados a raíz de un mismo hecho dañoso. Como fundamento en el ámbito de reparación de perjuicios patrimoniales, evocan el art. 1068 del Código Civil como limitación al art. 1079. Con respecto al daño moral ponen énfasis en el segundo párrafo del art. 1078 del código, que limita la legitimación activa para reclamar.

2. La doctrina del simple interés (no ilegítimo): nos dicen Pizarro y Vallespinos, que otro sector de la doctrina (Bueres, Mosset Iturraspe, Zannoni, Zavala de González, Perellada) se pronuncia por ideas más flexibles, y sostiene “que es suficiente una lesión a un interés o expectativa, patrimonial o espiritual, no reprobado por el derecho, esto es, a un simple interés de hecho no ilegítimo” (Pizarro y Vallespinos, 1999a, Págs. 657 y 658). Coincidimos con los juristas cordobeses al considerar postura es la que guarda mayor armonía con la letra y el espíritu de nuestro sistema jurídico, y con los principios modernos del derecho de daños.

d. El daño debe subsistir al momento del dictado de la sentencia: por consiguiente, si el perjuicio ha sido indemnizado con anterioridad al fallo jurisdiccional, la pretensión de reparación no corresponderá.

5.1.3. Diferentes clases de daños. El daño sufrido por una persona puede presentar diferentes características. La doctrina nos ofrece una vasta clasificación para identificar estos daños y, siguiendo a Pizarro y Vallespinos (1999a), expondremos brevemente en este apartado los que a nuestro criterio son los más importantes, tomando como referencia para realizar tal valoración, la hipótesis elegida para llevar a cabo este trabajo final de grado.

a. Daño patrimonial y extrapatrimonial o moral: para Pizarro y Vallespinos, estaremos frente a un daño patrimonial “cuando se menoscaba el patrimonio de una persona, sea en sus elementos actuales, sea en sus posibilidades normales, futuras y previsibles”, y el daño moral se configura mediante “una minoración en la subjetividad de la persona de existencia visible, derivada de la lesión a un interés no patrimonial” (Pizarro y Vallespinos, 1999a, Págs. 640 y 641). El daño patrimonial a su vez se divide en lucro emergente y daño

cesante, que se encuentran perfectamente definidos en el art. 519² y en la primera parte del art. 1069³ del Código Civil. Sobre el daño moral nos extenderemos en su análisis en los siguientes capítulos.

b. Daño directo e indirecto: como ya dijéramos cuando definimos los requisitos del daño, el primer supuesto se configura cuando el titular del interés afectado es la víctima del ilícito, en cambio será indirecto cuando el perjuicio propio alegado por el actor, sea consecuencia de una afectación a bienes patrimoniales o extrapatrimoniales de otra persona.

c. Daños individuales y colectivos o difusos: Pizarro y Vallespinos no los nombran en su clasificación, pero consideramos importante aportar esta distinción. Así, estaremos en presencia de un daño individual cuando afecte de manera directa a una persona, y los daños colectivos o difusos, afectarán a un grupo de personas, determinables o no, según se trate de uno u otro supuesto.

d. Daños inmediatos y mediatos: los primeros se encuentran descriptos en el art. 901 del Código Civil y son aquellos “que resultan del incumplimiento de una obligación o de un ilícito extracontractual, conforme al curso normal y ordinario de las cosas”, por otro lado los mediatos se hallan en el artículo siguiente y son “los que resultan de la conexión del incumplimiento del deudor o del ilícito extracontractual con un acontecimiento distinto” (Pizarro y Vallespinos, 1999a, Pág. 664).

e. Daño actual y daño futuro: Pizarro y Vallespinos nos brindan una diferenciación clara y concisa, nos dicen que “Daño actual es aquel ya producido al momento de dictarse sentencia; o, con mayor precisión, daño futuro es el que todavía no se ha producido al tiempo de dictarse sentencia, pero que se presenta como una previsible prolongación o agravación de un daño actual, o como un nuevo menoscabo futuro, derivado de una situación de hecho actual” (Pizarro y Vallespinos, 1999a, Págs. 662 y 663).

5.2. Antijuricidad. Concepto. La doctrina es pacífica a la hora definir la antijuricidad. Para Zavala de González “la antijuricidad radica en la contradicción entre el hecho de una persona y el ordenamiento jurídico, considerado éste en forma integral. Es un juicio objetivo de desaprobación sobre el hecho al cual se califica entonces de ilícito” (Zavala de González,

² Art. 519 Cód. Civ.: Se llaman daños e intereses el valor de la pérdida que haya sufrido, y el de la utilidad que haya dejado de percibir el acreedor de la obligación, por la inexecución de ésta a debido tiempo.

³ Art. 1069 Cód. Civ. (primer párrafo): El daño comprende no sólo el perjuicio efectivamente sufrido, sino también la ganancia de que fue privado el damnificado por el acto ilícito, y que en este Código se designa por las palabras “pérdidas e intereses”.

1999, Pág. 313). Bueres define la antijuricidad como “la contradicción entre la conducta y el ordenamiento jurídico aprehendido en su totalidad” (Bueres, 2007, Pág. 30).

Esta conducta a la que hacen referencia los autores citados, puede ser comisiva u omisiva, pero no se requiere la voluntariedad de la persona, por lo tanto se encuentran incluidos los actos habituales y los instintivos, pero quedan fuera de su alcance los actos reflejos, o que provengan de estados de inconciencia o provocados por fuerza irresistible⁴.

Análoga opinión nos ofrecen Pizarro y Vallespinos al opinar que “se trata de un concepto netamente objetivo, que deriva de la contrariedad de la acción con el derecho, por lo tanto, es independiente de la voluntariedad y de la culpabilidad del agente” (Pizarro y Vallespinos, 1999a, Pág. 480).

5.2.1. Antijuricidad formal y material. Esta distinción posee gran relevancia. Por un lado tenemos a la antijuricidad formal, que se presenta cuando la acción es contraria a una prohibición jurídica, sea de hacer o de no hacer. La antijuricidad material (o sustancial) en cambio, tiene un sentido más amplio que la formal, ya que no solo comprende las prohibiciones expresas, sino también las que se infieren de principios fundamentales como las buenas costumbres, la moral o el orden público. Como dice Bueres, la antijuricidad “supone un juicio de menosprecio con respecto al ordenamiento, comprensivo éste de las leyes, las costumbres relevantes, los principios jurídicos estrictos derivados del sistema y los principios del orden natural”, y concluye diciendo que “en esta fórmula amplia caben sin esfuerzo las infracciones que comprometen al orden público, las buenas costumbres, la solidaridad social, la buena fe, etcétera” (Bueres, 2007, Pág. 31).

5.2.2. El problema de las prohibiciones genéricas. Si nos detuviéramos en el art. 19⁵ de la Constitución Nacional y el art. 1066⁶ del Código Civil, podríamos diagnosticar con facilidad, que para que una conducta sea considerada antijurídica es imprescindible que se encuentre expresamente prohibida por alguna norma del ordenamiento jurídico, pero esta conclusión a la que se arriba apresuradamente no es correcta. Podemos advertir el error

⁴ Sobre esta cuestión, Bueres agrega que “la antijuricidad es un quid objetivo que no se nutre necesariamente de la voluntad, en tanto hay actos involuntarios objetivamente ilícitos” (Bueres, 2007, Pág. 32).

⁵ Art. 19 C.N.: Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

⁶ Art. 1066 Cód. Civ.: Ningún acto voluntario tendrá carácter de ilícito, si no fuere expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía; y a ningún acto ilícito se le podrá aplicar pena, o sanción de este Código, si no hubiere una disposición de la ley que la hubiese dispuesto.

siguiendo a Pizarro y Vallespinos, quienes citando a Zavala de González⁷, sostienen que “el carácter expreso de la prohibición sólo implica que debe estar consignada por la ley a través de términos claros, indubitables, inequívocos, ciertos o inconfundibles, no necesariamente sacramentales ni ceñidos a lo casuístico. No supone, entonces, la descripción particularizada del elenco de hechos ilícitos [...]” (Pizarro y Vallespinos, 1999a, Pág. 482). Vale recordar también que la tipicidad del delito es una característica propia del sistema penal, más no de la responsabilidad civil -salvo algunas excepciones-. Consideramos que más allá de las especificidades que pueda presentar el Código Civil, el parámetro para determinar la antijuricidad material de una conducta será siempre la violación del principio general “*alterum non laedere*”, es decir que siempre que se dañe a otro o a alguien, estaremos en condiciones de decir que ese hecho generador ha sido antijurídico.

5.3. La relación de causalidad. Concepto. Según Pizarro y Vallespinos “la necesaria conexión fáctica que debe existir entre la acción humana y el resultado dañoso producido se denomina relación de causalidad. La relación de causalidad vincula materialmente, de manera directa, al incumplimiento obligacional o al acto ilícito aquiliano con el daño y, en forma sucedánea e indirecta, a éste con el factor de atribución” (Pizarro y Vallespinos, 1999b, Pág. 94).

La relación de causalidad vista así, lo que nos proporciona es la herramienta para poder determinar cuándo un daño es susceptible de ser atribuido a una persona. Vale aclarar que no debemos confundirnos con la culpabilidad, porque si bien un sujeto puede ser sindicado como el autor material de un daño, sólo en una instancia posterior se analizará si ese accionar es merecedor de algún tipo de reproche jurídico.

5.3.1. Funciones de la relación de causalidad. Se le atribuye una doble función:

a. Determinar la autoría: permite comprobar científicamente la “*imputatio facti*”, es decir, cuando un daño es pasible de ser atribuido materialmente a la conducta de una persona determinada.

b. Adecuación: nos proporciona los parámetros objetivos para determinar la extensión del resarcimiento, utilizando para ello, un sistema predeterminado de imputación de consecuencias establecido en el Código Civil (arts. 520, 521 y 901 a 906). Esta función nos permite establecer hasta donde debe responder el autor material del daño (Pizarro y Vallespinos, 1999b).

⁷ Zavala de González, M. (1981). “Reflexiones sobre la ilicitud”, JA 1981-IV-732.

5.3.2. Distintas teorías sobre la relación de causalidad. Establecer el criterio adecuado para determinar cuál es la causa jurídica de un daño significa una tarea compleja. De las muchas teorías que se han formulado para ello, haremos referencia a las más importantes que han tenido recepción en el derecho privado:

a. Teoría de la equivalencia de las condiciones: esta teoría es atribuida a Stuart Mill, quien considera que la causa es el resultado de todas las condiciones positivas y negativas que en su conjunto contribuyen a producirlo. Es decir, que a cada condición se le asigna el mismo valor. Se le critica, que amplía la responsabilidad hasta el infinito ya que se podrían analizar cuáles fueron las causas de las causas.

b. Teoría de la causa próxima: Se le imputa a Francis Bacon, quien considera que la causa relevante es la condición cronológicamente más próxima al resultado dañoso. Se le objeta que si bien es frecuente que esto suceda, no siempre lo es.

c. Teoría de la condición preponderante y de la causa eficiente: Estas dos teorías se encuentran muy ligadas entre sí. La primera sostiene que aquella condición que rompe con el equilibrio entre los factores considerados favorables y adversos, será la causa del daño. La segunda, considera como causa a aquella condición que tenga “más poder intrínseco de causación del fenómeno” (Pizarro y Vallespinos, 1999b, Pág. 101). Citando a Goldenberg⁸, Pizarro y Vallespinos explican que la crítica que se les hace a estas teorías es “la imposibilidad de escindir materialmente un resultado, de suyo indivisible, para atribuir a una condición per se un poder causal decisivo, sobre la base de construcciones teóricas dotadas de un empirismo sin fundamento, que las despoja de todo rigor científico” (Pizarro y Vallespinos, 1999b, Pág. 102).

d. Teoría de la causalidad adecuada: Esta teoría es delineada por Luis von Bar en 1871 y desarrollada por von Kries, y es la de mayor predicamento en la actualidad. La adecuación de la causa está ligada a la idea de regularidad, a lo que generalmente estamos acostumbrados que suceda conforme al curso ordinario de las cosas. Según esta hipótesis el juicio de probabilidad debe realizarse ex post facto y en abstracto.

5.3.3. La relación de causalidad en el código civil. La doctrina y jurisprudencia nacional son pacíficas al admitir esta teoría como la que mejor se adapta a nuestro código. Pizarro y Vallespinos –siguiendo a Orgaz- destacan que es importante advertir, que si bien estas construcciones han sido desarrolladas por juristas del fuero penal pueden ser trasladables al derecho civil. Así, en materia de responsabilidad penal, impera el principio de la identidad

⁸ Goldenberg, I. (2004). *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea.

entre el delincuente y quien recibe la pena, además se produce por el hecho propio y sólo cuando está tipificado y punido por la ley (Pizarro y Vallespinos, 1999b).

En materia de responsabilidad civil, podemos observar los siguientes supuestos:

a. En los casos de responsabilidad por el hecho propio, no difiere mucho de las reglas del derecho penal, ya que se observa la conexión que se produce entre la conducta del agente y el daño.

b. Tratándose de responsabilidades reflejas con fundamento en la culpa presumida, como es el caso de la responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos menores de edad, se considera que ellos –por su negligencia en la vigilancia- son los autores mediatos del daño causado por estos últimos.

c. En el ámbito de la responsabilidad objetiva por el hecho de un tercero, como sucede en el caso de la responsabilidad del principal por el hecho de sus dependientes (art. 1113 C.C.), la solución es similar al caso anterior, sólo que el principal no es el autor mediato sino que responde como garante de la actuación del dependiente.

d. Y por último, cuando se causa un perjuicio por el riesgo o vicio de la cosa (art. 1113, párr. 2do.), deberán responder frente a la víctima, el dueño y el guardián de la misma en forma concurrente.

5.3.4. Clasificación de las consecuencias. Las consecuencias se encuentran desarrolladas conceptualmente el artículo 901 de nuestro código civil que reza: Las consecuencias de un hecho que acostumbra suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este Código “consecuencias inmediatas”. Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman “consecuencias mediatas”. Las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman “consecuencias casuales”.

El modo de imputar esas consecuencias también se encuentra establecido expresamente en el código en los artículos 903 a 906⁹.

5.4. El factor de atribución. El tema en cuestión adquiere una profundidad y complejidad importante, y no es nuestra intención convertir este trabajo en un manual de estudio para alumnos de la carrera. Por este motivo, nos limitaremos en este apartado a delinear

⁹ Art. 903 Cód. Civ.: Las consecuencias inmediatas de los hechos libres, son imputables al autor de ellos.

Art. 904 Cód. Civ.: Las consecuencias mediatas son también imputables al autor del hecho, cuando las hubiere previsto, y cuando empleando la debida atención y conocimiento de la cosa, haya podido preverlas.

Art. 905 Cód. Civ.: Las consecuencias puramente casuales no son imputables al autor del hecho, sino cuando debieron resultar, según las miras que tuvo al ejecutar el hecho.

Art. 906 Cód. Civ.: En ningún caso son imputables las consecuencias remotas, que no tienen con el hecho ilícito nexos adecuados de causalidad.

brevemente los conceptos básicos de las dos líneas que se erigen como presupuestos de atribución de responsabilidad civil, sin perjuicio de profundizar sobre ellos en capítulos posteriores cuando su análisis lo requiera.

Retomando el argumento, para Pizarro y Vallespinos el factor de atribución “constituye el elemento axiológico o valorativo, en virtud del cual el ordenamiento jurídico dispone la imputación de las consecuencias dañosas del incumplimiento obligacional o de un hecho ilícito stricto sensu a una determinada persona” (Pizarro y Vallespinos, 1999a, Pág. 575).

5.4.1. Factores subjetivos de atribución. Los factores subjetivos de atribución son el dolo y la culpa. Ambos presuponen que el sujeto sea autor material del daño, y la causa inteligente y libre de ese comportamiento. Es por ello que Pizarro y Vallespinos (1999a) nos enseñan que existen dos momentos de análisis.

Primero se realiza una imputabilidad de “primer grado”, que se organiza sobre la voluntariedad del acto, y que busca determinar previamente si el agente ha actuado con intención, libertad y discernimiento, es decir que en el acto no se manifieste ningún tipo de vicio. Según el código civil, carecen de discernimiento los menores de diez años en materia de actos ilícitos y de catorce años para los actos lícitos; las personas afectadas por una enfermedad mental permanente o quienes han perdido accidentalmente la razón (arts. 921 y 1076, C.C.). También impiden que se configure la voluntad del agente, el error o la ignorancia excusable de hecho que recae sobre el hecho principal que constituye el acto ilícito (art. 930 C.C.), y el error provocado (dolo). La fuerza irresistible y el temor por amenazas (arts. 936 y 937 C.C.), configuran el vicio de violencia.

Una vez establecida la imputabilidad de primer grado, recién es posible formular la de segundo grado, que apunta a realizar el juicio de reproche que merece dicha conducta y que puede presentarse según su gravedad, bajo la forma de dolo o culpa.

5.4.2. Factores objetivos de atribución. Se caracterizan principalmente por fundar la atribución del perjuicio en parámetros objetivos de imputación, prescindiendo totalmente de la idea de culpabilidad. Visto así, la responsabilidad objetiva tiene un elemento positivo, axiológico, que la justifica y determina su presencia, convirtiéndose en mucho más que una mera responsabilidad sin culpa (Pizarro y Vallespinos, 1999a).

5.4.2.1. Clasificación. A continuación realizaremos un breve análisis de los factores objetivos de atribución más importantes.

a. La teoría del riesgo: esta doctrina intenta proveer una explicación a la responsabilidad civil basada en el riesgo, sin embargo, se pueden advertir diferentes líneas de pensamiento dentro de ella:

1. Teoría del riesgo creado: para esta teoría quien es dueño, o se sirve de las cosas o realiza actividades que por su naturaleza o modo de empleo produce riesgos potenciales a terceros, deben responder por los daños que ocasionen. Es la postura que Pizarro y Vallespinos (1999a) consideran correcta y se encuentra consagrada en el art. 1113¹⁰ del código civil.

2. La doctrina del riesgo-beneficio: quienes defienden esta teoría, consideran que se debería responder objetivamente por cualquier riesgo creado siempre que permita alcanzar un beneficio, es decir que si el responsable del perjuicio no obtiene ninguna utilidad o ventaja para sí, no debería responder por ello.

3. La doctrina del acto anormal: esta doctrina considera que quien incorpora a la sociedad un riesgo, sólo debe responder por las consecuencias perjudiciales que excedan la normalidad.

b. La garantía: una parte de la doctrina considera que la garantía es un factor autónomo de atribución objetivo. Estarían incluidos dentro de la garantía, la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente (en el ámbito de la responsabilidad aquiliana), y la obligación de seguridad, incluida con carácter general y accesorio, de manera tácita, en ciertos contratos (responsabilidad contractual). También quedan incluidos los daños que el deudor pueda ocasionar al acreedor por medio de los terceros que introduzca para la ejecución del contrato (Pizarro y Vallespinos, 1999a).

c. La equidad: nos dicen Pizarro y Vallespinos que la equidad “se presenta en nuestro derecho como un nuevo factor de atribución de responsabilidad de carácter objetivo, en materia de daño involuntario” (Pizarro y Vallespinos, 1999a, Pág. 630). Cuando dicen que debe ser involuntario hacen referencia a que el daño debe ser causado sin vicios de la voluntad.

Nos aclaran los juristas cordobeses que, en principio, esta clase de daños no genera responsabilidad civil. Sin embargo, podemos encontrar en el artículo 907¹¹ del código civil dos excepciones dentro de esta regla. La primera, contenida en la primera parte del artículo, se funda en el principio del enriquecimiento sin causa. La segunda la constituye la indemnización

¹⁰ Art. 1113 Cód. Civ.: La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado.

En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.

Si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable.

¹¹ Art. 907 Cód. Civ.: Cuando por los hechos involuntarios se causare a otro algún daño en su persona y bienes, sólo se responderá con la indemnización correspondiente, si con el daño se enriqueció el autor del hecho, y en tanto, en cuanto se hubiere enriquecido. Los jueces podrán también disponer un resarcimiento a favor de la víctima del daño, fundados en razones de equidad, teniendo en cuenta la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima.

de equidad inserta en la segunda parte del artículo, que se basa en un parámetro objetivo de imputación.

d. El abuso del derecho y el exceso en la normal tolerancia entre vecinos: Según Pizarro y Vallespinos hay una parte de la doctrina (Bustamante Alsina, Bueres, Alterini) que considera que el ejercicio abusivo de un derecho (art. 1071¹² C.C.) y el exceso en la normal tolerancia entre vecinos (art. 2618¹³ C.C.), configurarían factores de atribución objetivos. Los autores critican esta posición, pues no los consideran como factores autónomos de atribución, sino como “una modalidad de antijuricidad” (Pizarro y Vallespinos, 1999a, Pág. 632), postura a la que adherimos.

e. Otros posibles factores objetivos de atribución: Advierten Pizarro y Vallespinos (1999a), que la doctrina admite en mayor o menor medida, otros factores objetivos de atribución, dependiendo de los autores que se estudie. Entre ellos podemos mencionar a la seguridad como deber calificado de seguridad o tutela especial del crédito en las llamadas obligaciones de resultado, la igualdad ante las cargas públicas, la seguridad social, el derecho a la intimidad, y la actividad económica en sí misma.

¹² Art. 1.071 Cód. Civ.: El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquella tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

¹³ Art. 2.618 Cód. Civ.: Las molestias que ocasionen el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o daños similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos, no deben exceder la normal tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar y aunque mediare autorización administrativa para aquéllas. Según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la indemnización de los daños o la cesación de tales molestias.

En la aplicación de esta disposición el juez debe contemporizar las exigencias de la producción y el respeto debido al uso regular de la propiedad; asimismo tendrá en cuenta la prioridad en el uso.

El juicio tramitará sumariamente.

Capítulo II

“Hacia el publicismo del Derecho Privado”

§ 6. Introducción.

En las últimas décadas, son numerosos los fallos de nuestra Corte Suprema de Justicia que se han ocupado de dar jerarquía constitucional a los principios fundamentales del derecho de daños. No hay duda alguna de la importancia que ha traído aparejada esta situación, no solo a nivel teórico sino también práctico.

En este capítulo analizaremos los principios fundamentales del derecho de daños, y como ha influido esta suerte de “publicismo” que han adquirido a partir de los mencionados fallos. Particularmente haremos hincapié en los dos que, a nuestro entender, son los más importantes, el principio “*neminem laedere*” y el principio de “reparación plena e integral”.

§ 7. Principios fundamentales del Derecho de Daños.

Siguiendo a Pizarro y Vallespinos (1999a), nos ocuparemos en este apartado, de caracterizar brevemente los principios fundamentales sobre los que asienta la responsabilidad civil.

a. *Neminem laedere*: Su traducción significa “no dañar a nadie”. Es uno de los tres principios básicos del derecho, publicados por Ulpiano en el Digesto o Pandectas (“*Honeste vivere, neminem laedere et suum cuique tribuere*”), receptado por casi todos los sistemas jurídicos actuales. Este principio implica una presunción iuris tantum de que todo daño causado es antijurídico, salvo que exista una causa de justificación.

b. Necesidad de factor de atribución: Al ser un presupuesto del derecho de daños, no existirá responsabilidad civil sin un factor de atribución, es decir un parámetro axiológico que justifique –objetiva o subjetivamente– la atribución de un daño en particular al sindicado como responsable.

c. Principio de reserva: Según este principio, “no existe deber ni transgresión sin norma que lo imponga” (Pizarro y Vallespinos, 1999a, Pág. 467). Surge del artículo 19 de la Constitución Nacional, y de los arts. 53, 1063, 1074 y conchs. del Código Civil. Vale la aclaración sin embargo, de que a diferencia del derecho penal donde la regla es la tipicidad del

delito, en el ámbito de la responsabilidad civil rige la atipicidad del ilícito, de manera que no es necesario que una norma describa específicamente el ilícito sino que, como mencionamos supra, en principio todo daño se presume antijurídico salvo que medie alguna causa de justificación.

d. Principio de prevención: Se relaciona con la función preventiva del derecho de daños (tema desarrollado supra en §4.1), y hace referencia a que todo sujeto debe tomar las medidas adecuadas a fin de evitar daños no justificados, o aminorar la magnitud y gravedad de un daño ya causado.

e. Principio de reparación plena e integral: Implica la razonable equivalencia jurídica entre el daño y la reparación. La equivalencia jurídica está sujeta a cuatro reglas: a) el daño debe ser fijado al momento de la decisión, b) la indemnización no debe ser inferior al perjuicio, c) la valoración debe realizarse en concreto, y d) la reparación no debe ser superior al daño sufrido por la víctima.

§ 8. El principio “*alterum non laedere*”.

Si existe una materia que sea fundamental para la formación del jurista moderno, esa es sin duda el Derecho Romano, ya que nos acerca las enseñanzas de la Roma Clásica, que sirvieron de base a la mayor parte de la legislación codificada de Europa y América Hispana.

Los principios del Derecho Romano –aunque ya no se encuentra vigente- siguen siendo utilizados por los operadores jurídicos, sobre todo en los casos en los que el derecho positivo presenta lagunas, o para atacar la constitucionalidad de algún artículo reforzando sus argumentos con las doctrinas de Ulpiano, Paulo, Modestino y demás jurisconsultos.

En este sentido, el Digesto (1, 1, 10) nos presenta una definición de Ulpiano que resumía en tres preceptos muy sencillos la idea que los romanos tenían del derecho: “*honeste vivere, alterum non laedere y suum cuique tribuere*”. El primero de ellos, vivir honestamente, destaca a la persona como sujeto básico del derecho y apunta a hacer un hombre de bien; el segundo, no dañar al otro, constituye el fundamento del principio de responsabilidad y del deber indemnizatorio; y el tercero, dar a cada uno lo suyo, legitimaría al Estado y fundamentalmente al Poder Judicial como sujetos encargados de resolver los conflictos jurídicos (González Fernández, 2005; Hayes, 2012; López Herrera, 2004).

Estos principios generales son los que dan forma a todo el derecho positivo vigente y, es por ello, que nos gustaría compartir un pensamiento de Guasp Delgado (1971) con el que

coincidimos. Este autor considera que los principios jurídicos son “aquellos que por sustentar a todo el Derecho de un modo específico, hacen depender de sí mismos la subsistencia de cualquier figura jurídica particular”. Y es que sostenemos que en el caso particular del *alterum non laedere* por ejemplo, el sólo hecho de que alguien cause un daño a otro debería generar algún tipo de responsabilidad, y debería revestir a priori la calidad de antijurídico.

De estos principios que regían la vida en la antigua Roma, estamos convencidos que el *alterum non laedere*, es sin duda alguna, el de mayor importancia y el que más vigencia presenta al día de hoy, a punto tal, que Saux (2014) lo considera “un elemento basilar de la responsabilidad civil” y que además “se encuentra en expansión objetiva y subjetiva”.

El significado de la locución latina *alterum non laedere*, literalmente es “no dañar al otro”, y creemos que esta idea (la de no dañar) es tan básica e imprescindible para la vida en sociedad, que cualquier persona con discernimiento la puede comprender sin necesidad de una instrucción técnica. Desde muy pequeños la familia nos inculca este principio jurídico para que podamos desenvolvernos sin problemas en nuestra vida cotidiana. En palabras de Hayes (2012), el *alterum non laedere* “implica comportarse en la vida social con la debida prudencia y diligencia de modo que la conducta del individuo no provoque perjuicios a los demás, sea en su persona, en los bienes o en las cosas de su pertenencia”.

En muchas ocasiones se utilizan indistintamente las frases *alterum non laedere* o *neminem laedere*, que significa “no dañar a nadie”, y más allá de que hay cierta doctrina que señala algunas diferencias y alcances de uno y otro principio, preferimos obviar esas diferencias ya que para nosotros tienen un valor similar, debido a que creemos que lo importante es el “no dañar”, ya sea al otro o a nadie, por más que el segundo pareciera ser más abarcativo o poseer un alcance más general que el primero.

Este principio se encuentra plasmado en el artículo 1109 de nuestro Código Civil en cuanto establece que: “Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio”. También se encuentra recogido por la Constitución Nacional en su artículo 19¹⁴, y desde esta óptica es que ha tenido los mayores avances en los últimos tiempos y ha sido reconocido como principio general del derecho por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en numerosos fallos, elongando así los

¹⁴ Art. 19 C.N.: Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

límites de la responsabilidad civil, a punto tal de que algunos autores hablen de una suerte de “publicismo del derecho civil”, tema que trataremos en el desarrollo de este capítulo.

§ 9. Constitucionalización de los principios de derecho privado.

Un importante sector de la doctrina de nuestro país coincide en que el derecho de daños ha evolucionado mucho en las últimas siete décadas, tanto en lo conceptual como también en lo funcional. El eminente jurista cordobés Ramón Daniel Pizarro considera que sus fronteras se han “elongado”, y atribuye este fenómeno a la expansión de sus presupuestos clásicos que, según su opinión, “son ponderados hoy con una cosmovisión distinta de la que se tenía tiempo atrás” (Pizarro, 2005).

Nos ocuparemos en este acápite de analizar cómo los principios que fundaron y dan sentido a nuestra Carta Magna pueden encargarse de tutelar intereses específicos dentro de la órbita del derecho privado dándose de esta manera una suerte de confluencia entre el derecho público y privado.

En el párrafo anterior hicimos alusión al principio de no dañar -el cual se encuentra implícito en el artículo 19 de la Constitución Nacional- y de la particular importancia que revestía desde nuestro punto de vista.

Este principio junto con el de reparación plena ha sido puesto de relieve por la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal en los renombrados precedentes “Santa Coloma”, “Gunther” y especialmente en “Aquino”, los cuales han marcado el camino para garantizar los derechos de las personas en estado de vulnerabilidad, reafirmando una vez más el principio de supremacía constitucional.

En Santa Coloma¹⁵ la Corte se pronunció diciendo que “la sentencia apelada lesiona el principio *alterum non laedere* que tiene raíz constitucional y ofende el sentido de justicia de la sociedad, cuya vigencia debe ser afianzada por el tribunal dentro del marco de sus atribuciones y en consonancia con lo consagrado en el preámbulo de la Carta Magna”.

Luego en Gunther¹⁶ la corte reconocería expresamente que el derecho a la reparación del daño no solo incumbe al derecho privado sino que tiene jerarquía constitucional con sustento también el artículo 19 C.N.: “los artículos 1109 y 1113 del Cód. Civil consagran el

¹⁵ C.S.J.N., “Santa Coloma, Luis F. y otros c/ Ferrocarriles Argentinos”, Fallos 308:1160 (1966) y J.A. 1986-IV-625.

¹⁶ C.S.J.N., “Gunther Fernando c/ Gobierno Nacional”, Fallos 308:1118 (1986) y J.A. 1987-IV-653.

principio general establecido en el artículo 19 de la Constitución Nacional que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero. El principio *alterum non laedere*, entrañablemente vinculado a la idea de reparación tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica”.

Ya en Aquino¹⁷ nuestra Corte Suprema reafirma lo dicho en Santa Coloma y en el considerando 14 de Gunther citado supra, y expone –citando el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos- que “la dignidad del ser humano, que no deriva de un reconocimiento ni de un gracia de las autoridades o poderes, toda vez que resulta “intrínseca” o “inherente” a todas y cada una de las personas humanas y por el solo hecho de serlo”, luego hace referencia a lo expresado por la declaración americana de derechos y deberes del hombre mencionando “que los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen, que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar materialmente y alcanzar la felicidad”¹⁸.

La Corte por medio de estos fallos se enrola en el papel protagónico de defensora del hombre, poniendo de esta forma al ser humano en la cúspide de la pirámide jurídica y garantizando la protección de sus derechos, mediante el reconocimiento de los principios *alterum non laedere* y de reparación plena como principios constitucionales, exigiendo que cualquier ley o norma que vulnere alguno de estos principios tenga que sortear inevitablemente una examen de constitucionalidad.

Díez-Picazo entiende que “el derecho de la responsabilidad civil o Derecho de daños se encuentra, en los momentos actuales, en un punto muy sensible de indefinición, pues convergen en él las tendencias doctrinales y jurisprudenciales que han empujado en las últimas décadas su evolución hacia una muy significativa ampliación y, al mismo tiempo, factores que aconsejan someterlo a una cierta dosis de restricción” (Díez-Picazo, 1999, Pág. 19).

Coincidimos con los autores citados supra, en que los presupuestos del derecho de daños se han extendido de tal manera, que han sido origen de numerosos reclamos de lo que

¹⁷ C.S.J.N., “Aquino Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A.”, J.A. 2004-IV-16 (2004).

¹⁸ C.S.J.N., “Aquino Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A.”, J.A. 2004-IV-16 (2004), consid. 11.

parte de la doctrina moderna ha llamado “nuevos daños”¹⁹ y por lo que gran parte de ella ha solicitado que se construyan “diques de contención” para evitar la “cataratas de demandas” que pueda producirse debido a la expansión de los presupuestos de la responsabilidad por daños.

En este sentido, Busnelli afirma que “doctrina y jurisprudencia se habían esforzado en experimentar, o de cualquier modo proponer, un adecuado *floodgate* para poner un freno razonable a la creciente ola de pretensiones resarcitorias en una responsabilidad civil de confines cada vez más dilatados” (Busnelli, 2009, Pág. 340).

§ 10. El principio de reparación plena e integral.

Hace ya algún tiempo, en el campo del derecho civil se está produciendo una notable mutación en la perspectiva utilizada para el estudio de los daños y las obligaciones de responder que estos generan, es así que los tradicionales principios de la reparación civil están siendo poco a poco dejados de lado por los ideales de “la reparación integral del daño” o “el pleno resarcimiento del dañado”.

La recepción constitucional de los pactos y convenciones de derechos humanos en nuestro país y la consitucionalización de los principios “*alterum non laedere*” y de “reparación plena” del daño, desviaron la mirada de los tribunales que comienzan a alejarse de los rígidos esquemas de análisis de responsabilidad y reparación del daño dando lugar de esta manera a una nueva visión, en donde la persona es el centro de atención en la búsqueda de la reparación integral del daño por el operador jurídico.

Uno de los cambios más importantes de los últimos cincuenta años ha sido sin dudas el paso de un esquema de responsabilidad basado en la culpa hacia un sistema de redistribución del daño sobre la base de una diversidad de criterios de imputación, lo que derivó en una mayor atención hacia la víctima del perjuicio y que inevitablemente trajo aparejado un ensanchamiento de los intereses dignos de protección (De Lorenzo, 2000).

Haciendo referencia a los cambios que marcábamos Ariza señala el impacto que provocan en el derecho privado, puesto que según su punto de vista, “algunos segmentos de su materia pasan a formar parte de la carta constitucional alterándose sustancialmente la relativa autonomía de los sistemas formados a la luz de las codificaciones” (Ariza, 1995, Pág. 60).

¹⁹ Sobre este tema ver Burgos, O. (2012). *Daños al proyecto de vida*. Astrea: Bs. As. (Pág. 101 y sig.) y Galdós, J. (2005). “Daños a la persona”. *RCyS 2005-35*.

Pues como dice Burgos, “muy poco queda ya de aquella sociedad organizada por regulaciones jurídicas que operaban como compartimientos estancos, signada en sus relaciones cotidianas por los parámetros propios de la responsabilidad civil en estado puro” y completa la idea diciendo que “incluso las ulteriores evoluciones de este modelo -cuya primera razón de ser era la de disciplinar al responsable de un comportamiento antijurídico- se presentan como notoriamente ajenas a la acelerada mutación de las posibilidades del mundo real y a su cada vez más amplio desborde de los esquemas de pensamiento jurídico” (Burgos, 2012, Pág. 3).

Burgos nos quiere decir con esto, que frente a las nuevas situaciones problemáticas a las que el mundo jurídico se enfrenta hoy –muy diferentes por cierto de los tiempos que se vivían cuando se dictó el código decimonónico- el Derecho de Daños no puede permanecer ajeno.

Para Galdós, algunas de estas causas de dañosidad que afectan a la persona humana serían por ejemplo: “el impacto de la contaminación ambiental, la propagación de ciertas enfermedades (como el virus del HIV), la contratación masiva y la comercialización en cadena de productos elaborados” (Galdós, 2005a, Pág. 2). Nosotros sumaríamos además a la velocidad para adquirir y manejar información gracias a la globalización y la era tecnológica, factor que no podemos dejar de nombrar.

Consideramos que la tarea del Derecho de Daños es brindar un marco regulatorio que especifique los posibles riesgos y daños a los que pueda verse expuesto el hombre en su relación con los demás miembros de la sociedad y el entorno en el que se encuentra inmerso. Por ello, adaptándose a la nueva concepción imperante basada en la sociabilidad del hombre, como ser interconectado con los demás, debe considerar que un daño causado a un individuo en particular es padecido por todos los miembros de la esfera social (Burgos, 2012).

Ahora bien, para entender mejor el significado o lo que se quiere decir cuando se habla de reparación integral debemos comprender qué es reparar. Según el diccionario de la Real Academia Española, el vocablo “reparar” cuenta con doce alcances posibles, de las cuales encontramos dos que resultan aplicables a la idea de reparación de los daños desde la óptica del mundo jurídico. Así nos dice el diccionario citado supra que “reparar” (del latín *reparare*) puede significar tanto “desagraviar, satisfacer al ofendido” como “remediar o precaver un daño o perjuicio”²⁰.

²⁰ El *Diccionario de la lengua española (DRAE)*. La edición actual —la 22.ª, publicada en 2001. Recuperado de <http://lema.rae.es/drae/?val=reparar>

Se advierte con facilidad entonces que reparar bien puede ser entendido como una acción destinada a remediar un daño ya producido, como también, ubicarse en el momento anterior a la producción del daño para de este modo prevenir o precaver, como bien dice el diccionario, que este daño llegue a producirse y evitar las consecuencias desvaliosas.

Podemos inferir del análisis lingüístico del término reparar, que no sería necesario exigir la producción de un daño o perjuicio como presupuesto del deber de reparar (Burgos, 2012).

El mismo autor nos dice que “la reparación puede válidamente ser anterior al daño e incluso persigue, en primera instancia, el objetivo de que el daño no llegue a producirse”, agregando que “si luego el daño se manifiesta efectivamente, de todos modos será que la reparación no ha sido suficientemente eficaz en su afán de precaverlo. Y no quedará otra alternativa más que remediarlo” (Burgos, 2012, Págs. 8 y 9).

La reparación de un perjuicio entonces presupone dos momentos separados por el instante en que se produce efectivamente el daño. En una primera instancia la reparación es entendida como el deber o la obligación de tomar todas las medidas necesarias a fin de evitar el nacimiento del acontecimiento perjudicial, es decir que sólo en el período posterior es cuando la reparación debería entenderse como el compromiso de resarcir. Cuando hablamos de reparación integral, no podemos eludir el principio precautorio como el primer momento posible de esa integralidad que se pretende.

Enseña Burgos que “un daño que afecta la subjetividad inmaterial puede precaverse, pero una vez producido no puede válidamente remediarse, más allá del desagravio y la satisfacción al ofendido que operan como sustitución y no como restitución de lo dañado”. El mismo autor nos dice que “pensar cómo se sigue después de un daño –y a eso se refieren, de modo indisimulable, las pretensiones jurídicas de desagraviar, satisfacer, resarcir o compensar a quien ha sido dañado- es “hacer que el derecho siga”, que la misma sociedad que en él se articula también pueda seguir. Proyectar, construir un sentido, vivir” (Burgos, 2012, Págs. 9 y 10).

Podemos advertir claramente como este jurista realza constantemente la función preventiva de la responsabilidad civil -a la que hiciéramos alusión en el primer capítulo de este trabajo- e inclusive la sitúa por delante de la función resarcitoria, tanto tiempo sostenida como la más importante de esta rama del derecho. Coincide Galdós al señalar que “la función de la

responsabilidad civil no se agota con la reparación, sino que con igual jerarquía axiológica se le suma la prevención y hasta la punición” (Galdós, 2005a, Pág. 3).

Hay que tener en cuenta también un aspecto que Hinojosa Carrillo se encarga de remarcar en su artículo “El Daño a la Persona”, este autor opina que “la indemnización no debe ser superior al daño, es otra de las aspiraciones de la justicia reparatoria: pero qué difícil es aplicar el principio en daños extrapatrimoniales” (Hinojosa Carrillo, pág. 7).

Debemos señalar entonces que compartimos con Burgos (2012) la idea de que cualquier modelo que persiga la ilusión de la reparación integral o del resarcimiento pleno deberá tener en cuenta necesariamente, que: a) todo daño que no es resarcido, es un daño continuado, b) un daño que es resarcido defectuosamente supone la generación de un residual de impunidad, y c) un exceso en el resarcimiento del daño provoca un nuevo daño a la otra parte.

En este sentido Galdós considera que la mejor forma de resarcir un daño es aplicando la fórmula del artículo 1083²¹ del Código Civil, este jurista nos dice que es la mejor opción si queremos evitar las indemnizaciones menguadas como también las que dupliquen el daño al superponer o repetir idénticas partidas (Galdós, 2005a, Pág. 50).

Como lo ha dicho la jurisprudencia nacional, la finalidad de la reparación integral es resarcir los perjuicios sufridos por el damnificado, “de modo de colocarlo en las mismas condiciones en que se encontraba antes de ocurrir el siniestro y como si éste nunca se hubiera producido”²², es decir que “después de efectuada la reparación, la víctima debe seguir en la misma situación en que se encontraba antes de producirse el hecho ilícito”²³.

Quedará entonces en manos del juez transitar la difícil decisión de reparar un perjuicio en su justa medida, cuidando de no excederse en el resarcimiento para no provocar de esta manera un enriquecimiento infundado a la víctima y al mismo tiempo un menoscabo improcedente a la otra parte, produciendo así un nuevo daño.

§ 11. Sobre los límites a la reparación plena.

²¹ Art. 1.083 Cód. Civ.: El resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuera imposible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero. También podrá el damnificado optar por la indemnización en dinero.

²² CNApel.Com., Sala C, “Wohlers, Patricia A. c/ Consorcio Austria”, IJ-III-97, (2000).

²³ CNApel.Civ., Sala F, “José Muhafra y Cia. SRL c/ Cons. Prop. Av. Rivadavia 6178”, IJ-XIII-862, (2000).

En las líneas siguientes intentaremos fijar en unos mínimos pensamientos, nuestra posición acerca de los baremos, las indemnizaciones tarifadas y los topes o pisos de resarcimiento, como así también los pronunciamientos más relevantes de nuestros tribunales sobre estas cuestiones.

Cuando decimos “tarifa” indudablemente a todos nos suena como algo que hay que pagar, como el precio que tiene una cosa que debemos comprar, o traducido a términos jurídicos y dentro del campo del derecho de daños donde nos encontramos, el costo económico que debería afrontar el responsable de un daño o perjuicio.

Si nos remitimos a la búsqueda enciclopédica del vocablo baremo, encontraremos que (salvo alguna diferencia terminológica o lingüística) todos coinciden en que es una tabla de cálculos prefijados, destinada a facilitar la tarea de un operador determinado. Podríamos decir entonces dentro que del entorno en el que estamos ubicados, un baremo es una lista de tarifas determinadas a priori respecto de la forma de evaluación y del valor resarcitorio que le debe corresponder a cada perjuicio.

Cuando hablamos de topes o pisos nos referimos dentro del mundo del derecho al rango comprendido entre los máximos y mínimos dentro del que puede fallar el juez.

Burgos sostiene que los sistemas tarifados se corresponden con la idea decimonónica de la codificación que en la actualidad se encuentra superada por el constitucionalismo, considera que estos sistemas son herméticos y por ello “la temida arbitrariedad de la determinación judicial –que puede, ocasionalmente, sobrevenir- se sustituye por la insoslayable arbitrariedad ab initio del legislador”. Concluye la idea diciendo que “si, en manos del juez, y frente al caso concreto, la arbitrariedad es una degeneración del arbitrio personal comprometido en la decisión específica, en un sistema de tarifación que funciona herméticamente la arbitrariedad resulta un punto de partida para todas y cada una de las cuantificaciones” (Burgos, 2012, Págs. 22 y 23).

Desde nuestro humilde punto de vista como alumnos universitarios, consideramos que cada caso en particular debe ser analizado dentro la singularidad que este mismo representa y no sujeto a una tabla con valores fijados de antemano por el legislador. La justicia no es igual a las matemáticas, por alguna razón el derecho integra el campo de las ciencias sociales y no de las ciencias exactas.

El Doctor López Mesa se ha pronunciado sobre este tema diciendo que “baremizar es lo contrario de cuantificar” y explica luego en el mismo fallo que cuantificar es “determinar en

qué medida un menoscabo ha incidido en la situación concreta de un también concreto damnificado” y concluye diciendo que una indemnización igual para todos [baremizada] “no contempla las especificidades de cada caso y como tal no satisface el propósito de la cuantificación del daño”²⁴.

Este fallo impulsa nuestra creencia de raigambre constitucional de que todo daño o perjuicio debe ser resarcido plenamente y que el órgano judicial encargado de impartir justicia, no puede estar ligado a una lista ni reducir a una ecuación matemática una sentencia a la hora de medir la incidencia de un daño en la vida de una persona.

La Corte Nacional ha dicho que “los porcentajes de incapacidad estimados por los peritos médicos, aunque elementos importantes que se deben considerar, no conforman pautas estrictas de observación obligatoria para los jueces”²⁵.

En el mismo sentido se ha dicho que “la opinión pericial médica referida al porcentaje de incapacidad es un dato a tener en cuenta que, aunque importante, carece de valor decisivo”²⁶ y ello porque “la cuantía por incapacidad sobreviniente, no debe ceñirse a cálculos matemáticos en base a tablas indicadoras relativas a la futura vida útil de la víctima, sino que debe fijarse sujeta al prudente arbitrio judicial ponderando la importancia de las lesiones, la edad de la víctima, la repercusión que las mencionadas secuelas pueden tener en una futura actividad productiva y demás circunstancias del caso”²⁷.

Sobre esta cuestión, la Dra. Highton ha expresado que “la incapacidad debe ser computada en general, prescindiendo de fijar un porcentaje exacto sobre la incapacidad total, justamente basado el criterio en que las tablas de incapacidad laboral no son apropiadas a los efectos civiles, en que debe evaluarse la actividad total del sujeto”²⁸.

Bien dice Burgos que “a medida que la sociedad se hace más compleja, y lo real muta de manera acelerada, la pretensión de resumirla en un único esquema normativo deviene ingenua y peligrosa” (Burgos, 2012, Pág. 23).

²⁴ CApel Trelew, Sala B, “N. J. O. c/L. C. J.”, El Dial, AA50DA, (2009), Juez López Mesa, por su voto.

²⁵ C.S.J.N., “Zacarias Claudio H. c/ Provincia de Córdoba y otros”, J.A. 1999-I-361 (1998); C.S.J.N., “Morales María B. c/ Prov. de Buenos Aires y otros”, J.A. 1992-IV-624 (1992).

²⁶ CNCiv. y Com. Fed., Sala 2ª, “Ávila Jorge M. c/ Ejército Argentino”, D. J. 2003-1-769.

²⁷ CNCiv., Sala D, “H. M. D. F. y otros c/ Arcos Dorados S.A. Mc. Donald’s” cit. R. R. C. y S., 2003-83, (2003), Juez Bueros, por su voto.

²⁸ CNCiv., Sala F, “Busema Gustavo L. c/ Digiglio Sergio R. y otro” J.A. 2004-I-226, (2003), Juez Highton, por su voto.

Creemos firmemente que por más que ciertos perjuicios no encuadren dentro del sistema de representación jurídica vigente esos daños existen y no pueden quedar impunes, corriendo el riesgo de perder la credibilidad sobre la que todo sistema jurídico se sostiene. Como expresa magníficamente Zavala de González “no hay vacunas contra la injusticia y el Derecho renuncia a la paz social cuando deja sin solucionar ciertos asuntos” (Zavala de González, 2009, Pág. 243).

Una nueva jurisprudencia (sobre todo en el fuero laboral), ha aceptado la posibilidad de probar daños que no se encuentran dentro de las listas legales, colaborando de esta manera al crecimiento del principio de la reparación plena que venimos pregonando desde el inicio de este capítulo. Así, en casos de hostigamiento y abuso de poder (malos tratos de un superior) la jurisprudencia ha dicho que se consideran “susceptibles de producir daños en la salud de los dependientes” y “no pueden considerarse subsumidos en las indemnizaciones tarifadas”²⁹. Y en un caso de despido discriminatorio a un trabajador judío, el tribunal considero que la discriminación es un daño en sí mismo “que excede largamente el contemplado dentro de las indemnizaciones tarifadas del sistema legal vigente”³⁰.

También en el ámbito del derecho laboral se había convertido en una fuente de litigios el problema de las hernias de disco no reconocidas en un principio por la tabla de enfermedades profesionales, que luego fue modificada receptando esta patología debido (como hicimos mención antes) a la cataratas de demandas que sobrevinieron por esta cuestión.

Sin ahondar mucho más sobre estas cuestiones, podemos concluir marcando que conforme criticamos el sistema de las tablas o baremos y las tarifas, no estamos del todo en contra del mismo, es decir, si bien planteamos anteriormente y defenderemos hasta las últimas consecuencias que el juez no debe estar atado a una lista, ni debe reducir sus conclusiones a una simple ecuación matemática, bien puede seguir determinadas pautas de apreciación que permitan una metódica evaluación de los síntomas o consecuencias desvaliosas, siempre y cuando esto no implique que mecanice su forma de dictar sentencia, lo cual tendría las mismas consecuencias que hemos criticado anteriormente.

El resarcimiento tarifado puede ser de gran utilidad y celeridad en muchos de los casos, pero el juzgador deberá estar atento a las particularidades del caso concreto que tenga en frente. Ya en el caso “Aquino” se expresó la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando se trataba

²⁹ CNTrab, Sala 4ª, “T. S. K. c/Supermercados Norte S. A.”, El Dial, AA64B4, (2010).

³⁰ CNTrab, Sala 4ª, “G. P. D. c/T. M. A.”, El Dial, AA6601, (2010).

la inconstitucionalidad de un artículo de la ley de Riesgos del Trabajo que impedía al actor acudir a la justicia ordinaria en busca de una reparación plena. En esta ocasión la Dra. Highton de Nolasco dijo que “en el sub lite, ese desajuste [entre la L.R.T. y la C.N.] se tradujo en la manifiesta insuficiencia de la reparación a que conduce la indemnización tarifada, frente a la magnitud de la que exige la reparación integral acorde con las circunstancias del caso”³¹.

Queda claro aquí la opinión de la Corte por cuanto establece en este fallo que las indemnizaciones tarifadas no son “per se” inconstitucionales, sino que frente al caso concreto deberán sortear un examen de constitucionalidad.

Seguimos la misma línea de pensamiento cuando expresamos que al tiempo de fallar el tribunal no debería estar signado por un tope máximo o mínimo para decidir la cuantía del resarcimiento, si, como dijimos antes, no nos parece inadecuado que el juez pueda tener parámetros de referencia o fundarse en fallos anteriores, pero siempre estaremos en contra de la mecanización.

Harto tenemos dicho hasta aquí que la reparación debe ser integral, y cuando decimos integral nos referimos a plenitud, a completitud, a satisfacción.

Para finalizar transcribiremos un artículo de Mosset Iturraspe (1994) en el cual el autor propone diez reglas para el resarcimiento del daño extrapatrimonial, o daño moral, consideramos que el mismo resume muchas de las ideas que intentamos exponer en este trabajo. Las mencionadas reglas son las siguientes:

- 1) No a la reparación simbólica.
- 2) No al enriquecimiento injusto.
- 3) No a la tarifación con “piso” o “techo”.
- 4) No a un porcentaje del daño material.
- 5) No a la determinación sobre la base de mera prudencia.
- 6) Sí a la diferenciación basada en la gravedad del daño.
- 7) Sí a la atención a las peculiaridades del caso, de la víctima y del victimario.
- 8) Sí a la armonización de las reparaciones en casos semejantes.
- 9) Sí a los placeres compensatorios.
- 10) Sí a las sumas que pueden pagarse dentro del contexto económico del país y el

standard general de vida.

³¹ C.S.J.N., “Aquino Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A.”, J.A. 2004-IV-16 (2004), Juez Highton, por su voto, consid. 17.

Capítulo III

“El daño a la persona como paradigma superador”

§ 12. El tradicional modelo de Responsabilidad Civil ¿Se encuentra en crisis?

Hay muchos autores que intentan explicar y fundamentar con todo tipo de argumentos que el sistema actual de responsabilidad civil se acerca a su fecha de vencimiento. En las líneas siguientes verteremos algunos de esos pensamientos para poder analizar si efectivamente esto es así, o simplemente se trata de modificaciones que pueden convivir dentro del sistema sin alterarlo por completo ni mucho menos pretender desecharlo.

Aída Kemelmajer de Carlucci comenta que ya en 1902 François Geny³² decía que “la teoría de la responsabilidad es la que ha producido mayores cambios en el campo del derecho civil”. No hay dudas que la doctrina está alerta a todas las mutaciones que se producen dentro de esta rama del derecho privado, y es por eso que abundan obras doctrinarias que se refieran a los cambios en la responsabilidad por daños. Coincide con Messina de Estrella Gutiérrez³³ manifestando que “este movimiento muestra que “la responsabilidad civil no está detenida ni estabilizada”, ni normativa, ni doctrinal ni jurisprudencialmente” (Kemelmajer de Carlucci, 2009, Págs. 1295 a 1297).

Es natural que el sistema de responsabilidad civil tradicional actúe como reacción al daño y desconociendo el principio precautorio de la reparación, al que nos referimos en el capítulo anterior, ya que siempre se consideró como una “máxima dogmática” que el daño es un presupuesto de la responsabilidad.

En este sentido, Trigo Represas y López Mesa han dicho que “el problema de la responsabilidad civil recién puede plantearse cuando existe un daño, ya que solo en presencia de éste el jurista estará en condiciones de indagar si el mismo fue provocado (relación causal) infringiéndose un deber jurídico (antijuricidad) y culpablemente (imputabilidad)” (Trigo Represas y López Mesa, 2004, Pág. 394).

³² Geny, F. (1902). Risques et responsabilité. *Rev. Trim. De Droit Civil*, 1902-1-812

³³ Messina de Estrella Gutiérrez, G. (1989). Función actual de la responsabilidad civil. En Trigo Represas, F. A. y Stiglitz, R. S. (Dir.), *Derecho de daños. Libro homenaje a Jorge Mosset Iturraspe*. Bs. As.: La Rocca. (Pág. 37).

Tomando como base de partida este esquema de postulados -sin los que, los estudiosos ortodoxos de la responsabilidad civil, negarían la existencia de un perjuicio-, parte de la doctrina, afirma que “teniendo en cuenta la cronología temporal, el daño sería el último elemento en aparecer como consecuencia o resultado de la acción antijurídica; pero desde el punto de vista metodológico, el daño es el primer elemento, puesto que el problema de la responsabilidad civil del agente comienza recién a plantearse cuando existe un daño causado” (Cazeaux - Trigo Represas, 2010, Pág. 612).

El esquema de los presupuestos de la responsabilidad se completaría entonces con: la exigencia de un obrar antijurídico, la existencia de un nexo causal y la identificación del factor de atribución como vía de imputación de la responsabilidad.

Nos parece lógico que si se apunta a reparar un perjuicio ya provocado el sistema inevitablemente adopte como su primer presupuesto a la necesidad de que ese daño exista, de otro modo no habría que reparar. Ahora bien, el interrogante aparece cuando nos situamos en la órbita de la función preventiva del derecho de daños, la cual -como analizáramos en §4.1- tiene como finalidad evitar que el daño llegue a producirse, ya que en la mayoría de los casos es imposible volver las cosas al estado anterior como si nada hubiera pasado.

Burgos, considera que “este punto de vista, focalizado hacia la reparación del perjuicio patrimonial, no permite apreciar que el daño es un acontecimiento material (un suceso, algo que ocurre) y que, por el contrario, lo que a partir de su sobreviniencia se intenta medir, cuantificar, aprehender, apreciar o comprender -sea, respectivamente, con afán sancionatorio o resarcitorio- es la representación de sus consecuencias en una determinada singularidad siempre contextual, siempre inscrita en el tejido social en el que instaura su credibilidad en una promesa compartida (de un compromiso) de resarcimiento” (Burgos, 2012, Pág. 47).

En el capítulo anterior habíamos sentado nuestra posición, cuando expresáramos la idea de que si se apunta a una reparación integral o plena, no puede entenderse a la reparación sólo como el resarcimiento al ofendido una vez que el daño se perfecciona, sino que debe ser apreciada en su sentido más amplio, comprendiendo también dentro de su esfera de actuación al deber de precaver o prevenir, tendiendo a evitar la producción del acontecimiento injusto.

Sobre éste principio precautorio, entiende Burgos que Vélez Sarsfield ya había incorporado en el sistema de responsabilidad civil el deber de precaución, es decir, la

representación anticipada de un daño, en el artículo 1067³⁴ del Código Civil. Burgos fundamenta esto cuando expresa que “una simple deconstrucción intertextual entre nuestra normativa y su antecedente europeo [refiriéndose al Código Civil francés] exhibe la notoria amplitud que Vélez Sarsfield -sin abandonar el concepto de responsabilidad civil y la patrimonialidad esencial del daño- decidió adjudicar al deber de responder, dando lugar a la prevención, a partir de la fórmula “u otro acto exterior que lo pueda causar”, para referirse al nacimiento del deber de reparar como precaución, antes de la ocurrencia del daño” (Burgos, 2014, Pág. 49).

Entendemos entonces que el principio precautorio estuvo siempre implícito en el articulado de nuestro derecho codificado, y es por eso que aseveramos que el daño en sí mismo, entendiéndolo como hecho material, mal puede ser un presupuesto de la responsabilidad si apuntamos a una reparación integral dentro del derecho de daños.

Es innegable el mérito que debe reconocerse a Vélez Sarsfield por la inclusión del principio precautorio en nuestro Código Civil, pero con prescindencia de esta estimación, debemos aclarar que el modelo tradicional de responsabilidad civil del que tanto hablamos, no lo recepta expresamente. Muy por el contrario este modelo, lejos de buscar una reparación integral, es de corte notoriamente patrimonialista (art. 1068³⁵), y estructurado sobre una clasificación bipartita excluyente, que refuerza claramente la primacía de la patrimonialidad (art. 1078³⁶).

Afirmamos que es de corte patrimonialista y citamos el artículo 1068 del Código Civil que reza “habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o sus derechos o facultades” y el artículo 1078 que establece en su primera parte que “la obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de las pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima”.

De la simple lectura de los artículos transcriptos surge notoriamente el fundamento de nuestra posición, en ambas normas se establece prioritariamente la patrimonialidad por sobre

³⁴ Artículo 1.067 C.C.: No habrá acto ilícito punible para los efectos de este código, si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar, y sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia.

³⁵ Artículo 1.068 C.C.: Habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades.

³⁶ Artículo 1.078 C.C.: La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima.

el daño a la persona o daño extrapatrimonial. En el caso del artículo 1068 claramente prioriza el “perjuicio de apreciación pecuniaria... directamente en las cosas de su dominio o posesión” por sobre “o indirectamente por el mal hecho a su persona o sus derechos o facultades”, y en el 1078 “la obligación de resarcir comprende, además de la indemnización de las pérdidas e intereses” primero claro está las pérdidas e intereses, y como dice claramente “además” -es decir luego de las pérdidas e intereses, si correspondiera- “la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima” (Burgos, 2012).

Sobre esta cuestión, Trigo Represas y López Mesa (2004) citando a Zabala de González³⁷, sostienen que se está dando una evolución de la responsabilidad civil que puede esquematizarse en diferentes tránsitos, pasos o hitos:

- a. De la venganza a la reparación del daño.
- b. Desde la causalidad material a la responsabilidad subjetiva.
- c. Desde la culpabilidad, como paradigma excluyente, hacia un esquema bipolar, donde la culpa comparte el escenario con el riesgo creado y otros factores objetivos de atribución.
- d. Desde el daño injustamente causado al daño injustamente sufrido.
- e. Desde una concepción patrimonialista del daño hacia otra personalista.
- f. Desde la responsabilidad individual hacia las responsabilidades colectivas.
- g. Desde el individualismo hacia la solidaridad.
- h. Desde un derecho a seguir dañando, mientras se paguen los daños, hacia el rotundo no a la causación del daño.
- i. Desde un derecho resarcitorio clásico al derecho de daños, que se complementa con fondos indemnizatorios y otras herramientas no tradicionales.

Coincidimos -en casi todo- con Burgos que de estas instancias de evolución, los puntos: d) desde el daño injustamente causado al daño injustamente sufrido, e) desde una concepción patrimonialista del daño hacia otra personalista y h) desde un derecho a seguir dañando, mientras se paguen los daños, hacia el rotundo no a la causación del daño; colisionan con nuestro código actual y desalientan la permanencia del tradicional concepto de reparación obligando a un cambio íntegro del sistema de resarcimiento, que en la búsqueda de un cambio de paradigmas basado en el ideal común de justicia, que avance desde el patrimonio hacia las

³⁷ Zavala de González, M. (1999). *Resarcimiento de daños* (Tomo IV), p. 79 a 88.

personas, desde la responsabilidad hacia el resarcimiento y desde la sanción hacia la apreciación del daño (Burgos, 2012).

Sobre el punto “d” de los enumerados supra, preferimos situarnos en la otra vereda donde una parte de la doctrina entiende que se tiene en cuenta a la reparación del daño injustamente sufrido antes que al injustamente causado, basándose en que la responsabilidad civil tuvo una muy marcada evolución de una responsabilidad basada en la deuda hacia una asentada en el crédito, y en la responsabilidad como crédito el derecho mira a la víctima, no le interesa castigar sino reparar (López Olaciregui, 2007; Lorenzetti, 1993, 1996; Sagarna, 2000).

Siguiendo a Burgos (2012) podemos expresar que situado el orden de Derecho ante la complejidad creciente, y sitiado, además, por las expectativas de quienes deben regirse por él –y que ponen en juego su credibilidad en el funcionamiento del sistema, ante cada instancia de imposición jurídica-, toda decisión que atribuya o niegue una pretensión de resarcimiento deberá:

1. Asumir el compromiso de desvictimizar, como primer objetivo.
2. Reconocer a la expectativa del daño como presencia inevitable en la interdependencia.
3. Apreciar la incidencia colectiva de cualquier daño que irrumpa, inscribiéndose en el tejido social donde se produce su manifestación.
4. Compartir la promesa de un resarcimiento justo.
5. Evitar el dolor, minimizando las consecuencias dañosas.
6. Ampliar el emplazamiento del margen de inclusión, sin confundir marginalidad con marginación.

Como dice el mismo autor, “el proceso de ampliación de las herramientas jurídicas disponibles, para satisfacer las expectativas de un resarcimiento pleno, es tan indetenible como la conversación colectiva en la que el Derecho se construye. Siempre habrá una noción común de justicia, en la que se sustenta esa construcción y ella misma debe marcar los límites; evitar tanto el desborde (hay personas hacia ambos lados de una imposición jurídica, y un daño resarcido en exceso es la causación de un daño en el sentido opuesto al que se intentó resarcir, desde la misma imposición de juridicidad) como la consagración de un residual de impunidad” y concluye expresando que “en un derecho de personas, el daño está en el centro mismo de la juridicidad; la decisión de no convivir con él justifica la coexistencia” (Burgos, 2012, Pág. 52)

Por su parte, Carlos Fernández Sessarego (2001) también embiste contra la patrimonialidad del Código afirmando que al reflexionar sobre el derecho de daños, los juristas

no pueden alejarse “de la realidad en que consiste el ser humano integral, tal como lo presentan en nuestros días pensadores y filósofos”, continua diciendo que “el ser humano exige, para la reparación de los daños que pueda soportar, criterios y técnicas que se ajusten a su “verdad”. Es decir, a una verdad que lo considere integralmente, en la complejidad de su existencia, y no sólo a través de una visión unilateral que pretende reducirlo a lo que, ciertamente, no es: un ente puramente material” (Fernández Sessarego, 2001, Pág. 336).

Los juristas, en relación con nuestra específica tarea, no podemos perder nunca de vista al ser humano integral desde que el derecho es una exigencia existencial, un reclamo imperativo de su naturaleza para poder convivir en sociedad y realizarse como persona. Tener en cuenta al ser humano significa interesarse en lo que él es y representa, por lo que debemos, como está dicho, aproximarnos a su íntima estructura existencial, comprender y valorar su dignidad de ser libre. No podemos olvidar, a cada paso, que el derecho ha sido creado *por* el hombre y *para* el hombre. Es por ello que el ser humano, aparte de creador del derecho, es su destinatario y protagonista. El derecho ha sido creado para proteger al ser humano, a cada ser humano, dentro de su hábitat natural que es la sociedad, cuya finalidad es el bien común (Fernández Sessarego, 2001, Págs. 336 y 337).

Resulta evidente que no es posible sustituir el lugar central que ocupa la persona dentro del derecho para ubicar en este privilegiado lugar al patrimonio como pretenden aquellos juristas que comparten una visión materialista del ser humano. Ello significaría la distorsión absoluta del sentido del derecho para la vida humana. No cabe duda que debemos proteger el patrimonio, pero esta protección debe efectuarse en tanto el patrimonio es *instrumento* indispensable para que el hombre pueda realizarse como persona más no se le puede considerar como fin en sí mismo. Se trata de una protección en función del ser humano, creador, destinatario y protagonista del derecho (Fernández Sessarego, 2001, Págs. 337).

A partir de las ideas vertidas, entendemos que este “tradicional modelo de responsabilidad civil” se encuentra nuevamente en una etapa de profundos cambios -no nos animamos a utilizar la palabra “crisis”- e irá adoptando con el paso del tiempo la cosmovisión aportada por los nuevos paradigmas, que centran su atención en la persona como eje y centro de todo el sistema jurídico apuntando a un modelo de reparación plena del derecho de daños.

En palabras de Busnelli “el daño a la persona es el centro de la nueva responsabilidad civil; es un daño que para expresar en el resarcimiento su centralidad no puede dispersarse en los riachuelos de la dilatación caprichosa de los microdaños. Debe valorarse considerando la

dignidad, la salud y la igualdad, y debe realizarse en una perspectiva de solidaridad social” (Busnelli, 2009, Pág. 343).

§ 13. Surgimiento del Daño a la Persona.

El hallazgo del daño a la persona significó una revolución dentro del mundo jurídico, antes de su aparición el derecho centraba su atención en el patrimonio y no en la persona. En palabras de Mosset Iturraspe “aquella era una visión empobrecida, limitada, castrada en muchos aspectos. La de ahora es una contemplación de la persona diferente, mucho más enriquecida, ponderada, matizada (...) la dimensión decimonónica limitaba al hombre al ponderar solo su aptitud de producir riquezas; lo constreñía a su esfera económica” (Mosset Iturraspe, 1992, Pág. 11).

En este sentido, Fernández Sessarego manifiesta que “en el pasado, bien lo sabemos, el daño ocasionado al ser humano, considerado en sí mismo, era casi o totalmente irrelevante ante los daños a su patrimonio. El haber era más importante que el ser. Apenas, no siempre, se reparaban los mal llamados “daños morales” que no eran tradicionalmente otra cosa que el dolor o sufrimiento padecido por la víctima (*pretium doloris*). Es decir, se reparaba una consecuencia psíquica, más precisamente de carácter emocional.” (Fernández Sessarego, 2008, Pág.61).

Según Busnelli, el daño a la persona idealmente nace en Francia, pero su elaboración se produce en Italia donde logra captar la atención de los juristas del viejo continente. El maestro italiano enseña que el daño a la persona -o “daño biológico” o “daño a la salud”, como prefiere llamarlo- “se inspira en la experiencia francesa del *dommage physiologique* y en los criterios conexos de valoración centrados en el *calcul au point*” (Busnelli, 2001, Pág. 3).

Explica Fernández Sessarego (2009) que la institución del daño a la persona tuvo que adoptar diferentes etiquetas como las de “daño biológico” o “daño a la salud” en la búsqueda de los juristas por encontrarle un sustento adecuado en el ordenamiento jurídico italiano.

Mosset Iturraspe (1992) manifiesta que el primer autor que se ocupó del tema fue Guido Gentile en su obra “Daños a las personas” de 1962. A partir de allí muchos otros autores italianos comenzaron a interesarse por el daño a la persona.

Entre los primeros trabajos que tratan el daño a la persona se pueden nombrar: “*Il diritto alla salute*”, obra que publican Busnelli y Beccia en 1979; “*Il risarcimento del danno alla*

salute”, escrito en 1983 por Mastropaolo; “*El danno alla persona come danno biologico*”, obra editada por Giannini en 1986; “*Il danno biologico*” obra de 1987 de Guido Alpa (Fernández Sessarego, 2009, Pág. 2).

Podemos advertir el notable crecimiento que ha tenido la literatura sobre el ser humano en cuanto sujeto de derecho y, más precisamente, sobre el denominado “daño a la persona”, en la últimas décadas. Ello se debe sin duda a la influencia del personalismo o humanismo en el pensamiento jurídico, lo que proviene de las formulaciones o propuestas de la filosofía de la existencia.

El auge de la filosofía de la existencia hace que se tome conciencia del lugar central que ocupa el ser humano en el mundo que vivimos. La persona es considerada como un fin en sí misma y no como un mero instrumento, calidad esta última que sí ostentan las cosas de que se vale el hombre para vivir. La nueva visión del ser humano que nos ofrece la filosofía de este siglo, como no podía ser de otra manera, es asumida por un sector de jusfilósofos sensibles a las nuevas corrientes de pensamiento. Como consecuencia de este proceso nadie debería dudar que en los días que corren la tutela del ser humano va desplazando a un segundo término la protección del patrimonio (Fernández Sessarego, 1993, Pág. 7).

Fernández Sessarego dice que es sumamente necesario “sostituire una cultura eminentemente económica y, por consiguiente, de carácter fundamentalmente materialista, por otra humanista, centrada en el ser humano integralmente considerado” y, que para lograr esto debe darse un cambio en las categorías que actualmente se utilizan para medir los daños que en la actualidad “tienen predominantemente un contenido esencialmente patrimonial” (Fernández Sessarego, 2001, Pág. 334).

El daño a la persona como paradigma viene a materializar lo que profetizó Isidoro Goldenberg cuando manifestara los cambios que se venían dando dentro del sistema de responsabilidad. Este autor expresó que uno de estos cambios era el tránsito “de la concepción de la inviolabilidad del patrimonio a la tesis de la inviolabilidad de la persona” (Goldenberg, 1993, Pág.395).

El daño a la persona nace así, como un pensamiento que postula la tutela de la persona en sí misma como unidad inescindible, por sobre las cosas materiales.

§ 14. La mirada de Burgos sobre el Daño a la Persona.

Burgos nos acerca un punto de vista esclarecedor, pues él considera que el modelo tradicional de responsabilidad civil se encuentra en crisis -cuestión en la que diferimos del autor por los motivos ya planteados supra- y ve al “daño a la persona” como el paradigma superador del pensamiento decimonónico centrado en la protección del patrimonio por sobre el ser humano.

Desde cierta perspectiva, decir daños a la persona es incurrir en una aclaración innecesaria. Del mismo modo en que no hay derechos inhumanos o antihumanos -es decir, que todos los derechos son humanos; sino no serían derechos-, todos los daños son daños a la persona en cuanto, si no hay damnificados –sean efectivos o potenciales, individualizables, colectivos o, al menos, difusos-, puede haber conductas que merezcan un juicio de reprochabilidad, pero no hay daños. Son las personas quienes hacen el derecho. Son los damnificados quienes portan, determinan y definen el alcance de los daños que padecen (Burgos, 2012, Pág. 82).

La fórmula daños a la persona solo puede resultar interesante si se toma como la expresión de un nuevo paradigma de apreciación, el cual, al implementarse: a) permitirá apreciar -y luego aprehender- ciertos daños no observables desde la mirada actual del fenómeno del daño, focalizada hacia la determinación del deber de responder y signada por la patrimonialidad, y b) propondrá, en un nuevo universo observable del “total” de los daños, clasificaciones distintas de aquella que se refiere a la vía -directa o indirecta- de afección del patrimonio” (Burgos, 2012, Pág. 83).

Entendemos desde luego que desde que la teoría del daño a la persona centra su atención en la persona misma deja de ser una “aclaración innecesaria” (como la llama Burgos), para convertirse en un hallazgo vital de la doctrina en el campo del derecho de daños. Solo desde la perspectiva de esta teoría el ideal de reparación plena adquiere un verdadero sentido.

En lo que estamos plenamente de acuerdo con Burgos, es que a lo que apuntamos al realizar este trabajo, es a colaborar a un cambio necesario dentro del derecho, donde se revea el enfoque actual del derecho de daños (en el que vale decir se han observado ya algunos cambios), que sitúa, con una mirada economicista, a la patrimonialidad por sobre el daño a la persona en sí misma, y lo que se busca no es lograr un simple cambio de etiquetas, sino un cambio radical dentro de ésta rama del derecho.

Burgos nos dice también que “la adopción de los daños a la persona como paradigma - según entendemos- supondrá la posibilidad cierta de tender hacia una mayor justicia en la

reparación y, consecuentemente, a una más alta realización del principio de resarcimiento pleno” (Burgos, 2012, Pág. 85).

§ 15. ¿Daño Patrimonial y Extrapatrimonial? o ¿Daño a la Persona y Daño Extrapersonal?

En los artículos “Apuntes sobre el daño a la persona” y “Hacia una nueva sistematización del daño a la persona”, el jurista peruano Carlos Fernández Sessarego, nos enseña que la primera distinción que cabría hacer en cuanto al daño, es la que sustenta en la calidad ontológica del ente afectado por dicho daño. Para entender mejor este concepto haremos algunas aclaraciones.

El daño puede ser apreciado desde dos planos diferentes, se puede así distinguir, por un lado, el daño en función de la calidad ontológica del ente dañado, es decir a su naturaleza; y por otro lado, analizarlo en cuanto a las consecuencias que dicho daño ha ocasionado. Como ya habíamos expresado, sin consecuencias no hay daño, entonces observando la calidad ontológica del ente dañado podemos diferenciar dos tipos de daños, uno subjetivo (daño a la persona) y otro objetivo (daño sobre las cosas) (Fernández Sessarego, 1993, 2001, 2003).

El daño subjetivo es el que incide sobre el sujeto de derecho, que no es otro que el ser humano. Se le conoce generalmente bajo la denominación de “daño a la persona”. De ahí que pueda utilizarse, indistintamente, las expresiones de “daño subjetivo” o “daño a la persona”. Ambas apuntan al ser humano. A un ser humano que se despliega existencialmente en un proceso ininterrumpido desde su concepción hasta su muerte. El daño objetivo, por el contrario, es aquel que recae sobre lo que no es el ser humano, es decir, sobre los entes que se hallan en el mundo, que son los objetos conocidos y utilizados por el hombre (Fernández Sessarego, 2001, Pág. 332).

Luego de analizar la naturaleza del ente dañado, debemos situarnos en el otro plano mencionado, es decir, teniendo en cuenta las consecuencias o perjuicios derivados del evento dañoso. Estas consecuencias pueden ser resarcidas en dinero, cuando la naturaleza del ente lo permita, pero por otro lado existen casos en los cuales no es posible resarcir dinerariamente a la víctima y en este caso la reparación no posee el carácter compensatorio que tiene cuando se trata del daño objetivo, sino que ella será meramente satisfactoria. (Fernández Sessarego, 2001).

La distinción entre daño patrimonial y daño extrapatrimonial pone en evidencia el predominante interés de la doctrina y la jurisprudencia de privilegiar el daño a las cosas

exteriores al ser humano mismo. Es un explicable reflejo de la mentalidad patrimonialista predominante en el derecho. Consideramos, desde una perspectiva que centra el derecho en la persona, que deberíamos más bien referirnos a daños personales, cuando el ente dañado es el ser humano, y daños extrapersonales cuantos los entes dañados son las cosas exteriores al hombre. El punto de referencia no puede seguir siendo el patrimonio. Es hora de cambiar de mentalidad y centrar el derecho, y su correspondiente lenguaje, en torno a la persona (Fernández Sessarego, 2001, Pág. 334).

Estas posibles distinciones de daños, tienen una importante incidencia en cuanto a la valorización y liquidación del daño y a la consiguiente fijación de la correspondiente indemnización, como nos dice el autor “la naturaleza del ente dañado, ya sea el ser humano o las cosas, en su caso, determina criterios y técnicas indemnizatorias totalmente diferentes. No es lo mismo causar un daño a un ser humano, ya sea en su libertad, en su vida, en su honor o en su intimidad, que causar un daño a un automóvil o a una cosa cualquiera” (Fernández Sessarego, 1993 y 2001).

Hay que advertir, que un evento perjudicial igualmente puede generar las dos clases de daños, por ejemplo, en un accidente automovilístico puede suceder que una persona resulte gravemente dañada, seguramente se producirán daños patrimoniales como ser, los gastos de medicinas y hospitalización para quien sufre heridas corporales (daño emergente), como también deberá resarcirse los ingresos que haya dejado de obtener por no poder presentarse a trabajar o si tenía trabajos futuros a realizar (lucro cesante, pérdida de chance); pero también, más allá de los daños patrimoniales, puede ocurrir que éste damnificado sufra daños en su persona (ya sea en su psiquis o en su cuerpo), o que vea truncado su proyecto de vida, lo que a nuestro entender merece una tutela superior.

Cabe hacer una aclaración llegado este punto. Es muy importante tener en cuenta que el concepto de “daño a la persona” no debe confundirse con la noción de “daños extrapatrimoniales”. Un daño a la persona bien puede tener consecuencias tanto patrimoniales como extrapatrimoniales. Lo que estamos pregonando en este trabajo no es que se produzca un simple cambio de etiquetas, no buscamos sustituir o reemplazar un término por otro, lo que anhelamos es que se promueva un cambio de paradigmas, donde -como ya tenemos hartos dicho- se priorice la protección de la persona humana por sobre las cosas.

Resulta sobreabundante ya decir que sostenemos, al igual que Fernández Sessarego (2001), que la reparación del daño a la persona debe ser privilegiada por sobre el resarcimiento

de las consecuencias del daño a las cosas, del daño material (o daño objetivo como lo llama el autor) y que, como explicamos en el párrafo anterior, mantenemos la idea de que el actual régimen de la responsabilidad civil está enfrentando cambios drásticos e irá -necesariamente- mutando hacia el ideal que proponen estos nuevos paradigmas.

§ 16. La opinión de la C.I.D.H. sobre la patrimonialidad del sistema actual.

Fernández Sessarego propugna un cambio de paradigmas en donde el derecho de daños privilegie la defensa de la persona por encima del patrimonio, y lo fundamenta citando un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “María Elena Loayza Tamayo³⁸” de 27 de noviembre de 1998 -el cual analizaremos oportunamente con más detenimiento-, en el cual los jueces de la corte, Cançado Trindade y Abreu Burelli, consideran que: “las reparaciones deben determinarse con base no sólo en criterios que se fundamentan en la relación del ser humano con sus bienes o su patrimonio o en su capacidad laboral, y en la proyección de estos elementos en el tiempo. Al contrario de lo que pretende la concepción materialista del *homo economicus*, lamentablemente aún prevaleciente en nuestro tiempo, tenemos la firme y plena convicción de que el ser humano no se reduce a ser un mero agente de producción económica, a considerarlo solamente en función de dicha producción o de su capacidad laboral” (Fernández Sessarego, 2001, Pág. 334).

El autor nos dice que en el fallo citado, los magistrados “reivindican al ser humano tal cual es y no como se le suele interesadamente considerar por quienes poseen una unilateral visión meramente economicista o materialista del hombre y de la vida” (Fernández Sessarego, 2001, Pág. 335).

Termina uno de sus capítulos advirtiendo la mirada adelantada con la que en 1948, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre pronosticaba en su preámbulo que “el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría”, y nos dice que “los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos señalan con acierto, que “estas palabras [haciendo referencia al preámbulo de la Declaración Americana citado antes] se revisten de gran actualidad en este final de siglo”, ya que para fijar las reparaciones a las violaciones de los derechos humanos “hay que partir de una perspectiva integral y no sólo patrimonial de sus potencialidades y capacidades”. Se trata, sin duda, de una visión renovada de lo que es el ser humano así como de los criterios que deben tomarse en cuenta para reparar

³⁸ Corte I.D.H., Sentencia *Loayza Tamayo c/ Perú*, del 27 de Noviembre de 1998, Serie C, N° 42.

las consecuencias de los diversos y múltiples daños que se le puedan ocasionar. Supone, en síntesis, una revalorización del ser humano” (Fernández Sessarego, 2001, Pág. 335).

§ 17. Sistematización del Daño a la Persona.

Fernández Sessarego nos propone una sistematización del daño a la persona o daño subjetivo, en la cual se pueden advertir dos clases bien diferenciadas de daños que puede padecer el ser humano, por un lado el autor menciona al “daño psicosomático” y por otro al daño que afecta “la libertad de la persona o su proyecto de vida”. Justifica luego ésta sistematización, explicando que es la más útil para una reparación plena y ello porque “el ser humano es una unidad psicosomática sustentada en su libertad. Libertad que es el núcleo existencial de la persona. Por consiguiente, el daño a la persona puede incidir en una u otra de dichas dimensiones del ser humano o comprometer a ambas” (Fernández Sessarego, 2001, Pág. 335).

Al daño al proyecto de vida dedicaremos enteramente el capítulo siguiente, de modo que nos centraremos aquí en dar unas breves nociones para comprender esta sistematización que nos propone el autor.

Fernández Sessarego (1993, 1996 y 2001), al hacer esta distinción nos enseña que el daño a la persona puede contener dos vertientes perfectamente diferenciadas. Con respecto al daño psicosomático, entendemos que es un daño que puede afectar dos esferas del sujeto, por un lado la psique, y por otro el cuerpo o soma del sujeto. Por otro lado, cuando se refiere al daño psíquico entendemos que es un daño que produce una alteración o modificación patológica del aparato psíquico, es un daño que puede afectar a la inteligencia, los sentimientos o la voluntad de la persona. Cuando hablamos de daños físicos nos referimos al daño biológico y al daño a la salud (aunque entendemos que éste último comprendería tanto al daño psíquico como al físico).

El daño biológico, estaría compuesto por las heridas propiamente dichas (un corte, un traumatismo), y el daño a la salud, en cambio, se refiere a las inevitables consecuencias que tendrá ese daño biológico en la salud del sujeto, es de tal amplitud que abarca el estado de bienestar general de la persona. Por lo tanto se encuentran comprendidas las actividades cotidianas del sujeto (laborales, recreacionales, sexuales, de relación social, etc.). El daño biológico representaría la vertiente estática del daño psicosomático, mientras que el daño a la salud sería la versión dinámica (Fernández Sessarego, 1993, 1996 y 2001).

En nuestros días, el concepto “salud”, de acuerdo a la definición de 1946 la de Organización Mundial de la Salud, significa bienestar. Por ello, en palabras del autor “el daño a la salud, derivado del previo daño biológico, compromete, en cierta medida e intensidad, el bienestar mismo de la persona. En otros términos, la salud -entendida como ausencia de enfermedad- resulta ser un componente importante -más no el único- del bienestar integral de la persona” (Fernández Sessarego, 2001, Pág.339).

El concepto de daño a la salud, entendido así entonces, nos ofrece un concepto mucho más amplio y comprensivo, equiparándose a la idea de “calidad de vida”. Es decir, que cuando una persona sufra un daño de tal magnitud que pueda afectar su calidad de vida, será necesario por parte del tribunal encargado de impartir justicia, que se tomen todas las medidas necesarias a fin de lograr una reparación plena, de modo que al damnificado pueda volver al estándar de vida que ostentaba antes de sufrir el evento dañoso. Como dijimos con anterioridad, un daño mal resarcido, causa un residual de impunidad, que pone en riesgo la credibilidad del sistema de justicia. (Fernández Sessarego, 1993, 1996 y 2001).

Aquí debemos hacer una aclaración, tanto el daño psíquico y el biológico como el daño a la salud, representan dos dimensiones (estática y dinámica) de un mismo sujeto, es decir que nunca debemos olvidarnos que el ser humano es una unidad, y que probablemente cualquier tipo de daño tenga incidencia en la faz de otro. Por ejemplo, un daño biológico cualquiera -la amputación de una mano producto de un accidente laboral- seguramente tendrá consecuencias en el aparato psíquico del sujeto, ocasionándole trastornos diversos, que de seguro producirán cambios en sus relaciones en todos los ámbitos. Es por ello, que debemos comprender que esta sistematización que nos ofrece el autor citado, puede ser aprehendida con fines teóricos o metodológicos, inclusive pueden servir al juez a la hora de analizar cada caso en particular y proveer una indemnización justa. Y aunque suene repetitivo, no debemos olvidar la idea principal del trabajo, pues consideramos que el ser humano es una unidad inescindible (Fernández Sessarego, 1993, 1996 y 2001).

Como ya mencionamos supra, sobre el daño al proyecto de vida o daño a libertad fenoménica (como lo llama Fernández Sessarego) nos explayaremos en el capítulo siguiente.

Para finalizar éste acápite, citaremos un pensamiento de Burgos con el que estamos plenamente de acuerdo. Como el autor nos dice en su obra “nos oponemos expresamente a cualquier intento de “hacer entrar” esta nueva perspectiva paradigmática –siempre forzosamente y empobreciendo su sentido hasta tenerla por una categoría parcial- en las

clasificaciones disponibles del daño, centradas siempre en la patrimonialidad que la propia noción de responsabilidad civil requiere” (Burgos, 2012, Pág. 85).

Capítulo IV

“El Daño al Proyecto de Vida”

§ 18. El existencialismo como punto de partida.

Para introducirnos en el tema principal del trabajo, comenzaremos diciendo que, sería prácticamente imposible definir el daño al proyecto de vida sin antes hacer una referencia a algunas ideas extraídas de filósofos modernos y contemporáneos que con sus pensamientos dieron nacimiento a la antropología filosófica. Estos pensadores enfocan en el centro de su estudio al hombre como fin en sí mismo, y resultan de fundamental importancia para comprender este fenómeno trascendental en el mundo jurídico.

El reconocido filósofo alemán Martin Heidegger en su obra “El Ser y el Tiempo”, nos presenta la idea del ser humano como un ser temporal, pero, en palabras del autor, este ser no es temporal por estar “dentro de la historia”, sino que existe históricamente “por ser temporal en el fondo de su ser”. De este modo, el tiempo es, según Heidegger “el genuino horizonte de toda comprensión e interpretación del ser” (Heidegger, 1951, Pág. 433).

Para Karl Jaspers (1968), “el ser sólo se nos abre en el tiempo”. Coincidiendo con las palabras del citado autor, el ser humano va desplegando su personalidad en el tiempo, se va haciendo a sí mismo a partir de las experiencias obtenidas de la interacción con las personas y las cosas del mundo en el que vive, el ser humano no es una cosa, no es un objeto acabado, sino que por el contrario se encuentra en un proceso de crecimiento constante.

Si afirmamos que el ser humano es un ser temporal, podemos conjeturar que es un ente que se está creando y recreando a sí mismo internamente y al mundo que lo rodea, esto es posible porque es un ser libre, con libertad de elección para desplegar su personalidad y proyectar su vida, en el presente pero hacia el futuro, condicionado por las vivencias del tiempo pasado, es decir, que estamos en condiciones de alegar que el ser humano es un ser libre y temporal.

Para proyectarse hacia el futuro, para poder decidir lo que uno quiere ser y la manera en que quiere vivir, el ser humano cuenta con sus experiencias y sus vivencias pasadas. Lo que el ser es en el presente, y apunta a permanecer o a transformarse en el futuro, se encuentra indudablemente reducido a lo que ese ser fue y a los acontecimientos que le sucedieron en su

transcurrir vital. De esta forma, podríamos simplificar diciendo que el ser humano es y será según lo que fue.

Sobre la temporalidad del ser, Zubiri al referirse al pasado, expresa que, “en cuanto realidad, el pasado se pierde inexorablemente”, sin embargo no se reduce a la nada, sino que “se desrealiza, y el precipitado de este fenómeno es la posibilidad que nos otorga”. Es decir, que el pasado nos permite, en el presente, proyectar hacia el futuro en base a lo que ya experimentamos. Con respecto al futuro, el mismo autor nos dice que “sólo es futuro aquello que aún no es, pero para cuya realidad están ya actualmente dadas en un presente todas sus posibilidades” (Zubiri, 1948, Págs. 346, 347 y 348).

En un artículo titulado “El daño al Proyecto de vida”, publicado en la revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Lima, el jurista peruano Carlos Fernández Sessarego, expresa que “el ser humano, para realizar un proyecto de vida al par de su posibilidad de vivenciar valores, cuenta con sus propias potencialidades psicosomáticas, con los otros y con las cosas del mundo. Todo ello le ofrece un vasto horizonte de posibilidades. Para realizar un proyecto se vale, desde 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” (Fernández Sessarego, 1996, Pág. 6).

El mismo autor citado en el párrafo anterior, opina que “la realización fenoménica del proyecto está condicionada ya sea por las posibilidades como por las resistencias que le ofrecen tanto su mundo interior, su unidad psicosomática, como por aquellas del mundo exterior. No sólo el cuerpo o la psique pueden frustrar el proyecto de vida sino también los obstáculos que le ofrecen las cosas y, por cierto, la acción de los demás en el seno de la sociedad. No se puede asegurar que la decisión libre se cumpla” (Fernández Sessarego, 1996, pág. 6).

Podemos deducir de lo dicho hasta aquí que el ser humano por ser libre y temporal se pasa su vida proyectando pero, no porque se pase su vida entera proyectando, esos proyectos deben realizarse plenamente o en su totalidad, al decir de Sartre “ser libre no significa obtener lo que se quiere sino determinarse a querer” y concluye diciendo que “el éxito no interesa en ningún modo a la libertad” (Sartre, 1948, Pág. 24).

Los seres humanos para cumplir sus proyectos, deben valerse necesariamente de los otros y de las cosas del mundo, es por eso que el proyecto puede elegirse libremente pero su realización podrá darse en forma total o parcial o podrá verse frustrada, y eso dependerá del mundo, tanto interior como exterior.

Sobre este tema Fernández Sessarego señala que “se suele confundir la libertad, que es el ser mismo del hombre, con la voluntad, que es un aspecto de la psique, sin percatarse que ésta se halla, como la unidad psicosomática en su conjunto, al servicio del yo, de la decisión libre. La envoltura psicosomática es un medio del cual se vale la libertad para su realización como proyecto. Por ello es posible referirse a "mi" cuerpo, a "mi" voluntad” (Fernández Sessarego, 1996, Pág. 7).

Libertad y voluntad son dos términos con significados totalmente diferentes, cuando hablamos de libertad entendemos, que el ser humano por su condición de ser libre, puede elegir qué hacer con su vida, puede tomar decisiones que condicionaran su futuro y en ese constante proyectar en el que se desenvuelve su existencia, dependerá de la voluntad que posea para la consecución de sus fines y metas. Cuando decimos voluntad, nos referimos a las ganas, a la pasión con la que un sujeto se determina para alcanzar los objetivos que se ha planteado.

Como idea final podemos decir entonces, que el ser humano es ante todo un ser libre y temporal. Su libertad se encuentra fundamentada por la posibilidad de desplegar su personalidad y proyectar su existencia, los proyectos podrán ser mayores o menores, o ser más simples o complejos, todo dependerá del mismo ser humano que se encuentra condicionado por las experiencias pretéritas, y que le servirán en el presente para formar sus aspiraciones futuras, es por eso que es un ser temporal. El ser nace, vive y muere, y en ese transcurrir vital es que se autodetermina.

Nos hace notar Fernández Sessarego, que el “redescubrimiento” de la calidad ontológica de ser libertad del hombre ha generado -como pudimos hacer notar en los capítulos anteriores-, “una nueva visión del derecho, una revisión de sus supuestos así como, a partir de ellos, de toda la institucionalidad jurídica. El cambio es radical, aunque no lo percibamos a plenitud porque estamos inmersos dentro del proceso. Carecemos de la necesaria perspectiva temporal para llegar a ciertas certidumbres racionales. Ello se logrará cuando lo que estamos viviendo se convierta en pasado y lo asuma la historia” (Fernández Sessarego, 2003, Pág. 6).

Los seres humanos hemos creado y tratamos constantemente de mantener y perfeccionar dentro de la dinámica propia de la realidad, desde tiempos remotos y como una ineludible exigencia existencial, un conjunto de normas jurídicas mediante cuyo cumplimiento obligatorio se pretende establecer que las relaciones humanas en sociedad sean valiosas (justas, seguras, solidarias) a fin de crear los espacios, escenarios o situaciones colectivas para que cada ser humano pueda cumplir con el propio destino personal, con su “proyecto de vida”, sin dañar

ni ser dañado por los otros. Es así, el creador, protagonista y destinatario del derecho, de ahí que el derecho sea una exigencia existencial (Fernández Sessarego, 2003, Pág. 6).

§ 19. El daño al proyecto de vida como despliegue de la libertad.

Como expresáramos en el tercer capítulo, según la sistematización que nos ofrecía Fernández Sessarego, podíamos dividir el daño a la persona en, por un lado, el daño psicossomático (que es el inferido sobre el cuerpo o la psique del damnificado) y, por otra parte, el daño a la libertad fenoménica o daño al proyecto de vida.

Creemos que los conceptos vertidos en el capítulo precedente, sobre el daño psicossomático, fueron explicados suficientemente, por lo que en este apartado nos concentraremos en definir a la otra dimensión del daño a la persona -el daño al proyecto de vida-, que es el principal marco teórico del trabajo, probablemente el más difícil de desarrollar por su complejidad, pero sin dudas el sustento más importante al momento de fundamentar nuestras teorías.

Hemos dicho en el párrafo anterior, que adherimos a los conocimientos de la antropología filosófica, en tanto ellos consideran que el ser humano es un ser libre y temporal. Libre, porque es el único ser vivo con capacidad para discernir, para elegir algo particular de entre varias opciones que se le presentan, y esa capacidad de elección es justamente la esencia de su libertad. Es temporal, porque es un ser histórico, es decir, es un ser que vive experimentando y aprehendiendo esas experiencias para construir su presente y proyectar su futuro, y ese transcurrir espacial es lo que lo caracteriza como un ser temporal.

He aquí la primera cuestión, si consideramos como centro gravitacional de nuestra hipótesis que la persona es un ser libre, no podemos disentir entonces con la idea de Fernández Sessarego que postula al daño al proyecto de vida, daño a la libertad fenoménica o al despliegue de la personalidad -título con el que lo menciona en muchas de sus obras-, como el mayor de los daños que se le pueda causar al ser humano.

Fernández Sessarego es reconocido por destacados juristas -Jorge Mosset Iturraspe, Luis Moisset de Espanés, Francesco Busnelli, Jorge Mario Galdós, Oscar Fappiano, Osvaldo Burgos, entre otros- como el creador del concepto de daño al proyecto de vida. En su trabajo “El daño a la libertad fenoménica o daño al proyecto de vida en el escenario jurídico contemporáneo”, este autor nos cuenta que:

Hasta la primera mitad del siglo XX los juristas no habían reflexionado en torno a la trascendencia que para el destino del ser humano tiene la frustración, el menoscabo o el retardo en el cumplimiento de su proyecto de vida como expresión fenoménica de su libertad. Es decir, de la realización fáctica de una decisión libre, de su aparición en la realidad como libertad fenoménica. Dicho en otras palabras, del cumplimiento por el ser humano de su realización personal, de poder alcanzar las metas y expectativas propuestas durante su tránsito existencial.

Es válido aclarar aquí, que basándonos en los argumentos que expusimos en los capítulos anteriores sobre el enfoque patrimonialista de nuestro Código Civil y del clásico esquema del resarcimiento del daño, los juristas -a quienes hace mención Fernández Sessarego en la cita transcripta- difícilmente podrían haberse planteado estos supuestos, debido a que no estaban enfocados en la naturaleza ontológica del ente dañado (los padecimientos sufridos por la víctima), sino más bien en sus consecuencias patrimoniales, es decir en las pérdidas e intereses.

Habiendo hecho la aclaración retomamos el hilo argumentativo, manifestando que la libertad y la temporalidad entonces serán los presupuestos para que una persona pueda realizar su proyecto de vida, porque como ya mencionamos, el ser humano vive en el presente, proyectando hacia el futuro y condicionado por las experiencias vividas en el pasado. Como bien apunta Jaspers, “consciente de su libertad, el hombre quiere llegar a ser lo que puede y quiere ser” (Jaspers, 1968, Pág. 60).

El proyecto de vida pareciera ser *prima facie*, algo depositado en el futuro, algo incierto. Si analizamos con detenimiento este planteo, podremos advertir que el proyecto de vida se va desarrollando o desenvolviendo a la par de la persona que lo proyecta. El ser humano influenciado por sus prácticas pasadas, comienza -en el presente- a proyectar hacia el futuro, pero es en este presente cuando le da sentido a ese proyecto iniciando su puesta en marcha y realizando las acciones necesarias para lograr ese cometido proyectado.

El pasado es el que nos forma, nutre nuestro ser, somos lo que somos por nuestro pasado. Sería imposible pretender que una persona no tenga en cuenta sus vivencias a la hora de formular un proyecto, también sería imposible que no transcurra ningún lapso de tiempo entre la formulación del proyecto y su concreción. Es por ello, que sostenemos que el proyecto de vida no es un daño futuro.

§ 20. ¿Qué es el daño al proyecto de vida?

Para Fernández Sessarego, el proyecto de vida es: “el rumbo o destino que la persona otorga a su vida, es decir, el sentido existencial derivado de una previa valoración. El ser humano, en cuanto ontológicamente libre, decide vivir de una u otra manera. Elige vivenciar, preferentemente, ciertos valores, escoger una determinada actividad laboral, perseguir ciertos valiosos objetivos. Todo ello constituye el “proyecto de vida”. Lo que la persona decide hacer con el don de su vida” (Fernández Sessarego, 2001, Pág. 341).

Nos expresa el autor, que la primera vez que el daño al proyecto de vida fue tratado por la literatura jurídica fue en un trabajo publicado en 1985 en el libro titulado “El daño a la persona en el Código civil de 1984”. En este trabajo volcaba los siguientes conceptos:

- a. “Que el daño al ser humano en su más honda acepción es aquel que tiene como consecuencia la frustración del proyecto de vida de la persona”.
- b. “Que el daño al proyecto de vida es un hecho de tal magnitud que truncaría la realización de la persona humana de acuerdo a su más recóndita e intransferible vocación”.
- c. “Que este radical aspecto del daño a la persona y sus efectos no han sido debidamente considerados por la doctrina por nosotros conocida, la que, en todo caso, lo cataloga como un daño que afecta alguno de los derechos de la personalidad” (Fernández Sessarego, 2001, Pág. 341).

Debemos hacer una pausa aquí, para señalar entonces que el daño al proyecto de vida, es una noción doctrinaria que actualmente está cumpliendo su trigésimo aniversario, que si en décadas anteriores no se le dio la debida importancia fue, como ya mencionamos, por el respeto al tradicional modelo impuesto por otras valoraciones.

Fernández Sessarego, a quien le cabe el rótulo de “el padre del daño al proyecto de vida”, lo define como: “el más grave que se puede causar a la persona en tanto sus consecuencias inciden en la frustración o menoscabo del destino que se ha trazado, de la manera de vida que ha escogido, de lo que ha decidido “ser” y “hacer” con su existencia. De ahí que sea un daño radical, en cuanto afecta en su raíz la libertad del ser humano” (Fernández Sessarego, 2009, pág. 22).

Se entiende entonces que el daño al proyecto de vida, es de una gravedad tan profunda que afecta a la libertad y la existencia de la víctima. Lo priva entonces de su derecho a elegir de qué manera desplegar su singularidad y llevarla a cabo, vulnera en definitiva el derecho a la libertad de cualquier ser humano.

Sin embargo, como bien nos aclara Fernández Sessarego, debemos distinguir entre “el proyecto” y “los proyectos” que una persona pueda formular. Nos explica que el hombre vive haciendo proyectos -lo cual no podría ser de otra manera dada su naturaleza de ser libre y temporal-, pero de entre todos esos proyectos solo hay uno que presenta la calidad de fundamental para su existencia, que le otorga un sentido a su vida, que es radical, al cual él le dedicará todos sus esfuerzos, nos encontramos entonces en presencia del proyecto de vida (Fernández Sessarego, 1996, 2001 y 2003).

Continúa diciendo que “al lado del mencionado “proyecto de vida”, el ser humano está constantemente elaborando una pluralidad de proyectos sobre su cotidiano existir. Estos, no comprometen el destino mismo del ser humano ni el sentido de su vida. Ellos carecen de la trascendencia del singular “proyecto de vida” en cuanto, de frustrarse, no afectan el núcleo existencial del sujeto. En estas situaciones no se producen, por consiguiente, los devastadores efectos del daño al singular “proyecto de vida”, los que sí truncan, de raíz, el periplo vital del sujeto. Sus consecuencias signan para siempre la vida de la persona. Los daños que pueden producir estas frustraciones ante decisiones libres que no comprometen el núcleo existencial del sujeto, pueden traducirse en consecuencias psíquicas de diversa medida y magnitud” (Fernández Sessarego, 1996, Págs. 26 y 27).

Seguidamente nos advierte que muchos de los proyectos “tienen que ver con la actividad cotidiana del sujeto, son repeticiones de alguno que en cierto momento fue original. Responden, por ello, a la habitualidad, por lo que el sujeto, muchas veces, no tiene conciencia de su libre decisión” (Fernández Sessarego, 1996, Pág. 27).

Fernández Sessarego aporta, que el daño al proyecto de vida “es un daño de tal magnitud que afecta, por tanto, la manera en que el sujeto ha decidido vivir, que trunca el destino de la persona, que le hace perder el sentido mismo de su existencia”. Por ello considera que es “un daño continuado, que generalmente acompaña al sujeto durante todo su existir en tanto compromete, de modo radical, su peculiar y única “manera de ser” (Fernández Sessarego, 1996, Pág. 28).

Advierte, que “no es una incapacidad, cualquiera, ni transitoria ni permanente, sino se trata de un daño cuyas consecuencias inciden sobre algo aún más importante para el sujeto como son sus propios fines vitales, los que le otorgan razón y sentido a su vida” y que “el daño al proyecto de vida es un daño futuro y cierto, generalmente continuado o sucesivo, ya que sus

consecuencias acompañan al sujeto, como está dicho, durante su transcurrir vital” (Fernández Sessarego, 1996, Pág. 28).

§ 21. El daño al proyecto de vida según la doctrina nacional.

Diferentes autores han tratado ya este tema desde 1985 hasta hoy. Así por ejemplo Oscar Fappiano, cuando era delegado de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, inició la demanda contra el Estado del Perú conjuntamente con la representante de la víctima en el *leading case* “Loayza Tamayo”. En este sentido, el autor comenta que tuvo “la responsabilidad de plantear, juntamente con la representante de la víctima, la cuestión atinente al daño al proyecto de vida, siendo la primera vez que se efectuaba ante un tribunal supranacional” (Fappiano, 2002, Pág. 16).

Agoglia fue una de las primeras en referirse al daño al proyecto de vida entendiendo que “la expresión de daño al proyecto de vida, puede ser resarcible a título de pérdida de chance, cuando lesiona intereses materiales. En cuanto signifique la minoración de un interés espiritual, su resarcibilidad corresponderá a título de daño moral” (Agoglia, 1999, Pág. 89).

Matilde Zavala de González, se refiere al daño al proyecto de vida en un artículo publicado en el año 2005. En este trabajo la autora señala que “la noción jurídica sobre un perjuicio a proyectos de vida es válida casi desde cualquier concepción filosófica, en tanto reconozca al hombre como ser libre, aunque encuentra especial respaldo en el pensamiento existencialista” manifiesta también que “el menoscabo al rumbo existencial se traduce en una alteración profunda del equilibrio de la víctima, pues interfiere en su destino” (Zavala de González, 2005, Pág. 1).

Esta prestigiosa autora cordobesa considera que el daño al proyecto de vida es un perjuicio que goza de autonomía conceptual, pero al momento de reclamar su resarcimiento, lo ubica como una especie del genérico daño moral. Así nos dice que “el daño al proyecto de vida menoscaba la persona misma en su integridad espiritual y, por lo tanto, constituye una vertiente agravadora de perjuicios morales, los cuales no deben restringirse indebidamente a sufrimientos, sino comprender con amplitud los desequilibrios existenciales” (Zavala de González, 2005, Pág. 1).

Galdós señala que el daño al proyecto de vida es “la mutilación del plan existencial del sujeto”, pero al igual que Fernández Sessarego aclara que no debe ser un plan ordinario, sino que va a ser considerado como un daño al proyecto de vida “en la medida que ese plan supere

el mero deseo, aspiración o expectativa y que se arraigue en la probabilidad cierta de que el objetivo vital sería razonablemente alcanzado de no mediar el hecho nocivo”, y concluye sosteniendo que “la alteración debe ser profunda y comprometer las potencialidades, condiciones y predisposiciones ciertas de la persona y encaminadas diariamente a su consecución” (Galdós, 2005b, Pág. 135).

Por su parte, Burgos nos dice que “un proyecto de vida es el resultado del ejercicio de la libertad relativa por el que cada persona construye su singularidad y se sitúa ante el mundo” y que “la imposibilidad de estructurar un proyecto vital -cualquiera que fuere- despersonaliza al damnificado, lo obliga a imaginar su singularidad desde el lugar de la víctima, excluye su voz de la conversación plural en la que el derecho se construye” (Burgos, 2012, Pág. 137).

Según este autor, el daño al proyecto de vida “incide negativamente sobre el ejercicio de autonomía o autodeterminación responsable de aquel a quien alcanza. Le impone una vida distinta de la esperable, trastoca su futuro, afrenta su dignidad, lo despersonaliza y cosifica”. Y concluye diciendo que “tal cosificación significa, ni más ni menos, la negación de la humanidad subjetiva y el incumplimiento de la promesa en la que cualquier orden jurídico debe legitimarse” (Burgos, 2012, Págs. 137 y 138).

El daño al proyecto de vida resulta ser entonces, un tema que actualmente se encuentra en el centro del debate. Algunos autores lo reconocen como un daño que merece autonomía resarcitoria y otros en cambio lo ven como un concepto afirmado pero susceptible de resarcimiento sólo si se lo incluye dentro del daño moral. Lo cierto es que es un daño merecedor de tutela jurídica que se encuentra reconocido por la jurisprudencia tanto nacional como supranacional, como analizaremos oportunamente.

§ 22. Consecuencias del daño al proyecto de vida.

Nos apartaremos por un momento del marco teórico y, para ilustrar mejor estos conceptos, acudiremos a un ejemplo que Fernández Sessarego nos brinda en todas las obras que hemos tenido oportunidad de estudiar.

El autor nos habla de un pianista, un pianista profesional por vocación, una persona que dedicó toda su vida al estudio de la música, que es lo que le otorga sentido a su vida, lo que posibilita su realización como ser humano intersubjetivo relacionado con el mundo. Nos hace suponer, que este pianista como consecuencia de un accidente automovilístico, pierde algunos dedos de las manos.

Como primer punto nos hace notar que se trata de un daño a un ser humano. Este daño dará origen a múltiples consecuencias, algunas personales, otras patrimoniales, pero lo que nos quiere hacer notar por sobre todo, es la naturaleza del ente dañado, su calidad ontológica. El pianista no es una cosa, es una persona, por ello, lo que prioritariamente hay que remarcar es que se ha producido un daño a la persona (Fernández Sessarego, 1993, 1996, 2001, 2003, 2009).

Al analizar detenidamente el ejemplo propuesto, podremos advertir, que el pianista ha sufrido un evidente daño emergente que hay que indemnizar. Se deberán cubrir gastos de hospitalización, honorarios médicos, medicinas empleadas, etc. Seguidamente debemos atender al lucro cesante, ya que como nos dice el autor, el pianista tenía pendientes de ejecutar cinco conciertos, lo que supone una significativa suma de dinero que dejaría ciertamente de recibir. Estas serían algunas (por lo menos las evidentes) de las consecuencias patrimoniales que se derivarían del daño, en el ejemplo dado.

Pero, simultáneamente, el pianista ha sufrido daños personales, como es el caso del daño biológico (que como ya lo hemos explicado antes, es el daño físico en sí mismo, es decir las lesiones sufridas en el cuerpo, lo que en el ejemplo sería la pérdida de los dedos), ha sufrido también alteraciones psíquicas, lo que derivó en un daño a la salud, que compromete el bienestar integral del sujeto.

Pero, además de los daños psicosomáticos sufridos, el pianista ha sufrido un daño extraordinario, que incide en el sentido mismo de su vida. En palabras del autor “se ha frustrado su proyecto de vida, que consistía, única y exclusivamente, en “ser” pianista. El ser pianista otorgaba razón a su vida, sentido a su existencia, lo identificaba en la vida social a tal punto que cuando la gente lo ubicaba en un lugar público señalaba que se trataba de un pianista” (Fernández Sessarego, 1996, Pág. 29).

Nos enseña el autor que no se puede reducir conceptualmente el daño al proyecto de vida a un daño a la estructura psicosomática del sujeto, sino que para que se produzca un daño a la libertad, es necesario que se haya producido un daño biológico y un daño al bienestar del sujeto. Tenemos que hallarnos frente a lesiones o heridas producidas en el soma o cuerpo y en el aparato psíquico. El autor los considera como presupuestos del daño al proyecto de vida que cuando aparece, “trasciende este daño psicosomático para comprometer, como se ha insistido, el sentido mismo de la vida del sujeto” (Fernández Sessarego, 1996, Pág. 30).

El daño psicosomático se produce por la pérdida de los dedos de las manos, pero esta lesión -en este caso particular-, lo afecta en su núcleo existencial, elimina el sentido a su vida, compromete su futuro, o lo que es lo mismo, podríamos bien decir que, a partir del acontecimiento desvalioso que ha irrumpido en su vida, ha dejado de ser un pianista. Su vida ha perdido el sentido valioso, dejó de ser lo que libremente había decidido ser. La depresión que sentirá al no poder ser -nunca más- lo que toda su vida había proyectado ser seguramente tendrá consecuencias devastadoras en su persona, que probablemente puedan arrastrarlo a adicciones como el alcoholismo o el consumo de estupefacientes y en casos límites hasta el suicidio. (Fernández Sessarego, 1993, 1996, 2001, 2003, 2009).

Con todo lo expuesto hasta aquí, es indudable la importancia que representa el daño al proyecto de vida, dado que repercute no sólo en la esfera íntima de la persona, como el daño psíquico o el daño moral -que actualmente engloba todos los daños extrapatrimoniales, sobre el cual nos explayaremos más adelante-, sino que por el contrario afecta a la libertad de la persona en su expresión fenoménica, le niega la capacidad de decidir libremente como quiere vivir su vida, claramente es un daño que sobrepasa a los daños psicosomáticos -en su vertiente estática y dinámica-. Por todo esto, es que venimos aquí a reclamar su autonomía no solo conceptual sino también resarcitoria.

§ 23. Diferenciación con el daño moral.

Encontramos muchas diferencias de apreciación entre los juristas que han tratado este tema. Algunos consideran que el daño moral es una voz genérica que abarca todos los daños a la persona -incluido el daño al proyecto de vida-, otros consideran que el daño moral es una noción mal empleada desde sus orígenes, que hace mucho tiempo debió ser desechada, y consideran que es necesario un cambio de paradigmas, en el que el daño a la persona sea el concepto general en el que se incluyan todos los daños que puede sufrir el ser humano, incluido el daño al proyecto de vida por supuesto.

Como ejemplos de la primera línea de pensamiento podemos nombrar a Pizarro y Zavala de González. Estos reconocidos juristas de nuestro país consideran que el daño moral es el género y las diferentes modalidades del daño a la persona son especies de éste, es decir que el daño al proyecto de vida se encontraría subsumido dentro del daño moral.

En este sentido, Zavala de González ha dicho que “el daño al proyecto de vida menoscaba la persona misma en su integridad espiritual y, por lo tanto, constituye una vertiente

agravadora de perjuicios morales” (Zavala de González, 2005, Pág. 1). Podemos apreciar como la autora considera al daño al proyecto de vida como “un daño moral agravado”.

Por su parte, Pizarro considera que dentro del concepto “daño moral” se consideran todos los daños a la persona de consecuencias inmateriales, incluyendo -demás está decirlo- el daño al proyecto de vida (Pizarro, 1996, Págs. 83 y 84).

Mosset Iturraspe defiende la segunda posición que marcáramos, pues entiende que el daño moral es un concepto “absolutamente impreciso desde sus orígenes, desde su denominación, desde su comprensión” y que si actualmente se sigue utilizando esta denominación es sólo por razones vinculadas “con su prestigio, con su abolengo, con su tradición jurídica”. Finaliza la idea diciendo que el daño moral “es una antigualla, el daño moral es un resabio de otros tiempos que ha permanecido por nuestras debilidades, por nuestras torpezas, por nuestro aferrarnos a las tradiciones jurídicas” (Mosset Iturraspe, 1995b, Págs. 406 a 408).

En la misma línea, manifiesta también que “la reparación del dolor es ahora un capítulo, pero no toda la materia. Con dolor o sin él, se debe respetar la intimidad, la vida de relación, los proyectos, la salud, entendida de una manera plena e integral” y concluye diciendo que “el centro de la cuestión no es más el dolor, es el hombre, la persona humana, su dignidad, sus virtualidades, sus apetencias” (Mosset Iturraspe, 1995a, Pág. 213).

Adhiriéndose al pensamiento de Mosset Iturraspe, Fernández Sessarego y Burgos expresan que la idea de llamar moral a lo jurídico proviene de Francia, donde los doctrinarios decimonónicos se encargaron de aplicar el calificativo de moral a instituciones netamente jurídicas, que nada tenían que ver con aquello. Es así, como en un principio a lo que hoy conocemos por el nombre de persona jurídica, en sus comienzos decidieron llamar -equivocadamente- “persona moral” (Burgos, 2008, 2012; Fernández Sessarego, 1993, 1996, 2003).

Fernández Sessarego establece una distinción entre daño moral y daño a la persona refiriéndose al primero como un daño que “histórica y tradicionalmente, se ha identificado con el dolor, con el sufrimiento (*pretium doloris*)” y remarca que no es una categoría autónoma del daño a la persona -como sí lo son el daño psicosomático y el daño al proyecto de vida- sino tan sólo “un aspecto del daño psíquico en cuanto perturbación psicológica no patológica, dolor, sufrimiento, indignación, rabia, temor, entre otras manifestaciones emocionales” (Fernández Sessarego, 2003, Pág. 17).

Para Fernández Sessarego el daño moral no es sino “una modalidad del daño a la persona y, por consiguiente, es una especie de un concepto comprensivo, es decir, de una noción genérica que lo engloba y lo subsume” y asevera que lo moral “es solo un “aspecto” de la compleja estructura del ser humano” (Fernández Sessarego, 1996, Pág. 9).

Como su nombre lo indica, el daño a la persona comprende toda la gama de daños que pueda sufrir el ser humano. Abarca una inmensa variedad de lesiones al soma o a la psique, así como también al ejercicio mismo de la libertad que se traduce objetivamente en el daño al proyecto de vida. Redunda a esta altura del trabajo decir que estamos de acuerdo con el maestro peruano en que el daño moral es uno de los tantos daños que puede sufrir la persona.

En sentido similar se pronuncia el jurista uruguayo Gustavo Odorqui Castilla, quien considera que “el daño personal es un concepto genérico dentro del cual el daño moral no es nada más que una especie” y expresa que en el daño moral “se destaca la existencia de una lesión psíquica, una afección a los sentimientos, una sensación de dolor, de sufrimiento, que tiene la fuerza, intensidad y duración, que dependerá de la persona” (Odorqui Castilla, 1995, Pág. 413).

Con respecto al proyecto de vida podemos decir que, al ser éste una especie del daño a la persona, las diferencias con el daño moral estarían suficientemente explicadas. Aun así, haremos algunas consideraciones que nos parecen importantes para poder identificar cuando estamos en presencia de uno u otro.

Como principal diferencia, entendemos que el daño al proyecto de vida y el daño moral afectan distintos aspectos del ser humano. El daño moral incide sobre la esfera afectiva de la persona, sobre los sentimientos, mientras que en el daño al proyecto de vida se afecta el despliegue fenoménico de la libertad de la persona, se trunca su ideal de realización personal, es un daño que puede tener consecuencias devastadoras.

Hemos podido advertir también que la otra forma en que se diferencian es a partir de sus consecuencias. El daño moral se traduce en dolores que, aunque pueden ser muy duros en el comienzo, por lo general con el tiempo se disipan y hasta mutan hacia otro tipo de sentimientos, como por ejemplo, ante la desaparición física de un ser querido el dolor que sentimos cuando esa persona nos abandona es inmensurable, pero con el paso del tiempo el dolor se va mitigando y terminamos recordando con orgullo y hasta emoción a esa persona que tanto nos dio en vida.

El daño al proyecto de vida en cambio tiene consecuencias que afectan la existencia misma del sujeto y que por lo tanto perduran por el resto de su vida. Como lo tiene dicho Tafur Márquez, “el daño al proyecto de vida es futuro, cierto y duradero, compromete generalmente de por vida a la persona” y que “un daño de esta magnitud difícilmente se supera, pues acompaña a la persona por toda su existencia, o en el mejor de los casos deja en la persona una huella tan profunda y tan honda que resulta indeleble” (Tafur Márquez, s.f., Pág. 24).

§ 24. Recepción legislativa del daño al proyecto de vida en la Argentina.

El destacado jurista argentino Atilio Aníbal Alterini (2012), en un artículo publicado con el título “Soluciones del Proyecto de Código en materia de responsabilidad civil”, dedica una parte al daño al proyecto de vida y como fue receptado en los proyectos de reforma al Código Civil en la República Argentina.

Según este autor, la noción de “proyecto de vida” fue incorporada por el proyecto de reforma al Código Civil de 1998 en su artículo 1600 inciso b, que reza “El daño extrapatrimonial comprende al que interfiere en el proyecto de vida, perjudicando a la salud física o psíquica o impidiendo el pleno disfrute de la vida, así como el que causa molestias en la libertad, en la seguridad personal, en la dignidad personal, o en cualesquiera otras afecciones legítimas”.

El artículo 1642 del mismo cuerpo legal, también hace referencia al daño al proyecto de vida, por cuanto dispone en su inciso c, que “La responsabilidad por daño al proyecto de vida no puede ser excluida ni limitada, salvo en los casos que lo autorice la ley”.

Por su parte, el artículo 1738 del Proyecto de Código Civil de 2012 dispone: “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”.

Podemos notar como el cambio de paradigmas que venimos alentando desde el inicio del trabajo, se materializa por fin en los proyectos de reformas de nuestro Código Civil. Sin ahondar en cuestiones mínimas -como las diferencias con la clasificación o sistematización propuesta por Fernández Sessarego que aplaudíamos antes- hay que destacar y enaltecer la

labor de los modificadores, que ubicaron en éste último proyecto al daño al proyecto de vida en el Título V del Libro III, en la Cuarta Sección que se titula “Daño resarcible”.

Capítulo V

“Recepción jurisprudencial del daño al proyecto de vida”

§ 25. El daño al proyecto de vida en la jurisprudencia.

Han pasado casi treinta años desde que Fernández Sessarego irrumpiera en la escena jurídica con la aparición del “daño al proyecto de vida”. Durante este tiempo, el novel concepto ha sido desarrollado y enriquecido en cuanto a sus alcances y consecuencias, así como ha merecido ser recogido tanto por la jurisprudencia de nuestros tribunales nacionales como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Dicho esto, es importante señalar que la primera sentencia de reparaciones de la Corte Interamericana que analiza en profundidad y con detenimiento el “daño al proyecto de vida” es la pronunciada, en 1998, en el caso “María Elena Loayza Tamayo”.

Posteriormente, el asunto ha sido también contemplado de diversas formas: como daño resarcible, dentro del rubro daño moral o conjuntamente con él, como daño inmaterial, entre otras, y ordenándose su reparación en especie -cuando fuera posible- o pecuniariamente.

Analizaremos a continuación los fallos que consideramos de mayor relevancia, de entre muchos que tuvimos oportunidad de estudiar con la elaboración de este trabajo.

§ 26. El daño al proyecto de vida en las sentencias de la C.I.D.H.

a. El caso “Loayza Tamayo c/ Perú”³⁹.

María Elena Loayza Tamayo se desempeñaba como profesora y además estudiaba derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Fue secuestrada el 6 de febrero de 1993, por miembros de la División Nacional contra el Terrorismo (DINCOTE) en un inmueble

³⁹ Corte I.D.H., Sentencia *Loayza Tamayo*, del 27 de Noviembre de 1998, Serie C, N° 42.

ubicado en el Distrito Los Olivos, en la ciudad de Lima. La detención se produjo en base a su presunta colaboración con el grupo terrorista Sendero Luminoso.

María Elena Loayza Tamayo fue llevada al centro de la DINCOTE donde fue torturada, física y psíquicamente, y agraviada en su dignidad. Estuvo incomunicada e imposibilitada de presentar un recurso judicial para cuestionar su detención. Fue exhibida como terrorista públicamente a través de medios de comunicación con un traje a rayas. Posteriormente fue procesada y luego de cinco años de estar privada de su libertad, fue 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, a pesar de la absolución recibida. Fue en estas circunstancias que se inicia su reclamo ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la que encontró motivos más que suficientes para demandar al Estado peruano ante la Corte Interamericana, exigiendo la liberación de la víctima y la reparación por las consecuencias de los injustos daños sufridos por la víctima.

Cabe aclarar que los hechos del presente caso se produjeron durante el gobierno dictatorial de Alberto Fujimori, 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.

La Corte manifestó en su párrafo 147, que el daño al proyecto de vida “es una noción distinta del daño emergente y el lucro cesante” por cuanto el primero “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”.

En el párrafo siguiente mencionó que el “daño al proyecto de vida se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones de vida que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone”, que “difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación” y aseverando que “su cancelación o menoscabo [de las opciones] implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte”.

Agrega en el párrafo 150 que “el “daño al proyecto de vida”, entendido como una expectativa razonable y accesible en el caso concreto, implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o muy difícilmente reparable”.

En el párrafo 152 la Corte considera que los hechos sufridos por la víctima “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”, concluyendo en el siguiente párrafo que “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, en el mismo párrafo 153, la Corte no se animó a fijar una reparación por el daño infligido al proyecto de vida de María Elena Loayza Tamayo argumentando que “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”.

En el párrafo 15 de su voto razonado, los magistrados Cañado Trindade y Abreu Burelli, entienden que “el proyecto de vida se encuentra indisolublemente vinculado a la libertad, como derecho de cada persona a elegir su propio destino”. Y se atrevieron a pronunciarse sobre el tema de la reparación en el párrafo 13, cuando sostuvieron que en el presente caso, la víctima se encontraba viva por lo tanto vieron viable “la *restitutio in integrum*, como forma *par excellence* de reparación”.

Lo que sin duda merece nuestro más enérgico aplauso es la opinión del Juez Roux Rengifo en su voto parcialmente disidente, el cual comienza diciendo que se aparta de la decisión de la Corte en cuanto a la indemnización compensatoria que debe pagarse a la víctima, considerando que el monto de ésta debía ser mayor porque debía comprender también “una cantidad de dinero específicamente destinada a reparar los daños en el proyecto de vida de la señora Loayza Tamayo, que podría haberse fijado, en términos de equidad, en 25.000 dólares de los Estados Unidos de América”.

Párrafo siguiente valora la actitud de la Corte de considerar el daño al proyecto de vida “como un rubro por tener en cuenta en ciertos casos de violación de los derechos humanos, y ha presentado una buena base conceptual para dar soporte a ese paso”.

A continuación vuelve a mostrarse en desacuerdo con la no cuantificación del daño al proyecto de vida sosteniendo que si bien “la cuestión del daño al proyecto de vida no tiene aún arraigo en la jurisprudencia y la doctrina” tampoco “es del todo ajena a ellas” porque según su

punto de vista, diversos tribunales habían centrado su atención en “la alteración de las condiciones de existencia de la víctima como un tipo de daño que merece ser reparado, y han evaluado esas condiciones, de alguna manera, en un sentido dinámico, que involucra las perspectivas y proyectos del damnificado”.

El reconocimiento del daño al proyecto de vida por parte de los magistrados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso expuesto, significó un gran avance jurisprudencial para el concepto ideado por Fernández Sessarego, otorgándole autonomía conceptual y diferenciándolo del daño emergente y el lucro cesante. Si bien no se atrevió a reconocerlo como un daño autónomamente resarcible -lo que hubiera sido lo ideal- se lo incluyó dentro de otros ítems resarcitorios, cuestión sumamente valorable para nosotros.

b. El caso “Cantoral Benavides”⁴⁰.

Igual que en el caso “Loayza Tamayo”, 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 Luis Alberto Cantoral Benavides fue detenido, sin una orden judicial, por agentes de la Dirección Nacional contra el Terrorismo (DINCOTE) en su domicilio ubicado en el distrito La Victoria, ciudad de Lima.

Luis Cantoral estuvo incomunicado por más de una semana en el centro de la DINCOTE y a los quince días después de su detención tuvo acceso a un abogado. Asimismo, fue objeto, por parte de efectivos policiales y miembros de la Marina, de actos de violencia. Fue vendado, esposado con las manos en la espalda, obligado a permanecer de pie, golpeado en varias partes del cuerpo, etc., a fin de vencer su resistencia física y “forzarlo a autoinculparse o a confesar determinadas conductas delictivas”.

También fue exhibido públicamente a través de los medios de comunicación, vestido con un traje a rayas como los que usan los presos, como integrante del Partido Comunista del Perú Sendero Luminoso y como autor del delito de traición a la patria, cuando aún no había sido legalmente procesado ni condenado.

Luis Alberto Cantoral Benavides fue procesado por el fuero militar por el delito de traición a la patria. Fue absuelto pero se remitió lo actuado al fuero común para que fuera

⁴⁰ Corte I.D.H., Sentencia *Cantoral Benavides*, del 3 de Diciembre de 2001, Serie C, N° 88.

juzgado por el delito de terrorismo. En dicho proceso fue condenado a veinte años de pena privativa de libertad por el delito de terrorismo. Sin embargo, Luis Cantoral solicitó un indulto a la Comisión ad hoc creada por la ley No. 26.555 y dicho beneficio fue concedido. En total, Luis Alberto Cantoral Benavides estuvo privado de libertad en forma ininterrumpida desde el 6 de febrero de 1993 hasta el 25 de junio de 1997, cuando fue liberado.

En el párrafo 60 del citado fallo, la Corte reconoce que los hechos narrados en el caso antes mencionado “ocasionaron una grave alteración del curso que normalmente habría seguido la vida de Luis Alberto Cantoral Benavides”. La Corte considera, que “los trastornos que esos hechos le impusieron, impidieron la realización de la vocación, las aspiraciones y potencialidades de la víctima, en particular por lo que respecta su formación y a su trabajo como profesional”. Y concluye el mismo párrafo de manera inmejorable expresando que “todo esto ha representado un serio menoscabo para su “proyecto de vida”.

Como medidas de satisfacción y no repetición la Corte estima que la sentencia constituye per se una forma de reparación. No obstante ello, considera como medida de satisfacción, que el Estado peruano “debe publicar en el Diario Oficial y en otro diario de circulación nacional, por única vez, la parte resolutive de la sentencia sobre el fondo dictada el 18 de Agosto de 2000”.

En lo que concierne a las reparaciones, en el párrafo 80 se expresa también diciendo que: “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”. Por último, en el párrafo 81 ordena que el Estado peruano “realice un desagravio público en reconocimiento de su responsabilidad en este caso y a fin de evitar hechos como los de este caso se repitan”.

Podemos advertir en el presente caso, que la Corte -a diferencia del caso “Loayza Tamayo”- admitió la autonomía resarcitoria del daño al proyecto de vida de Luis Cantoral Benavides, considerando que la mejor forma de repararlo no era pecuniariamente, sino ordenando al Estado del Perú a asumir los gastos de los estudios universitarios de la víctima, a fin de que pueda rehacer el proyecto que se había formulado libremente antes que sucedieran los hechos lesivos.

c. El caso “Niños de la calle”⁴¹.

Los hechos del presente caso se contextualizan en una época caracterizada por un patrón común de acciones al margen de la ley, perpetradas por agentes de seguridad estatales, en contra de los “niños de la calle”. Esta práctica incluía amenazas, detenciones, tratos crueles, inhumanos y degradantes y homicidios como medio para contrarrestar la delincuencia y vagancia juvenil.

El 15 de junio de 1990, en la zona conocida como “Las Casetas”, una camioneta se acercó a Henry Giovanni Contreras, de 18 años de edad, Federico Clemente Figueroa Túnchez, de 20 años, Julio Roberto Caal Sandoval, de 15 años y Jovito Josué Juárez Cifuentes, de 17 años. De dicho vehículo descendieron hombres armados miembros de la policía, quienes los obligaron a subir al mismo. Luego de estar retenidos por unas horas, fueron asesinados. Asimismo, el 25 de junio de 1990 fue asesinado Anstraum Aman Villagrán Morales, mediante un disparo de arma de fuego, en el sector de “Las Casetas”. No se realizaron mayores investigaciones ni se sancionaron a los responsables de los hechos.

En este caso -a contrario sensu de lo que había decidido en los fallos que analizáramos antes- la Corte decidió reparar todos los daños a la persona dentro del rubro “daño moral”. Demás estaría volcar la opinión que podemos llegar a formular sobre esta cuestión. Hemos sentado nuestra posición a lo largo del trabajo sobre lo que significa el daño moral para nosotros.

Sin embargo, traemos a colación el caso porque, si bien no compartimos la forma de las reparaciones, hay cuestiones que no podemos pasar por alto.

En el párrafo 85 de la sentencia figuran los alegatos de los representantes de los familiares de las víctimas, quienes en el inciso “g” expresan que el concepto de reparación “no debe ser reducido solamente a la suma de lucro cesante + daño emergente + daño moral, pues quedaría vacío el propio valor del bien fundamental vida”. Y añaden que “este concepto se superpone a lo que la Comisión [Interamericana de Derechos Humanos] llama proyecto de vida”.

⁴¹ Corte I.D.H., Sentencia *Niños de la Calle*, del 26 de Mayo de 2001, Serie C, N° 77.

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el inciso “c” de sus alegatos, le recuerda a la Corte que “en el caso de daños graves al plan de vida de una víctima se requiere una medida de reparación correspondiente” y que “la eliminación y reducción de las opciones de vida de estos jóvenes ha limitado objetivamente su libertad y constituyen la pérdida de una valiosa posesión”. La Comisión concluye expresando que “este tipo de perjuicio grave a la trayectoria de vida de una víctima no corresponde al renglón de daños materiales ni al de daños morales”.

Claramente la Comisión cuando se refiere a “plan de vida”, “opciones de vida” y “trayectoria de vida”, está describiendo al daño al proyecto de vida. Es de destacar también la objeción de la Comisión en cuanto a la inclusión del daño al proyecto de vida dentro del rubro daño moral, entendiendo que el primero es un daño autónomo que no pertenece a las categorías patrimonial o extrapatrimonial.

En su voto razonado, el Juez Roux Rengifo se expresa de la misma manera, considerando que hubiera sido preferible que se utilice un término más genérico como el de “daño inmaterial” en lugar de “daño moral” para incluir los daños no patrimoniales resarcidos. También infirió que se debían haber indemnizado otro tipo de daños inmateriales entre los que menciona “la destrucción del proyecto de vida”.

d. El caso “Gutiérrez Soler”⁴².

Los hechos del presente caso iniciaron el 24 de agosto de 1994 cuando Wilson Gutiérrez Soler fue detenido por el Comandante de una unidad urbana de la Unidad Nacional Antiextorsión y Secuestro de la Policía Nacional. El señor Gutiérrez Soler fue conducido al sótano de las instalaciones de dicha unidad, donde fue esposado y sujeto a quemaduras en sus órganos genitales, golpes y lesiones. Es así como fue inducido bajo coacción a rendir una declaración sobre los hechos motivo de su detención, por lo que se le abrió un proceso en su contra por el delito de extorsión.

El señor Gutiérrez Soler presentó una serie de recursos a fin de sancionar a los responsables de los alegados actos de tortura cometidos en su contra. No obstante, no se realizaron mayores investigaciones al respecto tanto en la jurisdicción penal militar como en la ordinaria. Debido a las denuncias interpuestas por el señor Wilson Gutiérrez Soler, él y sus

⁴² Corte I.D.H., Sentencia *Gutiérrez Soler*, del 12 de Septiembre de 2005, Serie C, N° 132.

familiares han sido objeto de amenazas y hostigamientos. Debido a ello, el señor Wilson Gutiérrez Soler y su hijo Kevin tuvieron que exiliarse.

En el precedente la Corte indemnizó -aparte de los daños materiales- los daños a la persona bajo el título de “daños inmateriales” como lo había hecho ya en otras sentencias. Con respecto a la reparación del daño al proyecto de vida, se expresó en el párrafo 105 estableciendo que: “la Corte estima que, como medida de satisfacción adicional con el fin de reparar el daño sustancial al proyecto de vida y honra del señor Wilson Gutiérrez Soler y de sus familiares, así como con el objeto de evitar que hechos como los de este caso se repitan, el Estado debe difundir las partes pertinentes de la presente Sentencia”.

El magistrado Cançado Trindade, contrastando con sus pares, se luciría en su voto razonado al sostener que, luego de los avances jurisprudenciales sobre el concepto del daño al proyecto de vida en los casos “Loayza Tamayo”, “Niños de la calle” y “Cantoral Benavides”, esta era la oportunidad de la Corte “de avanzar en su construcción al respecto, pero la falta de consenso en el seno de la misma sobre qué rumbo tomar imposibilitó un nuevo avance”. Igualmente consideró que aun sin unanimidad, la Corte debería haber avanzado “en cuanto a su construcción jurisprudencial al respecto, sobre todo ante el paso positivo dado por el Estado demandado de haber aceptado su responsabilidad internacional en el *cas d'espèce* y de haber pedido perdón a la víctima y sus familiares”. Como la Corte prefirió no dar el paso en su propia construcción jurisprudencial, Cançado Trindade dijo textualmente: “me veo en la obligación de dejar constancia de mis reflexiones personales sobre la materia en el presente Voto Razonado, como fundamento de mi posición al respecto”.

Párrafo siguiente, en una construcción textual profunda y compleja digna de los mejores exponentes de la filosofía de la existencia, el magistrado brasileño expuso su visión del ser humano como ser temporal que proyecta su vida, y sostuvo que “el concepto de proyecto de vida tiene, así, un valor esencialmente existencial, ateniéndose a la idea de realización personal integral” y que “la búsqueda de la realización del proyecto de vida desvenda, pues, un alto valor existencial, capaz de dar sentido a la vida de cada uno”.

Continúa diciendo que “la brusca ruptura de esta búsqueda, por factores ajenos causados por el hombre (como la violencia, la injusticia, la discriminación), que alteran y destruyen de forma injusta y arbitraria el proyecto de vida de una persona, revístese de particular gravedad” y que “la vida - al menos la que conocemos - es una sola, y tiene un límite temporal, y la

destrucción del proyecto de vida acarrea un daño casi siempre verdaderamente irreparable, o una u otra vez difícilmente reparable”.

Concluyó manifestando que es deber de los Estados Partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, respetar y asegurar el respeto de los derechos en ella consagrados, por lo que “cabe al poder público asegurar a todas las personas bajo la jurisdicción de dichos Estados la plena vigencia de los derechos protegidos, esencial para la realización del proyecto de vida de cada uno”. Y que “en caso de daño a este último, de ser posible la reparación, ésta se aproximaría de su modalidad *par excellence*, la *restitutio in integrum*. En la gran mayoría de los casos, sin embargo, ésta se muestra imposible”.

e. El caso “Masacre Plan de Sánchez”⁴³.

Este caso presenta la particularidad de que por primera vez se invocó un daño al proyecto de vida comunitario o colectivo.

Los hechos del presente caso se refieren a la aldea Plan de Sánchez la cual se localiza en el Municipio de Rabinal, en la región central de Guatemala. La zona está habitada predominantemente por miembros del pueblo indígena maya, pertenecientes a la comunidad lingüística Achí. Desde 1982, el ejército de Guatemala mantuvo una fuerte presencia en la zona.

El día domingo 18 de julio de 1982, se desarrollaba el día de mercado en Rabinal. Aproximadamente a las ocho de la mañana, fueron lanzadas dos granadas de mortero en Plan de Sánchez. Posteriormente, llegó a la comunidad un comando del ejército de aproximadamente sesenta personas. Al llegar el comando, éste separó a las niñas y mujeres jóvenes de las mujeres mayores, los hombres y los niños. El primer grupo fue objeto de maltratos, violaciones y asesinatos. Los niños y restantes niñas fueron apartados y asesinados a golpes. Otras personas rendidas fueron obligadas a concentrarse en otra casa, la cual, fue objeto de disparos de armas de fuego de manera indiscriminada y de ataques con granadas de mano.

Alrededor de 268 personas fueron ejecutadas en la masacre, quienes eran en su mayoría del pueblo maya de Achí y algunas eran no indígenas residentes en algunas comunidades aledañas. No se realizaron mayores investigaciones ni se sancionaron a los responsables.

⁴³ Corte I.D.H., Sentencia *Masacre Plan de Sánchez*, del 19 de Noviembre de 2004, Serie C, N° 116.

La Comisión, en el inciso “e” de sus alegatos expresó que “el dolor y los efectos producidos por las situaciones vividas por los sobrevivientes y los familiares de las personas ejecutadas en la masacre trascienden de la esfera del individuo a la del tejido familiar y comunitario” y aseguró que “el daño generado al proyecto de vida comunitario se agrava con la falta de justicia, de reconocimiento del daño sufrido, de memoria de las víctimas y de resarcimiento”

Los representantes de las partes alegaron que “dado el cambio de vida que sufrieron durante muchos años los sobrevivientes y familiares de las personas ejecutadas de la masacre” consideraban que “la Corte debe fijar una suma en equidad para cada sobreviviente por concepto de daño a su proyecto de vida”. Enfatizando en el inciso siguiente que “a raíz de los hechos, el proyecto de vida comunitario de Plan de Sánchez fue destruido”.

La Corte decidió reparar los daños sufridos por la comunidad de Plan de Sánchez bajo el rubro de “daños inmateriales” de forma pecuniaria basándose en criterios de equidad.

Por otro lado se encargó de obligar al Estado de Guatemala a realizar otro tipo de reparaciones destinadas a la rehabilitación de las víctimas sobrevivientes, a la lucha contra la impunidad, al reconocimiento público de la responsabilidad estatal en desagravio de las víctimas, a la preservación de la memoria de las víctimas ejecutadas en la masacre, a la preservación de la memoria colectiva de la comunidad maya-achí, al cultivo y difusión del idioma maya-achí, y a un amplio programa de desarrollo en beneficio de los miembros de las comunidades afectadas por los hechos del presente caso (comprendiendo salud, educación, vivienda, producción e infraestructura).

§ 27. El daño al proyecto de vida en la jurisprudencia nacional.

El daño al proyecto de vida ha sido recibido de una manera muy diversa por los tribunales argentinos y en algunas ocasiones se ha acudido a la noción de “el desarrollo pleno de la vida” como figura equivalente. En oportunidades ha sido considerado como un daño conceptualmente autónomo, y resarcido como “incapacidad psicofísica o sobreviviente”, “pérdida de chance”, a veces dentro del daño patrimonial y otras dentro del daño moral.

En definitiva creemos que es un daño bastante novedoso dentro de la doctrina nacional y que ha sido tratado por pocos autores, al menos de la forma en que lo hemos hecho nosotros, es decir, como despliegue de la libertad fenoménica de la persona.

No nos parece ilógico que muchos de los autores que han tratado el tema, hayan intentado incluirlo en alguna de las categorías resarcibles de daños existentes -vale decir patrimonial y extrapatrimonial-, tal vez por una necesidad práctica o de utilidad. Pero lo cierto es que el daño al proyecto de vida debe ser analizado como lo que es, un daño a la persona, y hasta que la doctrina no intente superar la cosmovisión patrimonialista reinante seguirán los intentos de adecuarlo a alguno de los rubros indemnizatorios existentes.

Nos ocuparemos aquí de analizar algunos fallos en los que el daño al proyecto de vida ha sido contemplado por nuestros tribunales y hasta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

a. El caso “José Daniel Pose”⁴⁴.

En el presente caso, se promovió demanda ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en instancia originaria contra la Municipalidad de Puerto Madryn y la Provincia de Chubut, por los daños y perjuicios sufridos por el actor al arrojarse al mar desde una de las plataformas con trampolín construidas en la playa por el municipio, las cuales durante una parte del día quedan fuera del agua por la bajamar, lo que motivó que aquél golpeará contra la arena y resultara con graves lesiones de carácter irreversible. El Tribunal hizo lugar parcialmente a la demanda y condenó a las demandadas concurrentemente a pagar al actor una cierta suma de dinero en concepto de indemnización.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó en este precedente que la integridad personal “tiene por sí misma un valor indemnizable” y “cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas en forma permanente esta incapacidad debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral”. Considera la Corte que la lesión a la integridad física “comprende a más de aquella actividad económica diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida”, que -en el caso bajo análisis- alcanzó “restricciones casi absolutas”.

No hay lugar a dudas acerca de la significación de la frase “frustración del desarrollo pleno de la vida” que utiliza la Corte en el caso en cuestión, que claramente se refiere al daño

⁴⁴ C.S.J.N., “Pose José Daniel c/ Provincia de Chubut y otra”, Fallos 315:2835 (1992).

al proyecto de vida. En este caso la Corte lo reparó dentro del daño material por la incapacidad sobreviniente.

Esta es, según lo creemos, una de las primeras manifestaciones concretas en la que se alude más explícitamente al daño al proyecto de vida bajo la denominación “frustración del desarrollo pleno de la vida” y que se lo incluyó en el daño material por la incapacidad sobreviniente.

b. El caso “Scaramacia Mabel”⁴⁵.

Carlos Esteban Kuko tenía diecisiete años, era un muy buen jugador de fútbol del Club Atlético Platense, el que militaba en la primera división. Era zurdo. Entrenaba con el equipo de la primera división a cuyo plantel iba a ser prontamente incorporado. Todos los dirigentes del Club aseguraban el prometedor futuro futbolístico que se le presentaba al menor.

Carlos Esteban Kuko, fue gravemente herido por una bala perdida disparada por un policía ebrio fuera de servicio, perteneciente a la Provincia de Buenos Aires, a raíz de una riña entre asistentes a un local de baile en la ciudad de Buenos Aires. El policía disparó desde el primer piso y alcanzó a la víctima, quien se hallaba en la segunda planta. El proyectil, que quedó alojado en el cuerpo del menor, le comprometió el muslo izquierdo con sección de la arteria femoral y con dispersión de una esquirla incrustada en el fémur de la víctima. Kuko fue sometido de inmediato a dos sucesivas intervenciones quirúrgicas debido a la lesión que sufría la arteria y vena femoral con grave riesgo para su vida y el miembro afectado.

El estado en que quedó el menor Kuko después del daño y las consiguientes operaciones sufridas, produjo según los peritos “una muy importante disminución de la actividad deportiva que desempeñaba el actor”. Las afecciones reseñadas “producen una disminución del 55% de la funcionalidad de la pierna izquierda que equivale al 33% del total”.

De los hechos se desprende que el “proyecto de vida” de Kuko se frustró pues ya no podría realizarse como jugador de fútbol, actividad para la cual mostraba gran disposición y respondía a su vocación personal. En igual sentido que en los casos analizados antes, la Corte consideró en su resolución que “debe tenerse presente que esta Corte ha sostenido que cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas de manera permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación al margen de que desempeñe o no una actividad

⁴⁵ C.S.J.N., “Scaramacia Mabel y otro c/ Provincia de Buenos Aires y otro”, Fallos 318:1718 (1995).

productiva pues la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable y su lesión afecta diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, social, cultural y deportivo con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida”.

Sobre la base del reconocimiento de la frustración del proyecto de vida de la víctima, que impide que ella pueda lograr el desarrollo pleno de su vida, así como del reclamo de los representantes del menor para que se le otorgue una indemnización por la frustración ocasionado en su carrera deportiva, la Corte fijó una indemnización equivalente a U\$S 30.000 (treinta mil dólares).

c. El caso “N.N. contra la Municipalidad de Buenos Aires”⁴⁶.

El 27 de Noviembre de 1995, la Sala L de la Cámara Nacional Civil, indemnizó a una víctima, soltera, de veintiocho años de edad, psicóloga de profesión, que trabajaba como instrumentadora quirúrgica, la cual contrajo H.I.V. en el hospital en el que trabajaba.

Se estableció en la sentencia que para la víctima “resulta indudable la frustración, no sólo en algunos aspectos de la vida cotidiana, sino en el desarrollo del plan de vida abarcativo de todas las áreas en que la actora estaba razonablemente en condiciones de desenvolverse”. El fallo termina afirmando que “se ha anulado la posibilidad de intentar un proyecto de vida para el cual se habría preparado y merecía intentar”.

Como se puede advertir en el fallo en cuestión, la Corte utiliza la expresión “proyecto de vida” para referirse, en este caso, al plan vital o “al desarrollo pleno de la vida”, como frases análogas, afirmando nuestra idea expresada antes, que el significado que de ellas se desprende es el mismo: el truncamiento o menoscabo de un proyecto de vida.

Si bien el daño al proyecto de vida no fue reparado en forma autónoma, sino como especie del daño moral, hay que valorar al menos su deslinde conceptual.

d. El caso “Camargo Martina”⁴⁷.

En el presente caso, Carlos Leonardo Ronda estaba detenido en la banquina sobre su motocicleta con su mujer -Martina Camargo- esperando que un ómnibus terminara de efectuar

⁴⁶ CNCiv., Sala L, “N.N. c/ Municipalidad de Buenos Aires”, J. A. 1996-IV-400 (1995).

⁴⁷ C.S.J.N., “Camargo Martina y otros c/ Provincia de San Luis”, Fallos 325:1157 (2002).

unas maniobras, cuando fue embestido por una camioneta que intentó eludir al ómnibus arrojándose a la banquina y provocando la muerte de Ronda y lesiones diversas a Camargo.

La Corte Suprema utilizó los mismos argumentos que en el caso “Pose” para cuantificar el daño a Carlos Ronda haciendo alusión específica a “la frustración del desarrollo pleno de la vida” que debe ser resarcida en forma diferenciada de daño por el menoscabo de la actividad productiva y del daño moral.

También expresó, que la reparación de la incapacidad psicofísica de Camargo afecta “no sólo el área laboral sino toda su vida de relación por la secuela imposible de recuperar con tratamiento y susceptible de agravarse en el futuro”.

e. El caso “Milone”⁴⁸.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en su sentencia del 26 de Octubre de 2004, consideró -al igual que en el precedente “Pose”, y tantos otros- que la frustración del desarrollo pleno de la vida era el resultado de una grave incapacidad psicofísica con repercusiones no solo en la esfera económica sino en todos los ámbitos en los cuales se desarrollaba la vida del agraviado, como el doméstico, cultural y social.

La Corte advirtió que “un trance de tamaña gravedad, por ende, llevará seguramente al trabajador - y, en su caso, a la familia de éste - a una profunda reformulación de su proyecto de vida, para lo cual la indemnización a que tenga derecho se presentará como un dato de importancia inocultable por mayúsculo”.

Nuestro máximo tribunal en este caso entendió que el daño al proyecto de vida se manifiesta como consecuencia de una grave lesión psicosomática. Sobre esta cuestión habíamos explicado -siguiendo al maestro Fernández Sessarego- que en la mayoría de los casos el daño al proyecto de vida se produciría conjuntamente con un daño biológico.

Podemos apreciar también en este fallo, que la Corte utiliza indistintamente las expresiones “frustración del desarrollo pleno de la vida” y frustración del “proyecto de vida” para referirse al mismo fenómeno.

⁴⁸ C.S.J.N., “Milone Juan c/ Asociart S.A. Aseguradora de Riesgos del Trabajo”, R.D.L.S.S. 2006-5-387 (2004).

f. El caso “Rybar contra Banco Nación”⁴⁹.

Según los hechos, Rybar tenía la categoría de Jefe de Departamento en el Banco de la Nación Argentina. Fue sometido a acosos, tratos discriminatorios en el tema de los ascensos de personal, presión psíquica y moral con ofrecimientos de retiro voluntario, violación del deber de ocupación efectiva, daño a su dignidad personal con tareas no acordes a su jerarquía.

La séptima Sala de la Cámara Nacional del Trabajo, en su sentencia del 8 de Junio de 2007 reconoció que se había afectado la dignidad del demandante, menoscabando su forma de vida, ocasionándole un daño a su proyecto de vida. Así mismo, se declaró en el fallo que el daño al proyecto de vida “pertenece a la categoría de los daños a la persona humana”.

g. El caso “José Luis Escobar”⁵⁰.

José Luis Escobar era chofer de colectivo quien fuera duramente agredido, en un fin de semana en horas de la madrugada, por un grupo de cuatro o cinco pasajeros, todos jóvenes, que subieron a la unidad de transporte en una esquina de un local bailable. Estos pasajeros, que parecían alcoholizados, se negaron a pagar los boletos de viaje correspondientes.

La discusión, terminó en la agresión que tuvo como consecuencia una lesión en el brazo izquierdo del conductor del colectivo la que produjo la rotura de la rama larga del músculo bíceps, que generó una depresión en su inserción distal y una herniación en su tercio medio, lo que, en definitiva, determina una disminución de la fuerza en la elevación de pesos en relación con el brazo izquierdo.

Surge de las pruebas que la víctima competía desde 1999 en torneos de “Categoría Primera Pesada” y que, en virtud de los torneos ganados había sido seleccionado para integrar el equipo representativo de la Provincia de Buenos Aires en el Campeonato Argentino del año 2005 en el cual Escobar no pudo participar a consecuencia del accidente sufrido.

La Sala VIII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, mediante la sentencia del 9 de febrero del 2009 expresó que el daño sufrido por Escobar “ha traído como consecuencia la frustración de su proyecto de vida relacionado con el ejercicio del fisicoculturismo, practicado a niveles de alta competencia, situación que en atención al modo en que aquella actividad era desarrollada, ha afectado la existencia misma del reclamante. Esta

⁴⁹ CNApel. del Trab., Sala 7ª, “Rybar Héctor H. c/ Banco de la Nación Argentina”, T.S. 07-D-40175 (2007).

⁵⁰ CNApel. del Trab., Sala 8ª, “Escobar José L. c/ El Nuevo Halcón S.A. y otro”, S.D. 35.826 del 9/2/09 (2009).

es, sin duda, una consecuencia personal, directa e inmediata, que debe ser adecuadamente resarcida. Podemos concluir que el daño psicosomático ha derivado también en un daño al proyecto de vida, es decir, un daño que afecta, de forma continuada y definitiva, el modo de vida que Escobar había elegido”.

CONCLUSIONES

Luego de haber estudiado y analizado en profundidad al daño al proyecto de vida, estamos en condiciones de efectuar algunas consideraciones que creemos necesarias.

Cuando recopilábamos la información para el desarrollo del trabajo, tuvimos oportunidad de leer un pensamiento de Jorge Mario Galdós que captó particularmente nuestra atención. Este jurista, en las conclusiones de uno de sus trabajos, afirmaba que el daño al proyecto de vida reflejaba “la problemática propia de todos los “nuevos” daños al acentuar la necesidad imperiosa de resolver el triple problema de identificarlo, categorizarlo y cuantificarlo” (Galdós, 2005b, Pág. 146).

El problema que notamos en muchos de los juristas que se detienen a analizar los “nuevos daños” -como ellos los llaman- es que cometen dos errores:

Primeramente, se equivocan al pretender analizar daños nuevos. Está claro que ninguno de esos daños a los que llaman “nuevos” es nuevo, o acaso alguien está en condiciones de afirmar que las personas hace uno, dos, o tres siglos atrás no sufrían daños estéticos, daños a la vida de relación, o daños a su proyecto de vida. Que esos daños no hayan sido reparados antes no significa que no existían.

El segundo error que observamos, es que pretenden ubicar a todos esos daños indefectiblemente dentro de alguna de las dos categorías de daños que ofrece nuestro código civil.

Volviendo a los interrogantes que se plantea Galdós, entendemos entonces que la única forma para que se pueda identificar, categorizar y cuantificar al daño al proyecto de vida, es mutando de paradigma. Abandonar la visión patrimonialista que ofrece hoy el sistema de responsabilidad civil y adoptar una cosmovisión distinta como la que ofrece el daño a la persona.

Sólo centrando la atención en el ser humano como creador y destinatario del Derecho, será posible entender la gravedad que puede significar dejar sin resarcimiento un proyecto de vida truncado.

Habíamos expresado que el daño al proyecto de vida puede tener consecuencias patrimoniales y/o extrapatrimoniales, y lo podíamos apreciar claramente en el ejemplo del pianista propuesto por Fernández Sessarego. Esto no significa de ningún modo que el daño al

proyecto de vida deba ser resarcido como daño patrimonial o moral, como tantas veces lo han hecho los tribunales nacionales.

Desde la óptica de los daños a la persona, el daño moral no es más que un daño a los sentimientos, a la esfera emocional de la persona. Es simplemente una de las vertientes que puede presentar el daño a la psique. Visto así nos parece que queda claro que el daño al proyecto de vida nada tiene que ver con el daño moral.

En cuanto a ubicarlo dentro del daño patrimonial, creemos que tampoco tiene nada que ver con el patrimonio. Si bien se lo puede resarcir pecuniariamente, no es lo ideal.

En los fallos supranacionales que tuvimos oportunidad de analizar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresó en todos los precedentes, que los daños a la persona, y especialmente el daño al proyecto de vida, deben ser reparados mediante la “*restitutio in integrum*” como modalidad de reparación “*par excellence*”.

La realidad nos muestra que en la mayoría de los casos es muy difícil retomar el proyecto vulnerado o reformularse uno nuevo, por ello los tribunales deciden repararlo ofreciendo un resarcimiento en dinero a la víctima, situación que a nuestro entender no lo convierte en un daño patrimonial.

Por otro lado, que no sea un daño traducible en dinero directamente, no quiere decir que no sea un daño cuantificable. A la hora de hacer el cálculo el juzgador deberá tener en cuenta las características que presente el caso particular como por ejemplo: la gravedad de la lesión psicosomática, el nivel de complejidad del proyecto, el grado de avance del proyecto -es decir los hechos que la víctima efectivamente había efectuado para la consecución del mismo- las posibilidades de sustitución o de reformulación de un nuevo proyecto, las consecuencias que pueda ocasionar la frustración del proyecto, etc.

Sin dudas será una difícil tarea para el juez reparar un daño al proyecto de vida pero no imposible.

Por todo lo expresado a lo largo del trabajo y en estas conclusiones, creemos firmemente que el daño al proyecto de vida goza de plena autonomía resarcitoria.

Igualmente, ante la negación de un tribunal ante el cual aleguemos un daño al proyecto de vida como daño autónomamente resarcible, siempre quedará la posibilidad de reclamar su reparación dentro del daño moral, buscando fundamentos en los Pactos de Derechos Humanos y haciendo alusión al principio *alterum non laedere* como deber genérico de no dañar.

Recordemos que el *alterum non laedere* ha sido reconocido como un derecho constitucional por la Corte Suprema ensanchando así la las fronteras de protección de los derechos.

No es lo que consideramos adecuado, pero será igualmente válido si se obtiene la reparación del proyecto de vida conculcado a una persona.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA:

- Agoglia, M. M. (1999). *El daño jurídico. Enfoque actual*. Buenos Aires: La Ley.
- Alterini, A. A. (2012). “Soluciones del Proyecto de Código en materia de responsabilidad civil”, L.L. 2012-D-1154.
- Ariza, A. (1995). Aspectos constitucionales del derecho civil. En *Trabajos del centro*, 1995(1) (pp. 57-63). Recuperado de <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/tdc/article/viewFile/1014/916>
- Bueres, J. (2007). Comentario al Artículo 1066. En J. Bueres (Dir.), E. Highton (Coord.). *Código Civil y normas complementarias* (1ª Ed. 2ª reimpresión) (pp. 1-70). Buenos Aires: Hammurabi.
- Burgos, O. (2008). ¿Por qué seguimos hablando de Daño Moral? *Revista electrónica Persona e Danno*. Recuperado de <http://www.personaedanno.it/danno-morale/por-que-seguimos-hablando-de-dano-moral-osvaldo-r-burgos>
- Burgos, O. (2012). *Daños al proyecto de vida*. Buenos Aires: Astrea.
- Busnelli, F. D. (2001). Il danno alla salute: un'esperienza italiana; un modello per l'Europa? En M. Bargagna, F.D. Busnelli (Eds.). *La valutazione del danno alla salute* (4ª ed.). Padova: Cedam.
- Busnelli, F. D. (2009). El daño a la persona. En C. Calderón Puertas, M. E. Zapata Jaen, C. Agurto Gonzales Carlos (Coord.). *Persona, derecho y libertad. Nuevas*

perspectivas: Escritos en homenaje al profesor Carlos Fernández Sessarego (pp. 331-344). Lima: Motivensa

- Caseaux, P. y Trigo Represas, F. (2010). *Derecho de las obligaciones*. Buenos Aires: La Ley.
- De Lorenzo, M. F. (2000). “El daño y las causas de justificación. A propósito del Proyecto de Código Civil de 1998”, L.L. 2000-C-985.
- Díez-Picazo, L. (1999). *Derecho de daños*. Madrid: Civitas.
- FAPPIANO, O. L. (2002). El daño al proyecto de vida en proyecto de Código Civil de la República Argentina [Versión electrónica]. *Revista “Abogados”*, 4(7). Lima, Perú.
- Fernández Sessarego, C. (1993). Hacia una nueva sistematización del daño a la persona [Versión electrónica]. “Cuadernos de Derecho”, Órgano del Centro de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 1993(3). Lima, Perú.
- Fernández Sessarego, C. (1996). El daño al proyecto de vida [Versión electrónica]. “Derecho PUC”, revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, N° 50. Lima, Perú.
- Fernández Sessarego, C. (2001). Apuntes sobre el daño a la persona. En G. Borda (Ed.), *La persona humana* (pp. 317-356). Buenos Aires: La Ley.
- Fernández Sessarego, C. (2003). Deslinde conceptual entre “Daño a la persona”, “Daño al proyecto de vida” y “Daño moral” [Versión electrónica]. *Revista “Foro Jurídico”*, editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1(2). Lima, Perú.

- Fernández Sessarego, C. (2008). El “Derecho de Daños” en el Umbral de un Nuevo Milenio [*Versión electrónica*]. *Revista Persona e Danno*. Recuperado de <http://www.personaedanno.it/generalita-varie/el-derecho-de-danos-en-el-umbral-de-un-nuevo-milenio-carlos-fernandez-sessarego>

- Fernández Sessarego, C. (2009). El daño al “proyecto de vida” en la doctrina y la jurisprudencia contemporáneas [*Versión electrónica*]. *Revista Jurídica del Perú*, 2009(100). Lima, Perú.

- Galdós, J. M. (2005). Daños a la persona [*Versión electrónica*], *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, 2005(35).

- Galdós, J. M. (2005). “¿Hay daño al proyecto de vida?”, L.L. 2005-F-1005.

- Goldenberg, I. (1993). *Indemnización por daños y perjuicios. Nuevos perfiles desde la óptica de la reparación*. Buenos Aires: Hammurabi.

- González Fernández, J. J. (2005). Una aproximación a los principios de seguridad jurídica, buena fe y protección de la confianza legítima en derecho administrativo [*Versión electrónica*]. *Revista Noticias Jurídicas*. Recuperado de <http://noticias.juridicas.com/articulos/15-Derecho-Administrativo/200504-3555121421051720.html>

- Guasp Delgado, J. (1971). *Derecho*. Madrid: Gráficas Hergón.

- Hayes, R. (2012). La procedencia de la acción de daños derivados del divorcio vincular en el marco del Proyecto de Reforma del Código Civil. Recuperado de <http://thomsonreuterslatam.com/articulos-de-opinion/29/04/2013/doctrina-del-dia-la->

[procedencia-de-la-accion-de-danos-derivados-del-divorcio-vincular-en-el-marco-del-proyecto-de-reforma-del-codigo-civil](#)

- Heidegger, M. (1951). *El ser y el tiempo*. México: Fondo de Cultura Económica.

- Hinojosa Carrillo, P. (Sin Fecha). “El daño a la persona”. Recuperado de http://www.justiniano.com/revista_doctrina/dano.htm

- Jaspers, K. (1968). *La fe filosófica* (2ª Ed.). Buenos Aires: Losada.

- Kemelmajer de Carlucci, A. (2009) Funciones y fines de la responsabilidad civil. En L. Moisset de Espanés, C. Sommer, J. F. Márquez, F. Ossola (Eds.), *Homenaje a los congresos de derecho civil (1927-1937-1961-1969)* (Tomo III) (pp. 1287-1330). Córdoba, Argentina: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

- López Herrera, E. (2004). Introducción a la responsabilidad civil [*Versión electrónica*]. *Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán*. Recuperado de <http://www.derecho.unt.edu.ar/publicaciones/Introdresponsabilidadcivil.pdf>

- López Olaciregui, J. M. (2007). El derecho de la responsabilidad civil como un sistema de daños según principios subjetivos de justicia y equidad [*Versión electrónica*]. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, 9(9).

- Lorenzetti, R. (1993). “El sistema de la responsabilidad civil: ¿Una deuda de responsabilidad, un crédito a la indemnización o una relación jurídica?”, L.L. 1993-D-1140.

- Mosset Iturraspe, J. (1992). El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad. En H. Alegría, J. Mosset Iturraspe (Coord.), *Revista de Derecho Privado y Comunitario* (Tomo I) (pp. 9.40). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

- Mosset Iturraspe, J. (1994). “Diez reglas sobre la cuantificación del daño moral”, L.L. 1994-A-728.

- Mosset Iturraspe, J. (1995). El daño a la persona en el Código civil peruano. En *Los diez años del Código civil peruano: balance y perspectivas* (Tomo I). Lima: Universidad de Lima y W.G. Editor.

- Mosset Iturraspe, J. (1995). Más allá del daño moral: el daño a la persona. En *Los diez años del Código civil peruano: balance y perspectivas* (Tomo II). Lima: Universidad de Lima y W.G. Editor.

- Ordoqui Castilla, G. (1995). Pautas y criterios para la evaluación judicial del daño a la persona. En *Los diez años del Código civil peruano: balance y perspectivas* (Tomo II). Lima: Universidad de Lima y W.G. Editor.

- Pizarro, R. D. (1996). *Daño moral*. Buenos Aires: Hammurabi.

- Pizarro, R. D. y Vallespinos, C. G. (1999). *Instituciones de derecho privado* (Tomos II y III). Buenos Aires: Hammurabi.

- Pizarro, R. (2005). Modernas fronteras de la responsabilidad civil: El derecho a la reparación desde la perspectiva constitucional [Versión electrónica]. *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*. Recuperado de <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artmodernasfronterasresponsabilidadcivil>

- Trigo Represas, F. y López Mesa, M. (2004). *Tratado de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: La Ley.
- Saux, E. (2014). El alterum non laedere quince siglos después [Versión electrónica], *RC D 1075/2014*.
- Sagarna, F. (2000). “La responsabilidad civil en el último año del siglo XX. Síntesis de una evolución.”, L.L. 2000-D-1000.
- Sartre, J. P. (1948). *El ser y la nada* (Tomo III). Buenos Aires: Ibero Americana.
- Tafur Márquez, M. O. (Sin Fecha). “Daño a la persona o daño moral”. Recuperado de <http://img7.xooimage.com/files/0/9/a/motm004-f68f7f.pdf>
- Zavala de González, M. (1999). *Resarcimiento de daños* (Tomo IV). Buenos Aires: Hammurabi.
- Zavala de González, M. (2009). *Resarcimiento del daño moral*. Buenos Aires: Astrea.
- Zavala de González, M. (2005). Daños a proyectos de vida [Versión electrónica]. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, 7(4).
- Zubiri, X. (1948). *Naturaleza, Historia, Dios*. Buenos Aires: Poblet.

LEGISLACIÓN:

- Constitución de la Nación Argentina.

- Constitución Política del Perú.
- Código Civil Argentino.
- Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino de 1998.
- Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino de 2012.
- Ley 24.240.- Defensa del consumidor.

JURISPRUDENCIA ARGENTINA:

- C.S.J.N., “Santa Coloma, Luis F. y otros c/ Ferrocarriles Argentinos”, Fallos 308:1160 (1966) y J.A. 1986-IV-625.
- C.S.J.N., “Gunther Fernando c/ Gobierno Nacional”, Fallos 308:1118 (1986) y J.A. 1987-IV-653.
- C.S.J.N., “Pose José Daniel c/ Provincia de Chubut y otra”, Fallos 315:2835 (1992).
- C.S.J.N., “Morales María B. c/ Prov. de Buenos Aires y otros”, J.A. 1992-IV-624 (1992).
- C.S.J.N., “Scaramacia Mabel y otro c/ Provincia de Buenos Aires y otro”, Fallos 318:1718 (1995).

- C.S.J.N., “Zacarías Claudio H. c/ Provincia de Córdoba y otros”, J.A. 1999-I-361 (1998).
- C.S.J.N., “Camargo Martina y otros c/ Provincia de San Luis”, Fallos 325:1157 (2002).
- C.S.J.N., “Milone Juan c/ Asociart S.A. Aseguradora de Riesgos del Trabajo”, R.D.L.S.S. 2006-5-387 (2004).
- C.S.J.N., “Aquino Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A.”, J.A. 2004-IV-16 (2004).
- CNCiv., Sala L, “N.N. c/ Municipalidad de Buenos Aires”, J. A. 1996-IV-400 (1995).
- CNApel.Com., Sala C, “Wohlers, Patricia A. c/ Consorcio Austria”, IJ-III-97, (2000).
- CNApel.Civ., Sala F, “José Muhafra y Cia. SRL c/ Cons. Prop. Av. Rivadavia 6178”, IJ-XIII-862, (2000).
- CNCiv. y Com. Fed., Sala 2ª, “Ávila Jorge M. c/ Ejército Argentino”, D. J. 2003-1-769 (2002).
- CNCiv., Sala D, “H. M. D. F. y otros c/ Arcos Dorados S.A. Mc. Donald’s”, R. R. C. y S., 2003-83, (2003).
- CNCiv., Sala F, “Busema Gustavo L. c/ Digiglio Sergio R. y otro” J.A. 2004-I-226, (2003).

- CNApel. del Trab., Sala 7^a, “Rybar Héctor H. c/ Banco de la Nación Argentina”, T.S. 07-D-40175 (2007).
- CNApel. del Trab., Sala 8^a, “Escobar José L. c/ El Nuevo Halcón S.A. y otro”, S.D. 35.826 del 9/2/09 (2009).
- CApel Trelew, Sala B, “N. J. O. c/L. C. J.”, El Dial, AA50DA, (2009).
- CNTrab., Sala 4^a, “T. S. K. c/Supermercados Norte S. A.”, El Dial, AA64B4, (2010).
- CNTrab., Sala 4^a, “G. P. D. c/T. M. A.”, El Dial, AA6601, (2010).

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS:

- Corte I.D.H., Sentencia *Loayza Tamayo*, del 27 de Noviembre de 1998, Serie C, N° 42.
- Corte I.D.H., Sentencia *Niños de la Calle*, del 26 de Mayo de 2001, Serie C, N° 77.
- Corte I.D.H., Sentencia *Cantoral Benavides*, del 3 de Diciembre de 2001, Serie C, N° 88.
- Corte I.D.H., Sentencia *Masacre Plan de Sánchez*, del 19 de Noviembre de 2004, Serie C, N° 116.
- Corte I.D.H., Sentencia *Gutiérrez Soler*, del 12 de Septiembre de 2005, Serie C, N° 132.

**AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR
TESIS DE POSGRADO O GRADO
A LA UNIVERIDAD SIGLO 21**

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	Ramovecchi, Arnaldo Rodolfo
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	29.641.432
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	“El daño al proyecto de vida. De la autonomía conceptual a la autonomía resarcitoria”
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	arnaldo_82@hotmail.es
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21
Datos de edición: <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i>	-

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de toda la Tesis (Marcar SI/NO) ^[1]	Si
Publicación parcial (informar que capítulos se publicarán)	-

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: Corrientes, 23 de Septiembre de 2015

Firma

Aclaración

Esta Secretaría/Departamento de Posgrado de la Unidad Académica: _____
_____ certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma

Aclaración

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.