



## EL “DAÑO A LA PERSONA”: SU APARICIÓN EN EL ESCENARIO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO Y PERUANO Y EL “DAÑO AL PROYECTO DE VIDA” COMO SU MÁS RADICAL FORMA

CARLOS AGURTO GONZÁLES \*

SONIA LIDIA QUEQUEJANA MAMANI \*

---

\* Magister en Ciencias Internacionales y Diplomacia por la Alma Mater Studiorum –Universidad de Bolonia (Italia), estudio realizado tras obtener una beca de estudios de la Unión Europea. Asimismo, estudió Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima.

Actualmente, cursa la Maestría en Derecho Civil y Comercial en la Unidad de Postgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima.

Desde septiembre del 2010 a julio del 2012 realizó actividades de investigación jurídica en el “*Centro Altiero Spinelli per l’Europa dei popoli e la pace nel mondo*” de la Universidad de Roma Tres (Italia).

Es coordinador de la colección “*Observatorio de Derecho civil*” (veinte volúmenes, Motivensa editora jurídica), de la “*Biblioteca de Derecho comparado y sistemas jurídicos*” de Ara editores, así como del volumen “*Estudios de Derecho Civil*”.

Ha sido coordinador del libro “*Persona, Derecho y Libertad. Nuevas perspectivas. Escritos en homenaje al prof. Carlos Fernández Sessarego*”, Motivensa editora jurídica, Lima, 2009.

También ha sido Coordinador de publicaciones jurídicas oficiales del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú.

Ha desarrollado exposiciones y clases en materia jurídica en la Alma Mater Studiorum – Universidad de Bolonia y en la *Libera Università Internazionale degli Studi Sociali* (LUISS) Guido Carli de Roma (Italia) y en el Perú.

Ha sido traductor de diversos libros y artículos de juristas italianos y alemanes publicados en el Perú y en Argentina.

Autor de diversos ensayos en materia de Derecho civil y comparado, publicados en Italia, Argentina y Perú, entre los que podemos citar: *¿Es posible un derecho civil “auténtico” para América Latina?... (Algunas breves reflexiones en torno a una “utopía” que puede dejar de serla)* y *Un feliz hallazgo: la teoría tridimensional del Derecho*, en: “*Persona, Derecho y Libertad. Nuevas perspectivas. Escritos en homenaje al prof. Carlos Fernández Sessarego*”, Motivensa editora jurídica, Lima, 2009; (en coautoría con Christian Tamayo Melgar), *El fenómeno mobbing y su impacto en el mundo jurídico contemporáneo: Algunas breves reflexiones*, en: *Temas esenciales del Derecho Laboral. Homenaje al Dr. Santiago J. Rubinstein*, IJ editores, Buenos Aires, 2009; *Algunas reflexiones sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil médica*, en: *Jurisprudencia Casatoria*, tomo III, Motivensa editora jurídica, Lima, 2009.

\* Magister en segundo nivel en “*Ciudadanía europea e integración euro mediterránea*” por la Universidad de Roma Tres (Italia). Asimismo, es Máster en “*Peacekeeping & Security studies. La gestión civil y militar de las crisis en ámbito europeo e internacional*” por esta misma Casa de Estudios italiana. Estudió Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima.



SUMARIO: 1.- La reformulación de la responsabilidad civil en “derecho de daños” como producto del personalismo jurídico. 2.- La moderna concepción del daño. 3.- El daño a la persona como aportación de la doctrina jurídica italiana a América Latina: evolución. 3.1.- Los orígenes del “daño a la persona” en Italia. 3.1.1. – Introducción. 3.1.2. - El aporte de Melchiorre Gioia. 3.1.3. – El planteamiento de Cesare Gerin. 3.1.4. - La contribución de Guido Gentile. 3.1.5.- Valoración de las contribuciones de Gioia, Gerin y Gentile. 3.2. La formulación del “daño biológico” por la Escuela Genovesa. 3.3. El “daño a la salud” como contribución de la Escuela Pisana . 3.4.- Los aportes de la Escuela turinesa . 3.5.- La contribución de la Escuela Boloñesa. 3.6.- La aparición del “daño existencial” como contribución de la Escuela Triestina. 3.7.- Valoración del modelo italiano del “daño a la persona” . 4.- La sistematización del “daño a la persona”. 4.1.- La clasificación del “daño” en función de la naturaleza de la entidad dañada. 4.2.- El “daño psicosomático” como tipo de daño a la persona y sus especies: “daño biológico”, “daño a la salud” o “daño al bienestar”, “daño existencial”, “daño moral” y el “daño psíquico”. 4.2.1.- El daño psicosomático. 4.2.1.1.- El “daño biológico” o la lesión en sí misma. 4.2.1.2.-El “daño a la salud” o “daño al bienestar”. 4.2.1.3.-El “daño existencial”. 4.2.1.4.-El “daño moral”. 4.2.1.5.- El “daño psíquico”. 4.2.1.6.- El “mobbing” como daño a la persona. 4.2.1.6.1.-Una introducción necesaria: el trabajador como “persona” y el mundo jurídico contemporáneo. 4.2.1.6.2.- El mobbing: descripción de una nueva categoría. 4.2.1.6.3. – Algunos apuntes históricos. 4.2.1.6.4. – La configuración del mobbing. 4.2.1.6.5. – El mobbing en el derecho comparado. 4.2.1.6.5.1. – La experiencia francesa. 4.2.1.6.5.2. – El mobbing en Italia. 4.2.1.6.5.3. – En España. 4.2.1.6.6. – El mobbing y el sistema jurídico peruano. 4.2.1.6.7. – A modo de valoración. 4.3.- El “daño a la libertad” o “daño al proyecto de vida” como voz radical del daño a la persona. 4.4.- El “daño al proyecto de vida” como un daño objetivo, cierto y futuro. 4.5.-Consecuencias del “daño al proyecto de vida”. 4.5.1.- La frustración al “proyecto de vida” . 4.5.2.- El menoscabo en el “proyecto de vida”. 4.5.3.- El retardo en el “proyecto de vida”. 5.- La clasificación del daño a la persona en función de sus consecuencias. 6.- El daño a la persona y su ingreso al código civil peruano de 1984.

---

Actualmente, cursa la Maestría en Derecho Civil y Comercial en la Unidad de Postgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima.

Desde marzo del 2011 a julio del 2012 realizó actividades de investigación jurídica en el “*Centro Altiero Spinelli per l'Europa dei popoli e la pace nel mondo*” de la Universidad de Roma Tres (Italia).

Es coordinadora de la colección “*Observatorio de Derecho civil*” (veinte volúmenes, Motivensa editora jurídica), de la “*Biblioteca de Derecho comparado y sistemas jurídicos*” de Ara editores, así como del volumen “*Estudios de Derecho Civil*” (Motivensa editora jurídica).

Ha desarrollado exposiciones y clases en materia jurídica en la *Libera Università Internazionale degli Studi Sociali* (LUISS) Guido Carli de Roma (Italia) y en el Perú.

Ha sido traductora de diversos libros y artículos de juristas italianos y alemanes publicados en el Perú y en Argentina.

Autora de diversos ensayos en materia de Derecho civil y comparado, publicados en Italia, Argentina y Perú.



1. Como ha resaltado desde antiguo el maestro Carlos Fernández Sessarego<sup>1</sup>, en los últimos tiempos se encuentra en curso un proceso tendiente a la revisión y reformulación del instituto de la responsabilidad civil. Debido al reconocimiento de la centralidad de la persona humana como sujeto del derecho, ha permitido percibir que lo que interesa, principalmente, no es tanto la determinación de la culpa del agente del daño sino la protección de la víctima a fin de que no se le prive de una adecuada indemnización frente a las consecuencias de un daño injusto<sup>2</sup>. Ello significa que hay que atender, en primer lugar, a la magnitud del daño causado a la persona así como a sus consecuencias a fin de que los magistrados puedan proceder a fijar una adecuada reparación. Es, en consecuencia, que se advierte en la actualidad una creciente tendencia a reparar el “daño a la persona”, incluyendo el que compromete el “proyecto de vida”.

En efecto, hasta no hace mucho tiempo el tema central de la responsabilidad civil era el castigo al agente o culpable de las consecuencias del daño, mientras que la víctima ocupaba un lugar secundario dentro de la institución. Actualmente, es la reparación de las consecuencias del daño a la víctima, sean ellas patrimoniales o extrapatrimoniales, o ambas, las que ocupan un lugar de privilegio en el sistema. De ahí que se aluda a un “derecho de daños” o, mejor aún, a un derecho de reparación de las consecuencias de los daños. Es necesario referir que un jurista de la talla intelectual del maestro hispano Luis Díez-Picazo titule uno de sus valiosos libros como *Derecho de daños*<sup>3</sup>.

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

Díez-Picazo sostiene que la “indefinición” a la que alude se demuestra, en España, “en las vacilaciones de la jurisprudencia y de los tribunales y en las dificultades que hoy existen para encontrar una correcta delimitación del fenómeno y para solucionar sus problemas centrales”. Y, agrega al respecto que, “por eso, parece necesario o, al menos, conveniente, replantear desde sus raíces las cuestiones que en

---

<sup>1</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Il risarcimento del “danno al progetto di vita”*, en: *La responsabilità civile*, año VI, n. 11, Utet giuridica, Turín, noviembre de 2009, pág. 875.

<sup>2</sup> Alterini, Atilio Anibal, *Rumbos actuales del derecho de daños*, en: *Revista de Responsabilidad civil y seguros*, La Ley, año X, n. X, Buenos Aires, octubre del 2008, pág. 9 y ss.

<sup>3</sup> Díez-Picazo, Luis, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 19.



esta rama del Derecho privado se encuentran implícitas y hacerlo desde una perspectiva metodológica que ponga en juego todos los criterios de que hoy es posible disponer”<sup>4</sup>.

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

Díez-Picazo expresa que el Derecho se encuentra en un histórico momento de transición - que el autor denomina de “indefinición” - entre dos épocas. En efecto, es posible que cuando maestro hispano alude a la “indefinición” de la institución lo que pretendería poner de manifiesto es un fundado temor de que la “muy significativa ampliación” de la responsabilidad civil podría ocasionar un torrente de cuantiosas demandas por daños, no todas debidamente fundamentadas, que en el pasado no se asumían como dignas de reparación. Ciertamente, existe actualmente una ostensible evolución de la responsabilidad civil, no obstante los riesgos de un desborde en cuanto a la magnitud o al monto de las indemnizaciones que puedan fijar en el futuro los magistrados por los “nuevos” daños a la persona.

Asimismo, un tema complejo de reparar es el de las graves consecuencias que podría generar el “daño al proyecto de vida”. No obstante, a pesar que este daño es una realidad, no existen aún, por la novedad de la institución, criterios uniformes en cuanto a su determinación y reparación, lo que implica el grave riesgo de que las reparaciones pudieran llegar a ser arbitrarias o injustas. Por lo demás, cualquier exceso no es improbable en un momento de transición del Derecho, en el que es natural la existencia de ciertas “indefiniciones” e “incertidumbres”, algunas de las cuales se han ya despejado y otras se irán aclarando en el futuro<sup>5</sup>.

En efecto, el proceso de cambio en el cual está sumido el Derecho en materia de responsabilidad civil no es un asunto que se precisa y decanta con rapidez, sino que requiere de tiempo para el análisis y el debate de las nuevas propuestas y, sobre todo, en lo concerniente a los criterios y técnicas adecuadas a utilizar para la justa reparación de los nuevos daños a la persona. Es este, precisamente, el sentido de un momento de transición como en el que se halla inmerso el Derecho<sup>6</sup>.

2. Es necesario antes de afrontar la compleja temática del “daño a la persona”, hacer un breve apunte sobre las categorías del daño en general. Se debe precisar que el daño, sin dejar de ser una unidad conceptual, puede ser considerado desde dos distintos planos, no obstante que entre ellos exista, obviamente, una relación esencial.

---

<sup>4</sup> Díez-Picazo, Luis, *Derecho de Daños*, pág. 19

<sup>5</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Sobre el fallo “Aróstegui” de la CSJN*, en: *Revista de Responsabilidad civil y seguros*, La Ley, año X, n. 10, Buenos Aires, octubre del 2008, pág.42.

<sup>6</sup> Grossi, Paolo, *Il ruolo del giurista, oggi*, en: *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, Pontificia Universitas Lateranensis, Año LXXV, Roma, 2010, pág. XIV.



En un primer plano, en un sentido amplio, el daño puede distinguirse o clasificarse exclusivamente en función de la naturaleza del ente dañado. Es decir, en atención a la calidad ontológica del ente que sufre las consecuencias del evento dañino. En este orden de ideas se puede diferenciar claramente dos tipos de daños: uno, que podemos designar como subjetivo y, otro, que denominamos objetivo.

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

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

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

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

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

En efecto, en otros términos, en ciertos tipos de daño al ser humano - concebido o persona natural - es del todo impracticable otorgar a título compensatorio una indemnización monetaria, ya que estamos frente a aspectos del ser humano que no tienen una traducción directa e inmediata en dinero pues no se



encuentran en el comercio de los hombres. En este último caso, nos hallamos ante un daño que, en cuanto a sus consecuencias, solemos denominar, indistintamente, como daño “no patrimonial”, “extrapatrimonial” o, y como debería ser, daño “personal”.

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

3.1.1. Actualmente, vivimos en el proceso de consolidación de una nueva visión del Derecho, de una nueva forma de hacer Derecho<sup>7</sup>, donde el centro de la preocupación del jurista es, y debe ser, la protección unitaria, preventiva e integral de la persona, en sus diversas y múltiples manifestaciones del devenir social.

Esta nueva visión del Derecho, que es en su esencia tridimensional<sup>8</sup>, ha contado previamente con el sustento de una moderna concepción del ser humano, que de ser visto como un ser racional, ha pasado a ser un ser libertad, con una propia e inherente dignidad, lo cual implica, obviamente, una nueva etapa de la juridicidad<sup>9</sup>.

Si es cierto que, como expresa el maestro italiano Paolo Grossi<sup>10</sup>, “*el referente necesario del Derecho es solamente la sociedad, la sociedad como realidad compleja*”, pues “*la dimensión esencial del Derecho que es la carnalidad, o lo que es lo mismo, a causa de esa típica característica suya que consiste en estar escrito en la piel de los seres humanos*”<sup>11</sup>, es decir que el

---

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

<sup>8</sup> Sobre la tridimensionalidad del Derecho, puede verse a Fernández Sessarego, Carlos, *El derecho como libertad*, Ara editores, tercera edición, Lima, 2006, pág. 101 y ss.

<sup>9</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Aspectos jurídicos del “consentimiento informado” del paciente en la responsabilidad médica. Con especial referencia a la jurisprudencia comparada*, en: *Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del profesor Lizardo Taboada Córdova*, Grijley, Lima, 2004, pág. 709.

<sup>10</sup> Grossi, Paolo, *Prima lezione del diritto*, décimo quinta edición, Editori Laterza, Roma-Bari, 2010, pág. 15.

<sup>11</sup> Siempre del maestro Grossi, *El novecientos jurídico: un siglo posmoderno*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pág. 65.





Derecho se encuentra innato en la profunda esencia del hombre<sup>12</sup> y es parte de la estructuración de la sociedad<sup>13</sup>, ya que, indica magistralmente el gran jurista Pier Giuseppe Monateri, “*custodiar el Derecho significa apartarse del Derecho como simple hecho técnico para evocar su vínculo con la tierra y con el ser*”<sup>14</sup>, no obstante, éste tiene que lidiar con el actual contexto socio-económico, con la denominada globalización o mundialización<sup>15</sup>, que si bien ha abierto nuevos puentes de comunicación en diversos aspectos y ha reducido las distancias entre pueblos y naciones, pero como contrapartida ha transformado al individuo es un ser más vulnerable respecto a la aldea global<sup>16</sup>, respecto a las fuerzas y al poder de la economía en un Estado nacional moderno<sup>17</sup>, que ha renunciado a gran parte su soberanía y a gran parte de las funciones de protección y tutela de la persona que en la historia se le habían atribuido<sup>18</sup>.

La responsabilidad civil, o mejor en su concepción moderna de “derecho de daños”, como instrumento del derecho privado contemporáneo que busca la tutela de los derechos de las personas, vulnerados por las diversas y múltiples situaciones perjudiciales que se presentan, mediante el advenimiento del reconocimiento del daño a la persona, en tanto “*es un capítulo de la más vasta historia de los derechos del hombre*”<sup>19</sup>, que ha revolucionado la visión de la función protectora de la persona humana en el Derecho, presentándose como el lugar de tutela de la nueva responsabilidad civil<sup>20</sup>.

Una de las experiencias que ha sido más sensible a estas transformaciones y que ha desarrollado los diversos aspectos de esta institución, cuya evolución continua en nuestros días, es el modelo italiano. En efecto, es en la península itálica, como nos recuerda el Prof. Salvatore Patti<sup>21</sup>, donde se ha dedicado mayor atención a los diversos supuestos del daño que conciernen a la persona humana y su bienestar. Sus diversas Escuelas, la turinesa, boloñesa, pero especialmente las de Génova, Pisa y Trieste, han realizado un trabajo extraordinario de ahondamiento teórico de la materia,

---

<sup>12</sup> Grossi, Paolo, *Europa y el Derecho*, traducción castellana de Luigi Giuliani, Crítica, Barcelona, 2008, pág. 17.

<sup>13</sup> Grossi, Paolo, *L'ordine giuridico medievale*, tercera edición, Editori Laterza, Roma-Bari, 2007, pág. 19.

<sup>14</sup> Monateri, Pier Giuseppe, *Los límites de la interpretación jurídica y el derecho comparado*, Ara editores, Lima, 2009, pág. 11.

<sup>15</sup> Monateri, Pier Giuseppe, *Globalizzazione e diritto europeo dei contratti*, en: Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti, al cuidado de Alessandro Somma, G.Giappichelli editore, Turín, 2007, pág. 175 y ss.

<sup>16</sup> Bussani, Mauro, *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Einaudi, Turín, 2010, pág. 52 y ss.

<sup>17</sup> Mattei, Ugo, *Beni comuni. Un manifesto*, quinta edición, Editori Laterza, 2011, pág. 12 y ss.

<sup>18</sup> Patti, Salvatore, *Diritto privato e codificazioni europee*, segunda edición, Giuffrè editore, Milán, 2007, pág. 361.

<sup>19</sup> Galgano, Francesco, *Danno non patrimoniale e diritti dell'uomo*, en: Contratto e impresa, n. 04-05, año XXV, Cedam, Padua, 2009, pág. 883.

<sup>20</sup> Castronovo, Carlo, *La nuova responsabilità civile*, tercera edición, Giuffrè editore, Milán, 2006, pág. 53.

<sup>21</sup> Patti, Salvatore, *Le sezioni unite e la parabola del danno esistenziale*, en: Il Corriere Giuridico, n. 03, Ipsoa, Milán, 2009, pág. 447.



acompañado por una no frecuente capacidad de influenciar en los pronunciamientos jurisprudenciales italianos.

En las páginas que siguen, dedicaremos nuestra atención a los “antepasados” del aporte italiano en materia de daño a la persona. Así los nombres de Melchiorre Gioia, Cesare Gerin y Guido Gentile se presentan como notables precursores de los desarrollos de las diversas escuelas peninsulares en materia de daños al ser humano. A quienes, en recuerdo de su valioso trabajo, no siempre apreciado en nuestro tiempo, estas breves líneas pretenden homenajear.

3.1.2. Si bien el tema del daño a la persona, como institución con carta de ciudadanía propia dentro de los ordenamientos jurídicos contemporáneos es reciente, el estudio del mismo tiene algunos antecedentes remotos. En efecto, debemos mencionar la obra de Melchiorre Gioia (Piacenza, 20 de septiembre de 1767 – Milán, 02 de enero de 1829), quien en su célebre “*Dell’ingiuria dei danni del soddisfacimento, e relative basi di stima avanti i Tribunali civili*” de 1821 manifestó, respecto al daño a la persona, que “si bien es antiguo como la especie humana, presenta aún hoy notables y complejas dificultades, en cuanto a los daños se renuevan todos los días e inciertas son las bases para calcularlos”<sup>22</sup>.

Gioia, economista, político, intelectual italiano de pensamiento enciclopédico y padre de la estadística, además de patriota<sup>23</sup>, en su valiosa obra citada, criticaba la noción del resarcimiento en boga en sus tiempos, que consideraba angosta e inadecuada. Ello, por cuanto la visión de Gioia partía desde una perspectiva antropológica, donde el hombre “no esta, en efecto, limitado a la existencia física y actual, en el gozar y el sufrir; sino, es susceptible de una amplia previsión, él vive en los tiempos que no alcanza aún, piensa en pérdidas aún lejanas, medita en eventos futuros, es sensible a situaciones que suceden a mil millas de él; entonces, las esperanzas y los temores se avicinan en su ánimo, y/o la alegría o la tristeza lo colman, según que el sentimiento de la seguridad a todos los puntos de su ideal existencial se extiendan, o a algunos solamente”.

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

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

- a) Faltaban las bases precisas para calcular la satisfacción en toda generación de “injurias”;
- b) Se hacía uso de algunas bases erróneas de injusticia;

---

<sup>22</sup> Gioia, Melchiorre, *Dell’ingiuria dei danni del soddisfacimento, e relative basi di stima avanti i Tribunali civili* (1821), precedido por un elogio histórico del autor de G.D. Romagnosi, Lugano, Ruggia y C., 1833, pág. XXIII.

<sup>23</sup> Busnelli, Francesco Donato, *Interessi della persona e risarcimento del danno*, en: *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, Giuffrè editore, fascículo I, año L, Milán, 1996, pág. 01.





- c) Se dejaba sin satisfacción gran parte de los daños;
- d) Hasta en ese entonces – 1821 – era confusa y oscura la idea del daño en la mente de los comentaristas. Estos restringían el daño al objeto material, disminuido o destruido.

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

Como nos indica Guido Alpa<sup>24</sup>, la investigación de Gioia tiene naturaleza esencialmente práctica, estimativa: un presupuesto de ésta es la definición de “injuria”, en cuanto daño, en sus diversos aspectos, materiales y morales, pero la finalidad del análisis consistía en la identificación de los criterios de reparación del daño emergente, del lucro cesante y de los aspectos de la persona que podían definirse como morales o ideales.

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

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

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

---

<sup>24</sup> Alpa, Guido (al cuidado de), *La responsabilità civile. Parte Generale*, Nuova Giurisprudenza di Diritto Civile e Commerciale, Colección fundada por Walter Bigiavi y dirigida por G. Alpa, U. Breccia, G. Bonilini, F. Carinci, M. Confortini, A. Iannarelli, M. Sesta, G. Cottino, O. Cagnasso, Utet Giuridica, Turín, 2010, pág. 60.

<sup>25</sup> Gioia, Melchiorre, *Dell'ingiuria dei danni del soddisfacimento, e relative basi di stima avanti i Tribunali civili*, pág. 167.



sensibilidad social y colectiva, no debe, sin embargo, hacer olvidar la austera concreción del daño patrimonial.

Sobre esta regla simple, se ha dirigido el sistema de reparación del daño a la persona en Italia hasta los años 70 del siglo XX, concluyendo con la liquidación, según el modelo del daño a la salud<sup>26</sup>.

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

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

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

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

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

Gioia para calcular el daño físico sufrido por la víctima, utilizaba un doble parámetro, el tiempo que estadísticamente la víctima podrá aún vivir y el rédito percibido. La suma resarcitoria variaba en razón de la edad y de la profesión u ocupación de la víctima. Como indica Alpa<sup>28</sup>, si se contemplan las tablas utilizadas por muchos tribunales de modernos, los criterios se corresponden perfectamente.

---

<sup>26</sup> Franzoni, Massimo, *Il danno risarcibile*, en: Trattato della responsabilità civile, dirigido por M. Franzoni, segunda edición, Giuffrè editore, Milán, 2010, pág. 349.

<sup>27</sup> Así lo anota Guido Alpa en: *La responsabilità civile. Parte Generale*, pág. 61.

<sup>28</sup> Alpa, Guido, *La responsabilità civile. Parte Generale*, pág. 62.



Muchos de los temas que son materia de debate jurídico en el área del daño a la persona encuentran en Gioia un agudo precursor<sup>29</sup>, aunque no podemos olvidar, como nos recuerda un notable historiador del Derecho, como es el Prof. Giovanni Cazzetta<sup>30</sup>, que la obra del intelectual italiano estaba, en primer lugar, íntimamente ligada con el fundamento y las funciones atribuidas a la responsabilidad civil en su tiempo, respecto a la configuración de la sociedad civil como una especie de sociedad asegurativa, que respondía a las exigencias de justicia distributiva, tutelando al individuo injustamente víctima de daños. Un segundo aspecto en su obra, comprensible en el espíritu burgués del modelo de responsabilidad dominante, tendía a “monetizar” toda “perturbación del espíritu”, “reduciendo a cálculos los sentimientos morales” en la valoración de todo bien no patrimonial, en una visión del resarcimiento milimétrica del daño en su integridad<sup>31</sup>.

Tampoco debemos dejar de mencionar, en la valoración del aporte de Gioia, lo manifestado por Guido Alpa. Para el Profesor de la Universidad de Roma “La Sapienza”, conviene recordar en Gioia no tanto sus ideas como jurista, sino sus aspectos de estudioso de la estadística. Precisamente, el estudioso italiano es el prototipo del científico que logró tratar problemas que hasta entonces eran monopolios de los juristas (del derecho romano a los codificadores del siglo XIX) con una visión y con soluciones no jurídicas, vale decir no formales. En efecto, son los resultados estadísticos que explican qué daños deben ser reparados, cómo deben ser cuantificados y cuál el rol tiene en la reparación la aseguración de la responsabilidad civil y la aseguración contra los daños. Por ende, es una moderna perspectiva, que será retomada sólo después de un siglo, cuando se comenzó a pensar en los problemas jurídicos desde una óptica económica<sup>32</sup>.

3.1.3. El notable médico-legal Cesare Gerin, introdujo el concepto de “validez” del hombre, comprendido como valor económico en sí considerado, y por ende bien resarcible, al comprobarse el perjuicio a la función de un determinado órgano, independientemente de los efectos en el ámbito laboral<sup>33</sup>. Así, en 1952, en el

---

<sup>29</sup> Busnelli, Francesco Donato, *Il danno biologico. Dal “diritto vivente” al “diritto vigente”*, G. Giappichelli editore, Turín, 2001, pág. 59.

<sup>30</sup> Cazzetta, Giovanni, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Dipartimento di Teoria e Storia del Diritto dell'Università degli Studi di Firenze, Florencia, 1990, pág. 59.

<sup>31</sup> Cazzetta, Giovanni, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Per la Storia del pensiero giuridico moderno, volumen 40, Facultad de Derecho de la Universidad de Florencia – Centro di Studio per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, Giuffrè editore, Milán, 1991, pág. 65.

<sup>32</sup> Alpa, Guido (al cuidado de), *La responsabilità civile. Parte Generale*, pág. 59.

<sup>33</sup> Papi, Luigi, *Lo stato anteriore e le macromenomazioni*, en: La valutazione delle macropermanenti. Profili pratici e di comparazione, al cuidado de Giovanni Comandé y Ranieri Domenici, Edizioni ETS, Pisa, 2005, pág. 37.



desarrollo de unas famosas jornadas médico-legales en Trieste, Gerin expuso su célebre teoría sobre los daños a la integridad física del ser humano. Para el estudioso italiano, la integridad física representaría un valor patrimonial económicamente valorable, en cuanto el hombre de por sí constituiría un valor capital. De tal modo, el hombre es el artífice de la riqueza nacional y, al mismo tiempo, es el depositario de la misma. Por ende, la reparación del daño no debe tener, según Gerin, en cuenta solamente la lesión, sino todas las consecuencias perjudiciales<sup>34</sup>.

Como recuerda Busnelli, la teoría de Gerin fue liquidada por la doctrina más importante de esa época en materia de responsabilidad civil, representada por Adriano de Cupis<sup>35</sup>, quien consideró el planteamiento geriniano, como un intento ingenuo y errado de encontrar un fundamento jurídico a una aspiración que, para el derecho positivo, no puede ser satisfecha.

No obstante, este juicio crítico del maestro italiano, no fue compartido totalmente por la doctrina. Como nos señala nuevamente Busnelli, juristas como Edoardo Bonasi Benucci<sup>36</sup>, admitieron con mucha claridad los aspectos positivos del aporte de Gerin sobre la “valoración”, concluyendo que su propuesta de fijar un valor a la integridad física igual para todos no podía ser negada *a priori*, pues portaba una apreciable contribución a la solución del problema de los daños a la persona.

3.1.4. “*La valoración del daño a la persona presenta el más arduo de los problemas en el vasto campo de la responsabilidad civil*”, así iniciaba su famoso trabajo sobre la materia de los daños a la persona, el notable abogado milanés y fundador de la famosa revista italiana *Responsabilità civile e previdenza*, Guido Gentile<sup>37</sup>. En efecto, por primera vez en una enciclopedia jurídica y en un ensayo de más de cuarenta páginas, Gentile trata de un área, como la reparación del daño a la persona, que si bien estuvo presente en la práctica jurídica, no era considerado digno de preocupación por parte de la doctrina italiana. Por cuanto, la concepción de los daños a la persona, como universo en expansión<sup>38</sup>, revolucionó el planteamiento conceptual y la misma sistemática del

---

<sup>34</sup> Gerin, Cesare, *La valutazione medico-legale del danno alla persona in responsabilità civile*, en: Riv.inf.e mal.prof., 1953, pág. 394 y ss., citado por Busnelli en: *Il danno biologico. Dal “diritto vivente” al “diritto vigente”*, pág. 60.

<sup>35</sup> De Cupis, Adriano, *Il valore economico della persona umana*, en: Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile, 1956, pág. 1264 y ss, citado por Busnelli en: *Il danno biologico. Dal “diritto vivente” al “diritto vigente”*, pág. 60.

<sup>36</sup> Bonasi Benucci, Edoardo, *La responsabilità civile*, Milán, 1955, pág. 69, citado por Busnelli en: *Il danno biologico. Dal “diritto vivente” al “diritto vigente”*, pág. 61.

<sup>37</sup> Gentile, Guido, voz *Danno alla persona*, en: Enciclopedia del Diritto, volumen XI, Giuffrè editore, Milán, 1962, pág. 634.

<sup>38</sup> Galgano, Francesco, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, en: Contratto e impresa, n. 01, año I, Cedam, Padua, 1985, pág. 01.



sistema de la responsabilidad civil<sup>39</sup>, exigiendo soluciones unívocas y metodológicamente correctas, cuya reparación, dentro de la moderna protección constitucional de los derechos fundamentales de la persona, no puede ser puesta en duda, con lo que la liquidación y valoración de los daños a la persona se convierte en una cuestión esencial de los ordenamientos jurídicos modernos<sup>40</sup>.

El pasaje de una sociedad de pequeños propietarios, típica de la ideología y tiempo del *Code Napoléon*, a una basada prevalentemente en las ganancias del trabajo, el descubrimiento de una concepción humana de la responsabilidad civil que establezca una correcta relación entre el daño y la persona, la intensificación de las situaciones de daño a la persona en una economía postindustrial, caracterizada por el creciente dinamismo de las relaciones y los negocios<sup>41</sup>, impulsaron a estudiosos como Gentile a evidenciar el cambio de una concepción estática, concentrada en el daño al patrimonio, a una perspectiva dinámica, caracterizada por las múltiples ocasiones de daños a la persona en una sociedad postindustrial y por la producción frecuente y gravedad de esta última figura de daño, la hace asumir un rol central y preeminente dentro de los ordenamientos jurídicos vigentes.

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

En segundo lugar, propugnó Gentile, que en los casos de muerte de la víctima, el daño es considerado no en lo que el hombre vale, sino a la pérdida sufrida por las personas que tenían con éste una relación de interdependencia. Busnelli<sup>42</sup> considera que este planteamiento es un antecedente de los daños a la salud por muerte.

Una nueva visión de la valoración económica del daño a la persona es el tercer aspecto tratado por Gentile: “*así comprendido, en la limitada consideración del interés a la vida y a la integridad física del hombre, el problema se convierte en más accesible a una concreta valoración económica del daño a la persona, que postula la búsqueda de una relación entre daño y dinero*”<sup>43</sup>. Por ello, uno de los sectores más autorizados de la doctrina italiana, ha afirmado la necesidad de un equilibrado tratamiento de intereses entre las exigencias de asegurar

---

<sup>39</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Il risarcimento del “danno al progetto di vita”*, en: *La responsabilità civile*, n. 11, Utet Giuridica, Turín, noviembre del 2009, pág. 897.

<sup>40</sup> Procida Mirabelli di Lauro, Antonino, *I “nuovi danni” e le funzioni della responsabilità civile*, en: Antonino Procida Mirabelli di Lauro y Maria Feola, *La responsabilità civile*, G.Giappichelli editore, Turín, 2008, pág. 60.

<sup>41</sup> Procida Mirabelli di Lauro, Antonino, *La riparazione dei danni alla persona*, pubblicazioni della Scuola di Specializzazione in Diritto Civile dell’Università di Camerino, al cuidado de Pietro Perlingieri, n. 69, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1992, pág. 12.

<sup>42</sup> Busnelli, Francesco Donato, *Il danno biologico. Dal “diritto vivente” al “diritto vigente”*, pág. 288.

<sup>43</sup> Gentile, Guido, voz *Danno alla persona*, pág. 635.



una reparación integral al daño a la persona y la contención de otros aspectos con relevancia económica, como los costos de aseguración<sup>44</sup>.

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

Actualmente, la aplicación de las diversas modalidades del daño a la persona sirve para desplazar el centro de la problemática de un daño parametrado en la ganancia a un daño “valor hombre” en su concreta dimensión, que no es reconducible al sólo aspecto de producción de riqueza sino esta relacionado al conjunto de las funciones existenciales de la persona<sup>46</sup>. Asimismo, como ha sido resaltado por otra voz importante de la doctrina peninsular, los jueces deben tener una gran sensibilidad para apreciar el perjuicio existencial de las víctimas, que debe influenciar los ordenamientos jurídicos de los diversos países<sup>47</sup>.

No obstante, el aporte de Gentile es muy notable y actual, pues, como anota nuevamente Busnelli<sup>48</sup>, incidió, dentro de la reparación de los daños a la persona, en la presencia de una valoración equitativa de la misma, por cuanto “*ésta debe ser seguida con moderación, respondiendo a la incerteza de la cuantificación del daño, vale decir, dentro de los límites más restringidos de lo que resultaría de su abstracta contemplación normativa, con un descarte mayor cuanto más incierta y menos concreta es su demostración*”<sup>49</sup>.

3.1.5. Las contribuciones de Melchiorre Gioia, Cesare Gerin y Guido Gentile, aunque con muchos vacíos y omisiones, explicable como productos de su época, se constituyen como pioneras reflexiones sobre la reparación de los daños a la persona. Se halla en ellos y en sus aportes los cimientos de los desarrollos posteriores de las diversas Escuelas jurídicas italianas en materia de derecho de daños.

Sus obras, en mayor o menor medida, reflejaron la exigencia de substraher, en la valoración de los daños a la persona, de la productividad económica del hombre,

---

<sup>44</sup> Ponzanelli, Giulio, *Il commento* a la ordenanza del Juez de Paz de Turín del 30 de noviembre de 2009, en: *Danno e responsabilità*, n. 04, Ipsa, Milán, 2012, pág. 447.

<sup>45</sup> Gentile, Guido, voz *Danno alla persona*, pág. 637.

<sup>46</sup> Busnelli, Francesco Donato, *Il danno risarcibile: problemi e prospettive*, en: *Nuovi orientamenti e nuovi criteri per la determinazione del danno (danno biologico, danno morale, danno alla vita di relazione)*, Trevi, 30 giugno-1 julio 1989, Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura, n. 41, 1990, pág. 15.

<sup>47</sup> Visintini, Giovanna, *La circolazione delle giurisprudenze*, en: *Contratto e impresa*, n. 01, año XXVII, Cedam, Padua, 2011, pág. 81.

<sup>48</sup> Busnelli, Francesco Donato, *Il danno biologico. Dal “diritto vivente” al “diritto vigente”*, pág. 304.

<sup>49</sup> Gentile, Guido, voz *Danno alla persona*, pág. 678.





concentrándose en el valor “humanidad” del sujeto de derecho, que descubre el nuevo rumbo de la historia y del Derecho: la humanización del derecho positivo y de los ordenamientos jurídicos de los diversos países<sup>50</sup>, así como la necesidad que la persona retorne a ser el centro de toda imposición de juridicidad<sup>51</sup>.

3.2. El punto de partida de las reflexiones de la Escuela jurídica del daño a la persona desarrollada en Génova se puede ubicar en la sentencia del 25 de mayo de 1974 del Tribunal de dicha ciudad, en el caso *Rocca c. Ferrarese*, que fue sostenida y apoyada por juristas y estudiosos de la Universidad de Génova, entre los que se encontraban Mario Bessone, Guido Alpa<sup>52</sup> y Vincenzo Roppo<sup>53</sup>. En este pronunciamiento, los jueces genoveses, sosteniendo una “explícita toma de consciencia”, interpretaron el artículo 2059 del código civil italiano<sup>54</sup>, con referencia sólo a las aflicciones del estado de ánimo y además basándose en el artículo 32 de la constitución que tutela la salud, hicieron reingresar el denominado el “daño biológico” en la categoría del daño injusto, según el artículo 2043 del código civil itálico<sup>55</sup>. En particular, fue afirmada la distinción entre las consecuencias patrimoniales del evento lesivo y la lesión de la integridad psicofísica en sí y por sí considerada, por “liquidarse en términos exactamente iguales para todas las personas, salvo teniendo en cuenta las respectivas edades”. En efecto, evidente se presentaba la preocupación de poner a la luz la autonomía del denominado “daño biológico”, respecto a las consecuencias patrimoniales de la lesión<sup>56</sup>.

A esta se sumaron importantes pronunciamientos genoveses entre 1974, 1975 y 1976, en que se afinó y perfiló el modelo genovés de daño a la persona.

Las primeras sentencias genovesas evidenciaron, en modo diáfano, el conflicto de dos modelos interpretativos del mismo fenómeno, que asumieron, por definición estipulativa, la denominación de “daño biológico”. Ambas perspectivas, más restrictivo uno, más “liberal” el otro, si se contempla en la perspectiva de una

---

<sup>50</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”*, en: Studi di onore di Cesare Massimo Bianca, tomo IV, Giuffrè editore, Milán, 2006, pág. 824.

<sup>51</sup> Burgos, Osvaldo R., *Será ficción. De Hamlet, Nietzsche y la (in) justicia del ser representado. El Derecho en la sociedad desestructurada*, Estudios de pensamiento jurídico occidental, Rosario, 2008, pág. 156.

<sup>52</sup> Para una síntesis de los aportes de la Escuela Genovesa, véase a Alpa, Guido y Bessone, Mario, *I fatti illeciti e la responsabilità civile*, en: Trattato di diritto privato, dirigido por Pietro Rescigno, volumen XIV, Utet, Turín, 1982, pág. 403 y ss.

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

<sup>54</sup> El cual estipula que “El daño no patrimonial debe resarcirse sólo en los casos determinados por la ley”.

<sup>55</sup> Monateri, Pier Giuseppe; Bona, Marco y Oliva, Umberto, *Danno biologico: cenni introduttivi*, en: Il nuovo danno alla persona. Strumenti attuali per un giusto risarcimento. Dalla riforma proposta dall'ISVAP all'adeguamento all'Europa, Giuffrè editore, Milán, 1999, pág. 2.

<sup>56</sup> Monateri, Pier Giuseppe, *Manuale della responsabilità civile*, Utet, Turín, 2001, pág. 192.



progresiva ampliación del área del daño resarcible, reflejaron temas y problemas que hoy se encuentran bastante vivaces en el debate en la materia sobre el papel y la función de la responsabilidad civil<sup>57</sup>. En efecto, se manifiesta en el problema que las sentencias resuelven en modo opuesto no consiste solamente en la posibilidad de multiplicar las hipótesis de aplicación del artículo 2043 del código civil italiano<sup>58</sup> y de asignar a la fórmula del “daño injusto” contenidos nuevos y más amplios de los que tradicionalmente reservados (especialmente, comprensivos de la lesión de la “salud” individual), ni si agota en la admisibilidad de una revisión de los esquemas y de los parámetros acostumbrados de valoración del daño a la persona, sino invirtiendo problemas de más extensa portada, ahora referidos a la aplicabilidad directa de las normas constitucionales (y, en particular, del artículo 32 de la constitución italiana) a la disciplina de las relaciones inter-privados, ahora relativos a la misma definición de “daño” o de la “lesión de un interés protegido” o “merecedores de tutela” o, aún, a la identificación de los criterios sobre la base de los cuales actúa la selección de los intereses apreciables en el juicio de responsabilidad<sup>59</sup>.

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

Las finalidades originarias, a decir de la doctrina genovesa más eminente<sup>60</sup>, fueron dirigidas a recuperar el valor constitucional de la salud en el ámbito de las técnicas de reparación del daño a la persona. En efecto, siendo el derecho a la salud una posición subjetiva garantizada a todos, sin diferencia de las clases sociales y de la capacidad de producir riqueza, los criterios de liquidación eran idénticos para todos. Preliminarmente, al daño que después se conocería como “biológico”, se le asignaba también una tarea simplificada, por la cual absorbía todas las subvoces de daño que la fantasía o las circunstancias del caso habían inducido a los jueces a crear, como el daño estético o el daño a la vida de relación, el daño derivado del comprometimiento de la capacidad laboral genérica, etc. En la mitad de los años setenta del siglo XX el panorama de la reparación de los daños a la persona presentaba, por un lado, una especie de jungla, con muchos espacios de confusión, en la cual la desigualdad era la regla y, por otro lado, se dejaba contemplar una nueva perspectiva, donde el orden y la igualdad podían tener espacio<sup>61</sup>. En este panorama, al daño moral en sentido estricto (entendido como afección del ánimo y sufrimiento) y al daño contra la esfera

---

<sup>57</sup> Alpa, Guido, *Il danno biologico*, segunda edición, Cedam, Padua, 1993, pág. 10.

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

<sup>59</sup> Alpa, Guido, *Il danno biologico*, pág. 11.

<sup>60</sup> Alpa, Guido, *Manuale di diritto privato*, sexta edición, Cedam, Padua, 2009, pág. 832.

<sup>61</sup> Gallo, Paolo, *Il danno alla persona*, en: *Introduzione al diritto comparato*, volume secondo: Istituto Giuridici, G. Giappichelli editore, Turín, 1998, pág. 388 y ss.



de producir riqueza de la capacidad laboral específica se presentaba, entonces, por mérito de la labor creativa de los jueces del Tribunal de Génova, una nueva voz omnicomprendensiva, traducible en tablas de infortunio más modernas respecto a las utilizadas por la praxis asegurativa y, en ese momento, más beneficiosa para las víctimas y más gravosas para las causantes de los hechos dañosos (y, por ende, para sus aseguradoras). En efecto, significando que esta nueva voz de daño concernía indistintamente todos los sujetos y protegía su salud, de tal forma, toma sustancia la concepción del “daño biológico” como producto de la ciencia médico-legal<sup>62</sup>.

No cabe duda que el itinerario del daño biológico constituye una de las páginas más complejas de la historia de la responsabilidad civil o derecho de daños<sup>63</sup>, con marchas y retrocesos, progresos y dificultades, intervenciones de la Corte de Casación, de la Corte Constitucional y por obra de diversos tribunales e instancias judiciales de la península itálica, que actualmente se puede reconstruir esquemáticamente teniendo en consideración la tablas de liquidación del daño utilizadas por la judicatura italiana, que cada magistrado adopta para satisfacer las exigencias de reparación de las personas afectadas por las diversas situaciones peyorativas, por cuanto, como ha resaltado la más importante doctrina civilista francesa, la integridad psicofísica es el capital más preciado del hombre<sup>64</sup>.

El reconocimiento del daño biológico no fue compartido por la jurisprudencia inmediatamente sucesiva y sólo en 1979 se presentaron nuevos importantes impulsos, por parte de las cortes, que propugnaron la afirmación definitiva del daño biológico, por cuanto este perjuicio es relevante en sí, y diverso ya sea del daño moral propiamente dicho como de las consecuencias negativas de carácter patrimonial que, si subsisten, son autónomamente resarcidas<sup>65</sup>.

Después de casi cuarenta años de su formulación, el panorama presenta aún diversas aristas por clarificar. Se han superado algunas problemáticas, como la cuestión de su concepción, siendo el daño biológico comprendido como la lesión psicofísica de la salud<sup>66</sup>, valorada independientemente de la capacidad de producir riqueza del sujeto; la naturaleza de esta voz de perjuicio, que concierne a la esfera

---

<sup>62</sup> Paradiso, Massimo, *Il danno alla persona*, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Catania, Giuffrè editore, Milán, 1981, pág. 146 y ss.

<sup>63</sup> Así lo ha resaltado el maestro Guido Alpa en su *premessa* a su clásica obra *Il danno biologico*, segunda edición, Cedam, 1993, pág. X.

<sup>64</sup> Carbonnier, Jean, *La philosophie du dommage corporel*, en: *Droit et passion du droit sous la V<sup>e</sup> République*, Flammarion, París, 2010, pág. 159.

<sup>65</sup> Bianca, Cesare Massimo, *Diritto civile*, tomo V: *La responsabilità*, reimpression, Giuffrè editore, Milán, 2005, pág. 179.

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



patrimonial del sujeto en sentido estricto<sup>67</sup>; su reparación, que es reconocida para cada sujeto, cualquiera sea su edad, rol social; su transmisión *iure hereditatis* en caso de muerte no instantánea de la víctima.

No obstante, han permanecido otros problemas y supuestos, como, por ejemplo, si al lado del daño biológico se pueden crear nuevos tipos de daño a la persona<sup>68</sup>, derivados de un accidente automovilísticos en la que ésta es víctima; si están legitimados a obtener la reparación en caso de fallecimiento también los convivientes de hecho; cuales deben ser los criterios por los que se deben reparar los daños; si es posible reconocer la reparación del daño biológico también en caso de accidentes en el trabajo y si puede ser objeto de compensación.

En efecto, la jurisprudencia italiana, atiborrada por una heterogeneidad en cada caso, que no se concentraban en el sector de la circulación automovilística o de los infortunios en el trabajo, sino también en el ámbito de las relaciones contractuales, en el ámbito de relaciones entre cónyuges y familiares, en el área genética y de responsabilidad médica<sup>69</sup>, ha terminado por difuminarse en una serie de reglas dictados por las diversas circunstancias de perjuicios. Particularmente, en vez de simplificarse, se han multiplicado las voces de daños reparables se han vuelto diversas: además del daño estético y el daño a la vida de relación, aún considerados frecuentemente como diversos al daño a la salud, se ha creado el daño por luto, el daño a la serenidad de la vida familiar, el daño por mobbing, el daño por pérdida de la relación parental y del goce de la vivencia con el cónyuge, denominado también como daño hedonístico, y así podría seguirse enunciando voces de perjuicios. No obstante, no podemos perder de vista lo anotado por una voz más autorizada de la Escuela jurídica Bolognesa, en cuanto el daño biológico ha permitido que a la persona víctima de este perjuicio sea concretizada la solidaridad social, mediante su reparación por las decisiones judiciales<sup>70</sup>.

3.3. El Instituto de derecho privado de la Universidad de Pisa inicia, en 1975, una investigación sobre la tutela de la salud en el derecho privado y en 1978 es publicado el volumen que recogió el resultado de la referida investigación<sup>71</sup>. El 10 de marzo de 1979 se formuló una sentencia por el Tribunal de Pisa, que hace referencia al volumen citado y que del cual encuentra inspiración. En esta se estableció una

---

<sup>67</sup> Alpa, Guido, *Che cos'è il diritto privato?*, segunda edición, editori Laterza, Roma-Bari, 2009, pág. 109.

<sup>68</sup> Preocupación manifestada ya por Giulio Ponzanelli en *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Il Mulino, Bologna, 1992, pág. 98.

<sup>69</sup> Clásico, en la materia, es ya el libro del Prof. Carlos Fernández Sessarego *La responsabilità civile del médico y el consentimiento informado*, Motivensa editora jurídica, Lima, 2011.

<sup>70</sup> Franzoni, Massimo, *Il nuovo corso del danno non patrimoniale*, en: *Contratto e impresa*, n. 03, año XVIII, Cedam, Padua, 2003, pág. 1203.

<sup>71</sup> *Tutela della salute e diritto privato*, al cuidado de Francesco Donato Busnelli y Umberto Breccia, en: *Diritto e problemi contemporanei. Ricerche, rassegne, saggi*, recopilados por Pietro Rescigno, volumen II, Giuffrè editore, Milán, 1978.



necesaria valoración equitativa del perjuicio que el tribunal denomina como “daño a la salud”. No obstante, al mismo tiempo se realizó una diáfana afirmación de la imposibilidad de prescindir de “una valoración diferenciada del daño, porque la única idónea, incluso en presencia de identidad de perjuicios psicofísicos, permitiendo un adecuado, caso por caso, de la entidad del resarcimiento a la concreta situación de daño”. La solución planteada por la sentencia, si bien no desconociendo la exigencia de buscar “un índice de valores medios por el cual hacer primaria referencia para la valoración de consecuencias de perjuicios suficientemente tipificadas”, acogió el principio según el cual “la entidad del resarcimiento del daño a la salud...debe ser, en línea de tendencia, proporcional a la gravedad de los impedimentos económicos y sociales causados por el hecho lesivo”<sup>72</sup>.

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

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

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

En las sentencias de la Corte Constitucional, en particular en la n. 88 que, en el rechazó la demanda de ilegitimidad del artículo 2043 del código civil, afirmó que el derecho a la salud “ciertamente es comprendido entre las posiciones subjetivas que deben ser tuteladas por la constitución, ya que el artículo 32 sirve para configurar el derecho a la salud como un derecho primario, absoluto, plenamente operante, incluso en las relaciones entre privados”.

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

En el pronunciamiento de las Secciones Unidas de la Corte de Casación, se proclama enfáticamente que “la salud, también y más allá de ser objeto de cuidado y de intervención por parte de la colectividad en general, esta protegida en vía primaria, no condicionada y absoluta como modo de ser de la persona humana”, agregando que “la transparente referencia al artículo 2 de la constitución explicita aún mejor el contenido que el tipo de la protección”, que es la típica del derecho subjetivo o,

---

<sup>72</sup> Sentencia citada por Francesco Donato Busnelli en *I primi fermenti giurisprudenziali en: Il danno biologico. Dal “diritto vivente” al “diritto vigente”*, pág. 55.



mejor, del derecho absoluto. Por tanto, la salud antes de ser un interés de la colectividad, es un derecho fundamental del individuo, como afirma la Corte de Casación: “la protección se extiende a la vida asociada del hombre en los aspectos de las diversas agregaciones en las cuales esta se articula y en razón de su efectividad, a la preservación, en estos lugares, de las condiciones indispensables o también solamente propicias a su salud: ésta asume, en este modo, un contenido de socialización y de seguridad, por el cual el Derecho y la salud, más bien (o además) que cómo derecho a la vida y a la incolumidad física, se configura como derecho al ambiente salubre”.

Estos esfuerzos de la doctrina y la jurisprudencia pisanas, encontraron, al finalizar la década de los años setenta del siglo XX<sup>73</sup>, su consagración legislativa en la ley n. 833 del 23 de diciembre de 1978, institutiva del servicio sanitario nacional italiano. Ésta tuvo como objetivo primario predisponer los servicios necesarios para permitir la realización del derecho subjetivo de cada individuo a la tutela de su propia salud. En efecto, buscando tutelar “mediante el servicio sanitario” un “fundamental derecho del individuo e interés de la colectividad”, se aclara que la intención es dar concreta actualización a los principios del artículo 32 de la constitución que tutela la salud y de atribuir a ésta norma no más el significado reductivo y angostamente publicístico de una simple “dirección de carácter general dirigido a tutelar la salud pública mediante adecuadas formas de asistencia sanitaria pública”, sino la función de proclamar solemnemente que la salud, como modo de ser de la persona humana, tiene el contenido y goza de la protección del derecho subjetivo, como un derecho absoluto.

Respecto a la distinción, formulada por la doctrina italiana, entre el daño biológico y el daño a la salud, para el más renombrado pensamiento jurídico pisano<sup>74</sup>, el jurista no puede no partir de una primera constatación: el daño biológico no es un concepto jurídico, sino un concepto que el jurista recibió de la medicina legal. En cambio, el daño a la salud es un concepto elaborado en el ámbito jurídico y también en el plano normativo.

Para Busnelli<sup>75</sup>, el jurista ni esta en capacidad de brindar una propia contribución a la profundización del concepto de daño biológico. En efecto, resalta el maestro pisano, que los estudiosos prefieren utilizar las expresiones daño “biológico” (entre comillas) o del denominado daño biológico. El jurista utiliza dicciones que, en cuanto “biológico”, el daño debería concernir principalmente a los aspectos

---

<sup>73</sup> Para un tratamiento analítico de la responsabilidad civil en Italia en los años setenta del siglo XX, véase Marini, Giovanni, *Gli anni settanta della responsabilità civile. Uno studio sulla relazione pubblico/privato (parte I-II)*, en: *Rivista critica di diritto privato*, volumen 26, fascículos 1 y 2, Jovene editore, Nápoles, 2008, 23-65, 229-261.

<sup>74</sup> Busnelli, Francesco Donato, *Danno biologico e danno alla salute: “modelli giurisprudenziali” a confronto*, en: *Il danno biologico. Dal “diritto vivente” al “diritto vigente”*, pág. 104.

<sup>75</sup> Busnelli, Francesco Donato, *Danno biologico e danno alla salute: “modelli giurisprudenziali” a confronto*, en: *Il danno biologico. Dal “diritto vivente” al “diritto vigente”*, pág. 105.





anatómicos y fisiológicos de cualquier ser viviente, utilizando la definición médico-legal de daño biológico como “perjuicio somato- psíquico” del individuo.

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

El estudioso de esta materia debe, a juicio de Busnelli<sup>76</sup>, distinguir conceptualmente entre las dos figuras de daño a la persona, a menudo inoportunamente confundidas entre ellos: el *daño biológico*, que se identifica con el perjuicio somato-psíquico, y que se presta a una valoración, por decirlo de alguna manera, estandarizada y conducida en los contornos parametrales en que la equidad tiende a coincidir con el automatismo. En tanto, el *daño a la salud*, que tiene por objeto la lesión de salud (comprendido en su más amplio significado constitucional) y que debe ser valorado caso por caso mediante criterios en que la equidad exige un atento examen entre exigencias de uniformidad en la valoración del evento lesivo y exigencias de concreción en la valoración de las consecuencias perjudiciales de este evento en el equilibrio psicofísico de la víctima.

Una singular paradoja, más aparente que real<sup>77</sup>, se presentó en la sentencia de la Corte Constitucional n.184 de 1986<sup>78</sup>. Esta decisión se apreciaba claramente la distinción entre el daño biológico (comprendido como “evento-perjuicio de la integridad físico-psíquico) y el daño a la salud (entendido como “daño jurídicamente valorado”), insistiendo en la “dimensión naturalista” del primero, cuya reparación, por sí, “constituye un primer, esencial, prioritario resarcimiento”, pero, posteriormente, perfilándose “el temor de una excesiva uniformidad de determinación y liquidación del daño biológico”, recordando que “la reciente jurisprudencia de mérito que asume el citado criterio liquidatorio debe responder, de un lado, a una uniformidad pecuniaria de base (el mismo tipo de lesión no puede ser valorado en manera del todo diversa de sujeto a sujeto; y, en efecto, la lesión en sí y por sí considerada, que es resaltada...) y, por otro lado, por la elasticidad y la flexibilidad, para adecuar la

---

<sup>76</sup> Busnelli, Francesco Donato, *Danno biologico e danno alla salute: “modelli giurisprudenziali” a confronto*, en: *Il danno biologico. Dal “diritto vivente” al “diritto vigente”*, pág. 108.

<sup>77</sup> Busnelli, Francesco Donato, *Danno biologico e danno alla salute: “modelli giurisprudenziali” a confronto*, en: *Il danno biologico. Dal “diritto vivente” al “diritto vigente”*, pág. 110.

<sup>78</sup> Procida Mirabelli di Lauro, Antonino, *Le trasfigurazioni del sistema di responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, en: *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, al cuidado de Mauro Bussani, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2006, pág. 86 y ss.



liquidación del caso en particular a la efectiva incidencia de la comprobación del perjuicio sobre las actividades de la vida cotidiana”.

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

3.4. La Escuela jurídica turinesa es conocida internacionalmente por sus aportes al desarrollo del derecho comparado<sup>79</sup>. La obra jurídica del profesor Rodolfo Sacco y sus discípulos Pier Giuseppe Monateri, Gianmaria Ajani, Michele Graziadei, Paolo Gallo, Raffaele Caterina, y otros grandes juristas que si bien actualmente no enseñan en la universidad turinesa o que lamentablemente ya no están físicamente con nosotros, han sido formados por el mismo maestro Sacco, como Antonio Gambaro, Attilio Guarneri, Paolo Cendon, Marco Guadagni y Francesco Castro, han renovado los estudios comparatistas<sup>80</sup>, enriqueciendo la moderna ciencia jurídica, especialmente todo el conjunto del derecho privado<sup>81</sup>.

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

Para el Prof. Monateri, el estudio del daño a la persona exige hacer referencia a cuatro tipologías del daños, no importando si estos son asumidos como reparables: a) El daño a salud psicofísica con reflejos pecuniarios: en tanto lesiones a la persona, que

---

<sup>79</sup> Rodolfo Sacco, el adalid de la Escuela turinesa, ha recordado recientemente que en el 2003 el Comité internacional de derecho comparado (órgano directivo de la Asociación internacional de las ciencias jurídicas) ha declarado que “*Turín es la capital mundial del derecho comparado*”. Sacco, Rodolfo, *Comparatisti italiani, al lavoro!*, en: Rivista giuridica dell’Istituto Subalpino per l’analisi e l’insegnamento del diritto delle attività transnazionali (ISAIDAT), n. 01, año I, Turín, 2010, pág. 01.

<sup>80</sup> Para una síntesis integral del aporte comparatista italiano, preciosas son las páginas escritas por Pier Giuseppe Monateri en *Critique et différence: le droit comparé en Italie*, en: Revue internationale de droit comparé, volumen 51, n°4, Société de Législation Comparée, París, octubre-diciembre de 1999, pág. 989 y ss.

<sup>81</sup> Lo ha resaltado la gran comparatista francesa y estudiosa del derecho internacional privado, Horatia Muir-Watt en su *La fonction subversive du droit comparé*, en: Revue internationale de droit comparé, volumen 52, n°3, Société de Législation Comparée, París, julio-septiembre del 2000, pág. 505 y ss.

<sup>82</sup> Monateri, Pier Giuseppe y Bellerio, Augusto, *Il quantum nel danno alla persona*, primera edición, Giuffrè editore, Milán, 1984. La segunda edición es de 1989.



se traducen en una serie de desembolsos pecuniarios, o que tienen, de alguna forma, repercusiones en el rédito futuro de la víctima del daño; b) Los daños a la salud psicofísicas independientes de reflejos pecuniarios: constituidos por lesiones a la persona que se traducen en una serie de lesiones psicofísicas individuales y, por ende, en una serie de minusvalías objetivas para el sujeto lesionado, en sí mismas consideradas, sin hacer referencia a sus reflejos negativos en el patrimonio o en el rédito de dicho sujeto; c) daños por sufrimientos (considerados independientemente de las lesiones en sí mismas a la salud psicofísica) con reflejos pecuniarios: aflicciones, dolores, perturbaciones que se traducen en ganancias frustradas y que, de alguna forma, tienen una influencia negativa en el rédito monetario del damnificado; d) daños por sufrimientos independientes de reflejos pecuniarios: aflicciones, padecimientos de ánimo, dolores considerados en cuanto tales, que no se traducen en consecuencias monetarias negativas<sup>83</sup>.

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

---

<sup>83</sup> Monateri, Pier Giuseppe, *La responsabilità civile*, en: *Trattato di diritto civile* dirigido por Rodolfo Sacco, Utet, Turín, 1998, pág. 475 y ss.

<sup>84</sup> También se debe a la Escuela turinesa la concepción del daño existencial comprendido como efectivo empeoramiento comprobable de las propias condiciones de existencia. Véase, al respecto, Monateri, Pier Giuseppe, “*Alla soglia*”: *la prima vittoria in cassazione del danno esistenziale*, en: *Danno e responsabilità*, n.8-9, Ipsoa, Milán, 2000, pág. 837.

<sup>85</sup> Monateri, Pier Giuseppe, *Verso una teoria del danno esistenziale*, en: *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, al cuidado de Paolo Cendon y Patrizia Ziviz, Giuffrè editore, Milán, 2000, pág. 720.



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

3.5. Los aportes de la Escuela jurídica de la Universidad más antigua del mundo, la *Alma Mater Studiorum-Università di Bologna*, al desarrollo del daño a la persona son muy notables y se concentran, especialmente, en los trabajos del recientemente fallecido maestro Francesco Galgano y de su discípulo, el prof. Massimo Franzoni.

Francesco Galgano, considerado internacionalmente como uno de los más importantes juristas italianos de todos los tiempos<sup>86</sup>, que con sus contribuciones en el derecho comercial y civil, han renovado ambas disciplinas jurídicas y no sólo en Italia, con su ensayo *Le mobili frontiere del danno ingiusto*<sup>87</sup> destaca que el daño biológico es

---

<sup>86</sup> “A Francesco Galgano se deben las páginas más hermosas que registre la literatura jurídica de los últimos tiempos”, como indica el jurista argentino Horacio Roitman en *Francesco Galgano. Su obra jurídica*, La Ley, año LXIX, n° 185, Buenos Aires, jueves 22 de setiembre de 2005, pág. 01.

<sup>87</sup> Galgano, Francesco, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, en: *Contratto e impresa*, n. 01, año I, Cedam, Padua, 1985, pág. 01.



reparable, en tanto daño injusto, independientemente de su calificación como daño patrimonial o como daño no patrimonial. Para el maestro boloñés, el daño biológico es considerado como la lesión de la integridad psicofísica de la persona, como bien protegido en sí y por sí (según lo dispuesto por el artículo 32 de la constitución) e independientemente de la capacidad de la persona de producir riqueza. Por ello, a quién haya sufrido una invalidez, contemporánea o permanente, es reconocido la reparación del daño biológico, liquidado con criterio equitativo y, según la práctica de los tribunales, en medida al triple de la pensión social<sup>88</sup>.

Su discípulo, el Prof. Massimo Franzoni, a partir de sus estudios jurídicos, publicados muchos de ellos en la prestigiosa revista *Contratto e impresa*<sup>89</sup>, dirigida precisamente por Galgano, que se remontan a la década de los ochenta del siglo pasado, ha considerado que el advenimiento del daño a la persona, en sus modalidades de daño biológico y daño a la salud, contrariamente a mercantilizar a la persona, se demuestran como el modo más adecuado a la necesidad de la valoración de la persona humana. En cuanto al daño a la salud, en opinión del Maestro Franzoni, éste representa la forma más evolucionada de comprensión de las lesiones que atentan contra la persona en todas sus manifestaciones no vinculadas a la capacidad de producir rédito<sup>90</sup>.

Para la Escuela boloñesa, el daño a la persona es uno de los temas que ha llamado mayor atención entre los juristas italianos<sup>91</sup>. La función de la doctrina, indica Franzoni<sup>92</sup>, es precisamente la de observar, organizar y seleccionar el material de datos y de ideas que surge de la casuística judicial, pues, como es conocido, el nacimiento del daño biológico o daño a la salud ha nacido por obra jurisprudencial.

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

---

<sup>88</sup> Galgano, Francesco, *Istituzioni di diritto privato*, segunda edición, Cedam, Padua, 2002, pág. 337.

<sup>89</sup> Franzoni, Massimo, *Danno morale*, en: *Contratto e impresa*, n. 01, año VI, Cedam, Padua, 1990, pág. 307 y ss; del mismo maestro boloñés, *Il nuovo corso del danno non patrimoniale*, en: *Contratto e impresa*, n. 03, año XVIII, Cedam, Padua, 2003, pág. 1193 y ss.

<sup>90</sup> Franzoni, Massimo, *Danno biologico e danno alla salute negli studi recenti*, en: *Contratto e impresa*, n. 03, año III, Cedam, Padua, 1988, pág. 882.

<sup>91</sup> Franzoni, Massimo, *Los derechos de la personalidad, el daño existencial y la función de la responsabilidad civil*, en: *La persona*, Biblioteca “Observatorio de derecho civil”, volumen IV, Motivensa editora jurídica, Lima, 2010, pág. 122 y ss.

<sup>92</sup> Franzoni, Massimo, *Danno biologico e danno alla salute negli studi recenti*, pág. 883.



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

Como indica nuevamente Franzoni<sup>93</sup>, haber otorgado ingreso a la tutela de la figura del derecho a la integridad psicofísica, demuestra nuevamente como el artículo 2043 del código civil italiano se prestaba a una utilización amplia o dúctil respecto a las cambiantes exigencias de la sociedad post-industrial<sup>94</sup>. En otros términos, los que aún resisten negar la injusticia prescrita por el artículo 2043 del código civil, como clausula general, encuentran una posterior contrariedad por obra de los hechos. Ciertamente, según notables desarrollos de la jurisprudencia, el objeto de la tutela, que se expresa brindando ingreso al daño biológico, es el derecho a la salud directamente protegido por la constitución italiana.

Franzoni<sup>95</sup>, compartiendo la posición esgrimida por Francesco Donato Busnelli, ya citado líneas arriba, considera al derecho a la salud como la fuente de legitimación del daño biológico y, por ende, el terreno en el cual debe concentrar su atención el jurista no es la noción de daño biológico, producto de la medicina legal, sino la del daño a salud, que encuentra en la constitución su fuente de tutela. Resalta, por ende, el maestro italiano la necesidad de acoger la definición del término “salud” proporcionada por la Organización mundial de la salud, en una perspectiva más amplia de bienestar integral del individuo, en sus ámbitos psíquico, físico y moral. De este modo, el daño a la salud ha servido para ampliar el área del daño a la persona, reorganizar su método de liquidación y con la precisa tarea de reducir la duplicación de las voces de daños reparables. Indica la Escuela Boloñesa que el daño a salud representa una ampliación del área del daño reparable y la ampliación del catálogo de los intereses objeto de la tutela, debido a que valoriza la utilidad no vinculada a la producción de riqueza por parte de la víctima del daño y coadyuva a rediseñar el mapa para calcular y liquidar el perjuicio, ya que tiende a eliminar, por absorción, algunos tipos no bien definidos y definibles de daño como el daño a la vida de relación, el daño estético, el daño a la capacidad laboral genérica, el daño a la esfera sexual, etc<sup>96</sup>. Subraya Franzoni<sup>97</sup>, que en sus orígenes del daño biológico nació para corregir y eliminar las disparidades de tratamiento creadas por el sistema tradicional

---

<sup>93</sup> Franzoni, Massimo, *Danno biologico e danno alla salute negli studi recenti*, pág. 884.

<sup>94</sup> Franzoni, Massimo, *Danno biologico e danno alla salute negli studi recenti*, pág. 884.

<sup>95</sup> Franzoni, Massimo, *Il danno alla persona*, Giuffrè editore, Milán, 1995, pág. 226.

<sup>96</sup> Franzoni, Massimo, *Il danno alla persona*, pág. 227.

<sup>97</sup> Franzoni, Massimo, *Danno biologico e danno alla salute negli studi recenti*, pág. 885.





de la liquidación del daño a la persona dirigida por los automatismos de las tablas vinculadas a la producción del rédito, a la edad, al sexo, a la capacidad laboral, etc. Precisamente, por obra de la jurisprudencia de legitimidad, se afirmó que el daño biológico, en cuanto lesivo del derecho a la salud, debe ser reparado incluso cuando no incida en la capacidad de producir riqueza.

3.6. Después de la creación del daño biológico y los desarrollos del daño a la salud, el sistema de tutela reparación de los daños a la persona sufrió por una profunda evolución, mediante el acogimiento de estas categorías de daño, se fue alejando la perspectiva patrimonialista que se encontraba en la base del modelo tradicional de responsabilidad civil.

Esta transformación representa sólo el primer paso a un más amplio proceso de evolución de la institución, según lo dispuesto por el artículo 2043 del código civil italiano y el actual panorama que muestra la jurisprudencia, en un constante instrumento de supuestos de hecho, de inéditas situaciones de daño, respecto a lesiones susceptibles de perjudicar la esfera ordinaria de la víctima<sup>98</sup>. Por ello, se propugno la idea que la responsabilidad civil debía superar los modelos del pasado, en cuya nueva visión encuentran lugar las dimensiones perjudiciales anteriormente olvidadas, es decir (y no solamente en el aspecto biológico, sino también respecto a las prerrogativas diversas de la salud o de la integridad psicofísica) la esfera “existencial” del hombre. “*El hacer no productor de riqueza*” no es lo mismo que antes, aunque pueden utilizarse otras locuciones recurrentes: las actividades realizadoras de la persona humana, la perturbación de la agenda cotidiana, una diversa relación con el tiempo y el espacio, la renuncia forzada a situaciones felices. En síntesis, el empeoramiento de la calidad de la vida de la persona<sup>99</sup>. Es este el panorama en donde se formula el denominado “daño existencial”.

En efecto, el daño existencial, como nueva subespecie de daño a la persona, es un perjuicio que afecta la plena esfera del “valor hombre” comprendido en su complejidad, que nace y se desarrolla a partir de los años 90 del siglo XX, producto de la Escuela jurídica que tiene su centro en Trieste, cuyo adalid es el Prof. Paolo Cendon.

No obstante, un sector de la doctrina italiana sostiene<sup>100</sup> que la categoría del daño existencial no es nueva como adjetivo, que ha sido frecuente en el léxico de la doctrina y de la jurisprudencia de épocas anteriores, la novedad se encuentra, más

---

<sup>98</sup> Ziviz, Patrizia, *L'evoluzione del sistema di risarcimento del danno*, en: Rivista critica del diritto privato, año XVII, n.01-02, Jovene editore, Nápoles, junio de 1999, pág. 88.

<sup>99</sup> Cendon, Paolo, *L'itinerario del danno esistenziale*, en: Giurisprudenza Italiana, n. 4, Utet, Turín, abril del 2009, pág. 1047 y ss.

<sup>100</sup> Vittoria, Daniela, *Un "regolamento di confini" per il danno esistenziale*, en: Contratto e impresa, n. 03, año XVIII, Cedam, Padua, 2003, pág. 1217.



bien, en el hecho de presentarse como categoría autónoma, ya sea respecto al daño biológico, como del daño moral.

Paolo Cendon nos recuerda que la idea del daño existencial se propugnó en algunas reseñas de jurisprudencia, publicadas en la *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, en los primeros años 90 por el mismo Cendon, Luigi Gaudino y Patrizia Ziviz. En efecto, la categoría en referencia afloró progresivamente en las diversas reseñas elaboradas. Estas evidenciaban, siempre más a menudo, nuevas tipologías de perjuicios: a) que no tenían relación con el hacer o con un atentado a la salud; b) que se presentaban, en cuanto a sus repercusiones, como situaciones que no eran encasillables en el área patrimonial como en el daño moral<sup>101</sup>.

Sin embargo, la historia oficial del daño existencial se remota a 1994, cuando Patrizia Ziviz publicó un notable trabajo, reconocido como el punto de partida del debate sobre la categoría<sup>102</sup>.

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

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

Al concluir el proceso, el derecho del esposo a la reparación fue reconocido por la Corte de Casación italiana<sup>103</sup>. En la misma, se declara que “el comportamiento doloso o culposo del tercero que ocasiona a una persona casada una imposibilidad para tener relaciones sexuales es inmediata y directamente lesivo (pues suprime) el derecho del otro cónyuge a estas relaciones; un derecho-deber recíproco, inherente a la persona, que forma parte de la relación conyugal, junto con otros de su misma especie. La supresión de dicho derecho, al menoscabar la persona del cónyuge en su desenvolvimiento en la familia, es de por sí resarcible, como un modo de reparación de la lesión de dicho derecho de la persona”.

No obstante, los magistrados no estuvieron seguros de la definición de qué daño se trataba. Estos dejaron señalado que no tenía carácter patrimonial ni no

---

<sup>101</sup> Cendon, Paolo, *Non di sola salute vive l'uomo*, en: *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, al cuidado de Paolo Cendon y Patrizia Ziviz, Giuffrè editore, Milán, 2000, pág. 08.

<sup>102</sup> Ziviz, Patrizia, *Alla scoperta del danno esistenziale*, en: *Contratto e Impresa*, año X, núm. 2, Cedam, Padua, 1994, pág. 845 y ss; también en los *Scritti in onore di Rodolfo Sacco: La comparazione giuridica alle soglie del 3° millennio*, al cuidado de Paolo Cendon, volumen II, Giuffrè editore, Milán, 1994, pág. 1300.

<sup>103</sup> Sentencia de la Corte de Casación italiana, del 11 de noviembre de 1986, en: *Il Foro Italiano*, volumen CX, I, Roma, 1987, pág. 833 y ss, con nota de Anna Maria Principalli.



patrimonial, pero que era reparable, de todas formas, según lo prescrito por el artículo 2043 del código civil peninsular, que establece que todo hecho doloso o culposo que ocasiona a otro un daño injusto obliga a quien lo ha cometido a resarcir el daño.

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

La profesora Ziviz hace referencia en su ensayo de otros casos de indemnizaciones reconocidas por las cortes italianas en situaciones como las del daño derivado de la contaminación ambiental, del accidente de tránsito sufrido por un familiar, los daños ocasionados a una trabajadora que tuvo que abandonar su puesto laboral como consecuencia de demandar a su empleador por acoso sexual, indujeron a Ziviz a manifestar una tendencia de los jueces italianos en considerar reparables conductas perjudiciales comprometedoras de un conjunto de manifestaciones vinculadas con el actuar “no productor de riqueza” de las víctimas, es decir, con el desenvolvimiento “existencial” de las víctimas<sup>105</sup>.

Asimismo, sostenía la jurista triestina que mediante la reparación de todo menoscabo concerniente a las “actividades realizadoras de la persona”, se ha podido tutelar las modificaciones peyorativas de la dimensión existencial ocasionadas por una lesión a la salud, arribándose a estructurar de forma definitiva los aspectos no patrimoniales de un perjuicio, que son diversos del dolor<sup>106</sup>.

Los trabajos del Prof. Paolo Cendon sobre la nueva voz de daño a la persona ha fortalecido la posición de Ziviz, quién ha desarrollado una diferenciación entre el daño existencial y las figuras tradicionales de perjuicio.

En efecto, para Cendon el daño existencial tendría las siguientes características<sup>107</sup>: a) una identidad que no es posible confundir con el modelo tradicional del daño patrimonial. El daño existencial no comporta la destrucción de bienes económicos, ni generan gastos que deben efectuarse, no existen cuentas bancarias que disminuyan, ni ganancias futuras que se vean afectadas. Se presenta,

---

<sup>104</sup> Ziviz, Patrizia, *Alla scoperta del danno esistenziale*, pág. 846.

<sup>105</sup> Ziviz, Patrizia, *Alla scoperta del danno esistenziale*, pág. 862.

<sup>106</sup> Ziviz, Patrizia, *Il danno non patrimoniale*, en: *Il diritto civile nella giurisprudenza*, al cuidado de Paolo Cendon: La responsabilità civile, volumen VII, Utet, Turín, 1998, pág. 376.

<sup>107</sup> Cendon, Paolo, *Non di sola salute vive l'uomo*, en: *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, pág. 10 y 11.



más bien, como una “coloquialidad” diversa de la víctima con sus semejantes y con las cosas, un “contacto menos provechoso”; b) Una fisonomía diversa de los paradigmas clásicos del daño moral. En el daño existencial no concurren ni la melancolía, ni las lamentaciones nocturnas, ni las “almohadas bañadas en lágrimas”, sino la alteración de una secuencia de dinamisismos: un nuevo hacer o deber hacer, o un dejar de hacer; una forma distinta de relacionarse con el mundo externo: en la ciudad, en el barrio, el edificio, los medios de transporte, los servicios, los espacios para pasar el tiempo libre, etc; c) Una capacidad de proyección de 360 grados, en el ámbito morfológico de las fuentes de daño, que lo coloca en condición de abarcar la totalidad del campo de las lesiones a la salud, las diversas hipótesis extra somáticas, y todas las demás que la experiencia jurisprudencial italiana documenta, así como los casos ulteriores que el derecho comparado nos enseña. Por ende, el universo completo de la antijuridicidad (de las posiciones protegidas por el derecho privado) tiende, de este modo, a constituir el área de referencia del daño existencial; d) En el ámbito de la relación entre daño y consecuencia, el nuevo tipo de perjuicio se distingue por nombrar un atentado contra toda modalidad “realizadora” de la persona, con excepción de los entretenimientos de carácter ilícito o inmoral, pero sin ninguna exclusión de principio. De estas modos estarían comprendidas: las ocupaciones (las generadoras de rédito inclusivo), consideradas según la medida en la que un comprometimiento de las mismas fuera tal de implicar, adicionalmente, alteraciones existenciales negativas para el damnificado; las actividades extraeconómicas en sentido estricto (sin importar cuán nobles, frívolas o inocentes): peregrinajes, *jogging*, visitas a museos, periodismo no profesional, sesiones de gimnasia, voluntariado, torneos de *bridge*, participación en la banda de música de la municipalidad, *nouvelle cuisine*, viajes en avión, jardinería, reuniones patrióticas, recolección de hongos en el bosque, juegos de bochas, ventas de segunda mano, internet, ejercicios espirituales, discotecas, coleccionismo, pequeñas invenciones, herboristería, *shopping*, asistencia a universidades para la tercera edad, concursos de belleza, espeleología, visitas a los parientes, *bricolage*, coros religiosos, vídeo-aficiones, *body-building*, compañías de teatro para aficionados, preparación casera de mermeladas, competencias de baile, actividad política vecinal, TV interactiva, observación de aves (*bird-watching*), etc.; e) En el ordenamiento jurídico italiano, el régimen legal del daño existencial no tendría que ser confiado a la norma general sobre los daños no patrimoniales (el artículo 2059 del código civil, el cual establece que el daño no patrimonial debe ser resarcido sólo en los casos establecidos por la ley, sino a la cláusula general de responsabilidad civil del artículo 2043 del código civil y a las normas vinculadas en la materia); f) Finalmente, como corolario de lo anteriormente expuesto, el daño existencial plantearía una acumulabilidad en el plano contable-procesal, dada su distancia del daño patrimonial y del daño moral puro. De tal modo,



que las víctimas de estas situaciones perjudiciales podrían, en el momento de presentar su demanda, hacer una “cuenta final a tres voces”<sup>108</sup>.

Para la profesora Ziviz, a diferencia del daño patrimonial, el daño existencial comporta repercusiones que no originan reflejos negativos en el patrimonio (comprendido en el sentido clásico del término), por otro lado, y a diferencia del daño moral, estas repercusiones se manifiestan en el plano concreto, y son susceptibles, por ende, de precisas comprobaciones (lo que no se presenta con los sufrimientos o dolores de carácter espiritual). Lo importante de esta nueva categoría sería la modificación negativa de las modalidades, mediante el cual el individuo desenvuelve su propia personalidad<sup>109</sup>.

La jurista triestina propone un renovado esquema, a las figuras tradicionales, del daño patrimonial y moral se suma el daño existencial. Por ende, ya que esta última voz de daño se proyecta hacia el área no patrimonial, termina por representar el punto de sutura entre las dos visiones que dominaban, en el pasado, la materia del daño no patrimonial: tanto aquella que tiende a contemplar esta última categoría como un conjunto residual, cuanto aquella inclinada, en cambio, a identificarla con el malestar anímico<sup>110</sup>.

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

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

Este perjuicio impide a la víctima el pleno desarrollo de su personalidad, objetivo prioritario en la tutela constitucional del individuo<sup>111</sup>, por ello que sujetar esta voz de perjuicio a la restricciones previstas por el artículo 2059 del código civil pondría en evidencia el contraste de la norma con la constitución, y no sólo en el perfil del artículo 2 de la Carta magna italiana, sino también en el perfil del artículo 3 de la misma.

La norma de referencia para la tutela del daño existencial es, por ende, la previsión general del artículo 2043 del código civil. En efecto, para que una posición subjetiva sea asistida por una garantía constitucional, debe tener “el mismo

---

<sup>108</sup> Cendon, Paolo, *Non di sola salute vive l'uomo*, en: *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, pág. 10 y 11.

<sup>109</sup> Ziviz, Patrizia, *Il danno non patrimoniale*, pág. 377.

<sup>110</sup> Ziviz, Patrizia, *Verso un altro paradigma risarcitorio*, en: *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, al cuidado de Paolo Cendon y Patrizia Ziviz, Giuffrè editore, Milán, 2000, pág. 47.

<sup>111</sup> Bilotta, Francesco, *Il danno esistenziale: l'isola che non c'era*, en: *Danno e responsabilità*, n.4, Ipsoa, Milán, 2001, pág. 399 y ss.



razonamiento que vale para el daño a la salud según lo establecido por el artículo 32 de la constitución, es decir en estos casos el daño no patrimonial debe ser reparado por el artículo 2043 del código civil, como especie del daño injusto<sup>112</sup>.

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

Si bien presentando algunos elementos de contacto, el daño biológico y el daño existencial se presentan como figuras diversas<sup>114</sup>, y esta misma distinción se esgrime con relación al daño psíquico, ya que éste es siempre una lesión de la salud, cuando también la integridad mental de la víctima esta comprometida, como consecuencia del dolor sufrido por un determinado ilícito.

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

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

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

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

Respecto a las reglas operativas sobre el daño existencial, estas pueden esgrimirse de la siguiente manera general: respecto a la prueba del daño en cuestión, tratándose de un daño-consecuencia, debe considerarse prevalente el régimen de la

---

<sup>112</sup> Monateri, Pier Giuseppe, “*Alla soglia*”: la prima vittoria in cassazione del danno esistenziale, pág. 838.

<sup>113</sup> Ziviz, Patrizia y Bilotta, Francesco, *Danno esistenziale: forma e sostanza*, en: Responsabilità civile e previdenza, año LXIX, fascículo 6, Giuffrè editore, Milán, 2004, pág. 1309 y ss.

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





presunción. En el hecho mismo de la lesión de un derecho de la persona, se encuentra en forma implícita normalmente el daño, es decir, en sustancia *res ipsa loquitur*<sup>115</sup>.

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

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

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

Por otro lado, para algunos juristas que propugnan la reparación del daño existencial, éste no es sino “hijo” de la jurisprudencia constitucional, especialmente de la sentencia n.184 de 1986. En efecto, si la tutela del daño biológico nació de la combinación del artículo 2043 del código civil con el artículo 32 de la constitución, la tutela del daño existencial nace de la combinación del mismo artículo 2043 del código civil con otras previsiones constitucionales, que protegen derechos fundamentales de la persona.

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

Para los juristas de Turín, que también con gran estímulo se han presentado como defensores de la nueva voz de daño, la relevancia del daño existencial reside en el rango constitucional de las situaciones protegidas, especialmente seleccionadas y extrapoladas de la genérica previsión del artículo 2 de la constitución, en especial referencia al derecho a la identidad personal, al derecho a la autodeterminación de la pareja, a la libertad religiosa y al derecho a las relaciones familiares. En orden a las situaciones subjetivas de segura protección constitucional sería irrazonable proporcionar a la víctima del daño una reparación limitada a los angostos límites del artículo 2059 del código civil.

En cambio, la escuela triestina defiende una categoría más vasta del daño existencial, como comprometimiento de toda actividad no productora de riqueza de la persona, comprensiva también de simples malestares idóneos a impedir el pleno desarrollo de la persona humana. A esta figura se reconducen hipótesis tantas de

---

<sup>115</sup> Ziviz, Patrizia, *La valutazione del danno esistenziale*, en: Trattato breve dei nuovi danni. Il risarcimento del danno esistenziale: aspetti civili, penali, medico legali, processuali, al cuidado de Paolo Cendon, volumen III, Cedam, Padua, 2001, pág. 2785 y ss.



responsabilidad extracontractual como contractual, como el daño por *mobbing* del trabajador (el cual será tratado en páginas posteriores) o las vacaciones arruinadas.

En el derecho italiano, no han faltado voces que son contrarios a su reconocimiento. De acuerdo a este sector de la doctrina, las críticas al daño existencial se pueden dividir entre estructurales y funcionales. Las primeras conciernen a la admisibilidad teórica y fundamento normativo de la categoría, las segundas a su utilidad y posibilidades prácticas<sup>116</sup>.

Siguiendo este sector doctrinal, las críticas que atacan la configuración del daño existencial, podrían resumirse en las siguientes: a) Esta voz de daño adolecería de indeterminación excesiva<sup>117</sup>, puesto que con toda privación o renuncia a una actividad, se volvería reparable cualquier “capricho” de la víctima. La nueva noción expresaría no una exigencia objetiva del ordenamiento, sino una abstracta aspiración a la felicidad, cuya garantía no concerniría a la tradicional responsabilidad civil; b) En el sistema italiano, esta voz de daño, en cuanto se consideraría un perjuicio no patrimonial, no podría repararse sino en los casos a los que remite el artículo 2059 del código civil, es decir, cuando concurriera una hipótesis de delito penal. Si se puede afirmar la reparabilidad de este tipo de daño fuera del esquema de esta norma significa, por ende, soslayar el contenido de ésta. Se postula, asimismo, que el daño existencial consiste propiamente en una renuncia no deseada a realizar una actividad o acto que se realizaba con frecuencia. Este perjuicio existencial, por ende, no consiste en sufrir, ni en lagrimear, sino en un no hacer forzosamente inducido por el hecho ilícito de tercero. Respecto a la postulación de un atentado contra el artículo 2059 del código civil, se replica que es necesaria una toma de conciencia sobre la crisis que atraviesa la dicotomía tradicional daño patrimonial-daño no patrimonial, luego de la llegada del daño biológico. En efecto, también este último constituye una hipótesis de daño no patrimonial, reparado más allá de los límites del artículo 2059. Por ende, no sería válida la posición que sobre dimensiona lo prescrito por el artículo 2059 para negar legitimidad a la noción de daño existencial. La validez del daño biológico demostraría que el supuesto obstáculo que representa esta norma no es insuperable; y c) Finalmente, se presenta el problema de la previsibilidad del daño existencial<sup>118</sup>, a los fines de su imputación al autor del daño a título de culpa.

---

<sup>116</sup> Rossetti, Marco, *L'inutilità del danno esistenziale*, en: *Il risarcimento integrale senza il danno esistenziale*, al cuidado de Giulio Ponzanelli, Cedam, Padua, 2007, pág. 77 y ss.

<sup>117</sup> Procida Mirabelli di Lauro, Antonino, *Il danno ingiusto (dall'ermeneutica "bipolare" alla teoria generale e "monocentrica" della responsabilità civile). Parte I.- Ingiustizia, patrimonialità e risarcibilità del danno nel "law in action"*, en: *Rivista Critica del Diritto Privato*, año XXI, n. 01, Jovene editore, Nápoles, marzo del 2003, pág. 35.

<sup>118</sup> Feola, Maria y Procida Mirabelli di Lauro, Antonino, *Il danno ingiusto non patrimoniale*, en: *Rivista Critica del Diritto Privato*, año XXV, n. 03, Jovene editore, Nápoles, septiembre del 2007, pág. 435 y ss.



En Italia, una posición doctrinal considera esta voz de daño como una “fábula” de una felicidad perdida<sup>119</sup>, que consagra el derecho constitucional de Estados Unidos, pero que no está reconocido por las normas italianas<sup>120</sup>. Pero un ataque más sistemático ha sido esgrimido por la Escuela pisana, que reconoce en Francesco Donato Busnelli a su máximo representante, junto a su discípulo, el profesor Giulio Ponzanelli de la Universidad Católica del Sagrado Corazón de Milán y el discípulo de este último, Giovanni Comandè, profesor de la Escuela Superior de Estudios Universitarios y Perfeccionamiento de Pisa.

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

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

b) La categoría criticada es sólo una meta categoría no homogénea y genérica.

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

d) La configuración del daño existencial es el resultado final de un “derecho ocioso”,<sup>121</sup> tanto por parte de los estudiosos que de los jueces: tanto los unos y los otros utilizan los débiles argumentos retóricos, en vez de utilizar los concretos materiales normativos en el respeto de la coherencia sistemática.

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

---

<sup>119</sup> Gazzoni, Francesco, *Alla ricerca della felicità perduta (Psicofavola fantagiuridica sullo psicodanno esistenziale)*, en: *Rivista di diritto commerciale*, I, Piccin, Padua, 2000, pág. 675 y ss.

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

<sup>121</sup> Comandè, Giovanni, *Il danno esistenziale e il «diritto pigro»*, en: *Critica del danno esistenziale*, al cuidado de Giulio Ponzanelli, Cedam, Padua, 2003, pág. 63.



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

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

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

Por su parte, el Prof. Ponzanelli, reconocer la reparación del daño existencial es privilegiar, de forma excesiva, la función de compensatoria de la responsabilidad civil. El riesgo de generar una *overcompensation*, con los problemas sociales y patologías que implica, es tan notorio que hace forzoso criticar dicho reconocimiento. Este jurista sostiene que las reglas de la responsabilidad civil tienden, sobre todo, a lograr un balance entre los intereses de dos polos en conflicto. Con la reparación de este perjuicio existencial se propiciaría un gran desequilibrio, debido al privilegio que se concedería a la función compensatoria en detrimento de la función de *deterrence*, vale decir contra la incidencia que las previsiones del ordenamiento jurídico tienen en el tipo de actividad (potencialmente generadoras de daños o no) que las personas deciden llevar a cabo<sup>122</sup>.

La jurisprudencia italiana, en sus diversas instancias, que reconocen o rechazan la admisión del daño existencial es muy numerosa. No obstante, es necesario hacer una breve referencia a la situación de esta voz del daño a la persona, después de las sentencias 26972, 26973, 26974 y 26975 del 11 de noviembre del 2008 de las Secciones Civiles Unidas de la Corte de Casación italiana. Como ha indicado el Prof. Monateri<sup>123</sup>, estas sentencias expresan diáfano el principio jurídico por el cual los perjuicios existenciales son reparables cuando se originen incluso fuera de los casos expresamente previstos por la ley, por la violación de un derecho constitucionalmente garantizado de la persona. Estos perjuicios no formarían parte de una categoría jurídica aparte, sino constituyen una categoría descriptiva, de esta manera son tratados expresamente y considerados por las Secciones Unidas, como una especie de voz de daño reparable, dentro de la categoría codicística de los daños no patrimoniales, incluso resarcibles fuera de los casos de delito. La orientación

---

<sup>122</sup> Ponzanelli, Giulio, *Il danno esistenziale prima dell'intervento della Corte di Cassazione del 2003*, en: Il risarcimento integrale senza il danno esistenziale, pág. 16 y ss.

<sup>123</sup> Monateri, Pier Giuseppe, *El perjuicio existencial como voz del daño no patrimonial*, en: *La responsabilidad civil*, Biblioteca "Observatorio de Derecho civil", volumen III, Motivensa editora jurídica, Lima, 2010, pág. 177.



argumentativa de la sentencia es necesariamente “revalorativa” del estado del debate, sin exceder en un inútil historicismo, aunque intenta vincularse con el pasado, presenta un carácter reconstructivo, pero en la parte final manifiesta un carácter propiamente constructivo<sup>124</sup>.

En el curso de las sentencias, se reafirma que para la prueba de estos perjuicios, encuentra amplio espacio el recurso a las presunciones, contando con que el código civil italiano, a menudo, no establece una jerarquía entre las fuentes de prueba y no discrimina la prueba presuntiva en detrimento de las otras.

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

Por ende, como sostiene el prof. Salvatore Patti, se trata de un aspecto de relevancia principal para la valoración de las sentencias, por cuanto el contraste denunciado no concierne a la reparación del daño existencial sino simplemente a su «configurabilidad, como autónoma categoría» dentro de la categoría del denominado daño no patrimonial<sup>125</sup>.

Con las sentencias del 2008, el intento de la Corte de Casación ha sido repensar radicalmente la categoría normativa del denominado “daño no patrimonial”<sup>126</sup>. Puede resaltarse un cierto paralelismo con lo que había sucedido con el daño a la salud, en la fase en la cual éste había asumido la función de resumir en sí figuras que en el pasado había gozado de autonomía: el daño por incapacidad genérica de trabajo, el daño estético, el daño a la vida de relación. Este paralelismo no ha sido explicitado en la Corte italiana, pero puede mantenerse la idea de lo que las Secciones Unidas de la Corte de Casación han deseado indicar con la expresión “daño no patrimonial”<sup>127</sup>. Entonces, una vez afirmado que el daño no patrimonial es único, se concluye que es unitario y debe serlo también su función, por eso, que no suele interrogarse sobre la

<sup>124</sup> Franzoni, Massimo, *Los derechos de la personalidad, el daño existencial y la función de la responsabilidad civil*, pág. 115.

<sup>125</sup> Patti, Salvatore, *Las Secciones Unidas y la parábola del daño existencial*, en: *La responsabilidad civil*, Biblioteca “Observatorio de derecho civil”, volumen III, Motivensa editora jurídica, Lima, 2010, pág. 186.

<sup>126</sup> Ziviz, Patrizia y Bilotta, Francesco, *Il nuovo danno esistenziale. Dalla Cassazione del 2003 alle Sezioni Unite del 2008*, Zanichelli editore, Bologna, 2009, pág. 68 y ss.

<sup>127</sup> Procida Mirabelli di Lauro, Antonino, *Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale: luci ed ombre*, en: *Diritto e giurisprudenza. Rassegna di dottrina e di giurisprudenza civile*, año CXXIII, n. 04, serie III, Jovene editore, Nápoles, 2008, pág. 540.



capacidad compensativa, satisfactoria o punitiva de las singulares figuras: daño biológico, moral y existencial.

La definición de perjuicio existencial acogida por las Secciones Unidas, como nos indica el Prof. Monateri<sup>128</sup>, es la que se refiere al daño causado a la esfera no económica del sujeto, que altera sus costumbres de vida, sus relaciones que le eran propias, induciéndolo a elecciones de vida diferentes respecto a la realización de su personalidad en el mundo externo. Esta definición, que se alinea con la naturaleza objetiva del daño existencial, a diferencia de los perjuicios de naturaleza simplemente emotiva e interior, también es de máxima relevancia, ya que acoge la definición que fue esbozada respecto a este problema en un célebre, y muy conocido, ensayo de Patrizia Ziviz<sup>129</sup>, que hemos tratado en páginas precedentes.

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

No obstante, la lectura de la Escuela pisana sobre estas cuatro sentencias presenta algunos puntos divergentes. Para los juristas pisanos, las Secciones Unidas han respondido negativamente a las exigencias de autonomía de la categoría del daño existencial<sup>130</sup>. Han propugnado la bipolaridad del sistema de la responsabilidad civil y la tipicidad del artículo 2059 del código civil, los perjuicios inherentes a la esfera existencial de la persona no son reconducibles a una autónoma categoría de daño. Sobre la base de esta perspectiva del citado artículo 2059, la fuente de la obligación, ya sea de naturaleza extracontractual como contractual, no tiene importancia para los fines de la reparación del daño no patrimonial, en cuanto este último es liquidable siempre y solamente en las hipótesis previstas y en caso de lesión de derechos inviolables inherentes a la persona.

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

---

<sup>128</sup> Monateri, Pier Giuseppe, *El perjuicio existencial como voz del daño no patrimonial*, pág. 179.

<sup>129</sup> Ziviz, Patrizia, *Alla scoperta del danno esistenziale*, en: *Contratto e Impresa*, año X, núm. 2, Cedam, Padua, 1994, pág. 845 y ss

<sup>130</sup> Comandè, Giovanni, *La verità, vi prego, sul danno esistenziale*, en: *Guida al Diritto*, n. 47, 2008.





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

3.7. En efecto, el advenimiento del daño a la persona es un producto de la nueva concepción del ser humano, que ha originado, de la misma forma, una nueva visión del Derecho<sup>131</sup>. Como ha resaltado el maestro pisano Francesco Donato Busnelli: “es realmente singular la coyuntura histórica del daño a la persona, tratándose de una figura de daño ignorada por los códigos tradicionales proclives a des-vincularse de una definición del daño cuando formulan la regla general de la responsabilidad civil por acto ilícito (...). Recientemente se ha impuesto a la atención de los jueces y de fines de explorar los confines de la “nueva” responsabilidad civil, exponiéndola finalmente a la influencia de los principios constitucionales pero, al mismo tiempo, introduciendo preocupantes interrogantes relativas a la “cabida” del sistema diseñado, en estos términos, por los códigos”<sup>132</sup>.

Como es apreciable, el juicio de Busnelli señala la centralidad de la persona en la denominada responsabilidad civil o derecho de daños, y, en manera general, en la moderna ciencia jurídica. Es una consecuencia de la “humanización del Derecho”<sup>133</sup>.

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

Como hemos apreciado en las páginas precedentes, en la doctrina y la jurisprudencia italianas, el concepto de “daño a la persona” empieza a tener notables desarrollos a partir de la década de los años setenta del siglo XX y cuya evolución y desarrollo no cesa hasta la actualidad<sup>134</sup>. Bajo la genérica noción de “daño a la persona” se comprenden, en primer término y como primera categoría de daños, todos aquellos que inciden o lesionan la estructura psicosomática del ser humano.

---

<sup>131</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”*, en: *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, tomo IV, Giuffrè editore, Milán, 2006, pág. 708.

<sup>132</sup> Busnelli, Francesco Donato, *El daño a la persona*, en: *Persona, libertad y Derecho. Nuevas perspectivas. Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego*, coordinado por Carlos Alberto Calderón Puertas, María Elisa Zapata Jaén y Carlos Agurto Gonzales, Motivensa editora jurídica, Lima, 2009, pág. 343.

<sup>133</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del Código Civil peruano de 1984*, Motivensa editora jurídica, Lima, 2009, pág. 463.

<sup>134</sup> Comandè, Giovanni, *Economia, sviluppo culturale e danno alla persona*, en: *Risarcimento del danno alla persona e alternative istituzionali. Studio di diritto comparato*, G.Giappichelli editore, Turín, 1999, pág. 03 y ss.



Estos daños se denominan, indistintamente, ya sea como “daños a la salud” o “daños biológicos”, según las restricciones que emanan del ordenamiento jurídico italiano, que datan de los años cuarenta del siglo XX, así como del mandamiento de la Corte Constitucional italiana mediante sentencia n° 184 del año 1986. La denominación de “daño biológico” aparece tanto en la doctrina y la jurisprudencia genovesa como en el texto de la mencionada sentencia de la Corte Constitucional n° 184 de 1986. El término de “daño a la salud” es acuñado por la escuela de Pisa.

Asimismo, al lado de los daños psicosomáticos - que inciden en el cuerpo en sentido estricto o en el aspecto psíquico - se consideran, como una autónoma segunda categoría de perjuicios, el denominado “daño “moral” en sentido estricto, es decir, en cuanto perturbaciones psíquicas emocionales no patológicas. Dentro del modelo italiano estos daños “morales” se designan también como “daños no patrimoniales”. A ellos se refiere el artículo 2059° del código civil italiano de 1942.

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

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

Sin embargo, la propuesta doctrinaria antes referida, dos Tribunales italianos acudieron a la Corte Constitucional para que se declarase la inconstitucionalidad del específico y restrictivo artículo 2059, debido a que colisionaba con lo dispuesto en el artículo 32° de la Constitución italiana que protege la salud, comprendida ésta en su



amplia acepción de bienestar personal. La Corte Constitucional, mediante sentencia n. 184 de 1986, en vez de declarar, como hubiera sido adecuado, la inconstitucionalidad del mencionado artículo 2059 del código civil peninsular, dispuso que el “daño a la persona” de carácter psicosomático, bajo la denominación de “daño biológico,” debía repararse según lo dispuesto en el mencionado artículo constitucional. Asimismo, dispuso que cuando el artículo 2059 se refería al “daño no patrimonial” debía entenderse que sólo aludía al tradicional daño “moral”, como dolor o sufrimiento con exclusión, por ende, de cualquier otro daño a la persona de consecuencias no patrimoniales. Después de 22 años, con las sentencias 26972, 26973, 26974 y 26975 del 11 de noviembre del 2008 de las Secciones Civiles Unidas de la Casación italiana se ha establecido el principio jurídico por el cual los perjuicios existenciales son reparables cuando se originen incluso fuera de los casos expresamente previstos por la ley, de la violación de un derecho constitucionalmente garantizado del sujeto de derecho.

Es necesario destacar, al concluir este recorrido, que la doctrina y jurisprudencia italianas han tenido que transitar un camino fatigoso para llegar al reconocimiento pleno del “daño a la persona”, el cual se ha consolidado y se reconoce su reparación. Si bien algunas especies del mismo son aún materia de debate en el derecho peninsular, la categoría general del daño a la persona no se discute ni contesta, con seriedad ni argumentos sólidos. Esto es producto de una evolución experimentada a través de casi cuatro décadas, la que atiende a concretarse y extenderse mediante la elaboración de baremos o tablas de infortunios.

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

Partiendo de la realidad estructural del ser humano, el “daño a la persona” puede lesionar su unidad psicosomática o su libertad, o ambas vertientes. Esta

---

<sup>135</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Hacia una nueva sistematización del daño a la persona*, en: "Cuadernos de Derecho", n° 3, órgano del Centro de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Lima, septiembre de 1993, pág. 28 y ss.



comprobación conduce a determinar que existen dos tipos de daños a la persona: el daño a la unidad psicosomática y el daño a su libertad.

4.1. En cuanto a la naturaleza del bien lesionado, el daño se clasifica en daño subjetivo o “daño a la persona”, y en daño objetivo o daño a las cosas del mundo. En cuanto a la denominación empleada es de advertir que se hace referencia a un daño “subjetivo” para comprender en él tanto al “sujeto de derecho” concebido como a la persona natural. No obstante, la costumbre ha hecho que se emplee en su lugar la expresión de “daño a la persona”, haciéndose la aclaración que comprende tanto a la persona por nacer como a la nacida.

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

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

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

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



En efecto, no es lo mismo reparar la pérdida de una mano, una lesión al cerebro, que un daño psíquico o un daño al sentido mismo de la vida del ser humano, es decir, a su “proyecto de vida”. Por consiguiente, la peculiar estructura existencial del ser humano exige un tratamiento y una reparación de las consecuencias dañinas radicalmente diferente que aquéllas empleadas para resarcir los daños a los entes del mundo, a los objetos que constituyen el patrimonio de las personas.

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

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

El primero de los mencionados daños es el que, como su nombre lo pone en evidencia, incide en algún aspecto de la unidad psicosomática del ser humano. Se puede lesionar cualquiera de los múltiples elementos que componen o integran esta inescindible unidad, ya sea que el daño afecte directa y primariamente al soma o cuerpo, en sentido estricto, o que lesione primaria y directamente a la psique. Asimismo, debemos destacar que siendo el ser humano una indesligable unidad psicosomática, todo lo que agravia al soma o cuerpo repercute, en alguna manera, en la psique y, a su vez, todo lo que lesiona la psique se refleja, también de alguna manera, en el soma o cuerpo. Es evidente que se pueden lesionar simultáneamente diversos aspectos de la unidad psicosomática<sup>136</sup>.

4.2.1.1. En el daño psicosomático se aprecian dos instantes inseparables pero que pueden repararse autónomamente. El primero es la lesión en sí misma, que se denomina “daño biológico”<sup>137</sup>. Esta lesión puede comprometer cualquiera de las partes en que está compuesta la unidad psicosomática. Así, por ejemplo, puede consistir en la pérdida de un dedo, en la anulación de la articulación de un brazo, en un traumatismo cerebral, en una tortura psíquica, en una herida punzo-cortante en el abdomen.

---

<sup>136</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”*, en: *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, tomo IV, pág. 742.

<sup>137</sup> Alpa, Guido, *Il danno biologico*, pág. 3 y ss.



En efecto, la lesión en referencia puede afectar preponderantemente al cuerpo, por lo que se puede aludir a un daño somático. Pero, es posible que tal afectación comprometa la psique, de donde es dable referirse a un daño psíquico. Pero, como está dicho, en cualquier caso, tratándose de que el ser humano es una unidad, cualquiera de dichos daños repercute en el otro en alguna medida.

Por ende, la lesión causada debe ser materia de un imprescindible y objetivo peritaje médico-legal a fin de determinar su magnitud y consecuencias<sup>138</sup>. Los resultados del mismo permitirán determinar una adecuada reparación acudiendo, de ser el caso, a los baremos.

En algunos países europeos, como Italia<sup>139</sup>, Francia o España, por ejemplo, existen baremos, tarifarios o tablas de infortunios, elaborados por grupos multidisciplinarios, integrados por médicos, psicólogos, abogados, economistas, aseguradores, jueces, entre otros. En estos baremos se precisa el valor en dinero que se atribuye como compensación por el daño a los diversos componentes de la unidad psicosomática. Estos baremos, salvo contados casos, no tienen carácter oficial y son simplemente referenciales. Es decir, no son de aplicación obligatoria de parte de los jueces.

No obstante, los baremos son de gran utilidad para los magistrados pues, si bien no son de obligatoria aplicación, le ofrecen criterios de base uniformes para reparar cada uno de los daños psicosomáticos contenidos en ellos. El juez posee cierta flexibilidad para apartarse razonablemente del valor señalado en el baremo cuando la situación así lo amerita. Por ejemplo, si el dedo meñique tiene un valor figurado de cien unidades, el mismo dedo de un pianista o de un cirujano poseerá mayor valor por su especial significación.

4.2.1.2. El “daño a la salud” o “daño al bienestar” alude a las inevitables y automáticas repercusiones que produce cualquier lesión psicosomática en el bienestar de la persona, en sus intereses existenciales, con prescindencia de su magnitud e intensidad<sup>140</sup>. El “daño a la salud” es de tal amplitud que compromete el estado de

---

<sup>138</sup> Alpa, Guido, *Il “danno biologico”: nozione normativa*, en: *Dialoghi sul danno alla persona*. Saggi raccolti nell’ambito della seconda edizione dei “Dialoghi di diritto civile” tenuti presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell’Università di Trento (a.a.2004-2005), Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell’Università degli Studi di Trento, n. 55, Trento, 2006, pág. 129.

<sup>139</sup> Busnelli, Francesco Donato, *La speciale disciplina sul risarcimento del danno biologico di lieve entità derivante da R.C.A.*, en: *Il danno biologico. Dal “diritto vivente” al “diritto vigente”*, pág. 357 y ss

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





bienestar integral de la persona<sup>141</sup>. En efecto, abarca las normales y ordinarias actividades del sujeto, ya sean ellas, entre otras, laborales, domésticas, sexuales, recreativas, sentimentales, de relación social, deportivas, etc<sup>142</sup>. Una lesión producida en la esfera psicosomática repercute generalmente, en cierto grado, en la vida normal y ordinaria de la persona, modifica algunas de sus costumbres y hábitos, conlleva inhibiciones, carencias, molestias, limitaciones de todo tipo. Por consiguiente, este daño afecta intereses existenciales de la persona.

El desencadenamiento de un daño inferido a alguna manifestación de la esfera psicosomática repercute de inmediato, automáticamente y en alguna medida, en la salud del sujeto, afectándola en diverso grado e intensidad según los casos<sup>143</sup>. Siguiendo la orientación de la Organización Mundial de la Salud, se entiende que con el concepto “salud” se alude a la más amplia noción de “bienestar” integral del sujeto.

En el ordenamiento jurídico peruano, la Constitución política de 1993, en el inciso 1) de su artículo 2º ha incorporado el bienestar como un derecho de la persona que merece tutela. El genérico término “bienestar” al que se refiere la Constitución de 1993 se entiende en el sentido que la persona debe contar con lo mínimo indispensable para una vida decorosa.

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

En consecuencia, se concluye que el “daño biológico”, en tanto vertiente estática del daño psicosomático, como el “daño al bienestar” o “daño a la salud”, que representa la dimensión dinámica de dicho daño, constituye sólo dos aspectos de una misma realidad desde que el ser humano es una inescindible unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad. Por consiguiente, ambos tipos de daño sólo pueden ser teóricamente diferenciados para el efecto de su debida evaluación y ulterior reparación.

4.2.1.3. El “daño existencial”, como hemos apreciado en páginas precedentes, pretende cubrir todas las lesiones al transcurrir vital cotidiano de la persona que acarrear consecuencias no patrimoniales. Dichas lesiones no se encuadran dentro del estricto, histórico y tradicional concepto de “daño moral” ni del daño somático o biológico con consecuencias patrimoniales. Se trata de aquellos daños cuyas consecuencias afectan la realización de la persona, que alteran y perjudican su modo

---

<sup>141</sup> Busnelli, Francesco Donato, *Il problema della risarcibilità del danno salute*, en: *Il danno biologico. Dal “diritto vivente” al “diritto vigente”*, pág. 3 y ss.

<sup>142</sup> Busnelli, Francesco Donato, *Problemi di inquadramento sistematico del danno alla persona*, en: Busnelli, Francesco D. y Salvatore Patti, *Danno e responsabilità civile*, segunda edición actualizada, G.Giapicchelli editore, Turín, 2003, pág. 56 y ss.

<sup>143</sup> Busnelli, Francesco Donato, *Danno alla salute*, en: *Bioetica e diritto privato. Frammenti di un dizionario*, G.Giapicchelli editore, Turín, 2001, pág. 105.



de ser habitual, su diario estilo de vida. El “daño existencial” incide, por lo expuesto, en la calidad de vida de la persona. Se debe a Paolo Cendon y a su Escuela jurídica en Trieste - Luigi Gaudino y Patrizia Ziviz - el haber creado esta categoría de daño. Posteriormente, se adhieren a esta nueva corriente de pensamiento jurídico destacados juristas - como el caso de Pier Giuseppe Monateri, Francesco Bilotta, Giovanna Visintini, entre otros muchos - que convergieron en un Congreso celebrado en Trieste entre el 13 y el 14 de noviembre de 1998<sup>144</sup>.

Es necesario destacar que el “daño existencial” se encuentra comprendido dentro del amplio concepto de “daño psicosomático”. Este daño conforma una de las dos categorías que integran el “daño a la persona” (la otra es el daño a la libertad fenoménica o “daño al proyecto de vida”). Por lo expuesto, la creación de una categoría autónoma de daño bajo la denominación de “daño existencial” coincide con la categoría de daño denominada “daño al bienestar” o “daño a la salud integral” del ser humano. Este daño se ubica como una especie del genérico y amplio concepto de “daño a la persona” y, dentro de éste, como un daño psicosomático pues afecta directamente esta estructura del ser humano que se haya constituido y sustentado en su libertad. Asimismo, el “daño existencial” sólo se refiere a aquellos daños que afectan la realización de la “manera de ser” de la persona dentro de su vida ordinaria, daños que generan consecuencias no patrimoniales. Esta característica lo diferencia del daño psicosomático, específicamente biológico, del cual se derivan consecuencias patrimoniales, apreciables en dinero directa e inmediatamente.

En efecto, el “daño existencial” afecta la realización de la persona en su vida diaria, normal, cuyas consecuencias son de carácter no patrimonial. De ahí que ambos daños, tanto el “daño al proyecto de vida” como el “daño existencial”, se refieren a la realización de la persona pero en dos grados o aspectos diferentes de su existir<sup>145</sup>. Ambos, tienen como firme punto de partida una concepción humanista o personalista del Derecho y se integran y complementan dentro del amplio y genérico “daño a la persona” que comprende *todos* los daños que se pueden causar al ser humano, ya sea en su estructura psicosomática como en su libertad fenoménica, cuyas consecuencias sean patrimoniales, extrapatrimoniales o mixtas.

4.2.1.4. Un tema discutible es el de la delimitación de las fronteras conceptuales entre el tradicional “daño moral”, en cuanto *pretium doloris*, y el “daño a la persona”. La reciente aparición del concepto “daño a la persona” ha encontrado desprevenido a un sector de juristas que, desconcertados ante las novedades, no se detienen a

---

<sup>144</sup> Cuyas actas fueron recogidas en el volumen *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, al cuidado de Paolo Cendon y Patrizia Ziviz, Giuffrè editore, Milán, 2000.

<sup>145</sup> Para un valioso análisis comparado entre el daño existencial y el daño proyecto de vida, así como el daño al bienestar, véase a Bilotta, Francesco, *Il danno alla persona nel diritto peruviano. Daño al bienestar, daño al proyecto de vida e danno esistenziale: una lettura comparatistica*, en: *Responsabilità civile e previdenza*, año LXXII, n. 4, Giuffrè editore, Milán, 2007, pág. 987 y ss.



reflexionar sobre la naturaleza y alcances de esta nueva figura jurídica que ha venido a revolucionar el mundo de la responsabilidad civil. Algunos, o muchos de ellos, prefieren lo que es el fácil recurso de incorporar los nuevos daños cometidos contra el ser humano dentro de un restringido concepto de “daño moral” que, tradicionalmente, denota dolor y sufrimiento. El catálogo de los daños a la persona es muy nutrido, por lo que no se agota en el dolor o el sufrimiento humanos.

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

Como ha sostenido desde antiguo el maestro peruano Carlos Fernández Sessarego, el mal llamado “daño moral” es tan sólo un daño originariamente restringido a la esfera emocional o sentimental de la persona<sup>147</sup>. Es decir, se trata de un daño psíquico y, como tal, es uno de los tantos y diversos daños que se pueden ocasionar a la persona en tanto “unidad psicosomática”. En otras palabras, el “daño moral”, en cuanto dolor o afección, no es nada más que un aspecto del genérico “daño a la persona”. Es del todo evidente que este histórico y tradicional “daño moral”, en cuanto se trata de un daño específico, no es equiparable al genérico “daño a la persona”. En consecuencia, su relación es de especie a género.

4.2.1.5. Esta voz de daño a la persona se configura por la alteración o modificación patológica del aparato psíquico, como consecuencia de un trauma que desborda toda posibilidad de elaboración verbal o simbólica. Es decir, supone una modificación o alteración de la personalidad que se “expresa a través de síntomas, inhibiciones, depresiones, etc. El “daño a la persona” que compromete preferentemente la esfera psíquica del sujeto puede incidir en alguna de las manifestaciones en que teóricamente se suele descomponerla, como son el aspecto afectivo, el volitivo y el intelectual. Precisamente, cuando la incidencia del daño se presenta fundamentalmente en la esfera afectiva o sentimental solemos aludir al daño “moral” en su restringido sentido tradicional de “dolor de afección”. Se trata, en este

---

<sup>146</sup> Alpa, Guido; Bessone, Mario y Carbone, Vincenzo, *Atipicità dell'illecito. II.- Diritti della personalità e danno morale*, tercera edición, Giuffrè editore, Milán. 1993, pág. 334.

<sup>147</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Hacia una nueva sistematización del daño a la persona*, pág. 35.



caso, de un daño psíquico no patológico. El daño “moral”, en cuanto dolor o sufrimiento, no es una enfermedad psíquica sino tan sólo un daño emocional o perturbación psíquica. No es frecuente que una perturbación psíquica de esta naturaleza pueda convertirse en una patología.

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

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

4.2.1.6.1. Actualmente, vivimos en un mundo en que el fin primordial del Derecho y del Estado debe girar en torno a la protección unitaria, integral y preventiva de la persona<sup>148</sup>. Ésta es el centro de toda imposición de juridicidad<sup>149</sup>. El ser humano en los diversos aspectos en donde se desarrolle como tal, ya sea como profesional que brinda servicios a la comunidad, como consumidor, empresario, trabajador, etc., es un ser libre y por libre, digno. De tal forma, que la idea misma de persona se transforma en el fundamento del Estado moderno<sup>150</sup>, el Estado democrático pluralista, base de la diversidad individual, política y social<sup>151</sup>.

---

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

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

<sup>150</sup> Perlingieri, Pietro, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, segunda edición revisada, Edizioni scientifiche italiane, Nápoles, 1991, pág. 322. En igual sentido, Resta, Giorgio, *Diritti della personalità: problemi e prospettive*, en: *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, año XXIII, Giuffrè editore, Milán, 2007, pág. 1043 y ss, así como del mismo Prof. Resta, *I diritti della personalità*, en: Alpa, Guido y Resta, Giorgio, *Le persone e la famiglia 1. Le persone fisiche e i diritti della personalità*, Utet giuridica, Turín, 2006, pág. 361 y ss. Zeno-Zencovich, Vincenzo, *Personalità (Diritti della)*, en: *Digesto*, IV edición, volumen XIII, sección Derecho Civil, Utet, Turín, 1996, pág. 431 y ss.

<sup>151</sup> Vettori, Giuseppe, *Diritto dei contratti e “costituzione europea”*. *Regole e principi ordinanti*, Giuffrè editore, Milán, 2005, pág. 55.



No obstante, si bien el Derecho se encuentra escrito en la piel de los seres humanos<sup>152</sup> y es parte de la estructuración de la sociedad<sup>153</sup>, éste tiene que lidiar con el actual contexto socio-económico, con la denominada globalización o mundialización<sup>154</sup>, que si bien ha abierto nuevos puentes de comunicación en diversos aspectos y ha reducido las distancias entre pueblos y naciones, pero como contrapartida ha transformado al individuo es un ser más vulnerable respecto a la aldea global, respecto a las fuerzas y al poder de la economía en un Estado nacional moderno, que ha renunciado a gran parte su soberanía y a gran parte de las funciones de protección y tutela de la persona que en la historia se le habían atribuido<sup>155</sup>.

En efecto, se podría sostener que la historia del Estado moderno es la historia de una institución política impulsada a desarrollar un determinado modelo de distribución de la riqueza, que incide en la forma de vida de las personas: el *libre mercado*<sup>156</sup>. Evidencias de lo expresado son latentes en los recientes acontecimientos que estamos viviendo. El problema radica en que el libre mercado constituye el resultado de un proceso de desocialización de la economía, por cuanto ocasiona que las libertades económicas nacen como libertades funcionalizadas, debido - siguiendo el pensamiento de un estudioso agudo y penetrante como es el prof. Alessandro Somma<sup>157</sup> - a que son comprendidas en términos relativos y no absolutos: en el contexto del libre mercado importan las tendencias del conjunto y no los comportamientos individuales. Estas libertades económicas sólo son tales en la medida que puedan evitar las fallas del mercado, de tal forma que, a pesar de lo expresado, no pueda dejar de pensarse que el Derecho pueda convertirse en un instrumento de reproducción de las jerarquías sociales<sup>158</sup>. De allí, que se sostenga con gran acierto que este panorama expresa el triunfo del *homo oeconomicus* frente al *homo sociologicus*<sup>159</sup>.

---

<sup>152</sup> Grossi, Paolo, *Europa y el Derecho*, traducción castellana de Luigi Giuliani, Crítica, Barcelona, 2008, pág. 17.

<sup>153</sup> Grossi, Paolo, *L'ordine giuridico medievale*, tercera edición, editori Laterza, Roma-Bari, 2007, pág. 19.

<sup>154</sup> Monateri, Pier Giuseppe, *Cittadinanza e laicità fra emancipazione e messianesimo politico*, en: Stato, Chiesa e pluralismo confessionale, revista telemática, febrero del 2009, en: [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it), pág. 2 (del documento en Pdf).

<sup>155</sup> Patti, Salvatore, *Diritto privato e codificazioni europee*, segunda edición, Giuffrè editore, Milán, 2007, pág. 361.

<sup>156</sup> Somma, Alessandro, *Introduzione critica al diritto europeo dei contratti*, Giuffrè editore, Milán, 2007, pág. 9.

<sup>157</sup> Somma, Alessandro, *Introducción crítica al Derecho Comparado*, traducción castellana de Carlos Agurto Gonzales, Sintia Paniora Alca, Paul Abanto Merino, Humberto Campodónico y Franklin Sierra Vásquez, Ara editores, Lima, 2006, pág. 243.

<sup>158</sup> Somma, Alessandro, *Temi e problemi di diritto comparato IV. Diritto comunitario vs. diritto comune europeo*, G.Giappichelli editore, Turín, 2003, pág. 12.

<sup>159</sup> Así, Somma, Alessandro, *Il diritto dei contratti tra scienze economiche e scienze sociali*, en: *Temi e problemi di diritto comparato IV. Diritto comunitario vs. diritto comune europeo*, ob.cit., pág. 51. En el mismo sentido,



En tal sentido, se puede comprender el uso de determinados conceptos utilizados para defender estas ideas. Ejemplo patente de lo expresado es la denominada “economía social de mercado”, la cual es asumida acríticamente en el contexto latinoamericano, hasta tal punto de ser consagrado como el modelo económico de Estados como el peruano<sup>160</sup>, situación que se reproduce en otras experiencias, como la europea, la cual en su Tratado que adopta una Constitución para el “viejo continente”, en su artículo I-3 hace referencia a este modelo económico<sup>161</sup>.

Fue, precisamente, la escuela ordoliberal en Europa quien formuló este planteamiento a finales de la segunda guerra mundial<sup>162</sup>. Así, en síntesis, ésta postula que los principios del libre mercado, especialmente la libertad de contratar y la propiedad privada, son consolidados por intervenciones estatales dirigidas a condicionar las libertades económicas<sup>163</sup>, sólo en la medida en que ello conduzca a evitar las fallas del mercado. De tal modo, que tienden indirecta y débilmente a la redistribución social de la riqueza<sup>164</sup>.

Es este contexto el que incide en el proceso de desarrollo de la vida de la persona como trabajador, el cual siendo el dinamo de la producción de la riqueza, se ha convertido en un *ser-instrumento* intercambiable y con precarios derechos. Olvidando que el trabajador es un *ser-humanidad*<sup>165</sup>. Evidentemente, se sigue luchando por la consolidación y el reconocimiento de la dignidad del ser humano “trabajador”, por el mejoramiento de las condiciones de su desarrollo y por un ambiente de trabajo adecuado. No obstante, el mundo de hoy ha originado un ambiente conflictivo para el trabajador, que puede considerarse “fisiológico”<sup>166</sup>. Hasta tal punto que el mundo del

---

Somma, Alessandro, *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale. Aspetti storico-comparativi di una vicenda concettuale*, Giuffrè editore, Milán, 2000, pág. 415.

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

<sup>161</sup> Así, Somma, Alessandro, *Introduzione critica al diritto europeo dei contratti*, pág. 73.

<sup>162</sup> Somma, Alessandro, *I giuristi e l'Asse culturale Roma-Berlino. Economia e politica nel diritto fascista e nacionalsocialista*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2005, pág. 222. Asimismo, del mismo autor, *Parallele convergenti. La comune matrice del fascismo e del liberismo giuridico*, en: *Rivista Critica del Diritto Privato*, año XXII, n°1, Jovene editore, Nápoles, marzo del 2004, pág. 61 y ss.

<sup>163</sup> Somma, Alessandro, *Cittadinanza nella società del diritto privato*, en: *Persona, Derecho y Libertad. Nuevas perspectivas. Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego*, Motivensa editora jurídica, Lima, 2009, pág. 815.

<sup>164</sup> Somma, Alessandro, *Introduzione critica al diritto europeo dei contratti*, pág. 16.

<sup>165</sup> Busnelli, Francesco Donato y Patti, Salvatore, *Danno e responsabilità civile*, G.Giappichelli editore, Turín, 1997, pág. 58.

<sup>166</sup> Monateri, Pier Giuseppe, *Rapporto sul mobbing*. Presidenza del Consiglio dei Ministri. Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione, Roma, 2006, en: [www.sspa.it](http://www.sspa.it).pág. 4 (del documento en Pdf).





trabajo puede convertirse en un elemento desencadenante de patologías psíquicas en el trabajador, lo cual podría hacer pensar que es la misma estructura de los centros de trabajo y, especialmente, de las empresas modernas, en la era de la globalización, la causa principal de fenómenos como el “mobbing”<sup>167</sup>.

A esta nueva figura, de gran incidencia en los tiempos que corren<sup>168</sup>, le dedicaremos, sucintamente por cuestiones de espacio, las siguientes páginas.

4.2.1.6.2. Actualmente, se comprende por *mobbing* una serie de comportamientos vejatorios, molestias o situaciones negativas que tienen su centro en el ámbito laboral, por acción de uno o más sujetos (ya sean estos empleadores, superiores o compañeros de trabajo) en relación con otro sujeto (la víctima del mobbing) que, como consecuencia de estas conductas, ocasiona en éste una mayor y creciente repulsión hacia el ambiente de trabajo mismo<sup>169</sup>. Esta forma de presentar el fenómeno no se reduce al formante doctrinal. Así, la *Resolución del Parlamento Europeo sobre el acoso moral en el lugar de trabajo* N°AS-0283/2001 del 20 de septiembre del 2001 lo concibe como un “grave problema” (punto n°2 de la resolución) y que es fundamental “prestarle atención y reforzar las acciones destinadas a combatirlo e idear nuevas maneras de hacerle frente” (punto n°2). De tal forma, que solicita a los países de la Unión Europea que “con vista a luchar contra el acoso moral y acoso sexual en el lugar de trabajo, revisen la legislación existente” y, si es necesario, “la complementen, así como examinen la definición de acoso moral y elaboren una definición uniforme” (punto n°10 de la resolución).

Para el indiscutible pionero del estudio del fenómeno, el lamentablemente desaparecido profesor de psicología de la Universidad de Estocolmo, Heinz Leymann, el *mobbing* es un proceso sistemático de estigmatización y privación de los derechos civiles de la víctima en el ámbito del trabajo, lo cual conlleva una comunicación hostil y desprovista de ética que es producida de forma sistemática por uno o unos pocos individuos, generalmente contra un único individuo, quien, a consecuencia de estos eventos peyorativos, es arrojado a una situación de aislamiento e indefensión prolongada, a causa de acciones de hostigamiento reiterativas y persistentes y en un lapso prolongado<sup>170</sup>. En tanto que para Harald Ege, éste puede

---

<sup>167</sup> Spinelli, Stefano, *Mobbing*, en: *Persona e danno*, revista jurídica electrónica dirigida por el prof. Paolo Cendon, en: [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it), pág. 1 (del documento en Pdf).

<sup>168</sup> Esto es particular cierto cuando, por ejemplo, en Europa son aproximadamente 12 millones de personas víctimas del *mobbing*, es decir el 8% de los trabajadores de ese continente. Así, Monateri, Pier Giuseppe; Bona, Marco y Oliva, Umberto, *Mobbing: dall'emersione del fenomeno alle prime reazioni*, en: [www.dannoallapersona.it](http://www.dannoallapersona.it), página web de la Associazione italiana sul danno alla persona, pág. 1 (del documento en Pdf).

<sup>169</sup> Así, Monateri, Pier Giuseppe; Bona, Marco y Oliva, Umberto, *Mobbing: dall'emersione del fenomeno alle prime reazioni*, pág. 1 (del documento en Pdf).

<sup>170</sup> Leymann, Heinz, *The content and development of mobbing at work*, en: *European Journal of Work and Organizational Psychology*, año V, n°2, 1996, pág. 170.



ser concebido como el “terror psicológico en el centro de trabajo”<sup>171</sup>, lo cual implica toda una gama de comportamientos agresivos y vejatorios repetitivos, por parte de colegas o superiores. De esta forma, la víctima es calumniada, marginada, criticada: se le asignan encargos deshonrosos, se le traslada de una oficina a otra imprevisiblemente y sin su consentimiento, o, simplemente, es puesto en ridículo sistemáticamente frente a clientes o superiores<sup>172</sup>. Y en los casos más graves se llega incluso a un sabotaje del trabajo y a acciones ilegales. Ege señala que los fines de tales comportamientos negativos pueden ser varios, pero tienen siempre un signo destructivo: eliminar una persona considerada “incomoda”, induciéndola a la dimisión voluntaria o provocar una prolongada licencia<sup>173</sup>.

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

En síntesis, podemos expresar junto al maestro turinés, Pier Giuseppe Monateri, que el *mobbing* es un fenómeno social que encuentra su epicentro en el mundo del trabajo<sup>177</sup>.

---

<sup>171</sup> Ege, Harald, *Mobbing: il terrore psicologico sul posto di lavoro e le sue conseguenze psicofisiche sull'individuo*, en [www.cesil.com](http://www.cesil.com), pág. 1 (del documento en Pdf).

<sup>172</sup> Martín, Margarita y Pérez de Guzmán, Sofía, *El acoso moral en el trabajo: la construcción social de un fenómeno*, en: Cuadernos de Relaciones Laborales, volumen 20, n°2, 2002, pág. 276.

<sup>173</sup> Ege, Harald, *Mobbing: il terrore psicologico sul posto di lavoro e le sue conseguenze psicofisiche sull'individuo*, pág. 1 (del documento en Pdf).

<sup>174</sup> Así, la sentencia italiana de la Corte di Cassazione, sezione di lavoro, n°22858, del 09 de septiembre del 2008.

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

<sup>176</sup> Citado por Ege, Harald, *Mobbing – Che cos'è il terrore psicologico sul posto di lavoro*, Bolonia, 1996, pág.7.

<sup>177</sup> Monateri, Pier Giuseppe, *Rapporto sul mobbing*, pág. 4 (del documento en Pdf).



4.2.1.6.3. Según se ha destacado<sup>178</sup>, el término *mobbing* procede del verbo inglés “*to mob*”, es decir, en un sentido amplio, agredir<sup>179</sup>, acometer con violencia. El término fue tomado de la etología. Konrad Lorenz - según nos informa el prof. Leymann<sup>180</sup> - fue el primero en utilizar este término para hacer referencia al ataque de un grupo de animales pequeños gregarios acosando a un animal solitario mayor. Tiempo después el médico sueco Heinemann<sup>181</sup>, en una investigación que estaba desarrollando sobre el comportamiento infantil fuera del aula de clase, utilizó el término usado por Lorenz para identificar un comportamiento altamente destructivo de pequeñas pandillas de niños, dirigido contra un único infante.

En los primeros años de la década de los años 80 del siglo XX, el prof. Leymann utilizó el término “*mobbing*” para designar un tipo particular de conducta en el ámbito laboral. Según refiere el propio Leymann<sup>182</sup>, no utilizó en sus investigaciones el término inglés “*bullying*”, el cual es empleado por los estudiosos ingleses y australianos de la materia, ya que la mayoría de los casos el *mobbing* no tiene en forma explícita las características de violencia física del “*bullyng*”, sino que es muy recurrente encontrarlo en forma muy cuidadosa, sofisticada, lo que no disminuye, por el contrario, multiplica su efecto estigmatizador para la víctima.

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

No obstante, antes de que las investigaciones de Leymann fueran conocidas mundialmente, el libro *The harassed worker* del prof. C.M. Brodsky había ya encontrado casos de *mobbing* en el ámbito laboral. Es, por ello, que se considera a este libro como el primero en estudiar el fenómeno en cuestión. No obstante, su autor no estaba directamente interesado en analizar los casos presentados, ya que fueron expuestos conjuntamente con accidentes de trabajo, estrés psicológico y agotamiento físico, producidos por horarios excesivos, tareas monótonas. La obra indicada se concentró en la dureza de la vida del trabajador promedio y su situación, problemas y cuestiones que hoy se abordan desde la investigación sobre el estrés.

---

<sup>178</sup> Monateri, Pier Giuseppe, *Rapporto sul mobbing*, pág. 54 (del documento en Pdf).

<sup>179</sup> Cacace, Simona, *Il mobbing e il danno esistenziale. Quando il terrorismo è psicologico*, en: *Critica del danno esistenziale*, al cuidado de Giulio Ponzanelli, Cedam, Padua, 2003, pág. 155.

<sup>180</sup> Leymann, Heinz, *The content and development of mobbing at work*, pág. 169.

<sup>181</sup> Leymann, Heinz, *The content and development of mobbing at work*, pág. 169.

<sup>182</sup> Leymann, Heinz, *The content and development of mobbing at work*, pág. 169.



Sin embargo, son los trabajos del prof. Heinz Leymann, desarrollados en Suecia, los que hacen mundialmente famoso el fenómeno mobbing. Como lo señala una importante doctrina<sup>183</sup>, en el lapso de poco años los trabajos de Leymann sobre el mobbing y la importancia de su estudio han expandido un creciente interés, tanto en Europa como fuera de este continente: en primer lugar, Suecia y Alemania, después Francia e Inglaterra, sumándose, asimismo, Italia, Suiza, España, Estados Unidos, Canadá, Australia, Nueva Zelanda, Sudáfrica y Japón.

4.2.1.6.4. El *mobbing* se caracteriza especialmente por los siguientes aspectos:

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

Es, por ello, que esta expresión, por su brevedad y fuerza semántica, tiene el gran poder de reagrupar una universalidad de múltiples comportamientos<sup>184</sup>, pero todos coinciden en dos elementos: por un lado, la *modalidad*, agresiva y denigrante, prolongada en el tiempo, y la *finalidad*, la cual es la eliminación de la(s) víctima(s). En consecuencia, se concluye que el fenómeno *mobbing* es un concepto que, por lo menos en los aspectos generales, no conoce fronteras y se presenta como una categoría que es muy idónea para acoger una multiplicidad de supuestos<sup>185</sup>.

Asimismo, se puede distinguir un mobbing denominado “*horizontal*” de uno “*vertical*”: el primero se configura cuando un grupo de colegas o compañeros del centro de trabajo realizan conductas peyorativas y reiteradamente contra otro compañero, en tanto que el mobbing “*vertical*” se presenta entre el empleador o jefe y el trabajador o dependiente. Generalmente, el fin de este tipo de mobbing es excluir definitivamente a la víctima del centro de trabajo o inducirla a su auto-eliminación de ese entorno<sup>186</sup>.

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

1era.fase: *conflicto cotidiano*: en esta etapa se presentan situaciones normales de conflicto que, si bien es cierto no pueden definirse como mobbing, pueden constituir el inicio de todo el proceso vejatorio contra la víctima.

---

<sup>183</sup> Monateri, Pier Giuseppe, *Rapporto sul mobbing*, pág. 6 (del documento en Pdf).

<sup>184</sup> Así lo resalta, con gran acierto, el prof. Pier Giuseppe Monateri en su *Rapporto sul mobbing*, pág. 5 (del documento en Pdf).

<sup>185</sup> Monateri, Pier Giuseppe; Bona, Marco y Oliva, Umberto, *Mobbing: dall'emersione del fenomeno alle prime reazioni*, pág. 4 (del documento en Pdf).

<sup>186</sup> Pizzoferrato, Alberto, *Mobbing e danno esistenziale: verso una revisione della struttura dell'illecito civile*, en: *Contratto e Impresa*, año XVIII, Cedam, Padua, 2002, pág. 306.

<sup>187</sup> Leymann, Heinz, *The content and development of mobbing at work*, pág. 170.



2da fase: *inicio del mobbing y del terror psicológico*: madura el conflicto cotidiano y adquiere el carácter de continuidad, transformándose, así, en mobbing.

3ra fase: *errores y abusos no legales de la administración del personal*: Cuando esta etapa se produce, el problema adquiere carácter oficial. Los responsables del personal empiezan a conocer la situación peyorativa en curso y, en la mayor parte de los casos, consideran a la víctima como responsable de las acciones realizadas. Lo que produce, en gran parte de los casos, serias violaciones de derechos de la víctima, en cuanto la administración del personal se encuentra sujeta a la legislación laboral. La víctima responde a todo ello con un bajo rendimiento en el trabajo y a menudo se ausenta del mismo.

4ta. fase: *Exclusión del mundo de trabajo*: la víctima se encuentra aislada en el contexto laboral y, finalmente, se produce su exclusión (licencias prolongadas, dimisiones, se le encargan tareas de menor importancia, etc.).

En la misma línea, Ege, en Italia, ha planteado un modelo a seis fases, el “modelo de Leymann integrado” o, como lo define su autor, el llamado “modelo italiano de Ege a seis fases”<sup>188</sup>:

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

1ra fase) *conflicto mirado*: el conflicto cero se dirige hacia una determinada víctima.

2ra fase) *inicio del mobbing*: los ataques de los agresores no producen todavía síntomas o enfermedades de tipo psico-somático en la víctima, pero le suscitan un cierto fastidio, desazón. Ésta percibe el cambio producido en las relaciones con sus compañeros de trabajo y empieza a preguntarse el motivo o causa de ello.

3ra fase) *primeros síntomas psico-somáticos*: en esta etapa la víctima empieza a sentir problemas de salud (insomnio, problemas digestivos).

4ta fase) *errores y abusos de la administración del personal*: los responsables del personal, observando las siempre frecuentes ausencias de la víctima por enfermedad, cometen errores de valoración o abusos, disponiendo medidas disciplinarias contra ésta.

5ta fase) *serio agravamiento de la salud psico-física de la víctima*: la salud de la persona se agrava notablemente con el paso del empeoramiento del ambiente de trabajo, sufre sanciones como producto de sus reiteradas ausencias, por parte de los responsables del personal. Para ésta es una situación verdaderamente desesperante.

6ta fase) *exclusión del mundo de trabajo*: el proceso del mobbing, generalmente, determina la salida de la víctima del centro de trabajo (dimisiones “voluntarias”, licencias, en los casos extremos, incluso, suicidios).

---

<sup>188</sup> Ege, Harald, *Mobbing: il terrore psicologico sul posto di lavoro e le sue conseguenze psicofisiche sull'individuo*, pág. 6 (del documento en Pdf).



4.2.1.6.5. Para obtener una visión más amplia de este fenómeno podemos recurrir al derecho comparado, pues siendo uno de los objetivos de esta ciencia hacer que conozcamos mejor la experiencia jurídica<sup>189</sup>, produce, por ende, un pensamiento responsable<sup>190</sup> y, en consecuencia, crítico<sup>191</sup> de la juridicidad.

Sobre el particular, la experiencia francesa, así como la italiana y la española, tiene una riqueza en datos y aportes para comprender el desarrollo del *mobbing* en el mundo jurídico contemporáneo.

4.2.1.6.5.1. En Francia, se han producido importantes contribuciones sobre el fenómeno *mobbing*, particularmente interesantes son las investigaciones emprendidas por la psicóloga Marie-France Hirigoyen, quién lo denomina “*harcèlement moral*”<sup>192</sup>.

Asimismo, el formante legislativo ha intervenido directamente frente al *mobbing* con la ley 2002-73 de “modernización social” del 17 de enero del 2002. Este

---

<sup>189</sup> Sacco, Rodolfo, *Introduzione al diritto comparato*, reimpresión de la quinta edición, Utet, Turín, 2003, pág. 11. Asimismo, Mattei, Ugo y Monateri, Pier Giuseppe, *Introduzione breve al diritto comparato*, Cedam, Padua, 1997, pág. 7. En igual sentido, Lupoi, Maurizio, *Sistemi giuridici comparati. Traccia di un corso*, segunda reimpresión, Edizioni scientifiche italiane, Nápoles, 2006, pág. 130. También puede verse a Graziadei, Michele, *El derecho comparado, la historia del derecho y la holística en el estudio de las culturas jurídicas*, en: Persona, Derecho y Libertad. Nuevas perspectivas. *Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego*, Motivensa editora jurídica, Lima, 2009, pág. 881 y ss. Ajani, Gianmaria, *Diritto comparato e diritto internazionale*, en: Rivista di diritto pubblico europeo e comparato, 2001, pág. 1589 y ss, así como Ajani, Gianmaria; Anderson, Miriam; Arroyo i Amayuelas, Esther y Pasa, Barbara, *Sistemas jurídicos comparados. Lecciones y materiales*, publicaciones i ediciones de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2010, pág. 21 y ss. Gambaro, Antonio, *The structure of legal systems*, en: Italian National Reports to the XVI International Congress of Comparative Law, Giuffrè editore, Milán, 2002, pág. 41. Legrand, Pierre, *Le Droit comparé*, 4e. édition mise à jour, Presses Universitaires de France, Paris, 2011, pág. 125. Zimmermann, Reinhard, *Roman law and European Culture*, en: New Zealand Law Review, Legal Research Foundation Incorporated, Auckland, 2007, pág. 341 y ss. Del mismo autor, *Roman law, contemporary law, european law. The civilian tradition today*, Oxford University Press, 2001, pág. 111 y ss, como también *Europa y el Derecho romano*, traducción y estudio introductorio de Ignacio Cremades Ugarte, Marcial Pons, Madrid, 2009, pág. 43 y ss. En el mismo sentido, Pegoraro, Lucio y Rinella, Angelo, *Diritto pubblico comparato. Profili metodologici*, Cedam, Padua, 2007, pág. 18 y ss.

<sup>190</sup> Así, Moccia, Luigi, *Comparazione e studio del diritto*, en: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, año LVII, fascículo 3, Giuffrè editore, Milán, 2003, pág. 988. En igual sentido, del mismo autor, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Giuffrè editore, Milán, 2005, pág. 3 y ss. Y más recientemente Moccia, Luigi, *Comparazione giuridica, diritto e giurista europeo: un punto di vista globale*, en: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, año LXV, fascículo 3, Giuffrè editore, Milán, 2011, pág. 767 y ss.

<sup>191</sup> “Por cuanto el derecho comparado es la conciencia crítica del Derecho”: Somma, Alessandro, *Introducción crítica al Derecho Comparado*, pág. 105. En igual sentido, Monateri, Pier Giuseppe, *Los límites de la interpretación jurídica y el derecho comparado*, Ara editores, Lima, 2009, pág. 87 y ss.

<sup>192</sup> Hirigoyen, Marie-France, *Le harcèlement moral – La violence perverse aun quotidien*, La Découverte et Syros, París, 1998, traducción italiana de M. Guerra, *Molestie morali – La violenza perversa nella famiglia e nel lavoro*, Einaudi, Turín, 2000, pág. 53.





instrumento normativo contiene un capítulo integro titulado “Lucha contra el *harcèlement moral*” (artículos 168-180)<sup>193</sup>.

En este orden de ideas, la nueva normativa ha sido sometida al examen de su constitucionalidad, por parte del *Conseil Constitutionnel* en su Decisión n°2001-455 del 12 de enero del 2002.

La ley 2002-73 de “modernización social” ha entrado en vigencia el 20 de enero del 2002, la cual estipula disposiciones sobre la definición, sobre la previsión y sobre las sanciones de las molestias morales (*harcèlement moral*), y sus previsiones han sido introducidas en el *Code du Travail*, en el *Code pénal* y en el estatuto de la *Fonction publique*<sup>194</sup>.

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

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

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

Respecto al tema de la carga probatoria, resalta el prof. Monateri<sup>195</sup>, ésta se muestra particularmente interesante. En efecto, ésta es establecida por la nueva ley n°122-52, la cual estipula que: “es suficiente que el trabajador dependiente interesado presente elementos de hecho que dejen suponer la existencia de una molestia. A partir de estos elementos, incumbe a la parte comprometida a probar que su comportamiento no es constitutivo de molestias morales y que sus decisiones son justificadas por razones objetivas, extrañas a cualquier forma de vejación. El juez se forma su propio convencimiento después de haber dispuesto, si es necesario, todas las indagaciones instructorias que considere oportunas”. De tal forma, que esta ley

---

<sup>193</sup> Monateri, Pier Giuseppe, *Rapporto sul mobbing*, pág. 40 (del documento en Pdf).

<sup>194</sup> Monateri, Pier Giuseppe; Bona, Marco y Oliva, Umberto, *Mobbing: dall'emersione del fenomeno alle prime reazioni*, pág.26 (del documento en Pdf).

<sup>195</sup> Monateri, Pier Giuseppe, *Rapporto sul mobbing*, pág. 41 (del documento en Pdf).



reestructura la carga de la prueba según el modelo de la lucha contra las discriminaciones<sup>196</sup>. Precisamente, no se trata de una inversión de la carga probatoria, sino de su reorganización a favor de la presunta víctima<sup>197</sup>.

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

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

4.2.1.6.5.2. El mobbing en la experiencia italiana se presenta, como ha acreditado una importante doctrina<sup>198</sup>, como un fenómeno racional vinculado a condiciones objetivas de competencia individual y de eficiencia de las organizaciones, en especial, de las organizaciones públicas. Es decir, el mobbing no afecta a algunos sujetos en virtud de su “debilidad” de grupo (mujeres, ancianos, jóvenes), sino es practicado por sujetos en el desarrollo de sus posiciones de fuerza laboral para el mejoramiento de sus posiciones, lo cual alimenta la competición individual al interior de las organizaciones.

Este razonamiento parte de la consideración que la competencia interna es regulada por una estructura de incentivos, lo que induce a los sujetos a invertir energías, a fin de obtener mejoramientos individuales. En efecto, ya que los comportamientos generadores de mobbing exigen para ser realizados de tiempo y recursos, resulta muy claro que un ineficiente monitoreo por parte de los niveles superiores de la organización del centro de trabajo se encuentra en la raíz de las posibilidades mismas de adopción, por parte de los niveles inferiores, de aptitudes productoras de mobbing<sup>199</sup>. Por ende, el problema del mobbing es, entonces, al menos en la experiencia italiana, un problema vinculado a la organización. Es decir, por lo expuesto, afecta sobre todo a las organizaciones ineficientes, no aquellas eficientes, aumentando las divergencias con estas últimas<sup>200</sup>.

---

<sup>196</sup> Monateri, Pier Giuseppe; Bona, Marco y Oliva, Umberto, *Mobbing: dall'emersione del fenomeno alle prime reazioni*, pág.27 (del documento en Pdf).

<sup>197</sup> Monateri, Pier Giuseppe, *Rapporto sul mobbing*, pág. 41 (del documento en Pdf).

<sup>198</sup> Monateri, Pier Giuseppe, *Rapporto sul mobbing*, pág. 20 (del documento en Pdf).

<sup>199</sup> Monateri, Pier Giuseppe, *Rapporto sul mobbing*, pág. 21 (del documento en Pdf).

<sup>200</sup> Monateri, Pier Giuseppe; Bona, Marco y Oliva, Umberto, *Mobbing: dall'emersione del fenomeno alle prime reazioni*, pág.14 (del documento en Pdf).



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

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

Importantes sentencias en la experiencia italiana sobre el fenómeno *mobbing* pueden citarse: la del Tribunal de Forlì, en el caso *Mulas vs. Banca Nazionale Agricoltura* del 15 de marzo del 2001, la cual hace uso del modelo formulado por Harald Ege; la del Tribunal de Milán en *Società Junghans Italia vs. Bighi* del 20 de mayo del 2000; del Tribunal de Como, en el caso *Bongiorno vs. Minozio* del 22 de mayo del 2001. No obstante, del estudio de las mismas se produce como conclusión que existen no pocas divergencias respecto al perfil definitorio de la figura misma del mobbing<sup>204</sup>.

En tal sentido, se ha observado<sup>205</sup>, no se presenta en el formante jurisprudencial una uniformidad en la aproximación jurídica del mobbing. Así, mientras en algunas sentencias se recogen los aportes de la psicología del trabajo, en otras, la labor del formante jurisprudencial se muestra muy rígida en sus concepciones<sup>206</sup>.

Tema particularmente interesante en la experiencia italiana es la posición doctrinaria que sostiene que el instrumento de la responsabilidad civil se demuestra como el más adecuado para afrontar los casos de mobbing<sup>207</sup>. Ciertamente, es necesario que el mobbing: 1) lesione una posición subjetiva protegida del trabajador. 2) Es producida por culpa o dolo y 3) provoque un daño al trabajador. En tal sentido, el artículo 2049 del *codice civile*<sup>208</sup> impone al empleador (ya sea privado o la administración pública) responder por las lesiones y consecuentes daños a la víctima, producto de los

---

<sup>201</sup> Tribunal de Turín, 30 de diciembre de 1999.

<sup>202</sup> Tribunal de Turín, 30 de diciembre de 1999.

<sup>203</sup> Monateri, Pier Giuseppe, *Rapporto sul mobbing*, pág. 21 (del documento en Pdf).

<sup>204</sup> Monateri, Pier Giuseppe, *Rapporto sul mobbing*, pág. 24 (del documento en Pdf).

<sup>205</sup> Monateri, Pier Giuseppe, *Rapporto sul mobbing*, pág. 25 (del documento en Pdf).

<sup>206</sup> Monateri, Pier Giuseppe; Bona, Marco y Oliva, Umberto, *Mobbing: dall'emersione del fenomeno alle prime reazioni*, pág.18 (del documento en Pdf).

<sup>207</sup> Monateri, Pier Giuseppe, *Rapporto sul mobbing*, pág. 35 (del documento en Pdf).

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



actos de sus dependientes, y ejercer contra ellos la acción de repetición por el resarcimiento otorgado. En tal sentido, si el mobbing se origina por problemas de organización interna, el instrumento de la responsabilidad civil, involucrando al empleador, crea por esto los incentivos para prevenir las situaciones productoras de mobbing, y, en consecuencia, a mejorar la organización y las prácticas internas de las conductas que pueden producir este fenómeno<sup>209</sup>.

La protección de la víctima del mobbing es brindada, dentro de los esquemas de la responsabilidad civil, por la gama de los daños reparables. Los cuales pueden ser: daños patrimoniales, daños morales, daños biológicos y daños existenciales.

La relación entre los daños patrimoniales y el mobbing concierne a las pérdidas económicas efectivas de los sujetos involucrados, que se presentan a menudo como gastos incurridos, dejar de percibir réditos por la acción dañosa, pérdida de chances y pueden revestir una gran importancia en la vida de la víctima<sup>210</sup>.

Los daños morales, dentro del fenómeno mobbing, pueden presentarse cuando la conducta del responsable puede configurarse como un delito, según lo establecido por el artículo 2059 del *codice*<sup>211</sup> y deben ser analizados por el Tribunal, en el proceso, tomando en cuenta la gravedad del delito sufrido por la víctima<sup>212</sup>.

Respecto a los daños biológicos, estos se presentan como tipos de daño injusto, en el panorama italiano se encuentra regulado por el artículo 2043 de *codice*<sup>213</sup>, en el sentido que comprometen la salud psico-física en sí o por sí considerada. En efecto, la víctima podría sufrir un síndrome por mobbing<sup>214</sup>, posible de comprobación por un examen médico-legal.

Es particularmente interesante la relación entre el mobbing y el daño existencial. Como es conocido, el daño existencial es una especie del daño a la persona que involucra todas las repercusiones de signo negativo que dañan la vida ordinaria de la víctima<sup>215</sup>. En efecto, este tipo de daño ocasiona el empeoramiento de la existencia de la persona dañada, como consecuencia a la lesión de un interés jurídicamente tutelado, relevante para el ordenamiento jurídico<sup>216</sup>. Esta relación entre mobbing y daño existencial se sustenta en que este tipo de daño a la persona tiene la virtud de agrupar y describir las consecuencias de la lesión de diversos aspectos de la

---

<sup>209</sup> Monateri, Pier Giuseppe, *Rapporto sul mobbing*, pág. 36 (del documento en Pdf).

<sup>210</sup> Alpa, Guido, *Manuale di diritto privato*, cuarta edición, Cedam, Padua, 2005, pág. 873.

<sup>211</sup> El cual prescribe que: “El daño no patrimonial debe resarcirse sólo en los casos determinados por la ley”.

<sup>212</sup> Monateri, Pier Giuseppe, *Rapporto sul mobbing*, pág. 36 (del documento en Pdf).

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

<sup>214</sup> Monateri, Pier Giuseppe, *Rapporto sul mobbing*, pág. 37 (del documento en Pdf).

<sup>215</sup> Monateri, Pier Giuseppe, *Manuale della responsabilità civile*, Utet, Turín, 2001, pág. 201.

<sup>216</sup> Bilotta, Francesco, *Il prisma del danno non patrimoniale*, en: Responsabilità civile e previdenza, fascículos 4-5, año LXX, Giuffrè editore, Milán, 2005, pág. 1113.



esfera del individuo. En síntesis: el daño existencial lesiona la realización personal del ser humano<sup>217</sup>.

En este orden de ideas, acreditada doctrina ha sostenido<sup>218</sup> que el mobbing se presenta como un nuevo sector de los daños existenciales. Por cuanto, en el medio italiano, estos pueden permitir al formante jurisprudencial crear una serie de desincentivos monetarios con el fin de no hacer surgir conductas productoras de mobbing.

El formante legislativo no se ha permanecido inerte a este panorama. En efecto, en el parlamento italiano se ha propuesto diversos proyectos de leyes para enfrentar el fenómeno. Así pueden citarse el proyecto de ley n°1813 presentada el 09 julio del 1996, titulado “normas para la represión del terrorismo psicológico en los centros de trabajos”. Su finalidad era de “prever el delito de mobbing y perseguir penalmente este comportamiento, equiparándolo a un delito hacia la persona y hacia la sociedad”<sup>219</sup>.

También el proyecto de ley n°6410 “Benvenuto”, llamado así por su impulsor, recoge muchos de los aspectos del proyecto de ley n°1813.

El proyecto de ley n°4313 presentado al Senado y que tenía por objetivo la información, la prevención, la posibilidad concreta de la *restitutio in integrum* de las capacidades de la víctima, para su plena recuperación psicológica, social y laboral.

Asimismo, en el proyecto de ley Ripamonti, n°266 del 21 de junio del 2001 plantea una definición de mobbing como una acción dirigida explícitamente a dañar la posición del trabajador y que tiene un carácter sistemático, duradero e intenso. En este proyecto, la instigación es considerada equivalente a la comisión del hecho dañoso<sup>220</sup>.

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

4.2.1.6.5.3. Continuando con el estudio comparativo de las experiencias jurídicas donde se ha presentado el fenómeno mobbing, España aporta diversos elementos que nos acerca a una visión más completa del mismo. En efecto, en este país los partidos políticos y sindicatos han comenzado a debatir y a postular posiciones para hacer frente a esta problemática. En el Congreso español, el grupo

---

<sup>217</sup> Ziviz, Patrizia y Bilotta, Francesco, *Danno esistenziale: forma e sostanza*, en: Responsabilità civile e previdenza, fascículo 6, año LXIX, Giuffrè editore, Milán, 2004, pág. 1311.

<sup>218</sup> Monateri, Pier Giuseppe, *Rapporto sul mobbing*, pág. 36 (del documento en Pdf).

<sup>219</sup> Monateri, Pier Giuseppe, *Rapporto sul mobbing*, pág. 42 (del documento en Pdf).

<sup>220</sup> Monateri, Pier Giuseppe, *Rapporto sul mobbing*, pág. 44 (del documento en Pdf).

<sup>221</sup> Monateri, Pier Giuseppe, *Rapporto sul mobbing*, pág. 47 (del documento en Pdf).



parlamentario Socialista (PSOE) ha solicitado al gobierno que adopte medidas preventivas para evitar el acoso moral en el trabajo. Asimismo, el PSOE ha planteado al gobierno que incluya al mobbing en el catálogo de enfermedades profesionales y lo equipare a las sanciones graves derivadas del incumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales<sup>222</sup>. En igual sentido, el Sindicato Único de Trabajadores (UGT) ha propuesto medidas para que el acoso psicológico en el trabajo sea tipificado como delito. En efecto, este sindicato propone que el acoso moral sea identificado y reconocido en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sea reconocido como enfermedad profesional y accidente de trabajo en la Ley de Seguridad social. Asimismo, ha solicitado que este fenómeno sea considerado como una vulneración de los derechos fundamentales en el Estatuto de los trabajadores e incluido en la Ley de Procedimiento Laboral, de forma tal que pueda originar un derecho a indemnización en el caso de consecuencias psicológicas y psicosomáticas y la nulidad del despido si se produce.

En el ordenamiento jurídico español no existe todavía ningún tratamiento específico sobre el mobbing, pero si pueden encontrarse normas cuyo alcance genérico permite afrontar este tipo de situaciones. No obstante lo expresado, estas medidas legales se presentan insuficientes para proteger a los trabajadores con las garantías precisas, máxime cuando las estadísticas sobre el fenómeno son escalofrantes y las consecuencias negativas lo convierten en un problema con amplia repercusión social<sup>223</sup>.

Particularmente, la jurisprudencia española al presentarse casos de mobbing la ha considerado como una forma de acoso en el trabajo en el que una persona o a un grupo de personas se comportan abusivamente con palabras, gestos u otras formas que atenten contra los empleados, con la consiguiente degradación del clima laboral<sup>224</sup>. Respecto a las modalidades del mobbing, el formante jurisprudencial ha expresado que su desarrollo se lleva a cabo a través de las relaciones interpersonales que crea el contexto del trabajo y, por tanto, sus formas de expresión, presenta múltiples conexiones con la relación jurídica que entre empresario-trabajador configura el contrato laboral<sup>225</sup>.

Respecto a las consecuencias del mobbing, senda jurisprudencia ha sostenido, en caso de suicidio del trabajador producto de esta negativa situación, que “el fallecimiento del trabajador fue consecuencia directa de la gravísima depresión en que vivía sumido y esta tuvo su origen e inicio en la decisión, por parte del empleador, del

---

<sup>222</sup> Martín, Margarita y Pérez de Guzmán, Sofía, *El acoso moral en el trabajo: la construcción social de un fenómeno*, en: Cuadernos de Relaciones Laborales, volumen 20, n°2, 2002, pág. 274.

<sup>223</sup> Martín, Margarita y Pérez de Guzmán, Sofía, *El acoso moral en el trabajo: la construcción social de un fenómeno*, pág. 280.

<sup>224</sup> Sentencia n° 143/2001 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra del 30 de abril del 2001.

<sup>225</sup> Sentencia n° 238/2001 del Juzgado de lo Social de Madrid, n° 33 del 18 de junio del 2001.





cambio del puesto de trabajo, por lo que el nexo causal entre la enfermedad (y suicidio) y el trabajo ha quedado plenamente establecido, sin que la recurrente haya aportado prueba alguna que desvirtuara o rompiera tal relación”<sup>226</sup>.

4.2.1.6.6. En la experiencia peruana es prácticamente nulo el interés de los estudiosos sobre este problema. Es más se podría decir que salvo los trabajos del Dr. Carlos Blancas Bustamante<sup>227</sup> y del prof. Leysser León Hilario<sup>228</sup>, nada serio se ha escrito en el país.

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

En la Ley General de Salud, n°26842, se establece en su artículo 100 que se deberán “adoptar las medidas necesarias para garantizar la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores y de terceras personas en sus instalaciones o ambientes de trabajo”. Asimismo, el Decreto Supremo No. 009-2005-TR, “Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo”, establece los principios de protección, prevención, responsabilidad, cooperación, información y atención integral hacia el trabajador, los cuales deben tenerse presente al afrontar los casos de mobbing.

Particularmente, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo No. 003-97-TR, establece en su artículo 30 los comportamientos tipificados como hostiles dentro del ambiente de trabajo:

-El traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio;

-La inobservancia de medidas de higiene y seguridad que pueda afectar o poner en riesgo la vida y la salud del trabajador;

-El acto de violencia o la falta grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia;

-Los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma;

-Los actos contra la moral y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador.

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

---

<sup>226</sup> Sentencia n° 4711/2001 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña del 30 de mayo del 2001.

<sup>227</sup> Blancas Bustamante, Carlos, *El acoso moral en la relación de trabajo*, Palestra editores, Lima, 2007.

<sup>228</sup> León Hilario, Leysser, *Cómo leer una sentencia. A propósito de los retos de la responsabilidad civil frente a los daños por violencia psicológica en el centro de trabajo (mobbing)* en: La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas, segunda edición corregida y aumentada, Jurista editores, Lima, 2007.



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

Es necesario que exista una política clara de prohibición del acoso en el trabajo, que el personal tenga conocimiento lo que es el acoso y como combatirlo, que se difundan los procedimientos de respuesta frente al acoso, que se indiquen y se hagan cumplir los procedimientos que usaría la empresa frente a los acosadores.

En síntesis, que se detenga el acoso laboral, en sus múltiples expresiones y se brinde una respuesta inmediata y apoyo a la víctima del mismo. Y que el trabajador retorne a ser el centro de toda imposición de juridicidad<sup>229</sup>.

4.3. El “daño al proyecto de vida” o “daño a la libertad fenoménica” es uno de los diversos y múltiples daños que se pueden causar a la persona en cuanto ente “psicosomático constituido y sustentado en su libertad”, resulta ser el daño más grave que, aparte de la muerte, se le puede infringir al ser humano<sup>230</sup>. Ello se explica y justifica porque afecta, en diverso grado e intensidad, su libertad constitutiva. Libertad que es su propio ser como su manera de proyectarse en el mundo en el cual vive la persona humana. Libertad que nos hace ser lo que somos: seres humanos.

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

Asimismo, son diversas las consecuencias que aparecen como derivación o consecuencia de dicho singular modalidad de “daño a la persona”. El ser humano afectado en su libertad fenoménica o “proyecto de vida” se sume en un estado de explicable desorientación, de depresión, de pérdida de seguridad y confianza en sí mismo, de ausencia de metas. A raíz de dicho daño concluyeron para el sujeto afectado sus aspiraciones, sus metas, sus proyectos, su proceso de realización personal. El sujeto dejó de “ser” y “hacer” con su vida, en su vida, lo que se había propuesto, lo que le otorgaba un sentido o razón de ser a su existencia. La angustiada situación que lo invade puede conducirlo a la evasión mediante la adicción a las drogas o, en un caso límite, al suicidio.

4.4. El daño al proyecto de vida incide sobre la libertad del sujeto a realizarse según su propia libre decisión. En efecto, es un daño de tal magnitud que afecta la

---

<sup>229</sup> Burgos, Osvaldo R., *Será ficción. De Hamlet, Nietzsche y la (in) justicia del ser representado. El Derecho en la sociedad desestructurada*, Estudios de pensamiento jurídico occidental, Rosario, 2008, pág. 156.

<sup>230</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”*, en: *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, tomo IV, pág. 770 y ss.



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<sup>231</sup>.

Por ello, es un daño continuado, que generalmente acompaña al sujeto durante todo su existir en tanto compromete, de modo radical, su peculiar y única "manera de ser". No es una incapacidad, cualquiera, ni transitoria ni permanente, sino se trata de un daño cuyas consecuencias inciden sobre algo aun más importante para el sujeto como son sus propios fines vitales, los que le otorgan razón y sentido a su vida. El daño al proyecto de vida es un daño futuro y cierto, generalmente continuado o sucesivo, ya que sus consecuencias acompañan al sujeto durante su transcurrir vital.

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

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

El "daño al proyecto de vida" no implica certeza, en sentido estricto. No obstante, no cabe duda que por su importancia existencial, es previsible que, una vez producido, sus consecuencias se prolonguen en el tiempo según las circunstancias del caso y la experiencia de vida. Es obvio que la vida de un ser humano afectado en su libertad, en su núcleo existencial, no será la misma en el futuro. Corresponderá al juez percibir la existencia y magnitud del daño al proyecto de vida.

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

En efecto, es esta la trascendencia, aún indebidamente valorada, que acarrea el daño al proyecto de vida. Sólo en tiempos recientes, por acción del personalismo, se ha logrado conocer mejor y revalorizar al ser humano.

---

<sup>231</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Il risarcimento del "danno al progetto di vita"*, pág. 874.



4.5. Las consecuencias del “daño al proyecto de vida”<sup>232</sup> pueden manifestarse, al menos, bajo tres modalidades según la intensidad y magnitud del evento dañoso. En la primera situación las consecuencias del daño se concretan en la frustración parcial del cumplimiento del proyecto, es decir, se produce un evidente menoscabo. En otra hipótesis las consecuencias se manifiestan en un retardo en la realización del proyecto. En un tercer escenario, la magnitud e intensidad del daño origina una frustración total del proyecto.

4.5.1. En efecto, el daño ocasionado a la persona a raíz de la frustración o truncamiento del proyecto de vida es un perjuicio de consecuencias generalmente inciertas, a menudo impredecibles, dependiendo, por lo general, de ciertas características de la personalidad y de la intensidad vocacional de la víctima. Existen personas dotadas de una fuerte personalidad, de una voluntad tenaz, de una visión optimista de la vida, poseedora de ciertas creencias religiosas, así como encontramos, en cambio, otras que no poseen estas características, que son frágiles, que les resulta difícil asumir y superar un daño de tan seria magnitud. Es posible encontrar personas que poseen una honda y definida vocación, cumplida en la realidad de sus vidas, una entrega total a su servicio, que un daño de esta naturaleza les provoca un vacío existencial a menudo imposible de llenar, es decir, se muestran del todo incapaces de sustituirlo por otro proyecto ajeno totalmente a su vocación, a su interés, a sus habilidades.

Asimismo, puede resultar evidente que tratándose, por ejemplo, de un pianista de vocación, un concertista profesional, lo que vivencia profundamente son valores estéticos muy definidos. Su vivenciamiento le otorga sentido o razón de ser a su existencia. Todos sus esfuerzos están encaminados a ello, por muchos años, con tesón y perseverancia. Son numerosos los sacrificios y renunciamentos que, a menudo, debe padecer un pianista que vive intensamente su vocación personal.

En efecto, la imposibilidad de llevar adelante el proyecto de vida hace que el pianista de nuestro ejemplo sienta un explicable vacío existencial como resultado de la pérdida del sentido de su vida. Las consecuencias de este daño, que lo acompañarán durante toda su existencia, no pueden confundirse con las derivadas de un daño psicosomático o con las que afecta su bienestar o salud integral, o con uno de los componentes del daño psíquico, de carácter emocional, como es el daño denominado “moral” (*pretium doloris*).

No todas las personas que sufren un daño de esta magnitud suelen encontrar un proyecto sustituto que llene su vida, que le otorgue el sentido que perdieron. Ello depende, en ciertos casos, de la personalidad de cada cual, de su fortaleza de carácter y de ánimo, que le permita encontrar otro destino a su vida. En otras situaciones la

---

<sup>232</sup> Para toda esta sección se sigue a Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del código civil peruano de 1984*, pág. 567 y ss.



reacción puede también responder a la intensidad con que se vivió el proyecto frustrado, de la profundidad de su personal vocación.

4.5.2. No obstante, múltiples son las consecuencias que se pueden producir a raíz del menoscabo del proyecto de vida. En este caso, si bien no se produce la frustración total del proyecto de vida, se presentan situaciones en las cuales, como resultado del daño, la persona afectada no se encontrará en condiciones de cumplirlo plenamente, sino que experimentará un déficit en cuanto a su realización.

En efecto, podemos encontrar una situación de menoscabo, que linda con la frustración total del proyecto de vida, en el caso “María Elena Loayza Tamayo”, visto y sentenciado el 27 de noviembre de 1998 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La víctima, luego de haber sido injustamente encarcelada por cinco años, torturada y vejada, cuando fue puesta en libertad no se encontraba en condiciones psíquicas para continuar simultáneamente con su trabajo de profesora y de estudiante universitaria. Dado que la vida en el país se le hacía imposible, tuvo que irse a vivir en el extranjero. Su vida cambió y, con ello, también su proyecto de vida que no lo pudo continuar como lo tenía previsto antes del daño sufrido.

La Corte determinó que en “el caso de la víctima, es evidente que los hechos violatorios en su contra impidieron la realización de sus expectativas de desarrollo personal y profesional, factibles en condiciones normales, y causaron daños irreparables a su vida, obligándola a interrumpir sus estudios y trasladarse al extranjero, lejos del medio en el que se había desenvuelto, en condiciones de soledad, penuria económica y severo quebranto físico y psicológico. Obviamente, este conjunto de circunstancias, directamente atribuibles a los hechos violatorios que ha examinado esta Corte, han alterado en forma grave y probablemente irreparable la vida de la señora Loayza Tamayo, e impedido que ésta alcance las metas de carácter personal, familiar y profesional que razonablemente pudo fijarse”.

Como conclusión del análisis del caso, la Corte “reconoce la existencia de un grave daño al “proyecto de vida” de María Loayza Tamayo, derivado de la violación de sus derechos humanos.

Entonces, se comprende que en las condiciones en que quedó la víctima, las que han sido descritas por la Corte, ella no se hallaba en condiciones de retomar su proyecto de vida. Aún más, es dudoso que pudiera continuar con él pues, como lo indica la Corte, los daños sufridos “han alterado en forma grave y probablemente irreparable la vida de la señora Loayza Tamayo, e impedido que ésta alcance las metas de carácter personal, familiar y profesional que razonablemente pudo fijarse”. Por lo expuesto, se comprende que la situación de menoscabo de su proyecto de vida linda con su frustración.

4.5.3. El daño a la libertad fenoménica o daño al “proyecto de vida” no sólo tiene como consecuencias su frustración o su menoscabo, sino también las que se



generan por el retardo en su cumplimiento. Esta especial circunstancia puede tener varios orígenes. Por ejemplo, puede ocurrir, que se deba a una injusta detención o a un daño que causó que la persona se vea obligada a un prolongado período de recuperación de su salud. En esta, u otras parecidas circunstancias, la víctima puede, luego de este período de inmovilidad, recuperar el tiempo perdido, el retardo sufrido, y reemprender el cumplimiento de su proyecto de vida. En todo caso, el proyecto ha sufrido una mayor o menor demora en su cumplimiento. Ello representa un daño que se debe ponderar y reparar.

5. La presente clasificación del daño a la persona no atiende a la naturaleza del ente dañado, determinante de los criterios y técnicas a emplear para su reparación, sino al tipo de consecuencias que pueden derivarse del daño producido. Los daños, según sus consecuencias, se pueden dividir en daños patrimoniales o no personales y daños extrapatrimoniales o personales. Los primeros, son los que generan consecuencias apreciables en dinero o cuando el objeto dañado puede ser sustituido por otro de idéntica naturaleza. Los daños extrapatrimoniales o personales son aquéllos que no son mensurables en dinero en forma inmediata y directa.

En efecto, el “daño a la persona” genera, indistintamente, daños patrimoniales o extrapatrimoniales, según el aspecto de su estructura existencial que ha sido dañada. Por ende, no se puede asimilar la noción de “daño a la persona”, que tiene que ver con la naturaleza del ente dañado, con la noción de daño extrapatrimonial, como equivocadamente lo señala actualmente un amplio sector de la doctrina.

Ciertamente, si una persona sufre un daño a raíz de un accidente de tránsito, el hecho generará consecuencias de carácter patrimonial, como el daño emergente representado por los diversos gastos en que ha incurrido la víctima en el proceso de su curación, así como el lucro cesante por lo dejado de percibir durante el tiempo en que estuvo inhabilitada para el trabajo, de presentarse el supuesto. Pero, simultáneamente, deberán tenerse también en cuenta las lesiones inferidas como, por ejemplo, la pérdida de una mano. Esta consecuencia no es mensurable en dinero, desde que las partes del cuerpo humano carecen de valor en el mercado, por lo que el monto de su reparación se debe fijar, según criterios y técnicas adecuadas, acudiendo a lo señalado indicativamente en los baremos o tablas de infortunios, ahí donde las hubiere.

En consecuencia, es de suma importancia para los efectos de reparar las lesiones a la persona, lograr la confección de dichos baremos, tarifarios o tablas de infortunios. Ello es indispensable para evitar el fenómeno anárquico, cuando los jueces, al no contar con un tarifario indicativo, fijan equitativamente reparaciones en dinero muy distantes una de otras en cuanto a su magnitud.

6. En la experiencia peruana, el “daño a la persona” comprende dos categorías que responden a la estructura ontológica del ser humano: a).- el daño psicosomático





(daño al *soma* y daño a la *psique*, con recíprocas repercusiones) y b).- el daño a la libertad fenoménica o “proyecto de vida”. Por consiguiente, estas dos categorías incluyen todos los daños que se puede causar al ser humano entendido como una “*unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad*”. Este modelo, que encuentra sus raíces en trabajos publicados por el Prof. Carlos Fernández Sessarego y que se remontan al año de 1985<sup>233</sup>, fue propuesto en el Perú y de allí se extendió al continente sudamericano<sup>234</sup>.

En efecto, el modelo peruano de “daño a la persona” se inspira en el modelo italiano<sup>235</sup> pero al no tropezar con los problemas legislativos que encontró el modelo peninsular por obra del artículo 2059° de su Código civil, ha tenido la libertad, sobre la base de un más afinado conocimiento de la estructura del ser humano, de elaborar un modelo que no se sujeta al molde italiano. El modelo peruano se sustenta en aquello que realmente se puede dañar tratándose de la estructura ontológica del ser humano. Es, por ello, que considera tan sólo dos categorías de “daño a la persona”. La primera es la que incide en la estructura psicosomática del ser humano y, la segunda, la que lesiona la libertad fenoménica, es decir, el “proyecto de vida”, que es la presencia de la libertad ontológica en el mundo exterior, en el que se encuentran instaladas las relaciones de conductas humanas intersubjetivas.

Por consiguiente, esta libertad fenoménica, que supone la concreción ontológica a través de actos o conductas intersubjetivas del ser humano, está dirigida a la realización del personal “proyecto de vida”. Es decir, de aquello que la persona decidió *ser* y *hacer* en su vida para otorgarle un sentido valioso.

No obstante lo expresado, el modelo peruano también tropezó con una legislación preexistente sobre el derecho de daños en la que sólo se indemnizaban los daños materiales -daño emergente, lucro cesante- y el mal llamado daño “moral” que, histórica y tradicionalmente, se ha identificado con el dolor, con el sufrimiento. En efecto, el “daño moral” no es una categoría autónoma del “daño a la persona” como si lo son el “daño psicosomático” y el “daño al proyecto de vida”. El daño “moral” es tan sólo un aspecto del daño psíquico en cuanto perturbación psicológica de carácter emocional, no patológico, que se manifiesta en dolor, sufrimiento, indignación, rabia, temor, entre otras manifestaciones emocionales.

---

<sup>233</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *El daño a la persona en el Código Civil de 1984*, en: Libro Homenaje a José León Barandiarán, editorial Cultural Cuzco, Lima, 1985. Reproducido en el libro del mismo jurista *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, Universidad de Lima, Lima, 1990.

<sup>234</sup> Pinto Oliveros, Sheraldine, *El daño a la persona en América Latina: entre circulación de ideas y substratos locales*, en: *La responsabilidad civil*, Biblioteca “Observatorio de Derecho Civil”, volumen III, Motivensa editora jurídica, Lima, 2010, pág. 143.

<sup>235</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *El daño a la persona en el Código civil peruano de 1984 y en el Código civil italiano de 1942*, en el volumen *El Código civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*, editorial Cuzco, Lima, 1986, pág. 251 y ss.



Como nos indica el Prof. Fernández Sessarego<sup>236</sup>, lamentablemente, no fue posible, dentro del proceso de elaboración de Código civil peruano de 1984, eliminar de su texto el “daño moral” como categoría autónoma del “daño a la persona”. Así aparece de los artículos 1984° y 1985° del Código civil peruano vigente, así como de todos los demás artículos donde se encuentra esta voz de daño.

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

---

<sup>236</sup>Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del código civil peruano de 1984*, pág. 497 y ss.