

ANDERSON ORESTES CAVALCANTE LOBATO
JOSÉ LUIZ QUADROS DE MAGALHÃES
JOSIRENE CANDIDO LONDERO
(Organizadores)

**DIREITO E SOCIEDADE NA AMÉRICA
LATINA DO SÉCULO XXI**

**Pelotas
Editora e Gráfica Universitária
2009**

LOS DERECHOS HUMANOS Y EL ESCENARIO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO

Carlos Fernández Sessarego

Introducción

Si bien el conocimiento y vivencia de los derechos humanos tiene su origen en el pasado, el esclarecimiento de su real naturaleza y significación es, en nuestra opinión, una conquista del siglo XX. Ello, no obstante, los aislados y valiosos antecedentes que aparecen en la historia del pensamiento humano.

Como lo expresamos y desarrollamos en las siguientes páginas de este ensayo, la noción de “derechos humanos” se percibe y comprende con mayor nitidez conceptual cuando se “redescubre” que la libertad es el *ser* del hombre. Es la que lo constituye como lo que es: un “ser humano”.

Dicha trascendente revelación nos proporciona una nueva concepción del ser humano, al mostrarse como “una unidad psicosomática constituida y sustentada en su ser libertad”. La libertad es, precisamente, lo que distingue y diferencia al ser humano de los demás entes de la Naturaleza. En una palabra, como está dicho, es lo que lo hace “ser humano”.

Cabe remarcar que sólo los seres libres son espirituales, así como que no se concibe espiritualidad desarraigada de la libertad. Se es espiritual por ser libre, se es libre por ser especial.

El ser humano, constitutivamente un ser libertad es, simultáneamente, coexistencial y temporal. Es coexistencial desde que ha sido creado para convivir, necesariamente, en sociedad. Es, de suyo, estructuralmente, un ser social, por lo que esta situación no le viene del mundo exterior, sino que es inherente a su naturaleza.

De otro lado, el ser humano es también un ser temporal. Está condenado, en cuanto ser libre y coexistencial, a vivir en un tiempo dado, que se extiende desde su concepción hasta su muerte. Es en este tiempo existencial, comprendido dentro del tiempo cosmológico, que el ser humano existe como un ser libre, lo que equivale a sostener que debe intentar realizar su personal proyecto de vida.

Esta nueva visión del ser humano dejó atrás aquella que consideraba que la “racionalidad” se constituía como el ser del hombre. Es decir, que era la razón lo que lo distinguía de los demás entes del mundo. La experiencia y los nuevos conocimientos científicos permiten afirmar que, al menos, los animales mamíferos poseen psiquismo y, por consiguiente, un cierto elemental nivel de racionalidad. La racionalidad, por ende, no es lo que nos constituye como lo que somos: seres humanos.

La calidad ontológica del ser humano como poseedor de dignidad, en tanto libre e idéntico a sí mismo, obliga a protegerlo, cada vez de manera más eficaz y oportuna. A partir de esta extraordinaria revelación, los derechos humanos adquieren una significación e importancia muy especial que antes no se evidenciaba de manera tan nítida e incontrovertible. De ahí que la nueva concepción del ser humano genera, al ingresarse a la segunda mitad del siglo XX, la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Desde el instante de la aparición de este documento, advertimos como se multiplican y suceden en el tiempo las declaraciones, los tratados y los convenios internacionales, además de las constituciones nacionales, en los que se reconocen los derechos humanos y se prescribe el deber de respetarlos y protegerlos. De ahí, también, que se procede a la creación de los tribunales internacionales dedicados a su tutela, hasta llegar al de más reciente instalación como es la Corte Penal Internacional.

Calificamos como de revolucionario todo lo que ha acontecido en el mundo a partir de la segunda mitad del siglo XX en cuanto se refiere a poseer una mayor y más clara conciencia del significado de la dignidad del ser humano, de su libertad constitutiva y de su identidad, lo que hace que cada persona sea ella misma, única, irrepetible. Cada ser humano es un singular universo personal. Y, como tal, debe ser considerado, tratado y protegido.

La vida humana social se refleja en el derecho. Por ello, todo lo que está en la vida humana se halla en el derecho y éste, por ende, regula valiosamente toda y cualquier conducta humana. Bien sabemos que aún en los casos en que se carece de norma jurídica expresa, reguladora de una determinada conducta humana intersubjetiva, es posible predicar de ella su justicia o injusticia, su permisividad o su prohibición. Ello, en virtud de la vigencia del axioma jurídico fundamental que prescribe que “toda conducta humana intersubjetiva está permitida mientras no se atente contra la moral social, el orden público ni se dañe a terceros”. La aplicación de este axioma reconoce y privilegia la libertad constitutiva del ser humano y, consiguientemente, su derecho a ejercerla en el curso de su existencia. Su

finalidad es la de realizarse como persona, de acuerdo con el proyecto de vida que libremente ha concebido. Es decir, a otorgarle un sentido a su vivir, una razón de ser.

El derecho es, por lo expuesto, liberador. Esta afirmación se explica en cuanto su razón de ser es la de permitir al ser humano ejercer su libertad constitutiva con el propósito que pueda cumplir con su proyecto de vida, con su destino personal. Para contribuir a lograr este objetivo, el derecho debe propender a la remoción, hasta donde ello sea posible, de los obstáculos de todo orden que impiden o limitan su accionar, el que está dirigido a la concreción de su mencionado proyecto en la realidad del diario vivir. De ahí que toda conducta humana intersubjetiva, en principio, está jurídicamente permitida con el propósito de lograr dicha realización, salvo que no se encuadre dentro de lo dispuesto en el axioma jurídico fundamental en referencia.

La vida humana social es el elemento primario del derecho. Ella, al interactuar con los valores y las normas jurídicas, constituye el tridimensional objeto de la disciplina jurídica. El objeto del derecho no es sólo la vida humana social como no lo son, por sí mismos, los valores o las normas jurídicas. Sin embargo, ninguna de estas tres dimensiones puede dejar de estar presente cuando nos referimos al objeto “derecho”.

Si, en aplicación del axioma jurídico fundamental, todo lo que está en la vida está presente en el derecho, es posible que, identificando las tendencias que se manifiestan en este último, estaremos en condiciones de percibir cuáles son aquéllas vigentes en el mundo actual y, en especial, en el latinoamericano. Como se precisa en el curso de este trabajo, podemos distinguir, al menos, tres tendencias dirigidas, ineludiblemente, a una mayor y más eficiente y eficaz protección de la persona humana. Por ello, es fundamental, especialmente en nuestra región latinoamericana, el estricto cumplimiento de los derechos humanos fundamentales que la protegen en los diversos aspectos que la conforman.

Por lo expuesto, estamos en condiciones de intuir, a partir de la revelación de la naturaleza del hombre como un *ser* libertad dotado de dignidad, idéntico a sí mismo, único e irrepetible, que nos hallamos situados en un mundo que se encuentra atravesando una época de transición entre dos históricos períodos jurídicos, cuya meta es la implantación de una concepción humanista, que tenga como centro y eje la protección de la persona humana en lugar, como lo ha sido en el pasado y lo sigue siendo en gran medida en el presente, el patrimonio instrumental.

Es así que, teniendo como punto de referencia inicial un hecho de tanta significación como el anteriormente referido, se advierte una primera tendencia que intenta, paulatinamente, dejar atrás un cerrado individualismo, marcadamente egoísta que preside las relaciones interhumanas, para llegar a vivenciar una concepción solidaria de la vida, de contenido social, acorde con la estructura coexistencial del ser humano.

Una segunda tendencia es aquella que, alejándose de lo que sucedía también en el pasado inmediato, privilegia la protección de la persona humana, en cuanto valor supremo de la sociedad y del Estado, sobre el patrimonio instrumental. Una última tendencia es la que propone que el objeto del derecho no se reduce a la normatividad o al vivenciamiento de valores o al puro vivir, sino que él se constituye por la interacción de vida humana social, valores y normas jurídicas. Esta precisión es importante pues permite afirmar que todo lo que está en la vida está en el derecho, en cuanto éste es, primariamente, vida humana intersubjetiva debidamente valorada y consiguientemente regulada mediante normas jurídicas.

Si concordamos que aquellas antes citadas son las tendencias más visibles del derecho actual, ello nos induce a pensar que, en consonancia con lo que viene sucediendo en el área jurídica, ellas también se hacen presentes en la vida humana intersubjetiva de los diferentes países de la región. La meta común de estas tendencias es, como está dicho, el lograr una sociedad organizada bajo una inspiración humanista, que privilegia la protección del ser humano, dentro del bien común, frente a aquella que se ha venido dispensando al patrimonio instrumental. Esta es la razón por la cual se debe reforzar, por todos los medios, la protección del ser humano, haciendo cumplir, de manera más eficaz y oportuna, los derechos que lo protegen en cuanto tal.

Dicha tarea no es nada fácil, pues en sociedades donde las democracias son incipientes y frágiles están siempre presentes o latentes actitudes que violan o intentan violar los derechos fundamentales del ser humano. No obstante, con avances y retrocesos, con temporales y parciales paréntesis, los derechos humanos deberán estar mayor y más efectivamente protegidos en el futuro por lo que, en consecuencia, tenderán a disminuir, con el correr del tiempo, su desconocimiento o la concreción de acciones contra ellos. Defender los derechos humanos, la libertad y la democracia es el compromiso de los hombres que se sienten libres, poseedores de dignidad, que pretenden instaurar una relación más justa a fin de que todos puedan vivir como seres libres, contribuyendo al bien común, cumpliendo sus

propios proyectos de vida, su personal razón de ser, otorgándole un sentido a su existir.

Somos testigos, en los umbrales de un nuevo siglo, cómo, a pesar que subsisten los atentados contra los derechos humanos, ellos van disminuyendo desde que quedaron atrás las épocas de las crueles dictaduras que imperaron en tiempos recientes en varios países de la región como, por ejemplo, en Paraguay, Argentina, Chile, Perú. Si la realidad futura no nos desmiente, lo que consideraríamos como un desastre, nos atrevemos a vaticinar que son cada vez menos practicables los antiguos “cuartelazos” o los crueles golpes de Estado promovidos, generalmente, por la casta militar contando, a menudo, con la colaboración de civiles que no sienten la necesidad de vivir como seres libres y, más bien, se asocian a una aventura contraria a los intereses humanos.

Es, por lo precedentemente expuesto, que somos del parecer que lo que vislumbramos en relación con las tendencias que se hallan presentes y actuantes en el proceso evolutivo del derecho, referidas en el presente trabajo, han de encontrar su futura y paulatina concreción en la vida humana social latinoamericana.

1. La necesidad de tomar conciencia del momento histórico por el que atraviesa el derecho

Somos del parecer que se hace necesario hacer un alto en el camino recorrido, una conveniente pausa en el tránsito de las cotidianas actividades, a fin de que los juristas, jueces y abogados reflexionemos sobre las tendencias que en la actualidad se advierten en el Derecho, así como su incidencia en el desarrollo de las diversas disciplinas jurídicas y en el ejercicio de la judicatura y de la abogacía. Estimamos que es conveniente y oportuno tomar conciencia tanto del momento atinente a la evolución histórica por el que atraviesa el Derecho como de la situación de nuestra actividad jurídica y profesional y de su proyección hacia el futuro. Situados en este escenario será tal vez posible vislumbrar, al menos parcialmente, los a menudo imperceptibles pero revolucionarios avances que se vienen produciendo en el Derecho en los días que corren. Al mismo tiempo, sería pertinente aproximarse a los problemas y dificultades que se presentan en el ejercicio del Derecho con el propósito de encontrar las soluciones que, ante los cambios producidos, la hora exige.

Es, pues, del caso tratar de identificar, hasta donde ello es dable y aunque fuere a grandes rasgos, cuáles son las ideas fuerza, el núcleo del

pensamiento jusfilosófico y jurídico de vanguardia que en la actualidad se advierten en el seno de la disciplina que profesamos en el nivel histórico en el que nos ha tocado vivir. Ello, sin duda, no es fácil desde que estamos inmersos en el proceso de profundos cambios en lo tocante a los supuestos o fundamentos mismos de la disciplina jurídica. No contamos con la perspectiva histórica que para tal efecto se requiere.

2. ¿Se advierten nuevas tendencias en el pensar y en el hacer jurídicos?

La trillada pregunta sobre si el Derecho está atravesando una etapa de crisis, que no es difícil imaginar para algunos juristas dogmáticos pareciera fuera de lugar, no es descabellada ni menos inoportuna en el momento histórico en el cual nos encontramos situados. Y es que el Derecho, como todas las demás ciencias humanas experimenta, a nuestro entender un espectacular salto de calidad, a partir de la segunda mitad del siglo XX, como consecuencia de la revisión de sus supuestos emprendida por algunos aún escasos pero lúcidos e intuitivos jusfilósofos. Ello sucede luego de que - ¡al fin!- se empieza a dejar de lado, al menos por un grupo de pensadores de vanguardia, la teoría de que la persona humana es únicamente un “animal racional”. En la actualidad no debería ser un misterio para nadie que la persona humana es mucho más que un animal “racional”, en tanto se trata de “una unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad, la que lo hace ser un ente espiritual”,¹²⁴ que es lo mismo que decir que su ser es libertad. Libertad que hace a los hombres seres espirituales, sensibilizadores y vivenciadores de valores, los que otorgan un sentido, una razón de ser, a la vida humana. Libertad que no es un atributo de la persona humana sino su mismo ser.

Este extraordinario hallazgo, que hunde sus raíces en el cristianismo y se va precisando a través del pensamiento de egregios filósofos como Kant, Fichte o Kierkegaard, se consolida mediante el desarrollo y los aportes de la escuela de la filosofía de la existencia en la primera mitad del siglo XX. Es a partir de este instante histórico en el que Derecho y las demás disciplinas humanas empiezan a recorrer un lento, fatigoso y a menudo inadvertido proceso de hondas transformaciones.

¹²⁴ Así, pretendemos aproximarnos a una descripción -no definición- de la persona humana, inspirados en los aportes de la filosofía de la existencia, y en especial al pensamiento de Sören KIERKEGAARD sintéticamente expresado en su obra *El concepto de la angustia*, Buenos Aires, Espasa Calpe, segunda edición, 1943, p.89.

Si entendemos que toda importante ruptura con el pasado, aunque ella sea parcial, supone lo que comúnmente denominamos como “crisis”¹²⁵, no existe duda de que la nueva concepción del ser humano como un ser libertad, repercute en todo orden de cosas y, en especial, en las ciencias humanas, es decir, en aquellas que lo hacen el centro de su estudio. Es pertinente, por ello, referirnos a que el Derecho, como las demás disciplinas, que consideran al ser humano como el ente de su atención, al tener que replantear sus supuestos bajo una nueva y diferente concepción del hombre, se halla en crisis. Así, al menos, lo entendemos desde nuestra personal perspectiva..

El “redescubrimiento”¹²⁶ del ser humano como un *ser libertad* nos obliga, también, a replantearnos la cuestión de cuál es la finalidad del Derecho, cuál su sentido para la vida humana. ¿Es la de perseguir la justicia? ¿O, en cambio, la de asegurar la libertad personal dentro del bien común? El tema es central en cuanto responde a la actual y siempre renovada inquietud por saber cuál es el fin del Derecho, su razón de ser, para la vida humana social, es decir, coexistencial. Al intentar responder a estas preguntas claves para la comprensión del Derecho, podremos apreciar la esencial relación del Derecho con las nociones de libertad y de justicia, así como las existentes entre estos dos últimos conceptos. A ello nos lleva, ineludiblemente, la nueva concepción del ser humano.

El contemporáneo irrumpir, bajo nuevos parámetros, de la libertad en el escenario jurídico, sustentada en la naturaleza misma del ser humano -eje, centro y razón de ser del Derecho- obliga, como lo tenemos dicho, a un replanteo total de la disciplina jurídica y a esclarecer, hasta donde ello es posible, la relación de los conceptos medulares de libertad y justicia dentro del ámbito de nuestra ciencia. Es dable preguntarse, por consiguiente, cuál es el rol o función o, mejor aún, cuál es la situación que cada una de estas fundamentales nociones cumple en el marco del Derecho y, en especial y como derivación de la respuesta a la anterior inquisición, cuál es su relación en este especial escenario.

¹²⁵ Debemos reconocer que la noción de “crisis” ha perdido mucho de su raigal sentido por un exceso en su uso y aplicación a circunstancias que no le corresponden. El concepto responde a rupturas con el pasado de significación e importancia en alguna zona del saber o del acontecer.

¹²⁶ Utilizamos la expresión “redescubrimiento” en tanto el vislumbre sobre la libertad del ser humano es un aporte del cristianismo en tanto se trata de un ser que, según su libre arbitrio, puede salvarse o perderse para la vida eterna según sea su conducta en su transitar terrenal. Es decir, si comete pecados o lleva una vida arreglada a los preceptos de su religión. Se trata de un existente para la trascendencia, más allá de la muerte.

Ante el aporte referente la estructura existencial del ser humano, nos hallamos obligados a hacer el nada fácil esfuerzo intelectual de asumir - después de una constatación histórica y de sopesar las evidencias que nos muestra la realidad- que, en la actualidad, el Derecho atraviesa por una de las más decisivas y significativas crisis que ha experimentado desde la aparición de la primera pareja de seres humanos que pobló nuestro planeta, en un tiempo que nos resulta brumoso e incierto. El asunto nos inquietó desde antiguo y a él le hemos dedicado algunas reflexiones en el pasado, las que nos permiten el atrevimiento de sostener lo que venimos diciendo¹²⁷. No es imposible imaginar que no podrá comprenderse la magnitud de la actual crisis y su repercusión en las ciencias humanas si no profundizamos y reflexionamos finamente, hundiéndonos en la historia y en la evolución del Derecho, en torno a la nueva concepción del ser humano como la de un ser libertad. En este esfuerzo, a nuestro entender, reside la clave que nos permitirá adentrarnos en la temática que proponemos. Es sólo a partir de interiorizarnos en esta nueva situación que hallaremos la luz intelectual, fuerte y suficiente, para que logremos aprehender que se ha iniciado una nueva etapa, un nuevo período en la historia del Derecho a partir, reiteramos, de una concepción del ser humano que, sin dejar de ser un “animal racional”, arraigado en la Naturaleza, es simultánea y unitariamente, un ser libertad que nos abre al mundo del espíritu. Somos espirituales en tanto libres, somos libres en tanto seres espirituales.

Somos conscientes que el período de profunda crisis por la cual, desde el siglo pasado, atraviesa el Derecho tiene, por su importancia y trascendencia, el significado de una ruptura con el pasado, tanto en lo atinente al esclarecimiento y consecuente precisión de cuál sea su objeto de estudio, así como en lo concerniente a la finalidad que prioritariamente persigue la disciplina jurídica en relación con la vida humana, tanto en su vertiente individual como en aquella social. Se trata, por lo expuesto, de nada menos que de los dos cruciales temas del Derecho, sobre los cuales

¹²⁷ Cfr. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “El derecho en un período de transición entre dos épocas”, en *Revista Jurídica del Perú*, N° 1, Trujillo, enero-marzo de 1996; en “Anales” de la *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba* (Arg.), 1995; en “Anuario” del *Centro de Investigación en Ciencias Jurídicas, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Mérida*, 1992-1993. Cfr. también “La crisis del derecho”, en *Cuadernos de Derecho*, N° 2, órgano del Centro de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Lima, marzo de 1993; “Un nuovo modo di fare diritto”, en *Il diritto dei nuovi mondi*, a cura di Giovanna Visintini, Atti del Convegno promosso dall’Istituto de Diritto Privato della Facoltà di Giurisprudenza, Genova, Cedam, 1992 y “El Derecho en el fin del siglo XX. Un nuevo modo de hacer Derecho”, Arequipa, en *Scribas*, Año II, N° 4, 1998.

debemos poseer clara conciencia al penetrar en el área de lo jurídico. ¿Cómo no saber, a ciencia cierta, cuál es el objeto de estudio de nuestra materia? ¿Cómo es posible no poseer precisión sobre el objetivo central del Derecho, sobre la finalidad que pretende alcanzar en relación con la vida humana? Nada de ello podrá lograrse, desde nuestro punto de vista, si no asumimos, a plenitud, la nueva concepción sobre la naturaleza o estructura existencial del ser humano antes aludida.

3. A manera de necesario y resumido anticipo sobre las nuevas tendencias que actualmente irrumpen en el escenario jurídico

3.1. La finalidad del derecho

En resumen, y como pretendemos desarrollar más adelante, la nueva concepción del ser humano, que necesariamente repercute en los fundamentos mismos del Derecho, nos mueve a pensar que la finalidad de nuestra disciplina es proteger la libertad de cada persona en el seno de la sociedad con el propósito de que, cada cual, pueda cumplir con su destino, realizar su “proyecto de vida”, acatar el silencioso pero profundo llamado de su vocación, otorgarle una razón de ser, un sentido valioso a su vida. Ello, sin duda alguna, dentro del bien común al que está llamado a respetar, actuar de conformidad con el interés social, sin dañar al “otro”, en tanto el ser humano es, por naturaleza, un ser coexistencial o social. La misión del ser humano sólo puede desplegarse en sociedad, en comunión con los demás, dando y recibiendo. Es la única manera conocida y posible de existir, desde la concepción hasta la muerte terrenal.

Si la protección de la libertad del ser humano, de cada ser humano, es la razón de ser o finalidad del Derecho, tanto la sociedad como el Estado están a su servicio, dentro del ámbito del bien común. Dentro de este planteamiento, en el cual el Derecho cumple una función liberadora frente a los obstáculos que se interponen para la realización -hasta donde ello es posible- de la persona humana en sociedad, la justicia y los demás valores jurídicos se constituyen como indispensables instrumentos para tratar de *organizar la sociedad* de una manera adecuada para que todos y cada uno de los seres humanos, en tanto seres ontológicamente libres, pueden hacer uso o ejercitar de esta inherente libertad, es decir, estén en condiciones de realizar su personal “proyecto de vida” dentro del bien común.

Es en este punto, en el de las condiciones para ejercitar la libertad, es decir, para convertir la libertad ontológica en libertad fenoménica, que aparece la justicia y demás valores jurídicos que, objetivados en las normas que integran los ordenamientos jurídicos deben vivenciarse comunitariamente para que, dentro de una sociedad organizada en términos de justicia, seguridad y solidaridad, cada ser humano, todo ser humano, cuente con las opciones o posibilidades para poder cumplir con su “proyecto de vida”. Como se hace referencia en el apartado 148 de la sentencia de reparaciones dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso María Elena Loayza Tamayo, del 27 de noviembre de 1998, “difícilmente una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación”. De ahí que, con razón, la Corte expresa a continuación que dichas opciones “poseen, en sí mismas, un alto valor existencial”. Es por ende necesario que en una sociedad justamente organizada todos sus miembros tengan opciones que le permitan escoger entre ellas para, luego, realizar su plan existencial o “proyecto de vida”. Carecer de opciones o poseerlas en mínimo número impiden que el ser humano se realice como persona.

De lo expuesto se deriva que proteger la libertad de cada persona es la *finalidad* del Derecho, para lo cual se requiere del vivenciamiento colectivo de valores presididos por la justicia que, objetivados en normas jurídicas, permitan la realización de toda persona, el cumplimiento de sus respectivos “proyectos de vida” en el seno de la sociedad. Es así que la justicia se relaciona esencialmente con la libertad en tanto es de carácter *instrumental*, indispensable, junto con los otros valores jurídicos, para posibilitar el ejercicio de la libertad que le es inherente a cada ser humano en cuanto constituye su ser, es decir, lo que “lo hace ser los que es”.

El Derecho fue creado por los seres humanos en sociedad para “poder convivir”, lo que supone el que cada uno tenga un espacio en el mundo en el cual poder realizarse como persona, cumplir con “su proyecto de vida”. El Derecho, por consiguiente, protege tanto la *libertad ontológica*, es decir, el ser mismo del hombre, la que sólo se pierde con la muerte, como la libertad *fenoménica*, es decir la exteriorización de decisiones libres en el mundo exterior a través de actos o conductas. Nos referimos a la aparición en el mundo exterior de la libertad ontológica convertida en la realización de un determinado “proyecto de vida”.

En nuestra tesis elaborada como estudiantes para obtener el Bachillerato en Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima, presentada en el año de 1950 bajo el título de *Bosquejo para una*

determinación ontológica del Derecho, editada treinta y siete años después, en 1987, con el nombre de *El Derecho como libertad*, nos formulábamos, luego comprender lo que significaba la libertad como ser de la persona humana, la siguiente pregunta: “¿Libertad, para qué?”, nos interrogábamos y respondíamos: “Para vivir, para escoger, para hacer nuestra vida -que es lucha o es pacto con el mundo- de acuerdo a fines, a valores que escogemos gracias a aquella libertad”¹²⁸. Lo que escogemos, luego de valorar, es un “proyecto de vida” a realizar durante nuestra trayectoria existencial.

En la mencionada tesis de 1950 ya nos referíamos al “proyecto de vida” cuando sosteníamos que: “Vivir es realizar un proyecto de existencia, fabricar su propio ser, ser haciéndose”¹²⁹. Más adelante decíamos que: “La vida humana como proyecto es lo se quiere hacer”¹³⁰, en cuanto el hombre es un ser libertad. Apuntábamos que: “La vida humana es una sucesión de haceres de acuerdo con un proyecto”, es decir la realización de decisiones libres mediante actos o conductas que se exteriorizan en el mundo exterior desplegándose en el tiempo. Agregábamos: “El hombre es libertad que se proyecta. Libertad irrenunciable, constitutiva”¹³¹. Y reiterábamos: “El hombre es, en fin, libertad que se proyecta”. Concluíamos sosteniendo que: “La libertad le ha sido impuesta al hombre como responsabilidad”¹³². Ser libre es ser responsable.

Es esta libertad, tanto ontológica como fenoménica, que prioritariamente protege el Derecho, en tanto se tutela al ser humano en cuanto ser. Esta, que para nosotros es una realidad, la habíamos intuido en un lejano año de 1950 y la hemos venido desarrollando a través de toda nuestra existencia, con convicción y pasión.

¹²⁸ La primera edición de *El derecho como libertad* fue publicada en Lima por “Editorial Studium”, de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en el indicado año de 1987. La segunda edición es del año de 1994, en Lima, por la “Universidad de Lima” y, la tercera, también en esta ciudad, en el 2006, por “Editorial Ara”. La cita se encuentra en la página 153 de esta tercera edición.

¹²⁹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *El derecho como libertad*, tercera edición, ob. cit. en la nota anterior, pág. 112.

¹³⁰ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *El derecho como libertad*, tercera edición, pág. 112.

¹³¹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *El derecho como libertad*, tercera edición, ob. cit., pág. 114.

¹³² FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *El derecho como libertad*, tercera edición, pág. 115.

3.2. Las Tendencias

De esta realidad se desprenden las nuevas tendencias que avizoramos en la evolución del Derecho en nuestros días acordes con la nueva concepción del ser humano y, consiguientemente, con la revisión de los supuestos de la disciplina jurídica. En este sentido, y tal como subyace en las páginas que siguen, advertimos una tendencia que se mueve de un cerrado individualismo, que se concreta en la legislación del siglo XIX, hacia una vivencia más acentuada del valor solidaridad, de una mayor socialización en cuanto al contenido y dirección de la normatividad jurídica. Ello, ciertamente, con fatiga, esfuerzo, y superando naturales obstáculos que antepone el egoísmo frente a la solidaridad.

Una segunda línea de tendencias pretende, con el mismo esfuerzo y los mismos obstáculos, sustituir, paulatinamente en el tiempo, una posición patrimonialista, que centra la prioritaria protección del Derecho en la propiedad, calificada en el pasado inmediato como “absoluta, inviolable y sagrada”, por un humanismo o personalismo jurídico que, contrariamente a lo expresado, coloca a la persona humana como centro y eje del Derecho. Es decir, se trata de una tendencia que se dirige a la revalorización de la persona, a ubicarla jerárquicamente por encima de la propiedad que, si bien es indispensable para existir, no es ni puede ser un valor superior al ser humano, que es un fin en sí mismo.

Una tercera tendencia, que armoniza con las anteriores, es aquella que supera una visión unidimensional y, por ende, fragmentaria e incompleta del Derecho, por otra que presenta su objeto de estudio en una dimensión tridimensional, como la interacción -de suyo dinámica- de vida humana social -conductas humanas intersubjetivas-, valores y normas jurídicas.

Todo lo expuesto, aparte de la dinámica propia del Derecho al regular, a través de la jurisprudencia, la costumbre o la ley, las conductas intersubjetivas inéditas que van apareciendo cada cierto tiempo en la vida social, ya sea como derivadas de la propia dignidad del ser humano, de la creatividad popular o de los extraordinarios avances de la ciencia y de la tecnología. El Derecho es, en buena cuenta, vida humana social, valiosamente comprendida para, luego, ser regulada a través de normas jurídicas.

En 1950, en la mencionada tesis de Bachiller en Derecho, se postulaba la Teoría Tridimensional del Derecho. En aquella oportunidad sosteníamos que la “realidad jurídica es compleja” desde que “existe una pluralidad de elementos que integran la ciencia jurídica” por lo que, “para captar

adecuadamente “lo jurídico” se requiere no prescindir de ninguno de ellos”. A continuación señalábamos que: “Los estratos ontológico, estimativo y lógico se exigen mutuamente en una unidad”, es decir, “en la unidad del Derecho”. Expresábamos que “podemos apreciar aisladamente la conducta como libertad, las normas como pensamiento y los valores como seres ideales objetivos con validez propia, pero para captar lo jurídico en su integridad debemos considerar aquellas categorías en su inescindible unidad”¹³³. La conducta humana intersubjetiva, los valores y las normas jurídicas, afirmábamos, constituyen elementos “que se exigen mutuamente sin confundirse y que cobran unidad en el objeto Derecho”. Precisábamos que el “Derecho no es ninguno de dichos elementos en forma aislada”, sino que se constituye como “la integración de aquellos elementos”¹³⁴. Esta integración esencial se produce “en dinámica interacción” de los tres objetos que conforman lo jurídico: vida humana social o conductas humanas intersubjetivas, valores y normas jurídicas.

En el libro *Derecho y persona* efectuamos ulteriores precisiones en torno a la temática referente a la mencionada Teoría Tridimensional del Derecho de la que, en precedencia, hemos hecho una breve alusión¹³⁵.

4. En torno al objeto de estudio del derecho y su finalidad

Las preguntas antes expresadas en torno al objeto de estudio de la disciplina jurídica y sobre la finalidad del Derecho parecen banales y, por sabidas, innecesarias. Y, a nuestro parecer y experiencia, no es así. Cuando fuimos estudiantes de Derecho, en la década de los años 40 del siglo pasado, nuestro profesor del curso de Introducción al Derecho, el jusfilósofo peruano Juan Bautista de Lavalley, nos explicaba, siguiendo a Kelsen, que el objeto de estudio de nuestra disciplina son las normas jurídicas. Esta era, en aquel tiempo -qué duda cabe-, la posición abrumadoramente mayoritaria de la doctrina. La teoría formalista sobre el Derecho la encontrábamos en libros y ensayos. La difundían los profesores en sus respectivas cátedras. No obstante, en aquel entonces, bien lo sabemos, una minoría inspirada en el

¹³³ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *El derecho como libertad*, tercera edición, ob. cit., pág. 148.

¹³⁴ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *El derecho como libertad*, tercera edición, ob. cit., pág. 151.

¹³⁵ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho y persona*, cuarta edición, Lima, Editorial Grijley, 2001, pág. 65 t sgts.

Derecho Natural consideraba que el objeto de estudio de la ciencia jurídica era la justicia, mientras que los sociologistas o realistas estimaban que aquél objeto era la vida humana social, las costumbres sociales. Es decir, se postulaban tres distintos objetos de estudio de una misma disciplina.

Frente a esta disparidad de posiciones, un estudiante del primer año de una Facultad de Derecho, medianamente alerta y con cierta formación filosófica, quedaba desconcertado, perplejo. ¿Cómo es posible, se preguntaría, que no se sepa, a ciencia cierta, cuál es el objeto estudio de la disciplina que empiezo a estudiar? Y, si ese estudiante hubiese sido aficionado a los temas filosóficos y leído al filósofo español Xavier Zubiri, su natural e inicial desconcierto habría aumentado. En efecto, el filósofo observaba, en su trabajo capital, que si la “presunta ciencia no posee claridad previa acerca de lo que persigue, es que aún no es ciencia” y afirmaba, a continuación, que todo “titubeo en este punto es signo inequívoco de imperfección”¹³⁶. ¿No sería este, acaso, el problema central de la ciencia jurídica en los años 40 del siglo XX, en la que se hacían presentes *tres* objetos diversos como pretendientes a ser “el” objeto de estudio del Derecho? ¿Cuál era el objeto a conocer y estudiar por el Derecho: vida humana social, valores o normas jurídicas? ¿Es posible una ciencia que conozca y estudie, simultáneamente, tres objetos otorgándole a cada uno el rango de ser su propio objeto?

De otro lado, ante la interrogante sobre la finalidad del Derecho, ¿podríamos seguir sosteniendo en la actualidad que ella es exclusivamente la consecución de la justicia en las relaciones humanas? ¿Acaso carece de sentido preguntarse si ello es cierto? ¿La finalidad del Derecho se agota en la vivencia comunitaria de justicia? ¿Cuál sería la situación de la libertad personal en dicho esquema? ¿Existe, cabe inquirir, una relación evidente y esencial entre Derecho, libertad y justicia? De existir, ¿cómo se relacionarían estas tres nociones?

Aunque de inmediato y luego de una primera mirada e inicial reflexión no podamos aún percibir, con toda claridad, el proceso de crisis por la que atraviesa el Derecho desde que estamos inmersos en ella, intuimos, sin embargo, que constituye una insoslayable realidad que determina, en gran medida, nuestras relaciones interpersonales. Lentamente, con la pausa con la que se llevan a cabo, en un amplio arco de tiempo, los grandes cambios y transformaciones de la humanidad, advertimos cómo éstos van concretándose en el presente devenir histórico, como natural consecuencia

¹³⁶ ZUBIRI, Xavier, *Naturaleza, Historia, Dios*, Buenos Aires, Editorial Poblet, 1948.

del repensar crítico de las más importantes instituciones jurídicas a la luz de los nuevos supuestos del Derecho. Es decir, de los supuestos que, por un lado, se refieren a la nueva concepción del ser humano en tanto una estructura existencial “constituida y sustentada en la libertad”, lo que hace de él un ser espiritual y, del otro, de una nueva visión tridimensional del Derecho.

En otras palabras, el proceso de crisis se origina por el hecho de haberse iniciado una profunda reflexión, con sustento filosófico y en concordancia de lo que ocurre en la realidad de la vida, sobre cuál es el objeto de estudio del Derecho, a fin de ir superando dudas, desconcierto y perplejidades, así como por haberse redescubierto, previamente a este acontecimiento, la estructura existencial del sujeto a proteger por la disciplina jurídica. Es decir, nos referimos a la definición de dos cuestiones fundamentales en torno a la ciencia del Derecho. Todo esto supone, aunque ello no se logre aún captar a plenitud por la falta de una adecuada perspectiva temporal, que el Derecho ha entrado desde finales de la primera mitad del siglo XX en una crisis en la que estamos inmersos y que compromete sus supuestos. ¿Cómo, nos preguntamos, no encontrarnos en un proceso de crisis cuando una disciplina cuestiona nada menos que su objeto de estudio y su finalidad? De ahí que el deslinde de cuál es el objeto de estudio del Derecho y cuál su finalidad son los temas centrales dentro del proceso crítico al cual hacemos referencia. Ambos temas, que son centrales por fundamentales en la disciplina jurídica, se hallan, especialmente el segundo, en un lento y fatigoso proceso de decantación.

La Teoría Tridimensional del Derecho, por haber sido creada en Latinoamérica, una región en aquel entonces emergente, en la segunda mitad de los años 40 del siglo pasado, simultáneamente en Perú y en Brasil, ha tenido muchos obstáculos tanto en cuanto a la credibilidad de sus planteamientos como a su difusión en otras latitudes. No obstante, con la lentitud propia en la van calando ideas medulares, son cada vez más numerosos los juristas que han superado visiones unidimensional del Derecho, pretendiéndolo reducir a uno cualquiera de su tres elementos.

5. Las causas de ruptura con el pasado en el actual proceso de evolución del derecho

La correcta lectura de las tendencias que actualmente se observan en el Derecho se sustenta, por consiguiente y a nuestro entender, en el mayor y mejor conocimiento del sentido del cambio que experimenta la disciplina en

el nivel histórico en el que nos ha tocado vivir. Cambio que se hace inevitable a partir de la recepción que se produce en las ciencias humanas y, por cierto en el Derecho, de la nueva concepción sobre la estructura existencial del ser humano en tanto ser libertad. El proceso de hondas transformaciones surge, como se ha anotado, cuando ciertos filósofos, que integran la escuela de la filosofía de la existencia,¹³⁷ asumen una actitud crítica frente a la concepción generalizada en torno a la naturaleza misma del ser humano. En esta actitud de ruptura con el pasado en tan crucial asunto encontramos el germen del ostensible vuelco que se advierte en la disciplina jurídica, pese a que sus frutos o consecuencias aún no sean del todo patentes, salvo en muy escasos temas como el de la responsabilidad civil, por ejemplo.

Dicha novedosa situación en cuanto a la concepción sobre la naturaleza del ser humano -que se bosqueja en el pensamiento de algunos precursores pensadores¹³⁸ que aparecen en el siglo diecinueve-, permite el que algunos atentos filósofos del Derecho sostengan, con razón, que éste no se centra, prioritariamente -como se venía sosteniendo-, en la protección del patrimonio del ser humano, considerado éste tan sólo como un individuo aislado, desconectado de su contexto social, incomunicado, negando vanamente la realidad incontrastable de su estructura de ser coexistencial o social. La revalorización de la persona humana, como ser libertad, conduce, inexorablemente a considerar que ella es el centro y el eje del Derecho, objeto de su prioritaria atención y protección, desplazando así de la jerarquía que, absurdamente, venía ostentado por siglos el patrimonio instrumental.

La tradicional errónea visión patrimonialista del Derecho encuentra su máxima y certera expresión en el dogma sociopolítico que se hace realidad jurídica en el texto del Código Civil de los franceses de 1804, al afirmarse que la propiedad es el principal objetivo de la protección jurídica. Ello se concreta en el derecho positivo cuando se enuncia que el derecho de propiedad es “absoluto, inviolable y sagrado”. Estos calificativos, en cambio, no se aplican a los derechos personales, como la vida o la libertad.

Cabe señalar que el mencionado error en cuanto al primordial objetivo del Derecho empieza a disiparse cuando algunos pensadores -como es el caso de Kant, Fichte o, sobre todo, Kierkegaard- perciben, de manera

¹³⁷ Podemos citar entre dichos filósofos a Sartre, Marcel, Jaspers, Heidegger, Zubiri, Scheler y, más tarde, a Mounier y Ortega y Gasset.

¹³⁸ Nos referimos a Kant, Fichte, Nietzsche y, sobre todo, Kierkegaard.

diferente de la tradicional, la naturaleza o estructura existencial del ser humano. Ellos, al inspirarse en la concepción cristiana del libre albedrío, se apartan de la visión que se tenía desde la Edad Media sobre la persona humana al definirla como un ser “racional”. Se debe principalmente a Boecio, un precursor de Santo Tomás de Aquino, el haber sido, en el siglo VI a.C., el divulgador de la idea de que el ser humano es “una sustancia indivisa de naturaleza racional”. Este es el mensaje que recibíáramos, en su momento, sobre la calidad ontológica del ser humano de parte de nuestros profesores y que, a pesar de los años transcurridos, aún resuena en nuestros días.

6. La nueva concepción sobre la estructura existencial del ser humano y su repercusión en el derecho y, en general, en las ciencias humanas

Corresponde a la escuela de la filosofía de la existencia, en la primera mitad del siglo XX y tal como se ha precisado en precedencia, el desarrollo de los revolucionarios aportes sobre la estructura existencial del ser humano provenientes del cristianismo y de los precursores pensadores antes citados. Los integrantes de dicha Escuela sostienen que la naturaleza del ser humano no es otra que la de *ser libertad*, la que lo constituye y sustenta como un ser espiritual dotado de una estructura psicosomática o psicofísica. El espíritu sólo puede albergarse en un ente cuyo ser es libertad y éste no es otro que el ser humano.

6.1 la libertad como ser del hombre

La libertad ontológica en que consiste el *ser humano*, al tener que decidir entre dos o más conductas a proyectar y seguir, debe previamente valorar. Es esta valoración la que, como está dicho, lo hace un ser espiritual, capaz de distinguir entre el bien y el mal, la justicia y la injusticia y otras bipolaridades axiológicas. Se trata de un ser espiritual que, al requerir valorar para proyectar su vida, otorga un sentido a su existencia, una razón de ser a su vida, un destino a seguir, una misión a cumplir.

El histórico acontecimiento consistente en la aproximación de los filósofos a un conocimiento más preciso de la estructura existencial del ser humano, en cuanto libre y espiritual -aún no suficientemente valorado-, ha de cambiar, como en efecto viene sucediendo, el rumbo de todas las disciplinas que se ocupan y preocupan por el hombre. Éste ya no será solamente un ser “racional” -calidad que no lo diferencia sustancialmente de

los animales mamíferos- sino un ente que, precisamente por su calidad ontológica de ser libre, puede elegir, preferir y valorar las diversas opciones que le ofrece el mundo circundante para decidir sobre su personal “proyecto de vida”.

Los filósofos, ante los horrores de la primera Guerra Mundial y del avance de la tecnología que podría afectar al ser humano, entre otros factores, dejan de centrar su atención sobre el ser de los entes del mundo exterior para penetrar en el conocimiento de sí mismos, siguiendo el antiguo pero olvidado mandato de Sócrates. Es así como se abre una nueva etapa de la filosofía que prioriza el estudio de la naturaleza del ser humano con los resultados antes esbozados.

El valorar, para preferir alguna de las opciones que le ofrece el mundo exterior, hace posible que el ser humano ingrese al mundo de la espiritualidad. Sólo un ser capaz de vivenciar valores es un ser espiritual. La calidad de ser libre y espiritual es lo que distingue al hombre de los demás entes del mundo. Aparte, claro está, de su dimensión coexistencial y temporal.

6.2. La trascendencia de la nueva concepción sobre el ser humano

El aporte de la filosofía de la existencia trasciende a las disciplinas que estudian o tratan diversos aspectos relacionados con el ser humano. Así ocurre con el Derecho, en el cual el elemento central de su estudio y preocupación, que en el pasado era la propiedad, cede su lugar de jerárquico privilegio a la persona humana, la que deviene en el centro y eje de la disciplina jurídica¹³⁹. En Medicina sucede otro tanto. Pocas décadas atrás, surge en su seno la institución jurídica del “consentimiento informado”, la cual no habría sido posible imaginar ni elaborar si es que no se concibe al hombre como un ser libertad, capaz de decidir sobre su destino y, en este caso particular, sobre su cuerpo.

En efecto, así como los que ejercían la profesión jurídica consideraban al ser humano como un ser únicamente racional y centraban su atención en el estudio y privilegiada protección de la propiedad, los médicos, que antaño veían en la persona sólo la parte orgánica, para luego, pasado un

¹³⁹ Cfr. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “El derecho en el fin del siglo XX. Un nuevo modo de hacer derecho”, (n. 3).

buen tiempo, tomar en consideración lo psíquico, desde hace poco, bajo la concepción de un ser humano que es antológicamente libertad, se hallan ética y jurídicamente obligados a tratarlo como tal y, en consecuencia, pedirle y lograr su asentimiento antes de iniciar cualquier terapia o intervención quirúrgica.

6.3. La declaración universal de los derechos humanos

Como lo denota la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, es decir, a finales de la primera mitad del siglo XX, queda muy claro que es el ser humano, en cuanto fin en sí mismo -y no la propiedad, en tanto instrumento a su servicio- el ente que merece la máxima y prioritaria protección del Derecho. Las Constituciones que se dictan en la segunda mitad de dicho siglo incorporan en sus respectivos textos la tutela de los derechos de la persona, los que encuentran su fundamento en su inherente dignidad en tanto ser libre, espiritual e idéntico a sí mismo. Es decir, único, singular, irrepetible, constituyendo un rico y complejo universo personal.

La citada Declaración Universal de los Derechos Humanos no es por un acaso que se elabora a finales de la primera mitad del siglo XX. Ella es, en gran medida, producto de los hallazgos que, sustentados en el cristianismo nos ofrece la escuela de la filosofía existencial y en de los aportes de sus predecesores -como Kant, Fichte o Kierkegaard- sobre la estructura existencial del ser humano. Es a partir de la nueva concepción del ser humano como un ser libertad que se inicia o refuerza la revalorización de la persona humana como centro y eje del Derecho. Es en este proceso, en el que históricamente nos hallamos inmersos los juristas, intentando superar antiguas concepciones sobre el ser humano y el Derecho, y tratando de revisar, bajo los nuevos supuestos, los fundamentos de la institucionalidad jurídica para hacer de la persona humana, y no de la propiedad, el central y jerárquicamente prioritario objetivo a proteger por el Derecho.

Es decir, lograr que la persona no sea más concebida como un instrumento sino como un fin en sí misma. Ello supone humanizar el Derecho, superar, hasta donde ello es dable y oportuno, el cerrado individualismo, el patrimonialismo y el formalismo que, por siglos, han inspirado y dominado la escena jurídica. Ello, en una de sus dimensiones, que por ser concreta y más ostensible, obliga a reiterar, cuantas veces sea necesario, que la economía está al servicio de la persona y no ésta al de la economía. El valor justicia es, sin duda, jerárquicamente superior al valor utilidad.

6.4. La concreción legislativa de la nueva concepción del ser humano

No es esta la oportunidad para hacer una extensa referencia a la legislación comparada en la que se advierte la concreción del principio de la centralidad de la persona humana. Basta citar para el caso un ejemplo ilustrativo.

El artículo 1° de la derogada Constitución peruana de 1979 recoge el principio de que la persona humana, en cuanto ser libertad, es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Por consiguiente, la libertad personal es el bien prioritario a proteger por el Derecho, mediante el vivenciamiento comunitario de la justicia, la solidaridad, la seguridad y los demás valores jurídicos. Si una sociedad no está debidamente organizada en términos de justicia, existirán sectores de la población marginados, sumidos en la miseria, carentes de los bienes indispensables para subsistir dignamente.

Para las personas inmersas en la pobreza de nada vale la libertad, que las constituye y sustenta, si no pueden actuar como seres libres, realizando o tratando de implementar su personal “proyecto de vida”. Sin contar con opciones o posibilidades de vida a su disposición, como la educación, la salud, el empleo o los servicios básicos, los extremadamente pobres, los míseros, no podrán vivir como seres libres. La realización comunitaria de justicia y de los demás valores jurídicos, se constituyen, precisamente, en uno de los más importantes instrumentos o medios para asegurar que cada ser humano se desarrolle como un ser libertad. Es decir, que pueda concebir y realizar, en la realidad de la vida, su personal “proyecto de vida”, otorgándole un sentido y una razón de ser a su existencia.

La nueva visión humanista o personalista del Derecho se halla también normativamente concretada en el artículo 4° de la derogada Constitución peruana de 1979, texto que es recogido por el artículo 3° de la vigente de 1993. En estos numerales se prescribe que la enumeración de los derechos de la persona reconocidos por la Constitución no excluye los de naturaleza análoga o que “deriven de la dignidad del hombre”¹⁴⁰. Como se advierte, no pueden dejar de protegerse aquellos intereses existenciales o derechos naturales, inherentes a la persona, que se sustenten en su dignidad de ser libre, espiritual, único. Este enunciado confirma lo sustentado en el artículo

¹⁴⁰ El artículo 4° de la derogada Constitución peruana de 1979, de corte personalista, texto recogido en el artículo 3° de la vigente de 1993, tiene el siguiente tenor: “La enumeración de los derechos reconocidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que derivan de la dignidad del hombre, del principio de soberanía del pueblo, del Estado socia y democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.

1º de la derogada Constitución peruana de de 1979, antes referido, en el sentido que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado, así como reafirma el contenido del axioma jurídico fundamental, también anteriormente citado.

7. El “proyecto de vida” como instancia última de protección jurídica

La instancia última de protección jurídica resulta ser, por consiguiente, la persona humana en cuanto es un ente cuya naturaleza es la de un *ser libertad*, el que se exterioriza en la realidad del diario existir a través del fundamental “proyecto de vida”, el que ha de trata de realizar la persona durante su trayectoria existencial, siempre en concordancia y sintonía con el bien común¹⁴¹. El desenvolvimiento de este singular, único e intransferible personal “proyecto de vida”, debe ser materia de la más amplia protección constitucional¹⁴². La libertad se evidencia en la concepción y ejecución de sucesivos e ininterrumpidos proyectos en su cotidiano existir y, en

¹⁴¹ Sobre la protección de la libertad fenoménica o “proyecto de vida” cfr. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Libertad, Constitución y Derechos Humanos*, Editorial San Marcos, Lima, 2003, Capítulos 6 y 7.

¹⁴² Sobre el proyecto de vida cfr. Fernández Sessarego, Carlos, “Daño al proyecto de vida”, en *Derecho PUC*, órgano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, N° 50, Lima, 1996; en *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Tomo V., Giuffré, Milano, 1998; en *Responsabilidad Civil y del Estado*, N° 6, Medellín, mayo de 1999; en *Revista Jurídica*, órgano de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana, N° 3, San Juan de Puerto Rico, mayo-agosto del 2000. Puede también cfr. del autor “Nuevas reflexiones sobre el daño al proyecto de vida”, en *Revista Jurídica del Perú*, N° 38, Trujillo, septiembre del 2002 y en *Responsabilidad Civil y Seguros* Año IV, N° VI, Buenos Aires, noviembre-diciembre del 2002. Puede también verse del autor “El daño al proyecto de vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Estudios en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, tomo I, Madrid, Editorial Civitas, 2003; en *Responsabilidad Civil y Seguros*, Año V, N° IV, Buenos Aires, julio-agosto del 2003; en *Revista Peruana de Jurisprudencia*, N° 31, Trujillo, septiembre del 2003; en *Derecho PUCP*, órgano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 56, Lima, junio del 2003 y en la *Revista del Centro de Educación y Cultura*, editada por la Corte Superior del Cono Norte, Año 1, volumen 1, Lima, mayo del 2004, así como “Deslinde conceptual entre el “daño a la persona”, el “daño al proyecto de vida” y el “daño moral”, en *Foro Jurídico*, Año I, N° 2, Lima, julio del 2003; en *Revista Jurídica del Perú*, Año LIII, N° 50, Trujillo, setiembre del 2003; en *Responsabilidad Civil y del Estado*, N° 16, Medellín, febrero del 2004; en *Responsabilidad Civil. Nuevas tendencias, unificación y reforma. Veinte años después*, Lima, Editorial Palestra, 2005 y en *Studi in onore de Cesare Massimo Bianca*, Tomo IV, Milano, Giuffré, 2006. Puede también consultarse de SALADO OSUNA, Ana, *Los casos peruanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Trujillo, Editorial Normas Legales, 2003, pág. 241 y sgts.

particular, en su “proyecto de vida” que entraña el rumbo o destino que la persona ha decidido darle a su existencia, otorgándole un sentido o razón de ser.

La libertad es el máspreciado don de la persona humana en cuanto es nada menos que su propio *ser*, el que constituye y sustenta su unidad psicosomática. Partiendo de un feliz fecundo aporte de Kierkegaard¹⁴³ podemos aproximarnos a una descripción del ser humano a la altura de nuestro tiempo, tal como lo tenemos escrito en otras sedes, como “*una unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad*”. Libertad que lo constituye como un ser espiritual.

De ahí que, no obstante la inexistencia en los ordenamientos jurídicos positivos de principios o de normas jurídicas, los juristas debemos tener siempre presente que la protección de la libertad personal es el principal objetivo del Derecho, el que se concreta en el axioma jurídico fundamental que rige la vida comunitaria. Este axioma enuncia, como lo hemos apuntado en precedencia, que cualquier conducta humana intersubjetiva está permitida salvo que, mediante ella, se lesione el interés ajeno o se atente contra la ética o el orden público. No puede perderse de vista, por ende y en ningún caso, que el *prius* del Derecho es la libertad. Lo prohibido y penado constituye, por tanto, la excepción. En otros términos, que el Derecho reconoce que su razón de ser, que su misión, es la de proteger la libertad, la realización del proyecto de vida de cada persona, dentro del bien común, por lo que sólo se prohíbe y pena, por excepción, la injusticia, el daño a la persona en cualquiera de sus múltiples manifestaciones.

8. El necesario previo conocimiento de la estructura existencial del ser humano para adentrarse en lo jurídico

Consideramos que lo sintéticamente hasta aquí expresado obliga a los operadores del Derecho -garantizadores y defensores de la libertad, de los derechos fundamentales y del patrimonio de las personas-, conocer, hasta donde ello es dable, dos cuestiones previas -por básicas- de su accionar profesional. En primer lugar, el juez, el jurista y el abogado del siglo XXI deben poseer una percepción, lo más aproximada posible, de la calidad ontológica y de la estructura del ente que deben proteger en el ejercicio de la judicatura o de la abogacía, el que no es otro que la persona humana. Ello permitirá que su ejercicio profesional cobre su real dimensión, adquiera

¹⁴³ Cfr. KIERKEGAARD, Sören, (n. 1), p. 84.

auténtico sentido y resulte más eficaz así como que resulte apegado a la realidad de la vida. Con mayor razón, esta necesidad es apremiante en el jurista, en el científico del Derecho, que debe elaborar la doctrina que sustente esta posición y redactar códigos y leyes que deben recogerla.

Hemos manifestado, en diversas ocasiones, que no se puede proteger debida, oportuna y adecuadamente lo que se desconoce o se conoce insuficientemente. Este saber, por simple lógica, resulta previo a toda acción protectora. No es lo mismo, por consiguiente, proteger un vaso de plástico que un vaso de cristal o una piedra que brilla de otra que carece de esta característica, para citar dos ejemplos banales. Para quien, hipotéticamente, sólo conoce y ha usado en su vida vasos de plástico o protegido atractivas piedras de río o de mar, no sabrá que tipo o calidad de protección debería darle cuando se enfrente, sin conocimiento previo de su estructura o naturaleza, tanto a un delicado vaso de cristal como a un valioso brillante o diamante. En términos generales lo mismo sucede en el campo de la disciplina jurídica. No es igual proteger a un ente cuyo ser se agota en la racionalidad que a uno cuyo ser es sustancialmente diferente en cuanto es libertad.

En el sentido antes tratado debemos reiterar, en esta nueva oportunidad, que la estructura psicosomática o psicofísica -como prefiere llamarle la mayoría de autores que tratan el tema- está al servicio de la libertad, de las íntimas decisiones del ser humano. Es el más próximo instrumental para la puesta en marcha, para la concreción en la realidad de la vida, en el mundo exterior, tales decisiones. Otros elementos con lo que necesariamente cuneta el ser humano para realizarse como persona son los seres humanos, con los cuales convive y hace su vida, y con las cosas u objetos del mundo exterior.

En segundo término, estimamos que el operador del Derecho debe poseer una concepción lo más clara posible sobre *qué es el Derecho* sobre cuál es su objeto de estudio. Es decir, debe conocer, sin titubeos o dubitaciones, el objeto de la disciplina cuyos principios y reglas aplica en el ejercicio de su actividad profesional. La respuesta a esta crucial interrogante la encontrará en uno de los hallazgos que signan nuestro tiempo. Este se refiere a que el Derecho no es, como se sostenía en el pasado, una disciplina unidimensional, ya sea que se considere que el objeto de su estudio lo constituyan tan sólo las normas jurídicas, como lo pretende el formalismo jurídico, o la dimensión axiológica, como lo postula la escuela del derecho natural o, simplemente, la vida social, como lo sostiene el sociologismo o realismo jurídicos.

Saber a ciencia cierta cuál es el objeto de estudio del Derecho y, por ende, tener clara conciencia de su sentido y de su finalidad para la vida humana de relación resultan ser los presupuestos básicos e ineludibles en toda actividad jurídica. Ello es, por consiguiente, un saber previo al proceso de información y transmisión de conocimientos que se brinda en las Facultades de Derecho. Antes de empezar los estudios propiamente dogmáticos, el estudiante debería tener muy precisos dichos conceptos así como sobre la utilidad e importancia del Derecho para la vida humana. Debe, además, saber cuál es la relación entre el Derecho la libertad y la justicia y, al mismo tiempo, entre estas dos nociones.

Lamentablemente, en los tiempos que corren nos alejamos cada vez más de atender la necesidad antes enunciada. Los estudios de Teoría General del Derecho o de Filosofía del Derecho no se encuentran, frecuentemente, en los planes de estudio de las Facultades de Derecho del país. Ello, sin duda, conspira contra de la adecuada formación y calidad de los operadores del Derecho. No saber, a ciencia cierta, lo antes referido constituye la forma más exquisita del pragmatismo imperante en ciertos círculos jurídicos, especialmente de los países emergentes.

9. La teoría tridimensional del derecho

Consideramos, desde nuestro punto de vista, que la respuesta en cuanto a la determinación del objeto de estudio de la disciplina jurídica, que se halla en concordancia con lo que ocurre en la realidad de la vida humana de relación, está dada por la concepción que se conoce como la “Teoría Tridimensional del Derecho”, elaborada en los años cuarenta del siglo XX y divulgada después de los años 50 de dicha centuria.

La Filosofía del Derecho logra superar, en aquel momento histórico, la fragmentaria visión unidimensional de la disciplina jurídica mediante una novedosa elaboración conceptual. La Filosofía del Derecho contribuye, a través de los aportes de dicha específica Teoría, a descifrar el enigma que, cual hidra de tres cabezas, en cuanto la disciplina jurídica poseía, simultáneamente, tres distintos o heterogéneos objetos de estudio. La pregunta, que surgía al comprobarse la realidad en la que se hallaba inmerso el Derecho en lo atinente a la determinación del objeto de su estudio, era si fuese posible que una ciencia posea, a la vez, tres diferentes objetos a conocer, es decir, vida humana social, valores y normas jurídicas.

La respuesta al problema planteado se produce gracias al aporte de la concepción tridimensional del Derecho, la que no hubiera sido viable sin el

sustento de la filosofía de la existencia. Ésta postula, como está dicho, que el *ser* del hombre es *libertad*¹⁴⁴. A partir de esta nueva visión del ser humano es dable sostener en la actualidad que, si bien el Derecho surge primariamente en la vida humana social como producto de una relación de conductas humanas intersubjetivas, éstas deben ser valoradas para, luego, convertirse en reglas de Derecho, es decir, en normas jurídicas. Es, así, como se afirma que no hay Derecho sin vida humana social, sin valores y sin normas.

Pero, si bien ninguno de dichos tres elementos constituye, por sí solo, el objeto de estudio del Derecho, no es tampoco posible que alguno de ellos esté ausente cuando se alude al *concepto* “Derecho”. El objeto de la disciplina jurídica aparece, de este modo, por la **interacción** -de suyo dinámica- de vida humana social, valores y normas. Dicha interacción es dable desde que el ser humano es el único ente que, por ser libre, es estimativo. Es decir, que está dotado de la capacidad de vivenciar valores. Pero, al mismo tiempo, el hombre, al sensibilizar dichos valores, está también capacitado, en cuanto ser racional, para formular reglas jurídicas. Es así que si no existiera relación humana, intersubjetividad de conductas, no habría nada que valorar ni normar. Ello es posible sólo a partir de la presencia de vida humana social, razón por la que consideramos que es ésta el elemento primario, más no el único del Derecho. De existir vida humana social, intersubjetividad de conductas, es dable valorarla para, luego, regularla normativamente. Es este el proceso de elaboración de lo que conocemos como “Derecho”. Esta noción surge, por consiguiente, por la interacción de vida humana social, valores y normas jurídicas.

Dicha interacción, para reducir a la unidad el concepto “Derecho”, es posible, como lo hemos enunciado, dada la singular estructura existencial del ser humano. En efecto, éste está dotado para conocer y vivenciar valores, para valorar conductas humanas intersubjetivas. Frente a conductas humanas interferidas el ser humano puede vivenciar o sensibilizar los valores que ella entraña. Es decir, determinar si la relación, por ejemplo, está dada en términos de amor o de justicia o de otros valores o desvalores. Luego, una vez que se vivencien los valores en mención, el ser humano en cuanto ser racional, está capacitado para regular dicha intersubjetividad de conductas a través de normas jurídicas.

¹⁴⁴ Sobre la concepción tridimensional del Derecho cfr. REALE, Miguel, *Teoría Tridimensional del Derecho*, Valparaíso, Edeval, 1978 y FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *El derecho como libertad*, tercera edición, Lima, Editorial ARA, 2006 y *Derecho y Persona*, cuarta edición, Lima, Grijley, 2001.

10. El escenario jurídico contemporáneo

En resumen, el escenario contemporáneo en el cual los juristas y los operadores del Derecho despliegan su actividad profesional es, por lo expuesto, totalmente diferente de aquél en el cual ejercían su ministerio en el siglo XIX y en la primera mitad del siglo XX, momento éste último en el que recién se producen los hallazgos y desarrollos tanto referentes a la estructura existencial del ser humano como a los atinentes al objeto del Derecho, a los que hemos hecho referencia en páginas precedentes. Este nuevo escenario, como es fácil comprender, es distinto al del pasado en lo que concierne a las dos más radicales y previas cuestiones que debe conocer todo operador del Derecho que se estime. El ser humano, el hombre o persona, dejó de ser tan sólo un “animal racional” y el Derecho no es tampoco tan sólo el estudio ya sea de vida humana social, de valores o de normas jurídicas, por separado, sino el resultado de la interacción de estos tres objetos, tal como se ha señalado en precedencia.

El escenario en el cual se desarrolla la actividad jurídica en el siglo XIX y en las primeras décadas del XX, es claramente diferente del actual en cuanto, como se ha anotado, concierne a la concepción sobre la calidad ontológica o estructura del ser humano, el que deja de ser tan sólo “un animal racional”, como se le distinguía en el pasado, para aparecer como un ente cuyo *ser* no es la *razón* sino la *libertad*. Ésta lo constituye, como se ha expresado, en un ser *espiritual*, capaz de conocer y vivenciar valores. Sin dejar de pertenecer a la naturaleza, en cuanto animal mamífero, el ser humano trasciende esta realidad para constituirse, simultáneamente, como un ser espiritual. En otras palabras, sin dejar de poseer los instintos propios de todo animal mamífero no está absolutamente condicionado por ellos en tanto es capaz de administrarlos y hasta sublimarlos.

El escenario en que se desarrolla la abogacía contemporánea es también diferente de aquél en el que se le ejercía en tiempo pretérito en lo que se refiere a la concepción del Derecho. En la actualidad, se considera que el objeto de su estudio no son las normas jurídicas, como proclamaba el formalismo -cuyo máximo representante fue Hans Kelsen- desde que no puede excluirse ni a la vida humana, a partir de la cual surge el Derecho, ni a los valores que se constituyen en rectos y firmes criterios de inspiración para la debida regulación normativa de las conductas humanas intersubjetivas. Es decir para distinguir aquellas que son justas de las que no lo son, para permitir las primeras y prohibir las segundas. Las primeras serán, por tanto, lícitas y las otras son ilícitas por injustas.

La noción “Derecho” surge, cabe reiterarlo, de la interacción de dichos objetos. Ellos, por consiguiente, no se hallan yuxtapuestos, uno al lado del otro, sino que se reducen a la unidad dada la interacción existente entre ellos para integrar dicha unitaria noción.

El jurista y el operador del Derecho de nuestros días se desenvuelve, por lo anteriormente expresado, en un escenario en el cual se ha revalorizado al ser humano al considerársele como “sujeto de derecho”, ya sea que actúe individualmente, antes o después de nacido, o colectivamente a través de organizaciones de personas que pueden o no inscribirse a fin de convertirse, en el caso de hacerlo, en las denominadas “personas jurídicas”. No puede olvidarse que el ser humano es el creador y protagonista del Derecho y el destinatario de las normas jurídicas que ha formulado para lograr su convivencia en libertad y dentro del bien común, para lo cual es necesario el vivenciamiento comunitario de valores presididos por la justicia.

El Derecho es una exigencia existencial en cuanto el ser humano, dada su propia naturaleza, es la de un ser estructuralmente coexistencial. Al tener que convivir con otros seres humanos en sociedad, requiere asegurar la protección de su libertad, a fin de realizarse como persona humana, para cumplir con su singular “proyecto de vida”, para otorgar un sentido a su existencia. Para ello, recurre a la valoración de las conductas intersubjetivas y a las normas jurídicas, en las cuales se objetivan dichas conductas humanas debidamente valoradas, ya sea en el sentido de su permisividad o de su prohibición.

11. Derecho, libertad, justicia

La clarificación de los supuestos del Derecho, que encuentra su sustento en los hallazgos filosóficos sobre la estructura existencial del ser humano, desarrollados en la primera mitad del siglo XX, tienen el significado de un revolucionario salto de calidad que permite poseer una nueva visión del Derecho así como de su real sentido para la vida humana. Sin embargo, bien lo sabemos, los supuestos sobre los que se fundamenta nuestra disciplina jurídica no son “nuevos”. Ellos sólo estaban ocultos en la bruma. Felizmente, dichos supuestos fueron puestos de manifiesto, se evidenciaron, en virtud de la potente luz que sobre ellos volcó el pensamiento filosófico, en continuo diálogo con la realidad de la vida.

La nueva concepción de la persona humana -como “unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad”- y la visión

tridimensional del Derecho, como se ha señalado, son los nuevos supuestos que deben tenerse presentes para la cabal comprensión de la institucionalidad jurídica y de su consiguiente finalidad. En este escenario, lo que el Derecho persigue, como se ha anotado, es el que *cada* persona pueda cumplir con su “proyecto de vida” en cuanto ser libre, responsable de su propio destino, en armonía con el bien común y en sintonía con el interés social.

Para lograr dicha finalidad, el Derecho debe propender a que en las relaciones interhumanas se vivencien los valores jurídicos que el ser humano sensibiliza, los que están presididos por la justicia, la seguridad y la solidaridad. Para ello, se regulan valiosamente las conductas humanas intersubjetivas mediante la ley -que es un instrumento al servicio de aquéllos-, cuya vigencia y acatamiento social permiten la liberación continua del ser humano dentro del interés social.

Es así que podemos referirnos a la función *liberadora* del Derecho en cuanto, a través de su aparato normativo que permite conductas intersubjetivas que vivencia justicia y prohíbe aquéllas de signo contrario remueve, hasta donde ello es posible, los obstáculos que impiden la realización del ser humano, el cumplimiento de su personal “proyecto de vida”. En este sentido, Mounier afirma que “...la ley, piloteada por la libertad, es instrumento de nuestra liberación continua y de nuestra integración progresiva en un universo de personas morales”¹⁴⁵. En esta misma dirección, el segundo párrafo artículo 3° de la Constitución italiana de 1947 prescribe que: “Es deber de la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del País”.

Los juristas y los operadores del Derecho deben adecuar su actividad profesional, cualquiera sea el nivel en que la desempeñen, teniendo en cuenta esta nueva realidad. Deben comprender, con toda claridad, que la finalidad última del Derecho es la *liberación* continua del hombre, de *cada* ser humano. Es decir, el intentar lograr a través de la vivencia social de los valores, que se objetivan en las normas jurídicas, que cada persona pueda realizar su “proyecto de vida”, cumplir su destino, vocación y misión social, dentro del bien colectivo. De ahí que el Derecho, mediante los valores y las

¹⁴⁵ MOUNIER, Emmanuel, El personalismo, décimo segunda edición, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1980, pág. 46.

normas jurídicas, apunte, en última instancia, a la liberación del ser humano al promover la vivencia de los primeros y, mediante las segundas, la eliminación -hasta donde ello es posible- de los obstáculos que impidan el logro de la realización de la persona humana. Es decir, que cada persona pueda cumplir con el destino que se ha trazado, darle a su vida el rumbo deseado, ejecutar su “proyecto de vida”, otorgarle un sentido o razón de ser a su existencia. De ahí que todos los cotidianos y múltiples proyectos del ser humano están enderezados, en última instancia, al cumplimiento de dicho personal “proyecto de vida”. En otros términos, y como está dicho, a lo que el ser humano decidió “ser” y “hacer” con su existencia, con el precioso don de la vida.

Por ello reiteramos que los juristas, los jueces y los abogados no lograremos comprender a cabalidad lo anteriormente expresado si no conocemos, lo más aproximadamente posible, la estructura del ser humano y, consiguientemente, la del Derecho. La primera lógica e indispensable exigencia de todo operador jurídico es conocer la naturaleza o estructura existencial del ser humano, que es el ente al cual debe defender y aconsejar. No se puede proteger debidamente lo que se desconoce o se conoce insuficientemente. Si los juristas no somos conscientes del nuevo escenario del Derecho en el cual la persona humana ocupa un lugar central, no estaremos en condiciones de aprehender su sentido para la vida humana. Es decir, su razón de ser. De ser así, nos convertimos tan sólo en técnicos operadores de normas jurídicas, las que aplicamos sin tener plena conciencia o claridad intelectual sobre cuál es su finalidad para la vida humana.

12. Transición del derecho entre dos épocas de diferentes signos ideológicos

Los nuevos supuestos relativos a la calidad ontológica del ser humano y a la naturaleza tridimensional del Derecho han originado, como obligadamente tenía que suceder, un paulatino replanteo crítico de la institucionalidad jurídica. La puesta en marcha de esta necesaria revisión pone en evidencia que el Derecho atraviesa por un período de transición entre dos épocas, las que se despliegan en un tramo temporal que abarca un antes y un después de la revalorización de la persona humana en la primera mitad del siglo XX, luego de mostrarla como un *ser libertad*, que posee una estructura coexistencial y, a la vez, temporal.

El proceso de transición por el que atraviesa el Derecho en nuestro tiempo se puede aprehender, al menos, a través de tres claras tendencias que vienen delineándose desde la segunda mitad del siglo XX. Su percepción nos permite vislumbrar el antes y el después del fluido pero lento proceso en el cual estamos inmersos. La primera de tales tendencias supone el intento de superar un exacerbado individualismo, vigente en nuestro tiempo -que resulta ser egoísta, contrario a la estructura del ser humano-. Este cambio se mueve en la dirección de lograr una coexistencialidad social predominantemente signada por la solidaridad.

La segunda tendencia está constituida por la paulatina, fatigosa y difícil transformación de un Derecho, que protege prioritariamente la propiedad, hacia otro en el cual el lugar cimero y central lo ocupa, jerárquicamente, la persona humana en cuanto ser libre, coexistencial y temporal.

La tercera tendencia está dada por la cada vez más rápida transición desde una fragmentaria visión unidimensional de lo jurídico hacia una concepción tridimensional del Derecho. Es decir, de un esfuerzo intelectual para que se comprenda, sin dudas ni titubeos, que el objeto de estudio del “Derecho” está dado por la *interacción* de conductas humanas intersubjetivas, valores y normas jurídicas. Como lo hemos apuntado en precedencia, ninguno de estos tres elementos es el único objeto de estudio de nuestra disciplina jurídica pero, es del caso recalcar, que ninguno de ellos puede estar ausente cuando nos referimos al concepto “Derecho”.

La interacción en referencia es posible para alcanzar el unitario concepto “Derecho” dada la singular estructura existencial del ser humano. Éste, en tanto un ser libertad, está condenado a proyectar continuamente su quehacer cotidiano así como a mediano y largo plazo hasta la configuración de su “proyecto de vida”. Para proyectar, el ser humano debe escoger y preferir determinadas conductas sobre otras. Esta aptitud, que lo hace un ser estimativo, supone vivenciar cuál de dichas conductas resulta la más valiosa. La persona humana tiene, por consiguiente y en cuanto un ser libertad, la capacidad de conocer y vivenciar valores, los que orientan su transitar existencial. Es, por ello, que puede valorar conductas humanas intersubjetivas a fin de vivenciar en ellas lo valioso de su proceder o la negatividad axiológica del mismo.

De otro lado, el ser humano, en tanto racional, puede convertir la valoración de conductas humanas intersubjetivas en normas jurídicas que permitan lo valioso y prohíban aquellas de signo contrario. Es, por lo expuesto, que se advierte que en la propia naturaleza del ser humano está

dada la posibilidad de la interacción de conductas intersubjetivas, valores y normas jurídicas.

13. El replanteo crítico de la institucionalidad jurídica

Las nuevas concepciones tanto de la persona humana -en cuanto *ser libertad* – como la tridimensional del Derecho – en cuanto interacción de tres objetos, como son la vida humana social (conductas humanas intersubjetivas), valores y normas jurídicas- obligan a los juristas que han comprendido este impresionante vuelco histórico a revisar y repensar la institucionalidad jurídica sobre la base de estos nuevos supuestos.

Es posible apreciar en nuestros días que, como resultado de dicha revisión, se han esclarecido diversos conceptos jurídicos así como se han descubierto aspectos inéditos de dicha institucionalidad jurídica. Es el caso, entre otros, de la clasificación fundamental del derecho, de la subjetividad jurídica, de la capacidad, de la clasificación de sujeto de derecho, de la propiedad, de la naturaleza de la “persona jurídica”, de la autonomía de la voluntad, de la responsabilidad civil convertida hoy en Derecho de Daños, del daño a la persona y del daño al proyecto de vida, de la “antijuricidad” como categoría jurídica, de la empresa como sujeto de derecho. Estas son, al menos, algunas de las instituciones que, al esclarecer sus supuestos, presentan una nueva fisonomía jurídica. De ellas nos ocupamos, brevemente, en los siguientes párrafos.¹⁴⁶

Nos atrevemos a pensar que en el siglo XX se inicia el segundo Renacimiento, pues se advierte un avance extraordinario en todos los campos del saber humano, centrado en el respeto a la dignidad humana. Ello, pese a los inevitables conflictos violentos promovidos por seres humanos que actúan tanáticamente o del ilícito empleo de descubrimientos como, por ejemplo, es el caso de la energía nuclear.

Muestra de lo aseverado es el que un histórico 10 de diciembre de 1948, al terminar la primera mitad del siglo XX, se aprueba la Declaración Universal de los Derechos Humanos y, paulatinamente, surgen los tribunales supranacionales destinados a la protección de los derechos fundamentales. La soberanía de los Estados se difumina relativamente en este singular aspecto. A la humanidad toda le interesa que no se violente al ser humano en cualquier parte del globo. Los derechos humanos superan las

¹⁴⁶ Sobre el tema, en general, pueden consultarse los trabajos citados en la nota 2 de este ensayo.

fronteras. Los crímenes de lesa humanidad no prescriben y pueden ser perseguidos y juzgados en cualquier zona del planeta en el cual vivimos. Se protege al ser humano, donde se halle. Es este un avance extraordinario de la civilización humana.

Todo ello es posible al advertirse la calidad ontológica del ser humano en tanto un ser libertad, lo que lo hace digno e idéntico a sí mismo. El concepto de dignidad de la persona humana se convierte en fuente de derecho. Cualquier derecho o interés existencial que tenga su fundamento en la propia dignidad del ser humano debe ser materia de protección jurídica, aún cuando no existan dentro de un determinado ordenamiento normas que específicamente lo tutelen.

Bastaría citar un ejemplo en el sentido de lo que hemos sostenido. En los primeros años de la segunda mitad del siglo XX, como anteriormente lo bosquejamos, los médicos se interesaban tan sólo de auscultar lo orgánico, lo fisiológico, de la persona del paciente. En las décadas inmediatamente posteriores a dicho momento se descubre que el ser humano es una inescindible unidad psicosomática, por lo cual se toma en cuenta el factor psíquico antes de formular un diagnóstico. Surge así la llamada Medicina Psicosomática. En la segunda mitad del mencionado siglo el médico advierte que el ser humano es un ser libertad. Por ello, se ve obligado a solicitar su asentimiento antes de iniciar una determinada terapia o un acto quirúrgico. Es decir, la nueva concepción del ser humano, como un ser libertad, renueva el accionar de los médicos y su disciplina se sustenta en un inédito supuesto antes ignorado o, simplemente, no tomado en consideración.

El Derecho, en esta especial circunstancia, acude creativamente en auxilio de la Medicina al inventar la figura del denominado “consentimiento informado”, la cual, originalmente surge en la jurisprudencia y se consolida mediante el desarrollo doctrinal. Ella es receptada por la segunda de las disciplinas antes nombradas y adquiere, en nuestros días, vigencia en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de diversas latitudes.

El proceso de reconocimiento de la calidad ontológica del ser humano -persona para el Derecho- como un ser libertad, coexistencial y temporal, obliga, como se advierte, a revisar los supuestos de las ciencias humanas y, consiguientemente, a su adaptación a esta nueva realidad.

Donde se percibe con mayor claridad este extraordinario fenómeno es en el área de las disciplinas que tratan sobre el ser humano. No es igual estudiarlo como un “animal racional” que como un ente espiritual, constituido y sustentado en su libertad, estructuralmente coexistencial y

temporal. Ello, sin perder de vista el arraigo del ser humano a la Naturaleza en cuanto animal mamífero.

La revisión jusfilosófica de los supuestos del Derecho obliga a los juristas, por consiguiente y a partir de la segunda mitad del siglo XX, a conciliar los resultados de sus hallazgos con la vigente institucionalidad jurídica. Ello supone, como se ha anotado, su replanteo teórico a la luz de las nuevas realidades. Este proceso viene realizándose en forma silenciosa y paulatina, sin estridencias, pero con positivos aportes. Por ello, el Derecho se encuentra en un período de movilidad, de transición entre dos épocas presididas por diferentes concepciones. Lentamente se avanza, no sin la presencia de obstáculos, hacia un futuro signado por el humanismo. El cerrado individualismo y la excesiva visión patrimonialista del Derecho, como se ha apuntado, tienden a ser superados, pese a las enormes resistencias que contra el personalismo jurídico se levantan por doquier, sobre todo por concepciones excesivamente pragmáticas, utilitarias o economicistas del Derecho, en la para nosotros vana pretensión de anteponer jerárquicamente el valor utilidad sobre los de justicia y solidaridad.

Estamos en capacidad de comprobar como en la actualidad algunas instituciones y ciertos conceptos jurídicos medulares han merecido, no sin un previo debate y luego de superar la indiferencia y la natural inicial perplejidad, una profunda reflexión a la luz de los nuevos supuestos del Derecho.

Correspondió a la polémica institución de la propiedad, dada su significación para la vida y la carga ideológica que ella comporta, la de haber sido la primera institución que, de cierta manera, fue adaptándose a alguno de los nuevos postulados, aun antes del inicio de la revisión a la que nos estamos refiriendo¹⁴⁷. De una concepción de la propiedad cerradamente individualista, bien lo sabemos, se ha transitado -bajo la inspiración de la solidaridad y la comprensión de la coexistencialidad inherente al ser humano- a otra en la cual el ejercicio de este derecho se halla en función social. Le sigue, en el tiempo, la revisión y cuestionamiento de la clasificación fundamental de Derecho en público y privado.

El proceso de adecuación de algunas instituciones jurídicas a los nuevos supuestos del Derecho ha sido continuo en las dos últimas décadas

¹⁴⁷ Podríamos señalar que en 1855, mediante la sentencia del Tribunal d Colmar, sobre un caso abuso del derecho tratándose de la propiedad, se inicia, tímidamente, el proceso de revisión de los alcances del derecho de propiedad.

del siglo XX, con excepción, como está dicho, tanto de la propiedad, cuyo cuestionamiento proviene al menos desde el siglo XIX, como el de la clasificación fundamental del Derecho, en público y privado, y el de la subjetividad jurídica, los que se remontan aproximadamente a mediados del siglo pasado.

Este proceso de adecuación de dichas instituciones, así como de algunas otras que no consignamos en esta oportunidad, han dado lugar, como se ha apuntado, a un escenario jurídico en continua movilidad, lo que marca, como lo venimos sosteniendo desde antaño, la existencia de un período de transición entre dos épocas. En el horizonte del futuro divisamos un Derecho sustentado por la solidaridad, en el que se considere el bien común, un humanismo o personalismo jurídico que, sin desechar todo necesario pragmatismo, situé a la persona humana -al ser humano- en el centro del sistema y, finalmente, una concepción tridimensional del Derecho que permita comprenderlo, global y no fragmentariamente, como la interacción de vida humana social, valores y normas jurídicas.

14. Los nuevos alcances de la subjetividad jurídica

La concepción intersubjetiva del Derecho, que se sustenta en la estructural coexistencialidad del ser humano, nos permite esclarecer, sin duda alguna, que no es posible el ejercicio absoluto, ilimitado, de los derechos subjetivos. En el ejercicio de todo derecho subjetivo existe un límite, el que se concreta en el genérico deber de no causar daño a terceros. Ello, insistimos, en cuanto la existencia de la persona es, simultáneamente, coexistencial. El ser humano ha sido creado para convivir con otros seres humanos, en comunidad. Es un ser social por naturaleza.

Como resultado de dicha comprobación, al comprenderse la naturaleza coexistencial del ser humano, en la segunda mitad del siglo XX surge la noción de “situación jurídica subjetiva”, mediante la cual se evidencia que en todo derecho subjetivo simultáneamente subyacen deberes y que en éstos, a su vez, existen derechos¹⁴⁸. No puede ser de otra manera si el ser humano es de suyo coexistencial desde que está naturalmente creado para vivir en sociedad.

En todo derecho subjetivo existen dos clases de deberes, uno genérico y común, que aparece en ellos, y uno específico, propio de cada norma

¹⁴⁸ Cfr. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Abuso del Derecho*, primera edición Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 54 y ss., y segunda edición, Grijley, Lima, 1999, pág. 49 y sgts.

jurídica. El deber común a todo ejercicio de un derecho subjetivo es el de no dañar a terceros. Este genérico deber se halla siempre presente en todos y en cualquier derecho subjetivo. Se consolida, de este modo, el concepto de derecho de propiedad como el de un derecho relativo, que debe atender en su ejercicio no sólo el interés de su titular sino, también, el de los terceros que se verían afectados con su ilícito o extralimitado ejercicio. Aparte del deber común en referencia, cada derecho subjetivo conlleva, como está dicho, uno o más deberes que le son inherentes.

En el Código Civil peruano de 1984 pudimos introducir, como un caso piloto, el concepto de “situación jurídica subjetiva” en el artículo 19° que inicia la regulación sobre la institución del nombre. En este numeral se prescribe textualmente lo siguiente: “Toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre. Éste incluye los apellidos”. Como se advierte, en este artículo se enuncia que el nombre de una persona incluye un derecho pero también un deber. El derecho es que se le reconozca este aspecto de su identidad personal, que no se le conteste, ni se le usurpe ni se le utilice para otros fines, como los comerciales, sin su asentimiento. El deber que simultáneamente contiene el nombre es el de no modificarlo, salvo en casos excepcionales y por mandato judicial, pues con ese nombre es más comúnmente identificado en sociedad.

Un novedoso aporte en esta área del Derecho lo constituye la nueva categorización del “sujeto de derecho”. El Código civil peruano de 1984 considera, al lado de la clasificación tradicional de la persona en natural y jurídica, dos nuevas categorías. Se trata del concebido, llamado también “persona por nacer”, y de la “organización de personas no inscrita”, conocida en el pasado bajo la denominación de “persona irregular” o la de “ente no personificado”.

15. La propiedad

El proceso de replanteo de la institucionalidad jurídica tiene como su remoto antecedente la erosión del erróneo concepto, cerradamente individualista, del derecho de propiedad, entendido como un derecho subjetivo cuyo ejercicio era considerado como absoluto. Este proceso, como se ha señalado, encuentra su origen en la creación de la figura llamada del “abuso del derecho” mediante una precursora sentencia dictada en Francia,

en 1855, por el Tribunal de Colmar¹⁴⁹, a la que hemos hecho referencia. En ella, aún tíbiamente, se niega que el ejercicio del derecho de propiedad sea absoluto y se sostiene que, en dicho ejercicio, se debe respetar el interés ajeno aunque no esté protegido por una expresa norma jurídica.

La adecuación del concepto jurídico de propiedad a los nuevos supuestos del Derecho conduce a una necesaria reflexión sobre sus alcances. Como resultado de ello se concluye precisando que, sobre la base de la coexistencialidad estructural del ser humano, el derecho de propiedad no es, en cuanto a su ejercicio, ni absoluto, ni inviolable, ni sagrado tal como se sostenía en los albores del siglo XIX.

El derecho de propiedad está limitado en su ejercicio por el deber, genérico y común a todo derecho subjetivo, de no causar un daño a terceros. El derecho de propiedad se encuentra, por ello, “en función social”. Es decir, como todo otro derecho en lo que respecta a su ejercicio, desde que, como lo venimos reiterando, el ser humano es un ente coexistencial, social, que debe necesariamente hacer su vida con los demás en el seno de una determinada comunidad.

16. La clasificación del derecho en público y privado

En la segunda mitad del siglo XX, se demuestra que, en consonancia con la estructura coexistencial del ser humano, no es posible seguir sosteniendo como válida la pretendida clasificación fundamental del Derecho en público y privado, como si fueran dos situaciones del todo inconexas, incomunicadas. Dado que la persona humana es una individualidad pero, al mismo tiempo, un ser social, no es dable escindir jurídicamente los aspectos individuales o privados de aquellos públicos que le son inherentes en cuanto partícipe de un todo, como es la sociedad. Existen intereses privados con trascendencia pública y aspectos sociales que comprometen a toda persona humana integrante de una determinada sociedad. En otros términos, la persona humana es, a la vez, sujeto de derecho privado y público, razón por la cual la tradicional y arraigada clasificación fundamental del Derecho es ontológicamente inviable.

El que la persona sea un ser social o coexistencial nos permite sostener que no se puede hacer abstracción de esta dimensión humana, por lo que el interés comunitario está siempre presente, en mayor o menor medida, en

¹⁴⁹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “Las sentencias de Colmar y de Lyon”, en el diario *El Comercio*, Lima, el 19 de octubre de 1993.

todo derecho subjetivo, en todo accionar de la persona, así como también no es dable desconocer que en todo interés público esté presente el interés privado desde que, en última instancia, el Derecho, en cuanto un todo, protege la libertad de cada cual para cumplir con su personal “proyecto de vida” dentro del bien común.

En toda norma jurídica coexisten ambos intereses. Lo que ocurre es que, en ciertos casos, resulta preponderante el interés público mientras que, en otros, lo es el interés privado. Dicha clasificación, en todo caso, conserva un valor didáctico al efecto de distinguir las normas jurídicas sobre la base del interés cuya protección resulta preponderante, más no exclusiva.

Por ello, en los tiempos que corren en lugar de utilizar la común expresión “derechos y deberes” -como si no estuvieran presentes en toda posición jurídica- se prefiere aludir a la de “situación jurídica subjetiva”. Esta expresión, como se sabe, pone de manifiesto el plexo de derechos y deberes que supone el que la persona esté situada en una determinada posición jurídica, ya sea como acreedor o deudor, como progenitor o como hijo, por ejemplo.

17. El nuevo derecho de daños

El vuelco que se advierte en nuestro tiempo en el tratamiento de la “responsabilidad civil” es impresionante, tanto por su magnitud como por su profundo significado humanista y sus consecuencias en materia de reparaciones. Los orígenes de este profundo cambio institucional pueden ubicarse en las dos últimas décadas del siglo XX, aunque es dable reconocer algunos antecedentes en relación con este momento histórico. Como una demostración de este espectacular acontecimiento cabe señalar que la propia denominación de la institución está en trance de ser sustituida por la de “Derecho de Daños”, denominación que ha sido asumida por no pocos tratadistas de reconocido prestigio internacional¹⁵⁰.

La revalorización de la persona humana, el “redescubrimiento” de su ser libertad, que se denota en la primera mitad del siglo XX, hace de ella el elemento central del Derecho. Ello ha permitido percibir, sin duda alguna, que es más importante -además de previo- preocuparse por la magnitud y consecuencias del daño que a ella se le infringe a fin de que no se prive a la víctima de una debida indemnización. Lo básico, en términos éticos y

¹⁵⁰ Es el caso, entre otros, del distinguido civilista español Luis DíEZ PICAZO, quien publicó en Madrid, en 1999 por la editorial “Civitas”, su libro titulado *Derecho de Daños*.

jurídicos, es la protección de la persona damnificada para, luego, determinar la culpa del agente del daño. Además, se ha precisado en los últimos años, aparte de la culpa, la existencia de otros factores de atribución de la responsabilidad.

Una conquista de la civilización contemporánea es el novedoso y trascendental reconocimiento de la existencia de un daño, increíblemente olvidado y preterido, como es el “daño al proyecto de vida” o el del “daño al bienestar” o “daño existencial”, al lado del tradicional daño a las cosas, así como también haberse determinado su sistematización dentro del genérico y comprensivo “daño a la persona”. Ello, sobre la base de la estructura existencial de la persona humana como una “unidad psicosomática que se halla “constituida y sustentada en su libertad”, así como el derecho de la persona a la correspondiente reparación de las consecuencias de todo daño que se le pueda ocasionar tanto en la dimensión psicosomática como en su libertad, tanto ontológica como fenoménica¹⁵¹.

La aparición en el escenario jurídico del “daño a la persona” es el hecho más sobresaliente que se puede anotar en materia de la llamada responsabilidad civil. Es una conquista de la civilización, un acto de reconocimiento a la nueva concepción del ser humano dotado de dignidad en cuanto es un ser libertad, idéntico a sí mismo, único e irrepetible. Se trata de uno de los provechosos frutos que nos ha dejado el pensamiento filosófico contemporáneo, pues sin la base de la elaboración de los pensadores de la escuela de la filosofía de la existencia hubiera sido imposible fundamentar y apreciar lo que significa un daño al ser humano y la consiguiente reparación de sus consecuencias ya sea que él incida en la unidad psicosomática o en su libertad, tanto tratándose de resarcimiento de carácter patrimonial como extramatrimonial.

Es en Italia donde, en las décadas setenta y ochenta del siglo XX, se empieza a estudiar y desarrollar el “daño a la persona”, gracias, sobre todo a los esfuerzos de las escuelas de Génova y de Pisa, cuyas cabezas visibles

¹⁵¹ Cfr. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “Deslinde conceptual entre el daño a la persona, el daño al proyecto de vida y el daño moral”, (n. 9). Cfr. también del autor “Apuntes sobre el daño a la persona”, en Autores Varios, *La persona humana*, Editorial “La Ley”, Buenos Aires, 2001 y en *Ius et Veritas*, N° 25, Lima, noviembre del 2002. Puede también consultarse “Hacia una nueva sistematización del daño a la persona”, en *Cuadernos de Derecho*, órgano del Centro de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, N° 3, Lima, 1993; en Autores Varios, “Estudios en Honor de Pedro J. Frías”, *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, 1994; en “Ponencias. I Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial”, *Facultad de Derecho de la Universidad de San Marcos*, Lima, 1994 y en *Gaceta Jurídica*, N° 79-B, Lima, junio del 2000.

fueron los profesores Guido Alpa y Francesco D, Busnelli, respectivamente, a quienes rendimos nuestro tributo de admiración por la pionera como fecunda obra que realizaron en esta importantísima tarea. Ella se realizó, precisamente, en los años en que residimos en la península itálica por lo que tuvimos el privilegio de asistir a este formidable parto jurídico como testigos y convencidos seguidores.

18. “Daño existencial” o “daño al bienestar” o “a la salud integral”

En el “daño a la persona” se comprenden, como está dicho, todas las lesiones que tienen como objeto tanto la unidad psicosomática como la libertad de la persona. Así, aparte del “daño al proyecto de vida”, que incide sobre la libertad fenoménica, se hace referencia al “daño al bienestar” o “daño existencial”, entre otros daños que lesionan sobre el ser humano considerado en sí mismo. En cuanto a este específico daño, en Italia, en la década de los años 90 del siglo XX, los integrantes de la Escuela de Trieste, cuya cabeza visible es Paolo Cendon, comenzaron a pensar sobre el tema y acuñaron la expresión “daño existencial” para referirse a todo daño causado a la existencia cotidiana, al diario vivir, es decir, al daño que compromete la calidad de vida de la persona, desarrollando esta noción a través de una vasta obra doctrinaria que significa un paso adelante en cuanto a la reparación de las consecuencias de un específico daño a la persona.

En cuanto al “daño existencial”, es del caso anotar que, en el Perú, en los años ochenta del siglo pasado, nos habíamos ya referido a este específico daño, con el mismo contenido atribuido posteriormente al “daño existencial”, al cual denominamos con la expresión “daño al bienestar” o “daño a la salud integral”.¹⁵²

En la clasificación que hicimos en aquellos años 80 de las modalidades que podía asumir el genérico “daño a la persona” considerábamos, dentro del “daño psicosomático”, tanto la lesión -considerada en sí misma -que designamos “daño biológico”- como las repercusiones de este daño en la vida ordinaria, en el diario transcurrir existencial, en la salud integral. Al “daño al bienestar” o “daño a la salud integral” nos referimos en diversas

¹⁵²1. Otorgamos al concepto “salud integral” similar significación que aquella que le asignó la Organización Mundial de la Salud en 1946, cuando consideró que esta noción no sólo se refería a la ausencia de enfermedad orgánica o fisiológica sino que comprende también el bienestar económico, afectivo y social. Es, por esta razón, que al concepto “salud” se le adjetiva como “integral”. El equilibrio emocional, que se obtiene cuando se alcanza un estado de bienestar, es un importante ingrediente de la “salud integral”.

ocasiones, especialmente en nuestro trabajo *Hacia una nueva sistematización del daño a la persona*, que se publicó tanto en el Perú como en la Argentina.¹⁵³

Francesco Bilotta, destacado integrante de la Escuela de Trieste, en su trabajo titulado “*Daño al bienestar*”, “*daño al proyecto de vida*” e *danno esistenziale: una lettura comparatistica*, hace referencia a la anticipación antes mencionada en cuanto al tema al cual venimos refiriéndonos. En su trabajo analiza, desde su punto de vista, las similitudes entre el “daño al proyecto de vida” y el “daño existencial” y entre éste y el “daño al bienestar”, estableciendo, al mismo tiempo, las diferencias entre estos dos últimos tipos de daños (“*Responsabilità civile e previdenza*”, LXXII, abril del 2007, n° 04, Milano, Giuffrè Editore).

Estamos de acuerdo con lo expresado por Francesco Bilotta en el mencionado ensayo comparativo en cuanto se refiere a la similitud existente entre el “daño al proyecto de vida” y el llamado “daño existencial” (para nosotros “daño al bienestar”), en cuanto los dos conceptos significan limitaciones a la libertad fenoménica. No obstante, encontramos que la clara diferencia existente entre ambas nociones es de grado o nivel. En efecto, el “daño al proyecto de vida” se refiere a la frustración, menoscabo o retardo del destino mismo de la persona, de lo que ella escogió ser y hacer en su trayectoria existencial. En el caso del “daño existencial” o “daño al bienestar”, en cambio, lo que se frustran o menoscaban son algunas actividades de la vida ordinaria que la persona realizaba en su vida diaria, en su existencia cotidiana. Es decir, que en el “daño existencial” o “daño al bienestar” no se compromete ni está en juego el destino mismo de la persona, el rumbo que decidió darle a su vida. Es, por ello, que un “daño existencial” o “daño al bienestar”, si bien podría causar un menoscabo o un retardo en cuanto a la realización del personal “proyecto de vida”, no necesariamente lo trunca o lo frustra.

El jurista Oswaldo R. Burgos,¹⁵⁴ entre otros, confirma este aserto cuando expresa que la diferencia entre el “daño al proyecto de vida” y el “daño al bienestar” o “daño existencial” es cuestión de grado o nivel.

¹⁵³ En la anterior nota 20 se encuentra la cita bibliográfica del trabajo del autor *Hacia una nueva sistematización del daño a la persona*, al cual se hace alusión.

¹⁵⁴ Esta misma diferencia de grado o nivel la encontramos expuesta también por el jurista argentino Oswaldo R. Burgos en la ponencia que presentara en el “VIII Congreso Internacional de Derecho de Daños”, realizado en Buenos Aires el 25 y 26 de junio del 2005. bajo el título de El daño extramatrimonial de los llamados damnificados indirectos ante supuestos de

De otro lado, debemos remarcar, contrariamente a lo señalado por Bilotta en su valioso artículo, que el “daño existencial” o “daño al bienestar” es un daño cuyas consecuencias aparecen en la estructura psicosomática de la persona y de ahí afecta la existencia cotidiana o el “proyecto de vida” de la persona. Según Bilotta existe intereses existenciales, como el honor, la identidad o la intimidad, que no afectarían dicha estructura psicosomática. Por nuestra parte, en cambio, consideramos que lesionar aquellos intereses supone afectar “sentimientos” del ser humano, que, obviamente, se ubican en el ámbito del psiquismo. Cuando se lesiona el “honor”, por ejemplo, no se daña un ente abstracto, situado en el mundo exterior de la persona, sino su propia dignidad, un profundo sentimiento de autoestima, de orgullo personal. Las consecuencias se dan en el mundo psíquico a través de sentimientos de indignación, rabia, dolor. Estas consecuencias del daño al sentimiento del honor se dan, se sufren, dentro del mundo interior de la persona.

19. ¿Daño “moral”?

Dentro del genérico y amplio concepto de “daño a la persona” se ha ubicado al mal llamado “daño moral” en tanto se trata de un daño psíquico, no patológico, de carácter emocional. Esta tendencia, destinada a precisar la naturaleza del llamado “daño moral”, va logrando cada vez una mayor aceptación en el mundo jurídico. En verdad, lo que se lesiona cuando se agravian los “principios” morales de una persona es su psiquismo. La lesión a estos principios ocasiona un daño de consecuencias psíquicas, de orden emocional. La persona sufre, se indigna, se perturba, se irrita, se altera. Éstas son, entre otras, las consecuencias psicosomáticas que se advierten cuando se afectan los principios morales en los cuales cree y rigen la vida de la persona humana. Los principios morales afectados pueden salir fortalecidos, reforzados, cuando se les niega o agravia. La persona puede reafirmarse en ellos. Lo que se daña es el ámbito emocional: se pierde el equilibrio psíquico sin que ello derive, necesariamente, a un plano patológico. Es, más bien, transitorio. Las consecuencias del daño “moral” suelen disiparse con el tiempo o se transforman en otros sentimientos¹⁵⁵.

irreversibilidad de las consecuencias dañosas. Daño al proyecto de vida, Daño existencial, daño moral o el hombre como límite del Derecho, en <http://www.saba.org.ar/bi22n017.htm>.

¹⁵⁵ Así, el impactante dolor o sufrimiento de una persona que pierde a un ser querido, se amaina con el transcurrir del tiempo. No conserva la misma intensidad del primer momento. Con el

20. “Daño al proyecto de vida”, ¿una fantasía?

La aparición del daño a la libertad fenoménica, en la década de los años ochenta del siglo XX, abre un inédito horizonte para la reparación de las consecuencias del radical o raigal “daño al proyecto de vida”. En la década de los años noventa del siglo XX esta nueva categoría de “daño a la persona” se incorpora al derecho vivo -o derecho viviente- mediante la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de una surgente jurisprudencia comparada, así como su aceptación por un creciente sector de vanguardia en la doctrina. Su reconocimiento se acrecienta conforme pasan los años, hasta llegar a los días que corren. Así, ha logrado su consagración jurídica supranacional, más allá de las críticas que se han levantado en diversas latitudes. Es, así, como es asumido por un núcleo numeroso de juristas que han reflexionado sobre su importancia en el cumplimiento del existencial destino de las personas.¹⁵⁶

El “daño al proyecto de vida” está expresamente protegido por el artículo 1985° del Código civil peruano de 1984, el que reconoce la obligatoriedad de indemnizar cualquier “daño a la persona”.

En los años noventa del siglo pasado ha sido incorporado en Italia dentro de los amplios alcances del genérico “daño existencial”, el que surgiera en dicho país gracias a la creatividad de la Escuela de Trieste cuyo representante más caracterizado es el profesor Paolo Cendon, tal como le hemos anotado en precedencia. Recordamos entre sus destacados seguidores a Patricia Ziviz y Francesco Bilotta, entre otros. En España ha sido también estudiado y apreciado así como en la Argentina y en algunos otros países que no es el caso enumerar.

¿Qué peor daño puede haber que el truncar, menoscabar o retardar el destino mismo de la persona?

21. La capacidad de goce, ¿cabe limitarla?

La capacidad¹⁵⁷, la antijuridicidad,¹⁵⁸ la autonomía de la voluntad,¹⁵⁹ la naturaleza de la persona jurídica, la empresa¹⁶⁰ son, como se señaló en

paso de los años puede transformarse en un sentimiento de gratitud hacia el ser que desapareció o en uno de orgullo, por ejemplo.

¹⁵⁶ Sobre la bibliografía del “daño al proyecto de vida” ver nota anterior 20.

¹⁵⁷ Sobre la capacidad cfr. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “El histórico problema de la capacidad jurídica”, en Autores Varios, *Los diez años del Código Civil peruano. Balance y perspectivas*, Tomo I, W.G. Editor, Lima, 1995 y en el libro del autor *El derecho de las*

precedencia, otros conceptos que han sido sometidos a su revisión crítica desde una óptica humanista y tridimensional del Derecho.

En cuanto a la capacidad jurídica de “goce” o de “derecho” se ha concluido que no es pertinente que se prescriba que ella es susceptible de sufrir limitaciones o excepciones por disposición de la ley desde que es inherente a la libertad personal. Todos los seres humanos, por ello, tienen los mismos derechos subjetivos. Todos ellos están también potencialmente capacitados para ejercerlos, para convertirlos en actos, dentro de sus posibilidades, salvo las limitaciones propias de la estructura del ser humano, de su medio o mundo exterior y de aquellas señaladas por la ley. Sólo la capacidad de ejercicio, por lo tanto, puede estar sujeta a restricciones legales.

personas en el umbral del siglo XXI, Editorial Jurídica, Lima, 2002. Ver también del autor “La capacidad de goce ¿es posible su restricción legal?”, en *Cátedra*, Año III, N° 5; en *Editorial Palestra, Lima, diciembre de 1999* y en *Jurisprudencia Argentina*, N° 6185, Buenos Aires, marzo del 2000.

¹⁵⁸ Sobre la antijuridicidad cfr. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “Algunas reflexiones sobre la antijuridicidad del delito y de las penas privativas de la libertad a la luz de la Teoría del Derecho”, en *Gaceta Jurídica*, Lima, septiembre de 1995; en *La Ley*, Año LX, N°67, 3 de abril de 1996; en *Revista Jurídica del Instituto Peruano de Estudios Forenses*, Año II, N° 4, Lima, diciembre de 1995 y en “Anuario del Derecho”, *Centro de Investigaciones Jurídicas, Universidad de Los Andes*, N° 20, Mérida, 1998. Puede también cfr. del autor “La antijuridicidad como problema”, en *Lumen*, órgano de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, Año 1, N° 1, Lima, 2000. Además, cfr. del autor “La antijuridicidad ¿categoría del derecho ?# en *Abogados*, Año III, N° 6, Lima, 2001.

¹⁵⁹ Sobre el tema cfr. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “El supuesto de la denominada “autonomía de la voluntad”, en *Contratación Contemporánea*, Editorial Palestra, Lima y Temis, Bogotá, 2000 y en *Gaceta Jurídica*, Tomo 75-B, Lima, febrero del 2000.

¹⁶⁰ Cfr. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “Visión tridimensional de la persona jurídica”, en *Anales*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Año XL, segunda época, Buenos Aires, 1996; en *Revista Jurídica del Perú*, AÑO XLV, N° 4, Trujillo, octubre-diciembre de 1995 y en el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Universidad Autónoma de México, Año XXX, N°89, México, mayo-agosto de 1997. Cfr. también del autor “Naturaleza tridimensional de la persona jurídica”, en *Derecho PUCP*, órgano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, diciembre 1998-abril de 1999. Puede también consultarse del autor “La persona jurídica ¿ es distinta de sus miembros ?”, en *Gaceta Jurídica*, Tomo 50, Lima, enero de 1998; “La mentira ¿ es sujeto de derecho?”, en *Legal Express*, Año 2, N° 22, Lima, diciembre del 2002; “La irrealidad del artículo 78° del Código Civil”, en *Gaceta Jurídica*, Tomo 51, Lima, febrero de 1998; “Descripción de la persona jurídica”, en *Legal Express*, Año 3, N° 26, Lima, febrero del 2003 y en *La Ley*, Año LXII, N° 88, ISSN 0024-1636, Buenos Aires, 8 de marzo del 2003 y “¿Qué clase de objeto es la persona jurídica?”, en *Actualidad Jurídica*, publicación de “Gaceta Jurídica”, Tomo 112, Lima, mayo del 2003 y en *La Ley*, Actualidad, Año LXVII, N° 93, SIN 0024-1636, Buenos Aires, 15 de mayo del 2003.

De conformidad con lo expuesto, el artículo 3° del vigente Código civil peruano contiene una disposición que no se adecua a lo anteriormente expuesto. Este numeral prescribe que: *Toda persona tiene el goce de los derechos civiles, salvo las excepciones expresamente establecidas en la ley.* Como se advierte, en esta norma se admite la posibilidad que, mediante un expreso dispositivo legal, se puedan crear excepciones a la capacidad de goce, lo que es ontológicamente imposible si tenemos en cuenta la estructura existencial del ser humano.

En la Comisión creada por ley el año 1994 para proponer enmiendas al texto del Código civil peruano se aprobó, por unanimidad, en su segundo período de sesiones de 1997-1998, la modificación del mencionado artículo 3°. El texto aprobado tiene el siguiente tenor: *Todos tienen el goce de los derechos inherentes al ser humano, salvo las limitaciones a su ejercicio expresamente establecidas en la ley.* Como se observa, en esta proyectada enmienda se precisa que la capacidad de goce es inherente a todo ser humano, por lo que es la capacidad de ejercicio la que únicamente puede ser limitada por ley

Lamentablemente, en su tercer período de sesiones del 2006, la citada Comisión, compuesta por la mayoría de los miembros que aprobaron la enmienda de 1997-1998, antes glosada, la ignoró. Esperemos que en un futuro inmediato no se persista en lo que consideramos un error que debe ser superado.

22. La antijuridicidad, ¿es una categoría jurídica?

Se ha negado, con el debido sustento jusfilosófico, que la “antijuridicidad” es una categoría jurídica.

El Derecho se presenta, como bien lo expresara en su momento Carlos Cossio, bajo cuatro “maneras de ser”, como son el derecho subjetivo o facultad, el deber, la trasgresión del deber y la sanción. Todos y cualquiera de ellos son modos de ser del Derecho, siendo el derecho subjetivo y el deber, lo justo, lo permitido y lo lícito, mientras que la trasgresión del deber y la sanción, significan lo injusto, lo prohibido y, consecuentemente, lo ilícito. De ahí que sea impertinente definir al delito como lo antijurídico o utilizar dicho concepto tratándose del acto jurídico o de la responsabilidad civil.¹⁶¹

¹⁶¹ Sobre la bibliografía atinente a la “antijuridicidad” ver nota 21.

De lo expresado se desprende que la transgresión del deber es lo injusto, lo prohibido, lo ilícito. Pero es tan jurídico como el cumplimiento del deber. Toda interferencia de conductas puede ser valorada como justa o injusta. En el primer caso será permitida, mientras que el segundo ha de prohibirse, por lo que en cualquier caso nos referimos a un fenómeno jurídico.

Si una interferencia de conductas no está expresamente permitida o prohibida en el ordenamiento jurídico, cabe recurrir al axioma jurídico fundamental. Como es sabido, según este axioma toda conducta humana en interferencia con otra es, por principio, permitida. Ello, porque el Derecho, tal como se ha anotado, tiene como finalidad asegurar a cada ser humano la posibilidad de realizarse como tal, es decir, cumplir con el proyecto de vida que se ha propuesto. La libertad es el *prius*, lo primero, por lo que la prohibición es la excepción. Sin embargo, la conducta humana intersubjetiva es prohibida si es que atenta contra la moral socialmente admitida, el orden público o causaría daño a terceros.

23. La autonomía de la voluntad, ¿no es acaso de la libertad?

En lo atinente a la denominada “autonomía de la voluntad” se ha precisado que lo único que en el ser humano posee autonomía es la libertad, entendida como la capacidad de decisión inherente a toda persona. La voluntad, como todas las otras potencialidades y energías psicosomáticas, se halla al servicio de tales decisiones. La voluntad está destinada a convertir en realidades las decisiones de la persona, es decir, se encuentra al servicio de la libertad en cuanto ser del hombre.¹⁶²

La voluntad es uno de los instrumentos más valiosos de los que se vale el ser humano, en cuanto libre, para transformar una íntima decisión en acto, conducta, comportamiento. En otras palabras, para que la libertad ontológica, en que consiste el ser humano, se vuelque al exterior, se transforme en libertad fenoménica.

24. La “persona jurídica”, ¿es sólo una entelequia?

La teoría tridimensional del Derecho nos muestra que es imposible concebir a la “persona jurídica” sin la existencia de una organización de

¹⁶² Sobre la bibliografía sobre la “autonomía de la voluntad” se halla en nota 22.

personas actuantes en la realidad, o que se halle carente de fines valiosos y sin una normatividad reguladora de las relaciones intersubjetivas que se dan en su seno o en relación con terceros. La más importante entre las normas reguladoras de la persona jurídica es la que, excepcionalmente, remite los derechos y deberes, que deberían ser asumidos por los miembros de la “persona jurídica”, a un centro unitario ideal al que se le conoce mediante una expresión lingüística.¹⁶³

La denominada “persona jurídica” es, por lo tanto, una organización de personas que realiza fines valiosos, cuyos derechos y deberes, en vez de ser asumidos como es común por cada uno de sus miembros, se derivan a un ente ideal -a una ficción- que se conoce mediante una expresión lingüística. La “persona jurídica” es, pues, una organización de personas humanas que gozan de un régimen de excepción, de privilegio, por disposición de la ley.

La persona jurídica no es una entequeia, un castillo poblado de fantasmas. Es una organización de personas que la constituyen, las que actúan en la realidad de la vida social realizando actos jurídicos, contrayendo obligaciones y poseyendo derechos. Lo que ocurre es que mediante un recurso de técnica jurídica, la ley, por excepción, permite que los derechos y deberes, que deberían ser asumidos por cada uno de los miembros que integran la persona jurídica, se deriven a una expresión lingüística con la que se le identifica y conoce. Esta expresión jurídica es el centro unitario ideal en el que confluyen tales situaciones jurídicas subjetivas.

25. La empresa, ¿es un sujeto de derecho?

En octubre de 1960, con ocasión de celebrarse en Buenos Aires las Primeras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Privado, quien esto escribe presentó una ponencia sobre subjetivización de la empresa titulada *La naturaleza jurídica de la empresa*, que fuera criticada y rechazada por la totalidad de los participantes en dicho certamen. Años después, en 1988 se publicó en Lima bajo el epígrafe de *El Derecho de la Empresa*,¹⁶⁴ mereciendo la atención de un sector de la doctrina que empezó a reflexionar sobre la propuesta.

¹⁶³ La bibliografía sobre “persona jurídica” se halla en nota 23.

¹⁶⁴ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “El Derecho de la Empresa (función social de la empresa)”, en *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, Lima, 1988.

La empresa es un sujeto de derecho diferente del empresario, de la sociedad de capitales aportados por dos o más personas así como de los trabajadores. Es un sujeto de derecho que contiene en su seno a otros sujetos de derechos, como son, de una parte, la sociedad de capitales o los inversionistas y, de la otra, los trabajadores libres u organizados en sindicatos. La empresa, en otros términos, no puede reducirse a cualquiera de sus elementos componentes. No es exclusivamente ni el capital ni el trabajo, sino su armónica integración.¹⁶⁵

En 1964 ratificábamos estos conceptos cuando decíamos que la empresa es “un sujeto de derechos y deberes, por cuanto se trata de una organización de hombres que, mediante trabajo y capital, persigue la producción de bienes o servicios en forma eficiente y según las necesidades de la comunidad”¹⁶⁶. La empresa, al fin se ha comprendido, no es tan sólo una realidad económica -como se pretendía en un pasado inmediato- sino una institución jurídica. Debemos tener presente que, también contrariamente a lo que se sostenía en el pasado en el sentido que sólo eran conductas jurídicas las expresamente referidas en una norma jurídica, en la actualidad se considera que no existe ninguna conducta humana intersubjetiva que no caiga bajo el ámbito del Derecho. En ausencia de norma jurídica expresa cualquiera de ellas se puede valorar como justa o injusta y, por lo tanto como permitida o lícita o como prohibida o ilícita. Ello, en aplicación del axioma jurídico fundamental antes referido.

A manera de conclusión

A modo de síntesis de lo expresado en este trabajo cabe subrayar que el jurista, situado en el escenario contemporáneo, sucintamente referido en estas breves páginas, debe ejercer su actividad científica y profesional teniendo conciencia que nos hallamos en un período histórico de transición entre dos épocas.

¹⁶⁵ Sobre el tema cfr. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “El derecho de la empresa”, en *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, N° 26, Lima, s/f, ; “Subjetivización de la empresa”, en *Revista Peruana de la Empresa* N° 27, Lima, abril de 1988 y “Empresa, persona jurídica y Constitución”, en *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, N° 20, 1986.

¹⁶⁶ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “Consideraciones sistemáticas preliminares para la revisión del Libro Primero del Código Civil peruano”, en *Mercurio Peruano*, Lima, mayo-junio 1965; en *Boletín del Instituto Comparado del Perú*, Universidad de San Marcos, Lima 1965; en *Nuevas orientaciones del Derecho* y en FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *La persona en la doctrina jurídica contemporánea*, Lima, Universidad de Lima, 1964,

La primera de ellas, está signada por el individualismo, el patrimonialismo y la concepción unidimensional del Derecho. En la segunda, se advierte la aparición de una concepción coexistencial o social del Derecho en sustitución de aquella individualista, así como el surgimiento del personalismo solidario en lugar de un exacerbado individualismo y el de una visión tridimensional de nuestra disciplina en vez de la unidimensional y fragmentaria que dominaba el escenario jurídico hasta la segunda mitad del siglo XX.

La tendencia que podemos identificar en nuestros días, en los que se inicia un nuevo siglo, es aquella que persigue humanizar la institucionalidad jurídica, centrarla en el ser humano, con la finalidad de proteger prioritariamente la libertad personal, dentro del bien común, y asegurar la paz, en el seno de una comunidad en la cual prevalezca un ordenamiento jurídico que incorpore los valores supremos de justicia, seguridad y solidaridad. Es decir, de una sociedad en la cual, todos los seres humanos cuenten con las opciones necesarias para realizarse como personas, como seres libres y espirituales.

Referências

- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Abuso del Derecho*, primera edición. Buenos Aires: Astrea, 1992.
- _____. Consideraciones sistemáticas preliminares para la revisión del Libro Primero del Código Civil peruano”, en *Mercurio Peruano*, Lima, mayo-junio 1965.
- _____. *Daño al proyecto de vida*, en *Derecho PUC*, órgano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, N° 50, Lima, 1996.
- _____. *Derecho y persona*, cuarta edición, Lima, Editorial Grijley, 2001.
- _____. El derecho en un período de transición entre dos épocas. In: *Revista Jurídica del Perú*, N° 1, Trujillo, enero-marzo de 1996.
- _____. *El derecho como libertad*. Lima/Peru: Editorial Studium, de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1987; 1994; 2006.
- _____. El Derecho de la Empresa (función social de la empresa). In: *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, Lima, 1988.
- _____. El Derecho en el fin del siglo XX. *Un nuevo modo de hacer Derecho*, Arequipa, en *Scribas*, Año II, N° 4, 1998.
- _____. El histórico problema de la capacidad jurídica”, en Autores Varios, *Los diez años del Código Civil peruano. Balance y perspectivas*, Tomo I, W.G. Editor, Lima, 1995.
- _____. Hacia una nueva sistematización del daño a la persona. In: *Cuadernos de Derecho*, órgano del Centro de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, N° 3, Lima, 1993.
- _____. Las sentencias de Colmar y de Lyon. In: *Diario El Comercio*, Lima, el 19 de octubre de 1993.
- _____. *Libertad, Constitución y Derechos Humanos*. Lima: Editorial San Marcos, 2000.

_____. "Visión tridimensional de la persona jurídica", en *Anales*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Año XL, segunda época, Buenos Aires, 1996; In: *Revista Jurídica del Perú*, AÑO XLV, N° 4, Trujillo, octubre-diciembre de 1995.

KIERKEGAARD, Sören. *El concepto de la angustia*. Buenos Aires: Espasa Calpe, segunda edición, 1943.

MOUNIER, Emmanuel. *El personalismo*. 12 ed. Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1980.

PERU. Constitución peruana de 1979.

REALE, Miguel, *Teoría Tridimensional del Derecho*. Valparaíso: Edeval, 1978.

ZUBIRI, Xavier, *Naturaleza, Historia, Dios*, Buenos Aires, Editorial Poblet, 1948.