

CREACIONES E INNOVACIONES JURÍDICAS DE VALIDEZ UNIVERSAL POR CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO

Enrique Varsi Rospigliosi

Resumen

En el presente artículo, el autor en homenaje al Doctor Carlos Fernández Sessarego, recalca algunas de las más innovadoras aportaciones al Derecho por parte de éste. Asimismo, evidencia que dichas teorías establecidas por Sessarego además de contribuir a la sistematización del ordenamiento jurídico, también son reconocidas en la actualidad tanto a nivel nacional como internacional.

Palabras clave

Proyecto de vida, libertad, sistematización, estructura psicossomática, libertad fenoménica, identidad personal, identidad pasiva, identidad dinámica, daño psíquico, daño psicossomático, daño biológico, lesión, sujetos de derecho, daño patrimonial, daño extrapatrimonial, capacidad, interés existencial.

Abstract

In this article, the author in homage to Doctor Carlos Fernández Sessarego, highlights some of the most innovative contributions to Law by him. Likewise, it shows that these theories established by Sessarego besides contributing to the systematization of the legal system, are also currently recognized both nationally and internationally.

Keywords

Life project, freedom, systematization, psychosomatic structure, phenomenal freedom, personal identity, passive identity, dynamic identity, psychic damage, psychosomatic damage, biological damage, injury, subjects of law, patrimonial damage, extrapatrimonial damage, capacity, existential interest.

1. Creador de derecho

Los aportes de Fernández Sessarego a la cultura jurídica universal son conocidos internacionalmente. Ellos le han valido diversos reconocimientos de importantes instituciones universitarias y académicas extranjeras. Además, el homenaje de Congresos Internacionales de Juristas. Es Socio Honorario de la Asociación de Civilistas Italianos “por su significativa contribución que ha sabido dar a la vida cultural y científica de la comunidad, personificando el modelo de profesor universitario en el que todos nos reconocemos”. Esta distinción se le otorgó en junio del 2013 cuando presidía la Institución el maestro Guido Alpa.

Es, desde el 2015, Doctor Honoris Causa de la Universidad de Buenos Aires, “por su creatividad y por sus aportes al derecho argentino”, así como Profesor Honorario de la Universidad Externado de Bogotá, entre otras universidades. También, es Doctor Honoris Causa y Profesor Honorario de numerosas universidades nacionales. Sus diversas originales contribuciones al derecho universal han sido recogidas por la doctrina jurídica, la jurisprudencia de tribunales internacionales y la de varios países, así como algunas de ellas han sido incorporadas a la legislación comparada.

Fernández Sessarego es el primer jurista latinoamericano creador de varias teorías jurídicas de nivel universal, como son los casos de la Teoría Tridimensional del Derecho, de la Teoría del Daño al Proyecto de Vida o a la Libertad Fenoménica, la Determinación de la libertad personal como la finalidad del Derecho, así como del nuevo contenido del derecho a la identidad personal.

A. Objeto de estudio del derecho: Teoría Tridimensional del Derecho

En 1950, Fernández Sessarego a los 23 años, en su tesis para optar el grado de Bachiller en Derecho, titulada *Bosquejo para una determinación ontológica del derecho*, objetó la teoría del Derecho, sustentada por el eminente jurista Hans Kelsen - dominante en la doctrina de la época - la que hacía de la norma jurídica el objeto de estudio de la ciencia jurídica. Fernández Sessarego consideró que la norma es pensamiento, pura forma vacía de contenido. La norma representa la forma del pensar jurídico, que puede simbolizarse como “A debe ser B o si es no-B deber ser S”. A es la facultad o el derecho subjetivo, B es el deber, no-B es la transgresión del deber y S es la sanción. Esta forma del pensamiento jurídico puede llenarse con cualquier contenido como, por ejemplo, “la vida humana debe ser respetada o, si no lo es, debe ser la sanción”.

En su tesis se establece que el objeto de estudio del derecho es la dinámica interacción de tres objetos: la conducta humana, los valores y las normas. Estos tres objetos conforman la unidad del concepto “derecho”. Ninguno de ellos es, por sí mismo, el concepto derecho, pero no puede faltar ninguno para constituirlo. Que-

daron descartados los otros dos elementos que se proponían también para ocupar dicho lugar, como la conducta humana social y la justicia.

La mencionada tesis permaneció inédita por 37 años, habiéndose publicado en Lima como libro en 1987 bajo el nombre de *El Derecho como libertad*. La obra tiene, como estudios preliminares, un prólogo del profesor David Sobrevilla Alcázar y una presentación del profesor Domingo García Belaunde. A la fecha existen tres ediciones la última de las cuales es del 2006. Esta es una edición completa de la obra, pues en las dos anteriores les faltó la parte histórica del desarrollo filosófico del tema sobre el objeto de estudio del derecho. Está próxima a salir la cuarta edición. En el libro del autor, *Derecho y persona*, de 1990, se trata también de la teoría tridimensional del derecho. Del libro existen cinco ediciones, las cuatro primeras en Lima y la última en Buenos Aires.

En Brasil el profesor de la Universidad de Sao Paulo, Miguel Reale, en el mismo tiempo, sin conocerse, llegaba a las mismas conclusiones a las que arribó el estudiante Fernández Sessarego. No obstante, existen entre ambas algunas diferencias que han sido puestas de manifiesto por sus comentaristas.

B. Daño al proyecto de vida o a la libertad fenoménica

El segundo aporte de trascendencia internacional lo constituye la “Teoría del daño al **proyecto de vida** o a la libertad fenoménica”, el que aparece por primera vez en un extenso ensayo, titulado *El daño a la persona en el Código Civil de 1984*, en el *Libro Homenaje a José León Barandiarán*, publicado en Lima al año 1985. Esta teoría fue expuesta, también por primera vez en Latinoamérica, en el Congreso Internacional “El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano” celebrado en Lima. Fue revelada ante la presencia de profesores europeos y latinoamericanos. El mencionado Congreso Internacional fue organizado por el Centro de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, del cual era, en ese momento, director Fernández Sessarego. Existe un libro, que lleva el mismo título del Congreso publicado en Lima en 1986. En él se recogen las ponencias presentadas en el citado certamen.

El descubrimiento del daño al proyecto de vida se produce dentro del curso de las investigaciones que llevaba a cabo Fernández Sessarego sobre diversos aspectos y alcances del daño a la persona, así como su **sistematización**. En este proceso encuentra que no sólo se pueden dañar los objetos del mundo sino también al ser humano. Y, en éste, se le puede causar daño tanto en su **estructura psicosomática** como en su **libertad fenoménica**, es decir, en la libertad convertida en acto, en conducta. Si bien la institución jurídica del “daño al proyecto de vida” se expone por primera vez en 1985, el tema sobre “el proyecto de vida” era ya conocido por el autor de la teoría y aparece referido en 1950 en la tesis de Bachiller en Derecho, antes mencionada. Es así como se precisa en su texto, por ejemplo, que “vivir es realizar un proyecto de existencia”, “que el hombre es libertad que se proyecta”, “que la vida es una sucesión de haceres de acuerdo con un proyecto” o “que la vida humana

como proyecto es lo que se quiere hacer". Estos conceptos se hallan en el libro *El derecho como libertad* que, como se ha dicho, recoge la fesis de 1950.

En varias páginas de aquel libro hallamos, referido y analizado, el concepto "proyecto de vida". Para Fernández Sessarego la libertad, siendo una, tiene dos facetas: la ontológica – que es la libertad que nos hace ser lo que somos, es decir, seres humanos - y la libertad fenoménica, que es la realización de las decisiones de la libertad ontológica en la realidad del vivir. Es la decisión hecha acto, conducta. Es decir, la multitud de proyectos a través de los cuales se trata de realizar el proyecto de vida. Por ello en algún párrafo del mencionado libro, cuyos orígenes se remontan a 67 años atrás, se lee, por ejemplo, que "el hombre es libertad que se proyecta" o que "la vida resulta ser así una sucesión de haceres de acuerdo con un proyecto" o "vivir es realizar un proyecto de existencia". El destacado profesor argentino Jorge Mosset Iturraspe, en la tercera edición de 1991 de su libro *El valor de la vida humana*, refiriéndose al concepto amplio y genérico de "daño a la persona" y a su modalidad de "daño al proyecto de vida", manifiesta que ellas constituyen "una expresión o fórmula concisa, un feliz hallazgo del eminente jurista peruano Don Carlos Fernández Sessarego, nacido al conjuro del artículo 1985 del Código Civil peruano de 1984". Pone de relieve que el "daño al proyecto de vida" es aquel que tiene como consecuencia la frustración del "proyecto de vida".

La Corte Interamericana de Derechos Humanos recoge y desarrolla en 1998 el "daño al proyecto de vida" en la sentencia de reparaciones referida al caso "María Elena Loayza Tamayo" y, en sucesivos fallos, considerándolo actualmente como un daño inmaterial. En la actualidad, la institución del "daño al proyecto de vida" es reconocida por la doctrina y la jurisprudencia comparada. Ha sido incorporado en el artículo 1738° del Código Civil y Comercial de la República Argentina que entró en vigor en agosto del 2015. En 1984 es recogido en el artículo 1985° del Código Civil peruano, en cuanto es considerado como una de las modalidades más relevantes del "daño a la persona". En Francia, en el 2005, se encuentra recogido en la ley de protección a las personas discapacitadas. Existen libros, ensayos y artículos y jurisprudencia comparada que en la actualidad desarrollan el tema.

C. Finalidad del Derecho

Fernández Sessarego, en el curso de los años, en su calidad de estudioso de la **libertad**, consideró que ésta, y no la justicia, era la finalidad del derecho. El derecho, nos dice el autor, es creado por el hombre para proteger su libertad dentro de la sociedad a fin de poder realizarse, es decir, cumplir con su personal proyecto de vida. La justicia, como otros valores, son los instrumentos o medios que permiten organizar la vida social con el propósito de lograr que todos los seres humanos, siendo constitutivamente libres, puedan realizarse como tales, ofreciéndoles las oportunidades básicas para alcanzar sus propios fines valiosos. Es decir, para poder lograr sus aspiraciones, metas, esto es, cumplir con su proyecto de vida.

La finalidad del Derecho no es para Fernández Sessarego la persecución de la justicia sino lo es de la libertad. Al ser humano le interesa poder realizarse como ser libre, cumplir con su proyecto de vida. Para ello es imprescindible contar con la justicia y otros valores para que a través de su vivencia comunitaria se tiendan a organizar la sociedad a fin de que todas las personas cuenten con oportunidades para ello y lograr la paz.

D. Derecho a la identidad personal

El aporte creativo de Fernández Sessarego, consistente en proponer un nuevo más amplio y renovado contenido al diminuto concepto de derecho a la identidad, vigente en los años 80 del siglo XX, ha permitido no sólo la comprensión de los verdaderos alcances de esta institución sino, además, el de la posibilidad de ampliar la esfera de su aplicación jurídica.

De los aportes del autor, el de la innovación del concepto de identidad es el menos conocido de los anteriores. Ha sido escasamente difundido. Hasta los años ochenta del siglo pasado el concepto del derecho a la identidad personal se concretaba en lo se conoce como identificación. Es decir, por ejemplo, el nombre, el de sus progenitores, el lugar de su nacimiento, el sexo, etc. Fernández Sessarego propone, y se acepta por la doctrina más alerta, que dicho concepto tiene un contenido mucho más amplio.

El concepto de **identidad personal** como lo concibe Fernández Sessarego no había sido expuesto en precedencia. En Italia de los años ochenta del siglo XX la diminuta versión de la identidad personal, que se limitaba a la tradicional "identificación", se expuso en congresos dedicados al tema en los cuales algunas voces hasta negaron su existencia y otras la redujeron a la mencionada noción de "identificación". Por ello, en 1992, en el prólogo al mencionado libro de Fernández Sessarego, su autor, el destacado profesor argentino Santos Cifuentes, pudo decir de ella que "podría sostenerse que esta obra tiene bien merecida la calificación de ser pionera y exclusiva. Muestra caminos hasta ahora desconocidos por nosotros. No sé si es atrevido decir, pero me animo a ello, que será, con visión de futuro, un libro clásico, al que habrá que acudir cada vez que se presenten inquietudes y dudas sobre la materia". La nueva teoría sobre el derecho a la identidad personal de Fernández Sessarego aparece por primera vez en castellano en septiembre de 1988, en una extensa ponencia titulada "El derecho a la identidad personal", la que fuera sustentada en el Congreso Internacional "Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el sistema jurídico latinoamericano". Es un extenso ensayo.

En 1990 el ensayo se publica en la "La Ley" de Buenos Aires los días 5, 8, 12, 14 y 19 de junio de 1990, así como en la "Revista de Derecho y Ciencias Políticas", Segunda Época, vol. 47, años 1997-1998, Lima, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1991. La teoría se desarrolla en su libro *Derecho a la identidad personal*, editado en Buenos Aires por Astrea. Una segunda

edición se publica en Lima, en el 2015, por el Instituto Pacífico. Este libro es muy completo en contenido desde que cubre todos los aspectos relevantes referidos al derecho a la identidad personal.

El autor del antes citado libro se encuentra entre los precursores – muchos lo consideran el primero – que en el mundo dieron cuenta de la presencia, en las últimas dos décadas del siglo XX de la aparición en el escenario jurídico del derecho fundamental a la identidad personal. En el 2007, después de 17 años de haberse creado el nuevo concepto de derecho a la identidad personal, la Escuela de Derecho de Berkeley, de la Universidad de California, realizó y publicó un estudio sobre la identidad personal en el cual, al referirse a la definición de la institución, adhiere a la posición sostenida por Fernández Sessarego desde mediados de los años ochenta.

Una de las más significativas contribuciones del libro en referencia es el haber distinguido, con precisión y precursoramente, la diferencia existente entre “identificación”, a lo que se reducía en el pasado el derecho a la identidad personal, de los verdaderos mayores alcances y precisiones de este concepto que es su dimensión dinámica. Fernández Sessarego denomina a la primera como **identidad pasiva**, la que no cambia desde el nacimiento, de la **identidad dinámica** o activa que comprende la total manera de ser y actuar de la persona durante su trayectoria existencial, que comprende su personalidad, su profesión, sus actividades, su posición religiosa, ideológica, política, etc.

2. Innovador del Derecho

Fernández Sessarego no es sólo creador de nuevas instituciones jurídicas, como las antes mencionadas, sino también se le conoce como un innovador de varias de ellas, a las que le ha dado nuevos enfoques antes desconocidos. Dentro sus numerosos aportes innovadores se encuentran los alcances del daño conocido como “moral”, la sistematización del daño a la persona, la inexistencia de la antijuridicidad, la teoría de la subjetividad de la empresa, la concepción tridimensional de la persona jurídica, el haber concebido que son cuatro y no dos los sujetos de derecho, destacar la identidad del transexual, la caracterización del comité como “persona jurídica”, la problemática del derecho natural.

Ha profundizado y aportado nuevos matices en lo concerniente a la capacidad, la clonación de seres humanos, el abuso del derecho, la diferenciación entre los derechos de la persona como fundamentales fundantes y los derechos fundamentales fundados. La recopilación de algunos de dichos aportes, dispersos en el pasado en diversos medios de comunicación nacionales y extranjeros, se encuentra en gran medida en su libro *El derecho a imaginar el derecho*, editado en Lima, en el 2011, por Idemsa.

Fernández Sessarego inició, en el Centro de Investigación en Derecho Comparado, que dirigía en la Facultad de Derecho de San Marcos en los años 60 del siglo XX, el estudio en el Perú del problema atinente a los trasplantes de órganos, cuya regulación básica introdujo en el Código Civil de 1984.

A. Daño moral

Fernández Sessarego consideró que el tradicional daño “moral” no afectaba los principios morales de la persona, sino que es un **daño psíquico**, es decir, que causa un daño a su estructura psicosomática. Este daño psíquico se manifiesta como cualquiera emoción que, por ser tal, no es patológica y, más bien, por lo general, tiende a desaparecer con el tiempo o se transforma en otras emociones. Así, el dolor por la muerte de un ser querido, con el pasar del tiempo, se convierte en otras emociones como de nostalgia, gratitud, orgullo, tristeza etc.

Contra la tradición que consideraba al “daño moral” como una figura jurídica que expresaba dolor y sufrimiento, Fernández Sessarego, desde hace muchos años, sostiene que el mencionado daño es como se ha anotado, una manifestación psíquica, una emoción, generalmente no patológica. Es una emoción que se disipa con el tiempo o frecuentemente se transforma en otras emociones. Por lo expuesto, su denominación de “moral” no le corresponde. Lo que sucede es que el agravio de principios morales propios de cada persona es, comúnmente, la causa del daño psíquico-emocional.

El llamado “daño moral”, por constituir una de las múltiples modalidades del genérico y amplio “daño a la persona”, carece de autonomía. Es uno de los múltiples daños a la persona, así lo considera la jurisprudencia peruana. El Pleno Casatorio en lo Civil del año 2011 refiere que la relación entre “daño a la persona” y “daño moral” es de género a especie. Esta nueva concepción del mal llamado daño “moral” viene siendo aceptada por la doctrina y la jurisprudencia comparada. La Corte Suprema del Perú, mediante una reciente sentencia, ha acogido la tesis de Fernández Sessarego sobre la naturaleza del “daño moral”.

B. Sujetos del derecho

En los años ochenta Fernández Sessarego sostuvo que las personas no sólo eran dos, la persona natural y la llamada “persona jurídica”, sino que son cuatro pues, además, lo son también el concebido y la organización de personas no inscrita, conocida como “irregular” o “de hecho”. Esta innovación se incorporó, por primera vez en la codificación civil comparada, al Código Civil peruano de 1984. Como la denominación de “persona jurídica” es inapropiada el autor propone denominarla como “organización de personas inscrita” para diferenciarla de la “irregular” que se debe designar como “organización de persona no inscrita”.

C. Sistematización del daño a la persona

En cuanto al “daño a la persona” Fernández Sessarego, al verificar que en los años ochenta del siglo XX que carecía de **sistematización** pues recién había sido creado en Italia, cumplió la tarea de sistematizarlo. En este sentido propuso que dicho daño a la persona podía ya sea incidir sobre la estructura psicosomática de la persona o sobre la libertad o proyecto de vida.

Durante su permanencia en Italia, entre julio de 1977 y comienzos de 1983, participó en el momento histórico de la aparición en la escena jurídica jurisprudencial del “daño a la persona”. Fue testigo inmediato de los esfuerzos de los juristas por encontrar un asidero legal de protección de los daños provenientes de lesiones al ser humano. La escuela de Génova, en la que destaca la presencia de Guido Alpa, se inclina para dicho efecto en considerar al “daño a la persona” como un “daño biológico”, mientras que la escuela de Pisa, con Francesco Busnelli a la cabeza, lo designa como “daño a la salud” a fin de obtener, bajo esta expresión la aplicación del artículo 32° de la Constitución de 1947 destinado a la protección de la salud integral. De retorno al país Fernández Sessarego obtuvo, por primera vez en la codificación comparada, que la Comisión Revisora del Código Civil de 1984 incluyera el “daño a la persona” en el artículo 1985° de dicho Código. De ahí que en la actualidad todos los derechos de la persona se hallan jurídicamente protegidos, sin excepción, como el denominado “daño al proyecto de vida” o el “daño moral”.

Sin los problemas que se presentaron en Italia en la búsqueda de una norma que permitiese fundamentar la indemnización del “daño a la persona”, desde que teníamos la norma del artículo 1985, antes mencionada, Fernández Sessarego procedió, en los años 80 del siglo XX, a la sistematización del daño a la persona. Es así como distinguió, dentro del genérico “daño a la persona” el daño psicosomático y el daño a la libertad. Dentro del primero diferenció el “**daño biológico**”, o la lesión en sí misma, digna de reparación, de su consecuencia que es el “daño a la salud”.

El **daño psicosomático** se clasifica a su vez en daño biológico y daño al bienestar. El daño biológico es la lesión causada a la persona, considerada en sí misma, como es el caso de heridas, fracturas, mutilaciones, desequilibrios psíquicos en general. El daño al bienestar se refiere a las consecuencias del daño biológico sobre la salud integral de la persona. Es evidente que una mutilación de una mano o de una extremidad de una persona, por ejemplo, incide sobre la salud integral de la persona, ya sea de carácter funcional o psíquico. El daño psicosomático debe ser indemnizado en cuanto **lesión** en sí misma como en lo concerniente a sus consecuencias en la vida de la persona, es decir, en cuanto atenta contra su bienestar. Así, si una persona pierde la mano derecha se debe indemnizar por lo que se considera su valor en sí misma además de sus consecuencias para la vida de la persona, es decir, para su bienestar. El valor de la mano derecha o está considerado, en algunos países, en entablas en baremos o tablas de infortunios o, de no ser este el caso, se va forjando paulatinamente a través de la jurisprudencia.

D. La empresa como “sujeto de derecho”

En 1960, con motivo de celebrarse los ciento cincuenta años de la independencia de la República Argentina, se celebró en Buenos Aires un Congreso de Derecho Civil y Comercial al cual asistieron los más destacados juristas, tanto civilistas como comercialistas de América Latina. En dicho congreso, Fernández Sessarego presentó una ponencia en la cual se sostenía que la empresa era un sujeto de derecho. En esa época se consideraba que la empresa era un fenómeno exclusivamente económico.

Descartando esta posición el ponente expuso los argumentos pertinentes, sobre la base de un principio general en el sentido que todas las conductas humanas compartidas, coexistenciales, son jurídicas pues de cada una podía predicarse su justicia o su injusticia. El ser humano es libre y puede actuar como tal siempre que no atente contra la ética imperante, contra el orden público, sin causar daño o cuando la conducta se halle expresamente prohibida por el ordenamiento jurídico. El Congreso, por unanimidad, se declaró contrario a la posición de Fernández Sessarego, reiterando que la empresa es un fenómeno exclusivamente económico. Años más tarde, sin embargo, la doctrina acogió la posición del ponente definiéndola como la tesis subjetivista de la empresa, que es la actualmente admitida.

A pesar de lo expuesto, por falta de información, no se puede declarar con certeza que la posición antes descrita, puesta de manifiesto en el citado Congreso, fue la primera que surgió en el mundo jurídico. No obstante, sí se puede sostener que la exposición subjetivista de la empresa de Fernández Sessarego fue la primera que se produjo en el ámbito del derecho latinoamericano. A pesar de que se expuso en 1960 la concepción de la empresa como “sujeto de derecho” data de la década de los años cincuenta del siglo pasado. Posteriormente al Congreso de Buenos Aires la concepción de Fernández Sessarego aparece primera vez públicamente en su trabajo titulado *Consideraciones sistemáticas preliminares para la revisión del Libro Primero del Código Civil*. Se publicó en Lima, en 1964, en la revista “Mercurio Peruano”, N° 445-446. En el mencionado artículo se decía por su autor que veía “ningún impedimento teórico para considerar a la empresa como una persona jurídica, vale decir como 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”.

El histórico acontecimiento fue considerado por la crítica posterior a aquel año que dicho enfoque de la empresa como “sujeto de derecho” significaba la ruptura con la tradición, la que la consideraba tan solo “un hecho económico” como si estos hechos estuvieran fuera del mundo del derecho en el cual se regulan normativamente todas, sin excepción, las relaciones humanas, desde un saludo a un amigo en la calle hasta un delito de homicidio. La posición de Fernández Sessarego abrió la puerta a la concepción conocida como la del subjetivismo de la empresa,

corriente de pensamiento que surgía por primera vez en Latinoamérica y, tal vez, una de las primeras en el escenario jurídico contemporáneo. Su teoría sirvió para el surgimiento de un nuevo sujeto de derecho como es el Derecho Empresarial.

E. La antijuridicidad

Fernández Sessarego, siguiendo la huella de Carlos Cossio, sostiene, que la expresión “antijurídico” carece de significación en el mundo del derecho. En principio, toda conducta humana bilateral, compartida, es jurídica. De toda conducta humana intersubjetiva se puede predicar si es justa o es injusta. Tanto unas como las otras son jurídicas, unas con sentido positivo y otras en negativo. De ahí que toda conducta justa es permitida y lícita, mientras que la injusta es prohibida e ilícita. La simbolización de la norma jurídica completa nos demuestra la certeza de lo expresado en precedencia; “A debe ser B o no-B debe ser S”. A es la facultad o derecho subjetivo, B es el deber, no-B es la transgresión del deber y S es la sanción. El primer extremo- la vida debe ser respetada – lo hallamos básicamente en el Código Civil, mientras que lo del segundo extremo de la norma jurídica – si no se respeta la vida humana debe ser la sanción - lo encontramos principalmente en el Código Penal, en el Código Penitenciario.

El derecho fue creado por el hombre para poder cumplir con su proyecto de vida a fin de convivir en una sociedad pacífica y respetuosa del ser humano y de sus derechos. Toda conducta es libre salvo que atente contra la moral social imperante, el orden público, cause daño o se halle expresamente prohibida por el ordenamiento jurídico. Este postulado es conocido como el axioma jurídico fundamental. A él se recurre en última instancia a falta de normas o de principios generales para juzgar la conducta humana.

Lo conocido como lo “antijurídico” no es una categoría jurídica. Todas las conductas humanas en relación son jurídicas. De todas se puede emitir un juicio de valor.

De todas se puede decir si son justas, lícitas y permitidas o, de lo contrario, no lo son. Si una determinada conducta no se encuentra regulada por el ordenamiento jurídico positivo se recurre a los principios generales y de no existir tampoco estos es de aplicación el axioma jurídico fundamental que dice que toda conducta humana está permitida, salvo que atente contra las buenas costumbres, el orden público, cause daño o esté expresamente prohibida por una norma jurídica. Esta concepción está inspirada en el pensamiento de Carlos Cossio.

F. El comité

Otra innovación es la de haberle otorgado al comité en el Código Civil peruano de 1984 la calidad de “organización de personas inscrita” o “persona jurídica”.

G. Naturaleza de la persona jurídica

Desde hace muchos años Fernández Sessarego se refirió a la naturaleza de la “persona jurídica” manifestándose contrario a la tesis que la hacen aparecer como un sujeto de derecho sin personas naturales y sin patrimonio, lo que es un imposible para otorgarle tal calidad. Sólo las personas, consideradas individual o colectivamente, son **sujetos de derecho**.

La figura en la que se presenta a la persona jurídica vacía de contenido humano se encuentra en el artículo 78° del Código Civil peruano. En este numeral se afirma que la persona jurídica “tiene existencia distinta a la de sus miembros”. Es decir, se reconoce que la entidad tiene miembros, pero se les pone entre paréntesis. Ellos, las personas naturales, no cuentan para la configuración de lo que es la persona jurídica. Esta resulta ser una entelequia, un dato formal, un no-sujeto.

Fernández Sessarego considera que el absurdo jurídico, que en su opinión contiene el mencionado artículo 78° del Código Civil antes referido, supone la utilización de la técnica jurídica para expresar que lo que se pretende con la creación de la “persona jurídica” es algo muy simple como es el privilegiar a sus miembros al efecto que ninguno de ellos, a título personal estén obligados a pagar sus deudas. Es decir, una excepción a la regla general. La “persona jurídica”, según su opinión, es una “organización de personas que persigue fines valiosos y que se inscribe en un registro público”. De ahí que, por el hecho de su inscripción, sus miembros no están obligados personalmente a pagar las deudas del “sujeto de derecho”. En cuanto a las “personas jurídicas” que persiguen fines no lucrativos no son propietarios de su patrimonio por lo cual, en el caso de su disolución, el haber neto resultante pasa a otra persona jurídica de fines análogos. Esto no ocurre en el caso de aquellas que, si persiguen fines lucrativos, como las sociedades, donde el haber neto resultante de la liquidación se distribuye entre los socios, por lo que no pierden sus derechos sobre el patrimonio.

Fernández Sessarego, a pesar de su conocida oposición a la fórmula adoptada para presentar a la persona jurídica, fue convocado por la Comisión Revisora del proyecto de código, para definir cada una de las cuatro personas reguladas por el Código Civil, como son la asociación, la fundación, el comité y las comunidades campesinas y nativas. Él, no obstante ser contrario a que las definiciones se introduzcan en los códigos en cuanto esta es tarea propia de la ciencia jurídica, de la doctrina, aceptó el encargo a fin de aprovechar esta oportunidad para referirse a su concepción sobre la naturaleza de la persona jurídica. El artículo 80° del Código Civil está dedicado a la definición de la asociación. En este numeral se expresa que la asociación “es una organización estable de personas naturales o jurídicas o de ambas, que a través de una actividad común persigue un fin no lucrativo”. Como se aprecia, tanto en este artículo como en las demás denominaciones de personas jurídicas se afirma que son organizaciones de personas. De este modo se contradijo lo enunciado en el artículo 78° del Código, antes comentado.

Lo que se pretendió poner en evidencia en el artículo 78° es que, por disposición de la ley, a diferencia de las organizaciones de personas no inscritas, conocidas como “irregulares”, se exceptúa a sus miembros del cumplimiento de las obligaciones por ellos contraídas, responsabilidad que se traslada a un ente inexistente que se es el nombre con el cual se inscribió la persona jurídica en los respectivos registros públicos.

H. El derecho natural

Una innovación que recordamos es la que se refiere a la inexistencia del “derecho natural” inscrito en la conciencia del hombre. Fernández Sessarego sólo ha escrito un artículo sobre el tema porque considera que es muy atrevido sostener esta posición históricamente vigente. En este sentido, él se ubica entre los escasos autores que en el pasado coinciden con su posición.

Para el autor el derecho es creado por los hombres ante exigencias existenciales del ser humano con base moral. Lo que es natural no es el derecho sino la moral. Por ello, salvo excepciones, como en el caso de la pena de muerte, las normas jurídicas son expresión de una exigencia existencial de índole moral. Estas exigencias se traducen en los derechos fundamentales de la persona y aparecen apenas ellas se hacen presentes en el mundo. Por ello su aparición no se da en un mismo momento. Pensemos, por ejemplo, en los derechos a la intimidad o a la identidad que son, junto con el derecho al bienestar, los últimos que han surgido en la historia del derecho.

I. El derecho al bienestar

Fernández Sessarego es uno de los pocos juristas que consideran que el bienestar es un derecho fundamental del ser humano. El bienestar supone poseer lo mínimo necesario para que el hombre siendo un ser constitutivamente libre pueda actuar como tal, es decir, cumplir su proyecto de vida y, de este modo, otorgarle un sentido a su vida.

Lo que muy pocos conocen que a los esfuerzos y gestiones de Fernández Sessarego se debe que el derecho al bienestar y el derecho a la identidad aparezcan entre los derechos fundamentales que reconoce y protege la Constitución peruana de 1993.

J. La autonomía de la voluntad

Uno de los aportes de Fernández Sessarego al lado de otras propuestas que ha efectuado durante su magisterio es el de haber esclarecido que la voluntad no es “autónoma” desde que es una estructura psíquica que responde y está subordinada y sujeta a las decisiones de la libertad. La voluntad resulta ser un instrumento al servicio de la libertad. Lo autónomo en el ser humano es la libertad y no la voluntad.

K. La clasificación del daño

Fernández Sessarego en los primeros años como docente, siguiendo la tradición, sostenía que el daño se clasificaba en patrimonial y extrapatrimonial. Luego, repensando el tema, consideró que el daño tenía una doble clasificación. La primera se refiere a su naturaleza y, la segunda, a sus consecuencias.

En este orden de pensamiento el daño, por su naturaleza, se clasifica en “daño a la persona” o daño subjetivo y daño a los entes del mundo exterior al hombre o daño objetivo. En cuanto a sus consecuencias, el daño es **daño patrimonial** y **daño extrapatrimonial**. El daño subjetivo o daño a la persona como el objetivo tienen consecuencias tanto extrapatrimoniales como patrimoniales, por lo que ésta no responde a una clasificación en el sentido propio de este concepto.

La clasificación del daño en subjetivo o daño a la persona y en objetivo o daño a los entes del mundo exterior permite distinguir lo que con anterioridad a esta clasificación no resultaba claro. Nos referimos a que los criterios y la técnica para la reparación de las consecuencias de un daño a la persona son diferentes a los criterios y técnicas que se emplean para resarcir los daños los objetos del mundo exterior. En el inmediato pasado, para la reparación de los daños a la persona se utilizaban los criterios y técnicas aplicadas a la indemnización de los daños objetivos. Esta confusión se aclara a partir de la clasificación de los daños de acuerdo con su naturaleza.

L. La capacidad

Fernández Sessarego considera que debe desaparecer del Derecho la categoría del “incapaz” de goce o de derecho, desde que todos los seres humanos, por ser tales, poseen **capacidad**. Todos los seres humanos tienen los mismos derechos, desde el concebido hasta el que ha perdido la conciencia. Lo que sólo se restringe o se limita es la llamada capacidad de “ejercicio” o de “obrar”.

M. El abuso del derecho

Interesado en despejar el frecuente error que se advertía en los años precedentes a la década de los años noventa del siglo XX, mediante el cual se confundía el abuso del derecho con la colisión de derechos, Fernández Sessarego dedicó un libro destinado a precisar el concepto de abuso del derecho.

Según su opinión, el abuso del derecho se produce por la acción u omisión de la persona que siendo legítimo titular de un derecho lo ejerce de manera irregular o antisocial, agravando de este modo a quien posee un interés existencial que, lamentablemente, carece de protección jurídica. El abuso del derecho es así un “ilícito *sui generis*”. Quien actúa abusando de su derecho, sin obtener beneficio de ninguna especie, mediante su ejercicio, irregular y antisocial, incumple un deber

jurídico general como es el de lesionar un *interés existencial* ajeno, de carácter patrimonial, no protegido por expresa norma jurídica.

Los intereses existenciales si bien no cuentan con normas legales expresas que los proteja, en aplicación de los principios generales del derecho ellos, en cuanto se sustentan en la dignidad de la persona, no se hallan jurídicamente desprotegidos. Ello se aprecia y desprende del texto del artículo 4° de la derogada Constitución de 1979 y se reitera en el numeral 3° de la vigente de 1993. El problema condujo a que Fernández Sessarego escribiera un libro titulado *Abuso del derecho* editado por Astrea en Buenos Aires en 1992 y una segunda edición en Lima por Grijley en 1999.

N. Derechos fundamentales “fundantes” y derechos fundamentales “fundados”

Según Fernández Sessarego, si bien todos los derechos humanos son interdependientes desde que ellos tienen el mismo y único fundamento por el que poseen un sentido, dentro de ellos existe un núcleo de derechos fundamentales “fundantes” y otro de derechos fundamentales “fundados”. Los derechos fundantes son la vida y la libertad, desde que la vida es la vida de la libertad. Los derechos “fundados” encuentran su razón de ser en los “fundantes”, desde que estos carecerían de sentido si no existieran los primeros.

El planteamiento en referencia se encuentra en el libro *Libertad, Constitución y Derechos Humanos*, Lima, San Marcos, 2003.