

EL DAÑO A LA EXISTENCIA COMO SUBESPECIE DEL DAÑO A LA PERSONA

Por **Massimo Franzoni** *

SUMARIO

1.- Introducción. 2.- Breve crónica de los eventos de interés sobre el daño a la salud. 3.- Situación de la actividad vigente. 4.- Reflexión sobre la situación de la actividad. 5.- Daño, funciones de la responsabilidad civil y del resarcimiento. 6.- Tipificación social de los ilícitos y función del resarcimiento.

1.- Introducción

Es importante destacar que, en cuanto nace, el daño a la existencia ha sido ya reconocido por el Tribunal de Casación entre las lesiones objeto de resarcimiento.

Es aún más destacable que el área del perjuicio defendido por esta categoría de perjuicios de los derechos de la persona, aunque de ribetes inciertos, establece cuestiones de interés para los juristas italianos y también para aquéllos de otros muchos países, incluidos los del *Common Law*. En todos éstos la cuestión se encara y resuelve con la atribución de un resarcimiento a la víctima. Entonces, como una primera aproximación, se puede resaltar que, aun cuando algunos atribuyen distintos significados al resarcimiento del daño existencial, esta primera aproximación se refiere a una lesión que la mayoría consideraba como merecedora de tutela.

Una suerte diferente ha corrido su progenitor, el daño biológico, lesionado

*Catedrático de Derecho Civil (Italia).

por el derecho a la salud y que, para poder afirmarse, ha debido tener en cuenta numerosas posturas de ribetes inciertos y ha debido compararse, por lo menos, con tres importantes posiciones por parte de la Corte Constitucional. Todo ello pasado por alto en el debate de los intérpretes, no siempre de acuerdo en reconocer la existencia de esta especie de daño que ha contribuido bastante para arribar a la solución, ya aceptada mayoritariamente, que ve en el daño biológico una lesión a la integridad psicofísica de la persona, médicamente certificada; justamente en este debate se notaba aún más el abordaje final al largo recorrido del daño a la salud.

Existía la idea de que entre los perjuicios para resarcir debían ser considerados también los compromisos relacionales, derivados de la causa de la lesión biológica. Es por esta razón que el daño a la salud ha obtenido un rol importante en resumir en sí mismo muchas opiniones sobre el daño, otrora autónomamente resarcibles: el daño a la vida de relación, el daño estético no incidente en la capacidad laboral específica, el daño sexual y así en forma sucesiva.

En cierto punto del recorrido fueron verificados dos nuevos eventos de relevancia: a) hubo un renovado interés del legislador por el daño a la salud, b) hubo un renovado interés por el daño a la persona y por los derechos de la personalidad. En consideración al primero, el daño a la salud ha debido limitarse a la restringida noción del daño biológico de matriz médico-legal. En consideración al segundo, el ámbito de la persona ha llegado a expandirse según nuevas perspectivas y, sin duda, ha ocupado espacios hasta ahora desconocidos por el Derecho.

Baste citar las nuevas perspectivas que se abrieron por la ley de la *privacy* y las muchas reflexiones comenzadas a partir de la Carta Europea de los Derechos del Hombre. Se trata, entonces, de normas capaces de revitalizar la cláusula general del art. 2 Const. Aunque, en realidad, no fue nunca olvidada.

Como primer resultado para considerar, tenemos que la función unificadora atribuida al resarcimiento del daño a la salud, que comprende a todos los compromisos no incidentes sobre la capacidad de producir ganancia, no puede ser alcanzada. Es imposible restringir al daño resarcible con el membrete del biológico (sub a) y, al mismo tiempo, pretender ampliar la tutela civil de la persona (sub b).

Además, es inútil querer hacer la disquisición sobre la legitimidad del uso de la responsabilidad civil para resarcir daños a la persona no directamente incidentes sobre la capacidad de producción de la ganancia. En todo caso, podría valer la pena preguntarse si éstos pueden ser resarcidos solamente en presencia de una directa reducción de la validez psicofísica de por sí, o bien, si el perfil de relación puede ser objeto de resarcimiento autónomo aunque falte una lesión a la integridad psicofísica. Con ello se trataría de responder a una pregunta retórica.

Desde el momento en que, hace decenios, en el daño a la salud confluye el daño a la vida de relación, el cual más que otras figuras debe ser individualizado con la pérdida de resarcir en el compromiso del aspecto social de la vida humana y no necesariamente ligado a la capacidad de producir ganancia.

La cuestión verdadera consiste en establecer si la técnica de la responsabilidad civil es dúctil a la recepción de las nuevas instancias, o bien, si ésta debe reaccionar y empujarnos hacia otras formas de tutela ya existentes o por inventar.

2.- Breve crónica de los eventos de interés sobre el daño a la salud

La historia del proceso cíclico que ha distinguido el daño a la persona –del daño biológico al daño a la salud, del daño a la salud al daño biológico– ha motivado la atención del intérprete y una reflexión general sobre la arquitectura codicística del daño del ilícito aquiliano.

Afirmando la idea de que las consecuencias perjudiciales para la persona no incidentes en la capacidad de producir ganancias deban ser resarcidas en aplicación del art. 2043 y no del art. 2059 C. C. (italiano), se trata de justificar teóricamente la relación entre la norma inicial y la final del Título IX del Libro IV. Por lo general, los intérpretes han convenido en atribuir al art. 2043 C. C. (italiano) el contenido de una cláusula general en cuanto a la definición de “daño injusto” y han resaltado la previsión necesaria de la patrimonialidad del daño. En la parte final de la disposición: “...obliga a aquel que ha cometido el hecho a resarcir el daño”. De modo que el compromiso de una situación protegida, entendida como lesión a un interés merecedor de tutela según el ordenamiento jurídico para consentir el remedio resarcitorio, debe ser causa de una pérdida patrimonial a cargo de la víctima. Esta pérdida patrimonial es una condición esencial para consentir la responsabilidad de actuar desde el momento en que el daño no patrimonial es resarcible sólo en los casos previstos por la ley, según el art. 2059 C. C. (italiano). Usualmente, estos casos están identificados en el daño moral subjetivo del art. 185 C. P., salvo alguna que otra rara excepción.

Durante mucho tiempo la doctrina ha tratado de justificar la operatividad del art. 2043 C. C. (italiano) también por consecuencias no directamente apreciables con criterio de mercado, ocasionando que a la patrimonialidad del daño se pudieran agregar, cada tanto, ciertas consecuencias estimables económicamente, según un criterio social típico. Todo ello según el presupuesto de que si es cierto que un bien que constituye un valor de intercambio puede encontrar en el mercado un criterio de apreciación de su valor, otro bien, que constituye sólo un valor de uso, debe, de cualquier modo, encontrar un criterio de estimación de su valor. La pérdida de un valor de uso debe, también, ser apreciada en forma patrimonial, aunque el mercado no consienta darle una representación precisa en forma inmediata. En gran parte, y por este camino, ha sido ampliada la noción de patrimonialidad del daño hasta el punto de atribuir al resarcimiento también, en consecuencia de lesiones (daño injusto) no relacionado al concepto de bien jurídico (art. 810 C. C.), al concepto de relación jurídica-patrimonial (art. 1174 C. C.), incluso bajo el perfil de una mera expectativa merecedora de protección. El riesgo conceptual reside en querer definir el presupuesto –daño patrimonial entendido como consecuencia perju-

dicial de una lesión— a través de su consecuencia: el resarcimiento del daño. El daño se define como patrimonial puesto que se lo resarce pecuniariamente, pero con ello no se está calificando la patrimonialidad más pragmática; la jurisprudencia, especialmente la de los años noventa, ha tipificado el daño a la salud como: “*tertium gens*” del daño entre el patrimonial (la falta de ganancia) y el no patrimonial (“el *pretium doloris*”). La mayoría de los jueces ha aceptado la idea de que la patrimonialidad no es un requisito imprescindible del daño civil resarcible en el art. 2043 C. C. (italiano), ya que tales lesiones de la persona son suficientes para el resarcimiento: de esta manera, el daño patrimonial termina por representar sólo un compuesto del daño resarcible y deja de ser su sinónimo.

Bajo el perfil de la cuantificación del daño a la salud, los desacuerdos fueron fácilmente resueltos. Cualquiera sea el título de la obligación resarcitoria, ésta presenta un contenido que sólo el criterio equitativo puede determinar, tanto para una concepción como para la otra. Por otro lado, el criterio social típico, que ha traído a la introducción de un sistema de tendencias homogéneas basado en la consideración a punto de invalidar, puede ser invocado tanto por unos como por otros. Las resistencias de quienes han sostenido la necesidad de equiparar la resarcibilidad con la patrimonialidad del daño estaban dirigidas a limitar el nacimiento de la obligación con las solas lesiones susceptibles de valoración médico-legal, excluyendo todas las otras, por ejemplo: el *stress* o la aflicción del ánimo relativos a un ilícito diferente de aquéllos incluidos en el art. 2059 C. C. (italiano).

La exigencia de limitar la resarcibilidad del daño a la persona, diferente de las consecuencias perjudiciales sobre la capacidad de producir ganancia, es un objetivo que se ha prefijado también el legislador respecto de las disposiciones hasta ahora promulgadas en espera de una reforma más general del daño biológico. Este fin se ha alcanzado de dos maneras: a) definiendo al daño biológico como la “lesión a la integridad psicofísica, susceptible de certificación médico-legal, de la persona”, o b) atribuyendo por ley el valor a puntos de invalidez. No obstante, la segunda de las dos maneras es la que ha despertado el mayor interés por parte de los operadores, especialmente sobre el punto de los “micropermanentes”; a nuestros fines, consideramos más relevante la primera, ya que parece excluir que pueda ser daño injusto el compromiso de la persona que no se agota en una lesión a la integridad psicofísica médicamente certificada.

Si bien el goce de la vida, el perfil social de la persona, el dolor que no se advierte bajo el perfil psíquico, son todos componentes que pueden ser resarcidos equitativamente justipreciando su valor pero a condición de que haya habido una lesión psicofísica. Más allá de esta eventualidad, parece que no pudieran traducirse en un daño resarcible, del mismo modo en que los sufrimientos y las aflicciones son resarcibles por el ex art. 2059 C. C. (italiano) sólo en presencia de un hecho que constituye delito en forma abstracta.

Es todavía prematuro dar conclusiones sobre el punto, puesto que estos perjuicios precedentes podrán ser objeto de resarcimiento, como componen-

tes del daño a la salud entendido en su perfil dinámico. Además, en el pasado, a menudo la figura del daño a la salud ha sido empleada para resarcir daños a la persona aun en ausencia de una lesión psicofísica. Por lo tanto, surge la pregunta de si por efecto de las disposiciones normativas puede limitarse el área del daño a la persona (como se ha hecho hasta ahora).

3.- Situación de la actividad vigente

Frente a este debate entre legislador e intérpretes, la jurisprudencia pareciera permanecer espectadora y seguir su curso. Para crear este debate no se subestima el rol cada vez más concreto de los Jueces de Paz que, si bien no nacen como profesionales adecuados para la técnica de decidir, expresan muy bien el sentir social de la mayoría, especialmente en el ámbito de los derechos de la persona, regulado por cláusulas generales (art. 2. Const. y art. 2043 C. C. italiano).

Daré algún ejemplo que puede ser útil para comprender el estado de la actividad. Existen numerosos pronunciamientos que condenan a la Administración Pública por haber promovido contravenciones ilegítimas. La condena del resarcimiento del daño es modesta, se trata de sumas que van desde doscientas a cuatrocientas mil liras, que no fueron pensadas para tal efecto pero que igualmente sancionan a la Administración Pública. El ilícito puede ser individualizado por el *stress* ocasionado a la víctima, de la misma manera en que la Corte Suprema lo decidió cuando sancionó a la Universidad de Boloña por haberle negado los certificados de asistencia a una estudiante, impidiéndole presentarse a examen por un ciclo lectivo. Lo mismo corresponde para el envío equivocado de las “facturas locas” a los contribuyentes, según decisión del Juez de Paz de Mestre (18 de septiembre de 2000 - 29 de enero de 2001). Lo mismo se aplica para la sujeción de emisiones acústicas intolerables que, aunque no ocasionen a las víctimas un daño biológico que se manifieste en su estado de salud o en una enfermedad, se considera como una alteración de las actividades normales del individuo que debe resarcirse individualmente.

Además, existen ulteriores pronunciamientos que, al liquidar el daño a las vacaciones arruinadas por causa de un *overbooking*, consideran equitativamente la pérdida de un porcentaje sobre el paquete del viaje adquirido. En este caso no sería el *stress* el que asumiría relevancia, entonces pareciera no viable acompañar al daño patrimonial la pérdida sufrida; sin embargo, el resarcimiento ha sido pactado. En el ámbito laboral existen numerosos precedentes que reconocen como ilegítimos los vejámenes de un superior jerárquico a su subordinado, aunque el disgusto y la depresión no se traduzcan en un verdadero daño psíquico, susceptible de certificación médico-legal. La falta de una lesión a la integridad psicofísica estimada por el médico legal debería excluir que se tratara de un daño biológico y, a pesar de todo, el juez hace lugar al resarcimiento.

Para concluir, cabe recordar el caso por el que fue inspirada esta reflexión. La Corte veneciana condenó al padre a pagar los alimentos del hijo no por no habérselos pagado sino por habérselos pagado con atraso. Es justamente este

atraso el que fue considerado a los fines resarcitorios, ya que la violación a los derechos fundamentales de la persona humana, colocados en el vértice de la jerarquía de los derechos con garantía constitucional, debe ser resarcida como una lesión en sí misma e independiente de su perfil patrimonial, no como daño moral, sino como daño a la existencia y según la regla de responsabilidad aquiliana contenida en el art. 2043 C. C. (italiano) en concordancia con lo dispuesto en el art. 2 Const.

En cierto sentido, es precursor de todas estas decisiones un pronunciamiento de los años ochenta que ha reconocido el resarcimiento del daño biológico sufrido por el marido por lesiones que hubiere sufrido su esposa, por las cuales ésta no hubiere podido llevar una relación sexual normal en el ámbito conyugal. En esta situación, el título del ilícito fue reconocido como una lesión a la salud del marido, sufrido de rebote a causa de la lesión a la integridad física de la esposa. Ahora bien, el ilícito podría ya no ser individualizado como daño biológico, ¿pero el resarcimiento podría ser negado?

Otro precedente que sigue las huellas de los recientemente señalados es aquel que ha considerado que la lesión al derecho de la imagen, entendido en sentido amplio, que comprende también el derecho de reserva, pueda ser resarcida con una técnica ampliamente experimentada por el daño a la salud. Es evidente que, en este derecho, el tema de la reducción a la integridad psicofísica certificada médicamente no se fija casi nunca. De todas formas, el resarcimiento fue otorgado.

4.- Reflexión sobre el estado de la actividad

El Tribunal de Casación ha hecho una precisa investigación de campo sobre la violación a los derechos fundamentales de la persona humana, la cual debe ser resarcida como lesión en sí misma e independientemente de sus ribetes patrimoniales, según la regla de responsabilidad aquiliana contenida en el art. 2043 C. C. (italiano). De esta manera, los jueces llegan a reconocer el daño a la existencia y descartan que el art. 2043 C. C. (italiano) requiera una pérdida patrimonial para resarcir. Es muy diferente la solución dada por otros, para quienes el daño a la existencia, considerando su naturaleza patrimonial, es resarcido en el ex art. 2043 C. C. (italiano) sobre una base de valoración de equidad por el juez. Esta valoración debe considerar la personalidad del sujeto lesionado, el desarrollo de sus actividades, las alteraciones familiares, sociales, laborales, provocadas por el hecho ilícito. De este modo, estos otros jueces reconocen el daño a la existencia con la misma técnica empleada para justificar el resarcimiento del daño a la salud, es decir, ampliando la noción de patrimonialidad.

¿Tiene sentido formular este planteo diferente o bien el segundo adhiere simplemente por inercia a una tradición milenaria? Si la verdadera cuestión fuese solamente un homenaje a la tradición, es probable que fuera necesario adherir a la tesis de aquellos que hace tiempo han sugerido la abrogación del art. 2059 C. C. (italiano). Si bien el sentido del planteo tiene un significado teórico, si se individualiza en el daño patrimonial el objeto del resarcimiento,

significa que éste último absuelve de una función compensatoria para explicar la ampliamente reconocida teoría de la diferencia.

Si el daño es patrimonial, significa que con el resarcimiento el patrimonio de la víctima queda reintegrado. Para tal efecto, el criterio de estimación y de liquidación debe considerar principalmente el precio del mercado, aunque sea empleando el criterio equitativo. Si, por el contrario, el daño reviste connotación patrimonial, su liquidación no puede ser sostenida por una lógica de mercado y su función no puede ser compensatoria.

Es cierto que el mismo problema se había presentado también con respecto al daño a la salud pero, para este ilícito, ya había sido individualizado un criterio social típico para su liquidación, considerado suficiente para legitimar su categorización en el ámbito de la patrimonialidad. Resta preguntarse si, desde el punto de vista cualitativo, una lesión médica certificada puede ser discriminatoria para los fines resarcitorios. Según los jueces, ésta no es decisiva y con ello se continúa el recorrido diseñado bajo improntas del *tertium genus* del daño: así como el biológico, también el daño a la existencia puede ser reconducido a ese género de perjuicio resarcible. Según otros, aquella discriminación debe ser aceptada; de otro modo, se liquida como un daño aquello que se convierte en una pena privada.

De todas maneras, para darle soporte se necesitará una expresa norma jurídica. En consecuencia, deben censurarse los intentos de extender la patrimonialidad más allá del límite colocado a la categoría de daño biológico.

Recuerdo que, en este punto, nadie parece tener en cuenta seriamente la tesis de quien, desde los años cincuenta, había sostenido que en la noción del daño del art. 2043 C. C. (italiano), la patrimonialidad está ausente especialmente cuando se consideran los así denominados “daños personales”. Reviste importancia la alteración de una situación favorable a la víctima. Todo ello bajo el presupuesto de que el daño no patrimonial, en cuanto está reglamentado por una reserva de ley, es –de cualquier manera– más que una pérdida económica de cualquier forma que quiera individualizársela. Es probable que a esta concepción sea necesario dedicarle mayor atención, considerando la orientación ya tomada por los jueces, así como la progresiva ampliación de las figuras del daño a la integridad psicofísica de la persona y de muchos de sus otros derechos.

5.- El daño: funciones de la responsabilidad civil y del resarcimiento

En abstracto, todas las posiciones recordadas tienen un gran fundamento de verdad, pero el intérprete debe valorar las novedades más relevantes y, sobre la base de éstas, repensar el sistema. Ahora bien, estas novedades son el contraste aparente de la tendencia del legislador que, por un lado, restringe el daño a la salud al biológico y el derecho vigente de fuente jurisprudencial para seguir un recorrido coherente que tiene como fin un ideal de “resarcimiento integral” del daño a la persona. En este recorrido no están ni siquiera subvaluadas las decisiones que amplían la legitimación de los sujetos con el resar-

cimiento del daño moral, aun en los casos en los cuales la víctima directa del ilícito haya sobrevivido. En este punto podría concluirse que la técnica de la responsabilidad civil es anacrónica, ya que la tutela de los derechos de la personalidad no puede ser obtenida con el empleo burdo del resarcimiento. Sin embargo, se opone a esta conclusión toda la historia del daño a la salud. Debemos pensar que, por lo menos en el aspecto de los ilícitos contra la persona, el ilícito civil debe ser repensado.

Por otra parte, he examinado las distintas funciones de la responsabilidad civil y del resarcimiento del daño, y he constatado que éstas deben ser colocadas en un contexto económico-social y que, además, deben ser recortadas a la medida de cada categoría del ilícito. El hecho de que nuestro sistema haya elegido la atipicidad del ilícito aquiliano por la guía de la cláusula general del daño injusto, no significa que la reacción al daño injusto sea completamente extraña a la función del resarcimiento. Ya que la función compensatoria del daño patrimonial no puede constituir un obstáculo para el nacimiento de la obligación del ilícito. Es cierto que, normalmente, el daño para resarcir, según el art. 2043 C. C. (italiano) es patrimonial y que, por lo tanto, debe ser estimado y ajustado con las reglas del art. 1233 y sgtes. C. C. (italiano). Sin embargo, justamente el daño a la salud ha demostrado cómo la equidad legitima la introducción de un criterio social típico que permite la cuantificación con un método, una vez más, socialmente aceptado.

Ha sido precisamente el daño a la salud el que ha puesto en crisis el empleo universal de la patrimonialidad referida al daño. En consecuencia, ha sido otra vez el daño a la salud el que ha llevado a un estado de crisis la exclusiva función compensatoria de este resarcimiento. Con respecto a la persona y a sus derechos no patrimoniales, el resarcimiento no reintegra ningún patrimonio; en todo caso, consiente en satisfacer con un medio de sustitución del dinero aquello que no puede ser reintegrado económicamente. En esencia, por las tipologías del ilícito lesivo de las personas que no inciden sobre la capacidad de producir rentabilidad, la finalidad del resarcimiento no puede ser menos que solidario y satisfactorio.

Solidario en homenaje a la función de la responsabilidad civil que debe reaccionar frente a una lesión de enorme gravedad en la jerarquía de los valores del ordenamiento jurídico; satisfactorio, para aclarar como el fin de la condena el pago de una suma de dinero a favor de la víctima.

Ha sido objetado que, de esta manera, el daño se convierte en una pena privada y que ya no habría distinciones entre el daño del art. 2043 C. C. (italiano) y el daño del art. 2059 C. C. (italiano), con el riesgo de llegar a una superposición de remedios en perjuicio del responsable. Entonces, ha sido no sólo el derecho vigente sino también la Corte Constitucional la que nos condujo a la primera norma con una conspicua serie de ilícitos en contra de la persona, justamente con el fin de evitar el conflicto con la segunda norma. De esta manera, se refuerza la idea de que en ésta, la segunda, esté presente una finalidad punitiva que, justo por esta razón, consiente evitar cualquier superposición con el daño del art. 2043 C. C. (italiano).

La liquidación del daño moral, en presencia de una reserva de ley, presenta una finalidad que, al mismo tiempo, es satisfactoria pero que se convierte en punitiva, teniendo como presupuesto un hecho juzgado responsable por el legislador.

A esta altura, el tema de la superposición no puede ser pensado y tampoco vale la pena sugerir la supresión del art. 2059 C. C. (italiano): puede ser o no suprimida en cada caso, permanece neutra respecto del problema considerado por la exigencia socialmente advertida de resarcir los daños de lesión y los derechos de la personalidad, etiquetados por la fórmula del daño existencial.

6.- La tipificación social de los ilícitos y la función del resarcimiento

Hasta ahora, el debate sobre la responsabilidad civil ha revelado la actividad de tipificación de los ilícitos con una técnica similar a aquella de los países del *Common Law*, en los cuales se individualizan *leading cases*. Este procedimiento ha sido funcional para simplificar la cláusula general de injusticia del daño y ha servido para convertir en resarcibles lesiones de intereses merecedores de tutela que, en un principio, no eran considerados como tales. Es justo, gracias a esta técnica y con esta motivación, que la Casación haya reconocido a la naturaleza del ilícito aquiliano como una lesión a los intereses legítimos. Probablemente sea ahora el tiempo para ejecutar, además de constatar que la tipificación social del ilícito puede también incluir la atribución de una cierta función a la obligación resarcitoria derivada de aquella lesión.

Una vez aclarado que el daño resarcible del art. 2043 C. C. (italiano), parte final, no se identifica con el daño patrimonial como para contraponerlo al daño moral del art. 2059 C. C. (italiano), éste es un paso necesario para legitimar el derecho vigente que tiene de su lado la valoración de la persona humana, según indicaciones precisas del legislador, más que soberano de la conciencia social.

Traducción: Adriana Vascelli