

EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO A LA PERSONA EN EL DERECHO LATINOAMERICANO.

ELEMENTOS PARA UNA DISCUSIÓN TRAJIDOS DE DOS MODELOS EUROPEOS

Édgar Cortés

SUMARIO: Premisa.- 1. El daño a la salud en Italia y en Francia: diferente planteamiento, idéntico propósito.- 1.1. La sistematización del daño a la salud: ¿fuera o dentro del derecho privado?- 1.2. Un sistema bipolar en Italia y uno mono-normativo en Francia.- 1.3. La producción doctrinaria vista desde fuera del debate.- 2. La experiencia latinoamericana en tres ejemplos sintomáticos.- 2.1. Una jurisprudencia consciente, pero confusa.- 2.2. Una doctrina original, ¿un resultado válido?- 2.3. La prisa del legislador.- 3. Hacia la elaboración de un modelo.- 3.1. La identificación de los problemas.- 3.2. En busca de un punto de partida.

Premisa. Una reflexión que pretenda dar respuestas al problema del resarcimiento del daño a la persona en el derecho latinoamericano, no puede partir de una página en blanco, no sólo por la necesidad de considerar el contexto económico y social que condiciona cualquier decisión, sino también por la presencia de una tradición que, de manera lenta, se ha ido formando en la materia. En esta tradición, el estudio de la doctrina europea ha representado un elemento cardinal, hoy más que nunca definitivo, para la comprensión y elaboración de un sistema de reparación del daño a la persona, acorde con las necesidades del área.

La primera respuesta está ya dada: cualquier sistema que se pretenda proponer, debe partir del respeto de los derechos fundamentales de la persona humana¹, y en esta perspectiva, el principio de dignidad debe servir de guía para la elaboración del modelo². Las demás respuestas deberán salir de ahí, y de un análisis atento de la jurisprudencia y de la doctrina de los países latinoamericanos, confrontadas entre ellas con el fin de encontrar, si los hay, principios y reglas comunes, y confrontadas también con la doctrina y la jurisprudencia europeas, para valerse así, de los elementos de una discusión profunda, que a partir del estudio del daño a la salud, trata de dar orden al problema más general y apremiante del resarcimiento de los daños a la persona.

El derecho latinoamericano, por supuesto, no ignora la cuestión y su proceso de formación y transformación³; tomar conciencia de la importancia y de

¹ Aún si se discute sobre el valor de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales, promulgada en Niza en diciembre de 2000, ella constituye una señal clara sobre la importancia que se pretende dar a los principios de dignidad, de igualdad y de solidaridad. El texto de la Carta en <http://www.cartadelosderechos.net>.

² F.D. BUSNELLI, *Il danno biologico. Dal 'diritto vivente' al 'diritto vigente'*, Torino, 2001, 383.

³ En este sentido son significativos los cambios legislativos que se han dado en los códigos del área: baste citar un ejemplo: el código civil peruano de 1984 que consagra el daño a la salud en el art. 1985 (ver infra nota 29). En doctrina a manera de ejemplo: en

la necesidad de dar un orden al tema de los daños a la persona es el primer paso para continuar el recorrido, durante el que será necesario preguntarse hasta dónde América Latina está en capacidad de abrir la puerta a nuevas figuras de daño resarcible. La respuesta, como es obvio, no sólo depende de una instancia jurídica, pero en el caso que una decisión de política legislativa quisiera frenar el curso evolutivo de la jurisprudencia y de la doctrina, es necesario conocer y entender las razones.

1. *El daño a la salud en Italia y en Francia: diferente planteamiento, idéntico propósito*

1.1. Sistematización del daño a la salud: ¿fuera o dentro del derecho privado? El carácter mutable y de continua agitación de la responsabilidad civil es un dato que no requiere de más comprobación que una mirada atenta al trabajo de la jurisprudencia. Este fenómeno, constante, se presenta en todos los sistemas. El jurista latinoamericano que conoce dicha situación encuentra fácil confirmación en la doctrina europea que desde hace ya varios años se ha pronunciado en este sentido⁴, para afirmar que las *nuevas fronteras* de la responsabilidad civil se delimitan por la mutación de sus principios y de sus funciones, y que todos los cambios que la responsabilidad ha sufrido en los últimos años no han completado el círculo⁵, pues, de seguro, serán más los cambios por venir que aquellos que ya se han producido⁶.

Colombia P. E. ROZO SORDINI, *El daño Biológico*, Bogotá, 2002, que presenta la historia de la figura italiana del daño biológico. J.C. HENAO, *El daño*, Bogotá, 1998, 189 ss., en el que se hace un análisis comparativo entre el derecho colombiano y el derecho francés en materia de responsabilidad del Estado, con un amplio tratamiento del tema del daño a la persona. Ver también el prólogo de F. HINESTROSA, en ese libro. J. TAMAYO JARAMILLO, *De la responsabilidad civil*. T. IV, Bogotá, 1999, 166 ss. En el derecho peruano, C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Daño y protección a la persona humana*, Buenos Aires, 1993. En Chile, el primer artículo sobre la materia presenta el problema con base en la doctrina española: F. ELORRIAGA de BONIS, *Configuración, consecuencias y valoración de los daños corporales*, en *Cuadernos Jurídicos, Universidad Adolfo Ibañez*, 1, Concepción, Chile, 1995. En cuanto a jurisprudencia, en Chile, se conocen dos sentencias que han hablado del daño corporal como figura autónoma: *Corte de Apelaciones de Valparaíso*, 6 de octubre de 1992 y 11 de marzo de 1993, en este sentido, J. L. DIEZ SCHWERTER, *Breve panorama del sistema chileno de responsabilidad extracontractual*, 2000, sin publicar. En Argentina, J. BUERES, L. ALVAREZ JULIÁ, I. GOLDEMBERG, *El daño a la persona*, en *Temas de derecho privado. Universidad de Buenos Aires*, 1993.

⁴ P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961. R. SCONAMIGLIO, *Illecito (diritto vigente)*, en *Nss. D.I.*, VIII, Torino, 1962. S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, 1964. F.D. BUSNELLI, *Nuove frontiere della responsabilità civile*, en *Jus*, 1976, 41 ss. C. SALVI, *La responsabilità civile*, Milano, 1998, 2 ss, 257 ss. P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996, 3 ss.

⁵ F.D. BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, en *Danno e responsabilità civile*, Torino, 1997, 157.

⁶ G. VINEY, *Rapport de synthèse*, en *La responsabilité civile à l'aube du XXI siècle*, *Resp.civ. ass.* 6 bis, 2001, 88.

No hay duda que el *descubrimiento* del derecho a la salud, como una de las categorías del daño a la persona, ha sido la fuente de inspiración de la más reciente *estación* de la responsabilidad civil, todavía en desarrollo, quizás porque de manera inmediata reflejaba una ineluctable necesidad de tutela de la persona⁷, no obstante que su entrada en escena haya encontrado innumerables dificultades de interpretación y de sistematización.

Se puede decir, de forma breve, que en Italia, el surgimiento del que se conoce como daño biológico (o daño a la salud), fue más allá de una nueva lectura de las normas codificadas; no hay duda que hubo una ruptura con el pasado y en consecuencia el trabajo del jurista consistió en una verdadera tarea de reconstrucción, en cuyo centro aparece un estudio profundo de las fuentes del derecho. Dicho estudio ha desembocado en la lectura de las normas codificadas a la luz de los principios constitucionales⁸, sin desconocer que tal reconstrucción doctrinal, que dio origen al resarcimiento del daño a la salud, no consistió, como pudiera parecer a primera vista, en la resarcibilidad de un daño que no era reconocido, sino en el modo diferente de resarcir ese daño, que antes se medía en función de la capacidad de producir rédito del sujeto lesionado, y que hoy encuentra en el derecho constitucional a la salud, su parámetro de referencia⁹. El resarcimiento del daño a la salud en el derecho italiano, es una figura no sólo autónoma y prioritaria, respecto de las diferentes categorías de daño, sino que responde también a la exigencia de arribar siempre a soluciones uniformes.

En Francia, la elaboración de un sistema de reparación del *dommage corporel* se lleva a cabo sin rupturas, es decir, dentro de las normas codificadas¹⁰, con su adaptación progresiva a las situaciones que requieren de tutela¹¹; sin embargo, la doctrina advierte un desorden en el tema de la responsabilidad civil, debido en buena medida a la proliferación de perjuicios que produjo el

⁷ L. CADIET, *Les métamorphoses du préjudice*, en *Les métamorphoses de la responsabilité - Sixièmes journées René Savatier, Poitiers mai 15 et 16, 1997*, Paris, 1997, 51, En donde se afirma que haber tomado en consideración el daño a los atentados a la personalidad física o a la integridad del cuerpo humano, constituye el más grande sector de evolución del derecho de la responsabilidad, lo que a su vez constituye, una de las más grandes revoluciones del derecho en general.

⁸ Como también la *Corte Costituzionale* tuvo ocasión de decirlo en la conocida sentencia 184 del 1986.

⁹ F.D. BUSNELLI, *Il danno biologico*, cit., 2001, 174-175.

¹⁰ A. GAMBARO, R. PARDOLESI, *L'influenza dei valori costituzionali sul diritto civile. Relazione di Base*, en *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, I, Milano, 1985, 6 ss., aunque no se refieren en particular al tema de la responsabilidad.

¹¹ G. VINEY, *Rapport de synthèse*, cit, 84, afirma que una solución definitiva no se puede encontrar en un sistema único que derogue el derecho común y repare a todas las víctimas de un *dommage corporel*, ya que sería demasiado costosa. No se puede encontrar tampoco, continúa la autora, en un sistema de aseguración individual contra todos los *accidents corporels*, pues esta solución se aleja de la tradición francesa.

reconocimiento del *dommage corporel* y a la ampliación del resarcimiento, en la misma línea, del daño moral¹². De hecho, en Francia, además del reconocimiento del *dommage corporel* o *physiologique* o *fonctionnel* (comparable al daño biológico en Italia), se reconoce el llamado *préjudice d'agrément*, perjuicio que se entendía antes como la privación de una actividad específica de la víctima, pero que ahora se lo concibe, de manera más general, como la privación de los placeres de una vida normal, al extremo de hacer difícil su distinción del perjuicio *physiologique* o *fonctionnel*, pues al ampliar su alcance, el *préjudice d'agrément* se transforma así en un *préjudice de désagrément*, en el sentido de significar las dificultades, los problemas y las contrariedades de la vida cotidiana, concepción que se confunde con las consecuencias que se pueden seguir a la producción de un daño fisiológico o funcional¹³.

Así pues, mientras que la doctrina italiana se sirvió de los principios constitucionales para elaborar el sistema de resarcimiento del daño biológico¹⁴, la doctrina francesa por su parte, permaneció dentro del derecho privado en un modo tan evidente, que ni siquiera el principio de dignidad de la persona humana, que se podría pensar, sirve de base a todo el sistema, cumple un papel preciso. Sólo con tres sentencias relativamente recientes, dos del *Conseil Constitutionnel* y una del *Conseil d'Etat*¹⁵, el principio de la dignidad de la persona humana ha tenido un papel importante en el debate jurídico, pero sin que tenga una gran incidencia en las discusiones en cuanto al tema de daño a la persona¹⁶.

¹² L. CADJET, *Les métamorphoses du préjudice*, 54 ss, afirma que este problema se debe al llamado principio de la reparación integral. Sobre este punto, G. VINEY, *Rapport de synthèse*, cit, 84.

¹³ Todas las lesiones de las funciones vitales del cuerpo se traducen en una privación de los placeres de la vida cotidiana: la privación de la lectura, la pérdida de los sentidos, la imposibilidad de pasear y aún las dificultades de tipo sexual, de tal forma que se podrían confundir con aquéllas que se relacionan con el *préjudice fonctionnel*. Ver, *Deuxième Chambre Civile de la Court de Cassation* 19 mars, 1997, con nota de P. JOURDAIN, *RTD civil*, III, 1997, 662.

¹⁴ Sobre la evolución de la jurisprudencia constitucional, A. GIUSTI, *Il danno alla salute nella giurisprudenza costituzionale*, en AA.VV., *La valutazione del danno alla salute. Profili giuridici, medico-legali ed assicurativi*, al cuidado de M. Bargagna e F. D. Busnelli, Cedam, 2001, 189-214. Es de señalar que, en Italia, también el tentativo de otorgar un resarcimiento a otros derechos fundamentales, encuentra su *ratio* interpretativa en los principios constitucionales, así E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996, 426.

¹⁵ Sentencias del 27 de julio de 1994 No. 94 - 343 y 94 - 344 DC del *Conseil Constitutionnel* y del 27 de octubre de 1995, 13727 del *Conseil d'Etat*.

¹⁶ L. FAVOREU, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, Paris, 2001, 854-869. AA.VV. *La dignité de la personne humaine*, al cuidado de M-L. Pavia e T. Revet, Paris, 1999; V. SAINT-JAMES, *Réflexions sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français*, Dalloz, 1997, chrn. 61. Es de notar que el libro de Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit du dommage corporel*, IV ed., Paris, 2000, comienza con un capítulo

En efecto, el *Conseil Constitutionnel* llamado a decidir sobre la legitimidad de las leyes francesas de 1994 sobre la bioética (incorporadas al *code civil*, art. 16 ss.), se pronunció a favor de su constitucionalidad deduciendo del preámbulo de la constitución de 1946 que, a su vez, fue incorporado en la constitución de 1958, un principio de salvaguardia de la dignidad de la persona humana contra toda forma de sometimiento y denigración¹⁷.

Por su parte, el *Conseil d'Etat* llamado a pronunciarse en el *affaire lancer de nains*¹⁸, llegó a la conclusión que la dignidad de la persona humana es un componente del orden público, y que al no estar sancionado de manera expresa, debe deducirse del conjunto del ordenamiento jurídico.

Las sentencias han tenido una amplia aceptación y algunas voces críticas en doctrina¹⁹, pero de todas formas, queda la impresión de que la dignidad de la persona no recibió una definición unívoca, y en consecuencia las dificultades de interpretación son previsibles.

1.2. Un sistema bipolar en Italia y uno mono-normativo en Francia. El sistema italiano trae en su código dos normas diferentes: una para el resarcimiento de los daños patrimoniales (art. 2053 c.c.), y otra para el resarcimiento de los daños no patrimoniales, que autoriza el resarcimiento de estos daños, sólo en los casos que así lo disponga la ley (art. 2059 c.c.)²⁰. Francia, a su turno, cuenta con una sola norma, según la cual, todo daño que se cause debe ser reparado (art. 1382 c.c.)²¹. A pesar de la diferencia, cada sistema ha encontrado la forma de dar acomodo a las necesidades de tutela de la persona y, en sus normas, ha encontrado además, su punto de fuerza. Así, la doctrina italiana ha dicho que un sistema con una sola norma para la reparación de los perjuicios (como el francés), que no discrimina los daños patrimoniales de los no patrimoniales, puede determinar una peligrosa hipertrofia de los resarcimientos en direcciones carentes de control, puesto que, no sólo faltarían los elementos para sustituir con nuevos presupuestos la función

dedicado a la dignidad de la persona humana, en el que sólo se enuncia tal principio para hablar después, más bien, del derecho a la integridad personal.

¹⁷ Una sentencia de algunos meses después (94-359 del 19 de enero del 1995) confirmó el principio. En aquella ocasión el asunto se refería a la vivienda digna.

¹⁸ Los clientes de un bar, maniobrando una catapulta especial, medían su propia fuerza, lanzando a un enano que hacía de proyectil.

¹⁹ Se afirma que se tiende a reconocer a la dignidad un papel central, del que no se sabe cuáles serán las consecuencias contenciosas, sino quizá, la consagración de una jerarquía de derechos, indeseable de hecho e imposible de derecho: la inflación de las causas que invoquen la dignidad será, sin duda evidente, ya que este principio 'políticamente correcto' es extensible *ad infinitum*, tanto de poder sobrepasar al principio de igualdad; así, V. SAINT-JAMES, *Réflexions sur la dignité del l'être humain*, cit., 64 ss.

²⁰ Art. 2043: Cualquier hecho doloso o culposo que cause a otro un daño injusto, obliga a aquel que cometió el hecho a resarcir el daño. Art. 2059: El daño no patrimonial debe ser resarcido sólo en los casos determinados por la ley.

²¹ Art. 1382: Todo hecho del hombre que causa daño a otros, obliga a aquel por cuya culpa se produjo, a resarcir el daño causado.

de certeza que en el daño patrimonial cumple la pérdida económica, sino que sobretodo se echaría de menos la huella constitucional, idónea para confirmar la necesidad de tutela prioritaria de los intereses inviolables²², puesto que, precisamente, los límites impuestos por el art. 2059 c.c., hacen posible colmar la laguna por medio de una interpretación coordinada con las normas constitucionales, lo que permite entonces, el resarcimiento de la lesión de otros derechos fundamentales²³ diferentes del daño a la salud.

Se dice también en doctrina²⁴ que un modelo con una sola norma crea confusión al reducir *ad unum* dos daños cuyas funciones son distintas, eminentemente compensatoria la del resarcimiento del daño patrimonial y esencialmente satisfactoria la del daño no patrimonial; además, se afirma que un sistema que no hace distinciones conduce a un resarcimiento *global*, haciendo perder o desvanecer cada figura particular de daño. El enfoque italiano, entonces, se confirma como bipolar y en ello ha encontrado su fortaleza, sin embargo, la presencia de dos normas o de una sola norma de reparación del daño, en principio, no debería representar una dificultad adicional en la elaboración del sistema, sobretodo si se reconoce el carácter jurisprudencial de la cuestión. Como el sistema italiano, el francés, que no ha tenido que superar ninguna limitación de las normas, ha ido construyendo, poco a poco, un modelo coherente y adecuado a las necesidades de la sociedad, sin encontrar ninguna dificultad o tropiezo especial por la presencia de una sola norma general de responsabilidad, problema que, como es obvio, nunca se ha planteado.

El verdadero problema que ha encontrado la doctrina francesa es el que se relaciona con la heterogeneidad de regímenes que conducen a una discriminación jurídica según el *estatuto* de la víctima. En este sentido se habla del *dommage corporel* como de un derecho en migajas, para indicar como siendo una sola la naturaleza del daño corporal, los regímenes de reparación son diferentes si la víctima se beneficia o no de la presencia de un *responsable*, a quien imputar el daño²⁵. En este sentido, son evidentes las diferencias entre el resarcimiento que se obtiene luego de un accidente de tránsito, al que se obtiene luego de un accidente de trabajo (siendo igual el tipo de lesión), y son también diferentes si se trata de un accidente doméstico o de una lesiones producida después de una intervención médica; y los ejemplos podrían seguir.

1.3. La producción doctrinaria vista desde fuera del debate. Este diferente enfoque o planteamiento del problema se refleja, no sólo en los contenidos de la producción doctrinaria, como es obvio, sino también en el modo en que ella se presenta. En Italia la bibliografía sobre el daño a la salud es bastante nutrida, y representa una parte muy importante de la bibliografía en el tema de la

²² E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, cit., 285 ss., 422.

²³ F.D. BUSNELLI, *Il danno biologico* cit., 269; E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, cit., 426 ss.

²⁴ F.D. BUSNELLI, *Il danno biologico* cit., 91.

²⁵ Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit du dommage corporel*, cit., 41 ss.

responsabilidad civil²⁶, de manera que el jurista no italiano que quiere acercarse al tema encuentra una sola dificultad: elegir los autores y los textos más representativos. En Francia, por el contrario, la primera impresión para el estudioso extranjero que se adentra en la literatura en materia de daño a la persona puede ser la de pensar que el tema no tiene un interés o una actualidad diferente de aquella que puede tener el estudio de cualquier otro tema de derecho civil. Tal idea que se desprende del bajo número de monografías y de artículos dedicados al tema en cuestión (si se compara con la gran cantidad de bibliografía italiana), hace surgir el interrogante sobre la verdadera relevancia de esta problemática en Francia.

Sin embargo, al profundizar el estudio del *dommage corporel*, se entiende que el tema es de importancia tanto en doctrina como en jurisprudencia, aunque los aportes de la doctrina sean menos abundantes que los italianos. El motivo de esta diferencia puede encontrarse en el modo en que se resolvió el problema en Francia, sin una verdadera ruptura del *status quo* precedente en el cual el daño a la persona, en términos generales, ya se resarcía con base en las normas codificadas, o mejor, en la norma única y general del art. 1382 del *code civil*, norma con la cual se continúa a reparar, no sólo el daño *dommage corporel* o *physiologique*, sino también, otros derechos inherentes a la esfera de la persona.

El tema del resarcimiento del daño a la persona, en fin, tiene una importancia que va más allá de la pretendida sistematización dentro de los distintos ordenamientos nacionales, como lo confirman los intentos de armonización en ámbito europeo²⁷.

2. La experiencia latinoamericana en tres ejemplos sintomáticos

2.1. Una jurisprudencia consciente, pero confusa. Resulta útil en este punto, ver el estado de la cuestión, aunque en forma breve y parcial, sobre las tendencias en relación con el daño a la salud en el ámbito latinoamericano, con base en tres ejemplos: uno jurisprudencial, uno doctrinal y uno legislativo.

El ejemplo jurisprudencial es tomado de la experiencia colombiana, donde existe, como en el modelo francés, una sola norma para la reparación del daño (art. 2341 c.c.). Dos sentencias del Consejo de Estado, del 6 de mayo de 1993 (Nº 7428) y del 13 de junio de 1997 (Nº 12499), intentaron poner orden al

²⁶ Ver, G. PONZANELLI, G. COMANDÉ, *Il contributo della dottrina*, en AA.VV. *La valutazione del danno alla salute. Profili giuridici, medico-legali ed assicurativi* cit., 49 ss., en donde se afirma que “El número de las obras monográficas, de los ensayos y de las notas a sentencias que, a partir de los años setenta, han acompañado el no fácil camino jurisprudencial, no se iguala con el número de escritos dedicados a otros temas del derecho civil en los mismos años”.

²⁷ F.D. BUSNELLI, *Il danno biologico* cit., 373 ss, ver la parte séptima titulada *Il danno alla salute e la prospettiva europea*. ID, *Il danno alla salute: un’esperienza italiana; un modello per l’Europa?*, en *La valutazione del danno alla salute. Profili giuridici, medico-legali ed assicurativi*, cit., 3-18.

resarcimiento del daño a la salud que ya había aparecido en sentencias precedentes. La primera sentencia, frente a la pretensión del actor de ser resarcido por los daños fisiológicos sufridos, dice que con base en el principio general del derecho según el cual la indemnización debe dejar 'indemne' a la víctima de un daño injusto [se ve aquí la influencia de la doctrina italiana y la introducción del concepto de daño injusto extraño al sistema], es decir, procurar una reparación integral, y con conocimiento pleno del valor de la persona humana, el Consejo da vía libre al reconocimiento y al pago del perjuicio fisiológico o a la vida de relación. Este daño debe distinguirse claramente del daño material y también de los perjuicios morales subjetivos puesto que, mientras el daño material impone una reparación a una lesión pecuniaria al patrimonio y el daño moral subjetivo busca remediar en parte, no sólo la angustia y la depresión derivadas del hecho lesivo, sino también el dolor físico, el daño fisiológico o a la vida de relación busca reparar la pérdida de la posibilidad de realizar otro tipo de actividades vitales que si bien no produce renta, hacen agradable la existencia.

La segunda sentencia, que vino a complementar la anterior, dijo sobre los perjuicios fisiológicos: (1) ellos son de inspiración eminentemente jurisprudencial porque no hay una norma que los reconozca, (2) pertenecen a una categoría intermedia de daño y se conforman ya de perjuicios morales ya de perjuicios materiales, pero se diferencian puesto que están acompañados de una frustración de hacer una actividad de la cual el lesionado obtenía placer físico o espiritual, (3) se deben reparar en concreto y en consecuencia el juez debe tener en cuenta las circunstancias particulares, personales y sociales de la víctima (?), (4) para su cuantificación se debe considerar que los perjuicios fisiológicos pueden ser genéricos, aquellos que se producen a todas las personas (pérdida de un órgano), o también específicos, es decir la incidencia de la lesión en las actividades que antes de la lesión daban placer a la víctima y que no puede realizar más.

Una sentencia posterior, del 19 de julio de 2000 (Nº 11842) con ánimo de esclarecer la cuestión, la complicó aún más²⁸. En esta decisión, de hecho, se dice que la jurisprudencia reconoce un daño extrapatrimonial distinto del daño moral que es llamado daño fisiológico, pero agrega que tal denominación es restrictiva puesto que se refiere solamente a eventos en los cuales la víctima sufre una lesión corporal. A su vez, continúa la sentencia, el concepto de daño a la vida de relación es mucho más amplio y comprende situaciones que se relacionan no sólo con las lesiones corporales. Por esto, concluyen los jueces, se rechaza definitivamente la utilización de la expresión daño fisiológico en favor de la expresión daño a la vida de relación, ésta última más amplia puesto que una lesión a la esfera extrapatrimonial, distinta del daño moral, puede surgir de distintos hechos y no sólo como consecuencia de una lesión corporal (por ejemplo, una acusación calumniosa), y así en la reparación se puede comprender la merma

²⁸ En esta sentencia se habla del *perjuicio de agrado*, traducción literal del francés *préjudice d'agrément*.

no sólo provocada por el daño a la salud, sino también a otros derechos de la personalidad.

Como se ve el daño fisiológico (a la salud o como se quiera llamar) que poco a poco se iba abriendo paso, como un daño referido de manera exclusiva a los aspectos corporales (fisiológicos, biológicos) de la persona, con su característica fundamental de ser ajenos a cualquier consideración en términos de la capacidad productiva de la persona lesionada, se volvió a mezclar con aspectos que nada tienen que ver con la salud de la persona, situación que complica la recta interpretación del problema al incluir en un solo perjuicio, dos figuras o tipos de daño que tienen funciones y objetivos diferentes.

2.2. Una doctrina original, ¿un resultado válido? El ejemplo doctrinal es ofrecido por la experiencia peruana, donde ya antes de la promulgación del código civil de 1984, y con mayor empeño después, la doctrina se ha dado a la tarea de elaborar el concepto de daño a la persona, concepto que fue consagrado en el art. 1985 del código civil²⁹. Dentro de este recorrido nació el llamado *daño al proyecto de vida*, quizá la creación más notoria a este respecto, concebida como figura específica dentro del género daño a la persona, género en el que se pretenden contener otras figuras como el daño a la vida de relación, el daño estético, el daño sexual y el daño moral³⁰. Se dice, además, que dentro del concepto de daño a la persona se puede presentar un daño psicosomático, que a su vez se puede dividir en daño biológico (y es ésta la primera vez que en el derecho latinoamericano se usa la expresión como propia) o lesión en sí que debe ser verificada por un médico legal (que puede ser también una lesión psíquica) y daño a la salud, es decir, las consecuencias que la lesión ocasiona del bienestar de la persona³¹

Existe no obstante, continúa la doctrina citada, un tipo de daño que debe ser resarcido además del daño biológico y del daño a la salud, esto es el llamado daño al proyecto de vida. El daño al proyecto de vida, se dice, es la consecuencia de un daño psicosomático que causa un colapso de tal naturaleza que frustra la existencia del sujeto y hace que se produzca un vacío existencial; es la pérdida del sentido de la vida, que compromete radicalmente el modo, único y particular, de ser de la persona, daño que debe ser resarcido en equidad. Sin embargo, no es claro el alcance que se pretende dar a la figura, en especial cuando se dice que pueden haber personas sin proyecto de vida y en consecuencia sin derecho al resarcimiento *sub specie*³², o también personas que teniéndolo, aún no lo han

²⁹ “Art. 1985: La indemnización incluye las consecuencias que se derivan del hecho o de la omisión que generó el daño, incluidos el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral (...)”

³⁰ El padre de la figura es C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *El daño al proyecto de vida*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano, 1998, t. V, 609 ss.

³¹ Con cita de M. BARGAGNA, *La valutazione del danno alla persona*, Padova, 1986, 170.

³² Dice, en efecto, C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *El daño al proyecto de vida*, cit., 655, que “Se trataría de personas sin una orientación vocacional que no perciben con claridad sus propios fines. [E]l proyecto puede aparecer incierto, cambiante, carente de fuerza vital. Es

puesto en marcha. Pese al interés evidente por crear un sistema equilibrado y aunque se trata de una teoría en estado de maduración (a la que ya se ha referido, entre otras cosas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos), al final se ofrecen pautas que podrían conducir, si no se tiene precisión, a soluciones discriminatorias.

2.3. La prisa del legislador. El tercer ejemplo está dividido en dos: el nuevo código civil brasileño, que entró en vigor en enero de 2003 y el proyecto de código civil argentino de 1998, aún en trámites de aprobación.

Antes que nada, es necesario decir que en el sistema brasileño se reconoce constitucionalmente la indemnización por daños materiales, morales y a la propia imagen (art. 5, inciso v). En cuanto hace a la reparación del daño, el código civil que se acaba de dar, introdujo algunos cambios. En efecto, el art. 186 del nuevo código, completando el código de 1916, dice que es responsable de un acto ilícito cualquiera que ocasiona un daño a otro, incluso si ese daño es *exclusivamente moral*. La norma no hace más que repetir el mandato constitucional atrás citado.

Otro cambio se encuentra en el art. 949 del nuevo código, que añadió a la norma originaria del código de 1916, una frase final, según la cual, quien cause un daño a la salud, además de pagar a la víctima los gastos del tratamiento médico y el lucro cesante hasta el final de la convalecencia, debe pagar también, la indemnización por cualquier otro perjuicio que la víctima hubiera podido sufrir. Con esta redacción, parece que el legislador hubiera dejado en manos de la jurisprudencia la tarea de determinar la 'creación' de nuevas categorías de daño, definiendo anticipadamente el puesto que ocuparán en el sistema, es decir, al lado de los perjuicios materiales o patrimoniales.

Sorprende más bien, que se haya mantenido otra norma que suscita perplejidad (art. 950, ya art. 1539 del viejo código) según la cual, si a causa de la lesión, la víctima no puede ejercer más su oficio o profesión o disminuye su capacidad laboral, además del daño emergente y el lucro cesante, corresponde a la víctima una renta proporcional a la importancia del trabajo para el cual ya no es hábil. Es obvio como esta norma pueda dar lugar a injusticias si se piensa en dos personas con lesiones similares y con un trabajo diferente.

Por su parte, el proyecto de código civil argentino³³, queriendo ser innovador crea confusión. El código aún vigente dice (art. 1068) que hay daño cuando se ocasiona a otro, un perjuicio apreciable pecuniariamente a sus bienes, a su persona o a sus derechos y hay también una norma general (art. 1109) según la cual quien ocasiona un daño debe resarcir a la víctima. Se consagra también la obligación de resarcimiento por lesiones a la intimidad (art. 1071 bis) y el deber de reparación del daño moral (art. 1078). Se habla específicamente, además, de la

evidente que en esas circunstancias fácilmente acreditables por el juez y con mayor razón por expertos, las consecuencias derivadas del daño al proyecto de vida carecen de relevancia o son de poca importancia".

³³ El texto del proyecto se puede consultar en <http://www.alterini.org>.

reparación por lesiones físicas, que consiste en el pago de los gastos de curación y de convalecencia, y de toda ganancia no percibida por la víctima hasta el día de la plena recuperación.

El proyecto de código introduce, en cambio, variaciones notables que van desde el deber de evitar el daño (art. 1585), a la atribución subjetiva de la responsabilidad (art. 1602). En materia de reparación, el artículo 1600 habla de los diferentes tipos de daño que deben ser resarcidos: el daño patrimonial, que comprende las categorías tradicionales daño emergente y lucro cesante, y el daño no patrimonial, que define como “la interferencia en el proyecto de vida, que daña la salud física o psíquica o impide el pleno goce de la vida u ocasiona trastornos en la libertad, en la seguridad personal, en la dignidad personal o en cualquier otro interés legítimo”. Se ve como, más allá de una redacción difícil y enrevesada, con los consecuentes problemas de interpretación que se pueden derivar, se incluye la figura del daño al proyecto de vida que, como se ha dicho, se encuentra aún en vías de consolidación. Es decir, se lleva a cabo una consagración apresurada que no ayuda al trabajo tranquilo de la jurisprudencia.

3. *Hacia la elaboración de un modelo*

3.1. *La identificación de los problemas.* De los tres ejemplos referidos se puede deducir antes que nada, que el problema del daño a la salud y su incorporación al sistema, está presente en el debate jurídico latinoamericano.

Tomar las figuras del daño biológico y del daño fisiológico como modelo, y sacarlas de su ámbito natural, si bien no sea otra cosa que un ejercicio de comparación, impone un estudio esencial de ellas, libre de los matices que puede presentar el debate interno en cada uno de los sistemas. Si después se piensa, también como un ejercicio, en una hipotética *transfusión* de tales figuras en un contexto diferente, como el latinoamericano, el ejercicio se vuelve una verdadera y propia valoración de los modelos guía propuestas. En esta perspectiva, la cuestión se presenta así: un sistema como el del daño a la salud (expresión en la que se pueden comprender tanto el daño biológico, como el daño fisiológico), si se emplea en una sociedad distinta de aquella de donde surgió, ¿logra conservar su hilo conductor y producir los mismos efectos que se propuso? O más específicamente: ¿también en una sociedad con evidentes desigualdades sociales, el daño a la salud desarrolla el principio de la dignidad de la persona humana, y al mismo tiempo cumple la función de conducir a soluciones uniformes como se pretende?

Soluciones a estos interrogantes requieren de un estudio más profundo de aquél que se puede hacer en estas líneas, pero si las respuestas fueran afirmativas, se podría pensar que el daño a la salud es un instituto que responde a una necesidad real y no creada. En este sentido, es útil la comparación con las nociones del daño a la vida de relación o con el llamado daño de agrado y los alcances que se pretende dar a estas figuras en el derecho latinoamericano: es verdad que cada sociedad puede ampliar, a discreción, los supuestos de daño,

hasta traducir en resarcimiento situaciones de la más variada índole, pero en una sociedad en vías de desarrollo, como la latinoamericana comprometida antes que nada a garantizar y satisfacer las necesidades elementales, no se puede proponer, sino a riesgo de conducir a discriminaciones y desigualdades manifiestas, con el consiguiente aumento de las fracturas sociales, el resarcimiento de figuras de daño que encuentra su razón de ser en una genérica 'perturbación de la agenda cotidiana' o en una aún más genérica 'renuncia a hacer'.

Esta perspectiva de trabajo, impone a la doctrina latinoamericana cumplir una tarea esencial antes de darse a la tarea de elaborar un modelo: por una parte debe verificar el proceso de cambio de la responsabilidad civil³⁴, y por la otra, debe discutir acerca de la función que se pretende de la responsabilidad en la sociedad³⁵. Puesta en marcha tal tarea, será el momento de adentrarse en la creación de un modelo para el resarcimiento del daño a la persona, partiendo de las nociones de base, y valiéndose de las experiencias maduras en otros sistemas³⁶.

La primera cuestión se relaciona con la posibilidad de elaborar, a partir de los principios constitucionales articulados con el conjunto de las fuentes del derecho, un sistema de reglas operativas capaces de responder a las exigencias de tutela de la persona³⁷. La experiencia italiana encontró una respuesta

³⁴ Las transformaciones de la responsabilidad civil van ligadas a los períodos de transición social. El hecho que casi todos los países latinoamericanos se hayan dado textos constitucionales en los últimos quince años (Argentina 1994, Brasil 1988, Bolivia reforma 1994, Chile reforma 2000, Colombia 1991, Ecuador 1998, Perú 1993, Paraguay 1992, Uruguay 1992, Venezuela 1999), con un completo elenco de derechos fundamentales, es un dato bastante significativo para encuadrar el alcance de la transición.

³⁵ Por medio del trabajo de la jurisprudencia, la responsabilidad civil puede asumir diferentes papeles, a veces generales como constituir un laboratorio para el ordenamiento jurídico con la introducción de conceptos que aún no hacen parte de la nomenclatura oficial, o favorecer ciertos modelos sociales toda vez que ellos son cobijados por la tutela aquiliana; a veces más específicos como ser mecanismo para el reestablecimiento de la igualdad social y económica entre las partes, o convertirse en un instituto supletorio para resolver problemas de seguridad social, o más bien servir de instrumento de tutela de nuevos derechos. Cfr. C. SALVI, *Responsabilità civile e costituzione*, en *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, I, Milano, 1985, 135. P. CENDON, *Esistere o non esistere*, en AA.VV. *Trattato brevi dei nuovi danni*, cit., § 11. M. R. MARELLA, *Valori idiosincratici e risarcimento del danno*, en *Danno e Responsabilità*, 6, 1999, 633. S. RODOTA, *La responsabilità civile fra presente e futuro. Introduzione*, en *Riv. crit. dir. priv.* 4, 1998, 559-562. D. POLETTI, *Il danno alla persona tra responsabilità civile e sicurezza sociale*, en *Riv. crit. dir. priv.* 4, 1998, 731 ss. G. VINEY, *Rapport de synthèse*, en *La responsabilité civile à l'aube du XXI siècle*, cit., 82 ss.

³⁶ Cfr. D. MESSINETTI, *I principi generali dell'ordinamento. Il pluralismo delle forme del linguaggio giuridico*, in *Riv. crit. dir. priv.* 1, 2002, 8.

³⁷ C. SALVI, *Responsabilità civile e costituzione*, cit. ID., *La responsabilità civile*, cit., 2 ss.

afirmativa en este sentido³⁸, lo que facilita el camino para llevar a cabo una tentativa similar, obviando la cuestión sobre la posibilidad de una construcción tal.

No obstante, es necesario tener presente que pese a lo que fue el proceso de consolidación del daño a la salud en la experiencia italiana que, como se vio, se valió de la Constitución para el nuevo planteamiento del problema, se puede decir que no existe, en sentido propio, una 'vía constitucional' para su desarrollo. El comprender el daño a la salud en el ámbito constitucional no constituyó un descubrimiento, sino más bien una confirmación (elevada a rango constitucional), de la evolución del concepto de daño, concepto que en su adaptación a la sociedad cambiante reveló la necesidad de una tutela plena de la persona, prescindiendo de su capacidad de producir rédito³⁹.

La segunda cuestión básica se refiere a la patrimonialidad o no del daño derivado de una lesión al derecho a la salud. Entre estas dos posibilidades parecen oscilar las soluciones de la doctrina⁴⁰. En Italia la idea consolidada es la de considerar el daño a la salud como un daño patrimonial y en consecuencia resarcible ex artículo 2043 c.c. Para el resarcimiento de la lesión a los otros derechos de la persona, se busca evitar el límite impuesto por el artículo 2059 c.c., interpretándolo a la luz del art. 2 de la Constitución, el cual conduce a considerar como no patrimoniales este tipo de lesiones⁴¹. En el derecho francés se consideran como patrimoniales, entre los daños derivados de un *dommage corporel*, solo el daño emergente y el lucro cesante, el resto entra en la esfera de los daños no patrimoniales⁴².

Viéndolo bien, se considere patrimonial, como sucede en Italia con el daño biológico, o no patrimonial como se hace en el derecho francés con el *préjudice fonctionel d'agrement*, se intuye inmediatamente que el verdadero problema reside en el modo de medir un daño tal, es decir, en encontrar un sistema de valoración susceptible de convertirse en un sistema estándar. La pretensión del sistema italiano de llegar a tal resultado con la sola labor de la jurisprudencia, se esfumó con las recientes consagraciones legislativas, sectoriales pero necesarias, para

³⁸ Ver, E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, cit., 415 ss.

³⁹ Resulta útil recordar las palabras de Busnelli, en el diálogo con A. Pizzorusso, en F.D. BUSNELLI, *Il danno biologico* cit., 175, cuando afirma que "El recurso al art. 32 [de la Constitución italiana], debe ser entendido como un instrumento interpretativo para adecuar el sistema de la responsabilidad civil a los principios constitucionales, y no como un elemento estructural de un supuesto de hecho construido «por mitades» entre código (art. 2043) y Constitución (art. 32)".

⁴⁰ Entre aquellos que consideran el daño a la salud como un daño no patrimonial, C. CATRONOVO, *Danno biologico*, Milano, 1998. M. BIANCA, *Diritto civile, V. La responsabilità*, Milano 1994. Entre quienes consideran el daño a la salud como patrimonial ver por todos, con un profundo análisis de las razones, E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, cit., 424 ss.

⁴¹ E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, cit., 417.

⁴² V. Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit du dommage corporel*, cit., 161 ss.; M. LE ROY, *L'évaluation du préjudice corporel*, Paris, 2000, 19 ss., 67 ss.

evitar una jurisprudencia *de cantones*⁴³. Las tablas que el derecho español ha sancionado como leyes, son objeto de feroces críticas⁴⁴. El derecho francés al cual se debe la concepción del sistema del *calcul au point* parece ahora orientado a una solución que prescindiera de ese tipo de cálculo, puesto que la doctrina insiste en el hecho que el análisis del monto del resarcimiento debe ser lo más concreto posible, condenando toda tabulación, por impersonal y abstracta⁴⁵.

3.2. En busca de un punto de partida. La discusión permanece abierta, puesto que las respuestas serán el fruto del trabajo de la doctrina y de la jurisprudencia, una doctrina clara y crítica, que sepa identificar los principios guías del sistema, y una jurisprudencia consciente que interprete correctamente el papel de la responsabilidad civil; y por qué no, un legislador paciente que no traduzca en normas las figuras que no están aún consolidadas⁴⁶. De cualquier modo, las señales para adelantar las primeras respuestas existen, señales dadas por la doctrina europea que ofrece algunos puntos concretos⁴⁷, de los cuales partir para encontrar respuestas propias.

Sobre el problema de servirse de las normas constitucionales para plantear un modelo de resarcimiento de los daños a la persona, es necesario precisar que algunos de los textos constitucionales latinoamericanos, además del elenco de los derechos fundamentales, consagran la acción llamada de amparo o de tutela⁴⁸, por medio de la cual se puede exigir una protección directa e inmediata en el caso de violación de tales derechos, haciendo así que las normas constitucionales que

⁴³ En Italia se consagró legislativamente (art. 5 l. n. 57/2001, art. 13 d.lgs. n. 38/2000) la figura del daño biológico, con resultados todavía por determinar, ver, F.D. BUSNELLI, *Il danno biologico* cit., 357 ss. P.G. MONATERI, *Il danno alla persona*, Torino, 2001, *addenda, novità legislative*, a cura di M. Bona e U. Oliva. Anche in.

⁴⁴ F.D. BUSNELLI, *Il danno alla salute: un'esperienza italiana; un modello per l'Europa?*, in AA.VV. *La valutazione del danno alla salute. Profili giuridici, medico-legali ed assicurativi*, cit., 3-18.

⁴⁵ Dice, Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit du dommage corporel*, cit., 167, que: "Pour les préjudices économiques, le principe de l'évaluation in concreto conduit à un constant quasi comtable des préjudices: la barémisation des préjudices économiques dans l'IPP (incapacité permanente partielle) est un non-sens. Pour le préjudices non économiques, l'analyse doit être aussi personnalisée que possible, ce qui condamne toute barémisation réglementaire, impersonnelle et abstraite: la pratique de barèmes indicatifs occultes, propres à certains Cour d'appel et quasi imposée aux juges du ressort constitue une approche arbitraire, voire illicite de l'évaluation". En el mismo sentido, M. LE ROY, *L'évaluation du préjudice corporel*".

⁴⁶ Ver supra nota 44.

⁴⁷ A lo largo de este recorrido, hay otras cuestiones complementarias cuya solución si bien es indispensable para la plena definición de la figura, corresponden a un segundo momento de la investigación. Tal es el caso, por ejemplo, de los problemas que se presentan con algunos supuestos particulares de daño a la salud como las llamadas lesiones micropermanentes, el daño psíquico, el daño por muerte, la pérdida de una *chance*, para mencionar sólo las más controvertidas en la doctrina y en la jurisprudencia.

⁴⁸ Como es el caso de Argentina, Chile, Colombia, México, Perú, Venezuela.

sancionan los derechos fundamentales, sean vinculantes y produzcan efectos inmediatos. Esto para significar que hay en el sistema un fuerte valor constitucional. Sin embargo, no se presenta ni en doctrina ni en jurisprudencia, una construcción dogmática de la responsabilidad ligada a los principios constitucionales. Adelantar una propuesta en este sentido podría parecer un artificio para llegar a una solución preconstituida, haciendo vano todo el trabajo de reconstrucción.

No se debe olvidar además, que la mayoría de los códigos civiles latinoamericanos, a diferencia de los europeos, se ocupan del tema de las fuentes del derecho, haciendo un llamado expreso a los principios generales como *ultima ratio* para llenar las lagunas del sistema⁴⁹. Por tanto, en la elaboración del modelo, el recorrido por los principios generales del derecho es un paso obligatorio, que de todas formas, puede remitir a las normas constitucionales.

Con respecto al problema de la patrimonialidad o no del daño a la salud, se puede ver que en un sistema con una sola norma de responsabilidad civil, como en aquellos que en América Latina siguieron la línea del *code civil*, el problema es el contrario de aquel que nos enseña la experiencia italiana: antes que interpretar las normas en modo tal de ampliar la tutela a situaciones que no encuentran espacio en su estrecho margen, se busca contener los daños que una jurisprudencia demasiado liberal podría considerar como meritorios de tutela. La cuestión, paradójicamente, encuentra la misma solución para los dos casos, es decir, con una adecuada definición de la noción de patrimonio y, en particular, con una adecuada definición del concepto de daño, como, de hecho, se hizo en el derecho italiano⁵⁰. Una sola norma para el resarcimiento de todos los tipos de daño podría, en todo caso, ofrecer espacio suficiente a la doctrina y la jurisprudencia, para crear el *tertium genus*, daño a la salud o daño a la persona, así como en su momento se creó la categoría de daño moral. Quizá esta idea no sea otra cosa que una forma de evitar el fondo de la cuestión, pero en el proceso de reconstrucción que se pretende hacer, esta posibilidad debe ser tomada en consideración⁵¹.

En cualquier caso, el problema de la comprensión de un daño, sea en la categoría de los patrimoniales, sea en la de los no patrimoniales, cuando no hay previsión legal que haga la distinción, se debe resolver al momento de definir la función que cumple cada tipo de daño, eminentemente compensatoria la del resarcimiento del daño patrimonial y esencialmente satisfactoria la del daño moral.

⁴⁹ Ver E. CORTÉS, *Fuentes del derecho, fuentes del contrato y justicia contractual (el ejemplo de las cláusulas abusivas)*, § 6, ponencia presentada en el seminario *Formación y revisión del contrato*, Bogotá, 2001, memorias en curso de publicación.

⁵⁰ Ver, F.D BUSNELLI, *Illecito civile*, *Enc.giur.* XV, 1989.

⁵¹ En Perú, la creación se hizo legalmente: en efecto, el código civil de 1984, como ya se dijo (supra, nota 26), junto al lucro cesante y al daño moral incluyó el resarcimiento del daño a la persona, aun si la idea inicial era la de incluir el daño moral dentro de los daños a la persona.

En el ámbito latinoamericano, entonces, la discusión sobre la patrimonialidad o no del daño a la salud, debe hacerse porque es útil para determinar con qué criterios se debe reparar tal daño.

Una vez reconocido el daño a la salud como categoría prioritaria y autónoma, el problema más complejo que se debe abordar, sin duda, es el de encontrar un criterio adecuado para su liquidación. El uso de tablas, elaboradas con el sistema denominado por puntos, puede constituir un instrumento apto para garantizar uniformidad de tratamiento, y se revela más conveniente que el método equitativo puro que puede no responder a la exigencia de trato paritario⁵². El modo de construir el sistema, debe en todo caso, hacer que se llegue siempre a soluciones uniformes, con independencia de la causa que produjo la lesión.

Finalmente, un último punto a considerar es el de introducir la problemática del resarcimiento por violación de otros derechos inviolables distintos del de la salud. De hecho, el centrar el problema en la identificación de una forma adecuada para valorar el daño a la salud, puede ayudar a ofrecer una solución al problema de comprender dentro del sistema, no sólo toda una serie de daños que todavía preocupan a la jurisprudencia y a la doctrina, como el daño sexual, el daño estético, el daño psíquico, entre otros, sino también, para dar una respuesta en relación con aquellos daños que se derivan de la lesión a otros derechos fundamentales, como los atentados a la intimidad, al honor, al desarrollo de la personalidad, y otros⁵³. Para los primeros, hay un dato, en principio cierto, y es la posibilidad de valorarlos desde el punto de vista médico legal. Para los segundos, es claro que no se pueden incluir dentro del daño patrimonial puesto que no es posible crear una escala de valores que sirva para medir la intensidad de la lesión⁵⁴.

Si se cuenta con un mecanismo idóneo para la valoración del daño a la salud, de modo tal de llegar a la misma reparación, sin importar el origen de la lesión, aquellas situaciones dudosas que, de todas formas permiten una apreciación médico legal, se podrían llevar a la figura del daño a la salud, teniendo presente que más allá de la reparación de base, que debe ser igual para todos, el juez podría personalizar el resarcimiento, atendiendo a las circunstancias del caso; así, el daño moral, como principal (¿y único?) daño no patrimonial, se haría menos

⁵² F.D. BUSNELLI, *Il danno biologico* cit., 107. Para el estudio de esta problemática ver, G. COMANDÉ, *Risarcimento del danno alla persona e alternative istituzionali*, Torino, 1999, en particular, 425 ss.

⁵³ Afirma F.D. BUSNELLI, *Problemi di inquadramento sistematico del danno alla persona*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 1, 1987, que “[a]l interior de esta categoría de daños que «no inciden sobre la capacidad de producir rentas», el daño a la salud asume, a su vez, una posición central: en primer lugar por su frecuente ocurrencia; [e]n segundo lugar porque a diferencia de los daños a la identidad personal, el daño a la salud encuentra en la tutela resarcitoria un remedio principal y no residual; en tercer lugar, porque su resarcimiento cumple una función compensatoria”.

⁵⁴ E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, cit., 424 ss.

rígido y más dúctil, y podría quizá comprender el resarcimiento por la lesión de otros derechos fundamentales⁵⁵.

⁵⁵ El problema sería entonces, el de encontrar un elemento que haga de red para contener una posible inflación de las causas por daño moral. Esa red en el derecho italiano se la quiere ver en el concepto de gravedad de la ofensa, con apoyo en la tradición europea, ver, E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, cit., 377 ss.