



**Universidad de Chile
Facultad de Derecho**

**ALGUNAS NOTAS SOBRE LA VALORACIÓN DE LOS DAÑOS
CORPORALES EN EL DERECHO CHILENO Y COMPARADO**

**Memoria de Prueba para optar el Grado de Licenciado en Ciencias
Jurídicas y Sociales**

Profesor Guía: Ambrosio Rodríguez Q.

Memorista: Nathalie Monares S.

*A mis padres, por su paciencia,
a Karenín por su compañía
y a Marcelo, porque cada día
compartido con él es un regalo*

INDICE

Introducción	1
Primera parte: Conceptos preliminares	2
1.- El daño	2
2.- Los daños extrapatrimoniales	5
3.- La disputa argentina	8
4.- Clasificación de los daños extrapatrimoniales. Los daños corporales	12
Segunda parte: Valoración de los daños extrapatrimoniales en el derecho chileno	18
1.- Prudencia y equidad como criterio de valoración: concepto y justificación	18
2.- Deficiencias del razonamiento utilizado para valorar los daños extrapatrimoniales	24
3.- Otras orientaciones	29
Tercera parte: Propuestas para la valoración de los daños corporales	31
1.- Categorías que comprende el daño corporal	31
1.1.- La incapacidad o daño corporal en sentido estricto	34
1.1.1.- Derecho Francés: ¿Daño objetivo o subjetivo? Conflicto entre el perjuicio de agrado y el perjuicio fisiológico	37
1.1.1.1.- Perjuicio Fisiológico	37
1.1.1.1.1.- Determinación de la tasa de incapacidad	38
1.1.1.1.2.- Valoración pecuniaria	40
a) Método matemático	40
b) Calculo au point	41
1.1.1.2.- Perjuicio de agrado	43
1.1.1.3.- Perjuicios no tradicionales	48
1.1.1.3.1.- Perjuicio Sexual	49
1.1.1.3.2.- Perjuicio Juvenil	50
1.1.2.- Derecho Anglosajón: el loss of amenities of life o loss enjoyment of life	51
1.1.2.1.- El derecho inglés y el loss of amenities of life	51
1.1.2.2.- El derecho norteamericano: del “loss of enjoyment of life” al “hedonic damages”	54
1.1.3.- Derecho italiano: ¿Daño evento o daño consecuencia? El conflicto entre el daño a la salud y el daño biológico. Bases constitucionales de la indemnización de los perjuicios corporales	57

1.1.3.1.-	Antecedentes históricos	57
1.1.3.2.-	Fórmulas ideadas por la doctrina para evadir la aplicación del artículo 2059	58
1.1.3.3.-	El daño biológico	61
1.1.3.4.-	El daño a la salud	66
1.1.3.4.1.-	Concepto	66
1.1.3.4.2.-	Articulación del daño a salud con los demás supuestos dañosos aceptados por la jurisprudencia italiana	69
1.1.3.4.3.-	Valoración	71
1.1.3.5.-	Influencia de las ideas de la doctrina italiana en otros ordenamientos	72
1.2.-	Pretium doloris o daño moral puro	75
1.2.1.-	Sufrimientos físicos	76
1.2.2.-	Sufrimientos morales	77
1.3.-	El perjuicio estético	79
1.3.1.-	La lesión estética	81
1.3.2.-	Daño estético patrimonial	83
1.3.3.-	Daño estético extrapatrimonial	84
1.3.4.-	Valoración del daño estético extrapatrimonial	85
1.4.-	Daño psíquico	88
1.4.1.-	Faz extrapatrimonial del daño psíquico	89
1.4.1.1.-	Relación entre el daño psíquico y el pretium doloris	89
1.4.1.2.-	Relación del daño psíquico con la lesión física	91
1.4.1.3.-	Valoración del daño psíquico	92
1.4.1.4.-	Requisitos del perjuicio indemnizable. La certeza y causalidad del daño psíquico	93
1.4.2.-	Consecuencias patrimoniales del daño psíquico	94
1.5.-	El daño al proyecto de vida	95
2.-	Criterios de valoración de los daños corporales	98
2.1.-	Las funciones de la responsabilidad civil	98
2.1.1.-	Función punitiva	100
2.1.2.-	Función compensatoria	101
2.1.2.1.-	Concepto	101
2.1.2.2.-	La función compensatoria en los daños extrapatrimoniales	103
2.1.3.-	Función preventiva	107
2.1.4.-	Fraccionamiento de los daños	111
2.1.5.-	Función demarcatoria	113
2.2.-	Criterios cualitativos de valoración	115
2.2.1.-	Gravedad del hecho	116

2.2.2.-	Condiciones personales del ofensor	120
2.2.3.-	Condiciones personales del ofendido	129
2.2.4.-	Estudio comparativo de los criterios de valoración en los países Europeos.	132
2.3.-	Criterios cuantitativos de valoración	136
2.3.1.-	La propuesta del análisis económico del derecho	137
2.3.2.-	Valoración cuantitativa a la luz de las funciones de la responsabilidad civil	143
2.3.3.-	Principio de reparación integral	146
2.3.4.-	Los baremos indemnizatorios	148
2.3.4.1.-	La estandarización de las indemnizaciones de los daños corporales. Ideas generales	148
2.3.4.2.-	La experiencia comparada	149
2.3.4.3.-	La valoración médico-legista	151
2.3.4.4.-	Razones que aconsejan el establecimiento de baremos	154
2.3.4.5.-	Derecho Español: El baremo vinculante introducido por la Ley 30/95.	156
	a) Valoración de los daños corporales antes de la introducción del baremo. El régimen general.	156
	b) Características generales del sistema de la Ley 30/95	159
	c) Valoración de los daños en el baremo español	161
	d) Defectos del baremo	163
	e) La reforma introducida por la Ley 34/2003	166
2.3.4.6.-	El modelo europeo de racionalización del resarcimiento de los daños corporales extrapatrimoniales	168
	Conclusión	174

INTRODUCCIÓN

No pocas son las líneas que se han vertido en los últimos años para tratar el tópico de la responsabilidad civil, e incluso del llamado daño moral en particular. El tema, que pese a su importancia quedó relegado a un segundo plano por largo tiempo, ha pasado hoy a ocupar el lugar que merece en la cátedra y a ser manejado con mayor consistencia dogmática en el foro. Sin embargo, el complejo entramado que subyace al vasto tema de los daños extrapatrimoniales apenas si se ha insinuado todavía, en particular si se le compara con el desarrollo que ha tenido en otros países. Es por ese motivo que nos ha parecido necesario abordar el estudio de uno de los subgrupos de tales daños, como son los daños corporales, luego de constatar la necesidad práctica de dar un tratamiento más sistemático a este tema, particularmente a raíz del problema generado por la variabilidad de las indemnizaciones. A tal fin se encaminan las páginas que siguen. Con toda la humildad que se compadece con un trabajo de pre-grado, intentaremos al menos dar a conocer la real profundidad del problema y esbozar las posibles soluciones planteadas. En ese camino nos ha parecido ineludible el tratamiento de materias más generales, tales como el concepto de daño mismo o el de las funciones de la responsabilidad, reflexiones imprescindibles para dotar de un sólido marco teórico a esta exposición monográfica. Sometemos a la evaluación del lector el cumplimiento de dicha tarea.

PRIMERA PARTE: CONCEPTOS PRELIMINARES

La primera tarea que debemos emprender, antes de entrar de lleno al estudio de los daños corporales, es la determinar que es lo que por daño se entiende y cual es el lugar que dentro del ámbito de los daños resarcibles ocupan aquellos que son objeto de nuestro estudio, cuestión necesaria para comprender que es lo que en realidad se protege en sede de responsabilidad civil y, por lo mismo, esencial a la hora de determinar la forma en que debe valorarse la indemnización de éstos daños.

1.- El daño

Dada la escasa regulación de la que, en nuestro Código Civil, ha sido objeto el instituto de la responsabilidad civil, no es de extrañar que el legislador haya omitido definir al que constituye quizás el más esencial de sus presupuestos: el daño.

La misión de elaborar un concepto, de determinar las categorías en que se divide y la forma en que se le ha de valorar ha recaído, en consecuencia, sobre sus interpretes, los que, por vía privada y por vía judicial, han ido delineando los aspectos esenciales de esta institución.

Esta labor, desde luego, no ha dado lugar a un resultado unívoco, pues tan diversas suelen ser las opiniones como diversos los interpretes. De ahí que sea corriente iniciar el análisis del daño como requisito de la responsabilidad civil confrontando dos nociones que hasta el día de hoy dividen a nuestra doctrina y a nuestra jurisprudencia.

De acuerdo a la primera posición el concepto jurídico de daño no difiere del concepto común y corriente de éste y corresponde a la disminución o privación de una ventaja. El daño, entonces, es concebido como la lesión de un simple interés, donde interés viene a ser “la posibilidad de que una necesidad experimentada por uno o varios sujetos determinados venga satisfecha por un bien”.¹ La frustración de esta posibilidad, sea por la destrucción del bien o por cualquier otra causa, es lo que constituye el daño.

Una segunda corriente defiende una concepción más restringida de daño, de acuerdo con la cual a este elemento fáctico ha de sumarse uno propiamente jurídico: la lesión de un derecho subjetivo.

Esta exigencia adicional no ha sido contemplada por nuestro ordenamiento jurídico.² Como anota el maestro Alessandri, ninguna disposición hay en el código civil que restrinja la noción de daño respecto del que constituye su sentido natural y obvio, el de lesión de un interés, por lo que mal podría hacer esta operación el intérprete sin asidero legal alguno.³

¹ Adriano DE CUPIS. *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*. Traducción de la 2ª edición. Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1975. p. 111.

² A diferencia de lo que ocurre en otros países. Caso paradigmático es el alemán y su enumerationprinzip, consagrado en el parágrafo 823, que reza como sigue: “(Obligación de indemnizar por daños). 1. Quien, dolosa o negligentemente, de forma antijurídica, dañe la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad u otro derecho de otra persona está obligado a indemnizarle cualquier daño causado por esto” (Emilio EIRANOVA Encinas. *Código Civil alemán comentado BGB*. Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1998). En ese sentido se interpretó también el adjetivo injusto que acompaña al daño indemnizable en el Código Civil italiano, aunque en la actualidad parece haber consenso acerca de que éste no se relaciona con la antijuridicidad del daño y que por injusto el legislador ha querido decir reparable (Elena VICENTE Domingo. *Los daños corporales: tipología y valoración*. Barcelona, José María Bosch, 1994. p. 81).

En argentina, en cambio, parte de la doctrina ha considerado que el concepto acotado es impuesto expresamente por el artículo 1068 del Código Civil, según el cual: “Habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades”.

³ Por lo que a su juicio “(...) hay daño cada vez que un individuo sufre una pérdida, disminución, detrimento o menoscabo en su persona o bienes o en las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que gozaba, siempre que estos sean lícitos, aunque esa pérdida, disminución, detrimento o menoscabo no recaiga sobre un derecho de que la víctima sea dueña o poseedora y aunque su cuantía sea insignificante o de difícil apreciación”. Arturo ALESSANDRI Rodríguez. *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*. Santiago de Chile, Imprenta universitaria, 1943. p. 210.

Es por esta razón que se ha inclinado por la noción amplia la mayor parte de nuestra doctrina⁴ y jurisprudencia⁵.

Con todo, asumir como correcta la primera noción no significa entender que la lesión de cualquier interés deba considerarse daño. Por lo mismo el concepto amplio de daño también tiene un elemento jurídico.

En primer lugar y aunque la ley no lo exprese, el interés debe ser digno de tutela jurídica. Este requisito, se traduce en la exigencia de que el interés sea legítimo. Se ha estimado que, en principio, todo interés sería legítimo a menos que concurra alguna causa que excluya su legitimidad, esto ocurriría cuando el interés es contrario al orden público, la moral o las buenas costumbres.⁶

En segundo lugar, y sin perjuicio de la exigencia de legitimidad, toda vez que el derecho regula la convivencia social resolviendo conflictos de intereses y, en consecuencia, dando prevalencia a unos por sobre otros, la tutela jurídica no se extiende a todos los intereses que existen o pueden llegar a existir.

La sensibilidad social a las diferentes necesidades de los individuos, el contexto cultural y económico y la manera en que el ordenamiento jurídico concibe a la persona humana han determinado que con el correr del tiempo se vayan

⁴ Comparten la opinión mayoritaria: TOMASELLO Hart, Leslie. *El daño moral en la responsabilidad contractual*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1969. p. 14; René ABELIUK Manasevich. *Las obligaciones*. Tomo I. 3ª edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993. p. 200; José Luis DIEZ Schwerter. *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997. p. 25; Pablo RODRÍGUEZ Grez. *Responsabilidad extracontractual*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999. p. 260; Ramón MEZA Barros. *Manual de derecho civil. De las fuentes de las obligaciones*. Tomo II. 9ª edición. Santiago, Editorial jurídica de Chile, 2000. p. 258; y Carmen DOMÍNGUEZ Hidalgo. *El daño moral*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000. p. 83. Ramón DOMÍNGUEZ Aguila, por su parte identifica al daño con la lesión a una situación jurídica, expresión que en su opinión es "(...) más amplia y comprensiva de casos en que no existe propiamente un derecho". *Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista*. R.U.D.C., (188): 125-168, 1990. p. 156, nota 132. En tanto que Fernando FUEYO Laneri opta por la noción restringida. *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*. 2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991. p. 364.

⁵ Como lo demuestra el análisis realizado por José Luis DIEZ Schwerter. *Op. cit.* [nota 4]. pp. 21 y ss.

⁶ En el derecho nacional así lo afirman Eduardo UGARTE y Alejandro VICARI. *Edición del curso de responsabilidad civil extracontractual del profesor Enrique Barros Bourie: jurisprudencia y doctrina*. Memoria de prueba (Licenciado en Ciencias Jurídicas). Santiago, Universidad de Chile, 2001. p. 97; Pablo RODRÍGUEZ Grez. *Op. cit.* [nota 4]. p.259; y Ramón DOMÍNGUEZ Aguila. *Op. cit.* [nota 4], p. 137.

identificando nuevos intereses cuya lesión es susceptible de generar la obligación de indemnizar. Así ha ocurrido por ejemplo con los intereses extrapatrimoniales cuya lesión hasta hace poco más de un siglo no era resarcible y que, aún hoy en día, continua ampliamente limitada.

2.- Los daños extrapatrimoniales

Sólo a principios del siglo pasado, y bajo la rúbrica de daños morales, comienzan a indemnizarse en nuestro país el daño a los intereses extrapatrimoniales.

Mas, no es la lesión a cualquier interés extrapatrimonial la considerada como daño moral, sino tan sólo la que dice relación con la esfera física y afectiva de los individuos. En 1943, cuando Alessandri escribe su obra “De la responsabilidad extracontractual en el derecho chileno”, la más influyente que se ha escrito sobre la materia en nuestro país, define al daño moral en los siguientes términos: “el dolor, pesar o molestia que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencias o afectos. De ahí que a la indemnización que lo repare se la denomine *pretium doloris*”⁷ Con ello confirma la opinión que a la sazón era sostenida por la jurisprudencia y que sigue dominando en ella hasta el día de hoy.

Sin embargo, tal definición resulta insuficiente. En efecto, de ella parece desprenderse que el único interés protegido en esta sede es la sensibilidad física y el equilibrio espiritual de la persona humana. No cabe duda que estos

⁷ Arturo ALESSANDRI Rodríguez. *Op. cit.* [nota 3], p. 220. La influencia de esta definición en la doctrina tradicional es manifiesta, como se desprende de las definiciones de daño moral que dan Leslie TOMASELLO Hart, “(...) aquel que va en detrimento del patrimonio espiritual o moral de la víctima (...)”. *Op. cit.* [nota 4], p. 15; René ABELIUK Manasevich: “(...) daño moral es el que afecta a los atributos y facultades morales y espirituales de la persona.” *Op. cit.* [nota 4], p. 204 y 205; Rene RAMOS Pazos: “Daño moral es aquel que produce una perturbación injusta en el espíritu del acreedor sin afectar su patrimonio”. *De las obligaciones*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999. p. 243; y Ramón MEZA Barros: “El daño moral consiste en el dolor, la aflicción, el pesar que causa a la víctima el hecho ilícito; no la lesiona en su patrimonio sino en sus sentimientos, sus afectos o creencias.” *Op. cit.* [nota 4], p. 259.

intereses tienen gran importancia y son dignos de protección, pero no son los únicos ni se protegen siempre. “Estos estados del espíritu constituyen el contenido del daño que es tal en cuanto previamente se haya determinado en que consistió el daño. El derecho no resarce cualquier dolor, humillación, aflicción o padecimiento, sino aquellos que sean consecuencia de la privación de un bien jurídico sobre el cual el dolorido, humillado, padeciente o afligido tenía un interés reconocido jurídicamente. Sí, pongamos el caso, veo como desaprensivamente un automovilista atropella a alguien en plena vía pública, y no puedo oponer ningún interés (jurídico) en la conservación de la vida de ese transeúnte, no estoy legitimado para reclamar ninguna indemnización aún cuando, por mi especial susceptibilidad ante el sufrimiento del prójimo, el hecho me haya causado un gran dolor o padecimiento”.⁸

Por otro lado, ya a partir de mediados del siglo pasado se produce, en el derecho comparado, una progresiva ampliación de intereses extrapatrimoniales protegidos por la responsabilidad civil y con ella del concepto de daño moral. Se comienzan a indemnizar así daños que difícilmente son reductibles a la idea de sufrimiento y dolor, tales como el perjuicio estético, sexual, etc.

La progresiva incardinación de los derechos de la personalidad en el sistema de derecho civil, la proliferación de accidentes con daños personales y, en consecuencia, el protagonismo adquirido por la persona en el ordenamiento jurídico y el nuevo lugar ganado por la responsabilidad civil como mecanismo de protección de estos intereses, pugna por una nueva definición de los daños morales.

Es así como, mientras la jurisprudencia continúa en general atada a la antigua noción de *pretium doloris*, la doctrina nacional, haciendo eco de la evolución experimentada por la materia en el derecho comparado, propone una definición más amplia de los daños morales. Éstos serán definidos, según sea la

⁸ Eduardo A. ZANNONI. *El daño en la responsabilidad civil*. Buenos Aires, Astrea, 1982 p. 290.

concepción de daño a la que se adhiera, como lesión de un derecho⁹ o un interés extrapatrimonial^{10, 11}. El daño moral deviene así en daño extrapatrimonial y el centro de atención se desplaza entonces hacia los intereses cuya lesión puede dar origen a la obligación de indemnizar.

Sin perjuicio del cambio operado, se sigue utilizando en nuestro país la añosa denominación de daño moral. No obstante ello hemos optado aquí por utilizar la denominación de daños extrapatrimoniales, a fin de no introducir equívocos, toda vez que, como queda dicho, los daños morales sólo constituyen una subclase de aquellos.

⁹ Fernando FUEYO Laneri. *Instituciones de derecho civil moderno*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990. p. 68. Le sigue José P. VERGARA Bezanilla. *La mercantilización del daño moral*. Revista de actualidad jurídica, (2): 177-189, julio 2000. Sorprendentemente también adopta esta definición Carlos DUCCI Claro, cuya obra fuera anterior a la de Alessandri, aunque los contornos de su definición lleguen a ser bastante difusos, desde que señala que: "Precisado en esta forma el daño moral, tiene un alcance muy extenso, y llega a confundirse con cualquier variación que pueda ejercerse en la situación de una persona en el orden afectivo o social". *Responsabilidad civil (ex-contractual)*. Memoria de prueba (Licenciado en Ciencias Jurídicas). Universidad de Chile. Santiago, El imparcial, 1936. p. 146.

¹⁰ Así lo hace José Luis DIEZ Schwerter. *Op. cit.* [nota 4], p. 88. También Carmen DOMÍNGUEZ Hidalgo, quien ha optado por estar "(...) con aquellos que conciben el daño moral del modo más amplio posible, incluyendo allí todo daño a la persona en sí mismo – físico o síquico – como todo daño contra sus intereses extrapatrimoniales." *Op. cit.* [nota 4], p. 83; Cristián AEDO Barrena, quien margina de esta categoría a la integridad física, que, como interés tutelado, configuraría el daño corporal. *El daño moral en la responsabilidad contractual y extracontractual*. Valparaíso, Editorial Libromar, 2001. p. 296; y Enrique BARROS, según lo señalan Eduardo UGARTE y Alejandro VICARI. *Op. cit.* [nota 6], p. 103 y 104. También lo considera como lesión de interés Pablo RODRÍGUEZ Grez, el que exige como requisito adicional que esa lesión sea consecuencia de la lesión de un derecho, al definirlo como "(...) la lesión de un interés extrapatrimonial, personalísimo, que forma parte de la integridad espiritual de una persona, y que se produce por efecto de la infracción o desconocimiento de un derecho cuando el acto infraccional se expande a la esfera interna de la víctima o de las personas ligadas a ella". La noción de interés resulta también acotada al referirla este autor a la intimidad de la persona, con lo que resulta desde ya excluido el daño provocado por las lesiones corporales sino en cuanto éstas produzcan dolor, temor, depresión, etc. *Op. cit.* [nota 4], p. 308 - 314.

¹¹ Con todo, está no es sino una simplificación extrema de un tema que ha dado lugar a opiniones tan abundantes como divergentes. Una completa sistematización de los conceptos elaborados por la doctrina en esta materia ha realizado Carmen DOMÍNGUEZ Hidalgo. *Op. cit.* [nota 4], pp. 43 y ss. Con diferente criterio, pero la misma vocación de integridad lo ha hecho Rafael GARCÍA López. *Responsabilidad civil por daño moral. Doctrina y jurisprudencia*. Barcelona, José María Bosch, 1990. pp. 51 y ss.

3.- La disputa argentina

Tradicionalmente la idea ínsita en el concepto de daño como lesión de un derecho y como lesión de un interés es que de dicha lesión debía derivarse un cambio de circunstancias desfavorable para la víctima.

En el caso del daño patrimonial, si bien el perjuicio está constituido por la lesión de un interés económico, no es esa lesión en sí misma sino su consecuencia lo que se resarce, esto es, la minoración efectiva del patrimonio o la falta de enriquecimiento. La evidencia de que tal cambio era preciso para estar en presencia de un daño hizo innecesario completar su definición.

Así ocurría también con la primigenia concepción del daño extrapatrimonial como *pretium doloris*. Existía en ella una relación no expresada entre el menoscabo del interés extrapatrimonial y el dolor provocado en la víctima. El daño proviene de la lesión de un interés, pero no consiste en ese ataque, sino en el cambio consecuente que sufre la víctima, la modificación disvaliosa de su esfera afectiva.

Por eso se ha señalado que este *pretium doloris*, también llamado daño moral puro, meramente moral o daño moral en sentido estricto,¹² es en verdad un

¹² Es de advertir sin embargo que la expresión ha sido además utilizada para designar a los daños morales que ni aún indirectamente se traducen en un detrimento patrimonial, término que también ha sido utilizado en con ese sentido en nuestro país, según puede observarse en las obras de Carlos DUCCI Claro (*Op. cit.* [nota 9], p. 165) y Arturo ALESSANDRI Rodríguez (*Op. cit.* [nota 3], p. 221).

Semejante definición proviene de la confusión que provoca la circunstancia de que la lesión de un derecho o interés extrapatrimonial pueda generar a su vez la lesión de un derecho o interés patrimonial y vice-versa. La duda generada en torno a la naturaleza que tiene el daño cuando una lesión con contenido económico provoca una lesión que carece de ese contenido - como ocurre por ejemplo cuando un menoscabo físico genera a la vez lucro cesante - llevó a calificar a dicho daño como daño moral con consecuencias patrimoniales, daño moral impuro o daño patrimonial indirecto. Esta última posición fue adoptada especialmente por aquellos

daño reflejo. Si bien el daño moral es en sí lesión de un interés, la pena física o moral que lo constituye se presenta como una repercusión subjetiva de los verdaderos daños, constituidos por la lesión de un interés diverso, de carácter objetivo.¹³

Bajo el moderno concepto de lesión de derechos o intereses extrapatrimoniales no se requiere que la víctima padezca de dolor para que exista daño. El daño ya no es definido por sus consecuencias. La idea de cambio de circunstancias ya no forma parte de la definición del daño.

Esta situación ha provocado una discusión que, por influencia quizás de la que se ha producido en Italia,¹⁴ ha dividido a los juristas argentinos.

Cierta doctrina, liderada por Eduardo Zannoni,¹⁵ que exagera el papel del daño extrapatrimonial como técnica de protección de derechos o intereses extrapatrimoniales, comienza a considerar que la mera lesión o infracción del derecho o interés es suficiente para justificar la indemnización. Bien puede ser que de la lesión del interés extrapatrimonial se sigan algunas consecuencias tales como dolores o padecimientos y en tal caso serán consideradas para

que eran proclives a la indemnización de los daños extrapatrimoniales, cuando – y donde - se limitaban o rechazaban la indemnización de los daños morales, según se verá a propósito del derecho italiano (vid. *infra*, p. 59).

En la actualidad la naturaleza del daño no se ve afectada por el carácter de aquel que en que tiene origen, particularmente si para su calificación no se atiende a la naturaleza del derecho sino a la del interés lesionado. La especial situación de los perjuicios cuya calificación ha trastornado a la doctrina encuentra motivo en la relación causal que les une al hecho ilícito, pues estos daños – sin dejar de ser directos – se vinculan con aquel a través de otro daño, del cual son consecuencia. No obstante ello, la distinción que criticamos ha sido recogida recientemente en una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 9 de diciembre de 2003 (GJ, N° 282, pp. 112-114).

¹³ Así lo expone Renato SCOGNAMIGLIO quien los circunscribe a los que son consecuencia de la lesión a bienes de la personalidad "(...) se trata simplemente, y el derecho podría expresarlo de otro modo, de consecuencias del verdadero daño (a la persona), a las que se concede excepcional relevancia, ya por razones de equidad, ya, más específicamente, para la mejor tutela de la persona humana". *El daño moral*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1962. pp. 37 y ss.

¹⁴ Vid. *infra*, pp. 57 y ss.

¹⁵ Eduardo A. ZANNONI. *Op. cit.* [nota 8], pp. 290 y ss. Una concepción semejante, pero bastante más atenuada en el terreno de las consecuencias prácticas sostiene Roberto BREBBIA. *El daño moral. Doctrina, legislación, jurisprudencia*. Buenos Aires, Editorial bibliográfica Argentina, 1950.

efectos de ponderar la indemnización, pero puede ocurrir que no sea así y, aún en tal caso, el daño debe ser indemnizado.

Así lo explica el mismo Zannoni: “Cuando se trata de un daño moral se resarce el ataque mismo a un atributo de la persona, de un derecho subjetivo que, a diferencia de los derechos patrimoniales, no tiene por objeto bienes susceptibles de ser cuantificados en “más” o en “menos””.¹⁶

Bajo esta concepción la idea de ilicitud constituye fundamento suficiente de la obligación de indemnizar, el daño pasa a ser sinónimo de antijuridicidad.

Otra parte de la doctrina, siguiendo las enseñanzas de Orgaz,¹⁷ continúa exigiendo la presencia de una situación desfavorable para la víctima. “No toda lesión a un derecho extrapatrimonial o a un simple interés de hecho y legítimo de esa naturaleza resultará necesariamente apto para generar daño moral. Habrá que estar siempre, además, a la repercusión que la acción provoca en la persona”.¹⁸

Se estima entonces que: “El daño moral es una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquel en que se encontraba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial”.¹⁹

Bajo esta perspectiva el daño extrapatrimonial no sólo supone que de la lesión derive una consecuencia, sino que es la consecuencia misma. Consecuencia

¹⁶ Eduardo A. ZANNONI. *Op. cit.* [nota 8], p. 293

¹⁷ Alfredo ORGAZ. *El daño resarcible: actos ilícitos*. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1960. p. 223. Le siguen Jorge MOSSET Iturraspe. *Responsabilidad por daños*. Buenos Aires, Ediar, 1971. p. 151; Matilde ZAVALA de González. *Resarcimiento de daños. Volumen 2ª: Daños a las Personas. [integridad psicofísica]*. Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1990. pp. 26 y ss.; y Ramón Daniel PIZARRO. *Prevención, reparación, punición. El daño moral en las diversas ramas del derecho*. Buenos Aires, Hammurabi, 1996. pp. 34 y ss. Señala además Carmen Domínguez Hidalgo que esta concepción, a pesar de ser característica de la doctrina argentina “(...) esta lejos de ser exclusiva de ese derecho, puesto que un a formulación muy cercana puede encontrarse en alguna jurisprudencia española más reciente (...)” *Op. cit.* [nota 4], p. 68.

¹⁸ Ramón Daniel PIZARRO. *Op. cit.* [nota 17], p. 35.

¹⁹ Matilde ZAVALA de González. *Op. cit.* [nota 17], p. 36

que, además, no sólo se limita a los dolores y sufrimientos padecidos por la víctima.

La lesión del interés, por su parte, queda marginada del concepto de daño, pasando a ser considerada un presupuesto de su resarcibilidad.

Pese a que los dos enfoques teóricos constituyen versiones opuestas, tienen importantes puntos de contacto. En ambos casos concepto amplía su campo de acción, no sólo proliferan los supuestos que dan lugar a la obligación de indemnizar en la medida en que el daño extrapatrimonial recoge bajo su alero nuevos intereses, sino también en ambos casos extiende su aplicación a situaciones en las que, por falta de capacidad para experimentar sensaciones, o representarse el daño, como ocurre con los menores, los inconscientes, etc., no eran normalmente indemnizadas.

No obstante sus semejanzas marginales en el terreno de las consecuencias, ambas teorías constituyen visiones extremas, cuyo punto medio, la llamada visión ecléctica si se quiere, es la que más correcta nos parece.

La primera visión llega muy lejos al identificar al daño con la antijuridicidad de la acción. Interpretar así la definición de daños extrapatrimoniales como lesión de intereses de esa naturaleza implicaría aceptar que la indemnización no cumple a su respecto una función resarcitoria, pues no se divisa cual sería en dicho caso el objeto de la reparación.

La segunda concepción también presenta importantes defectos.

Por un lado al desplazar la atención desde el interés al resultado disvalioso, no se hace cargo de que no toda situación desfavorable se indemniza, sino tan sólo aquella que es consecuencia de la lesión de un interés protegido jurídicamente.

De otro, al acotar el ámbito de consecuencias indemnizables, es una definición que, no obstante su vocación omnicomprensiva, resulta rígida a la luz de la continua evolución de la responsabilidad extracontractual como técnica de

protección de intereses y la progresiva ampliación de intereses protegidos en esta sede.

En último término hay que señalar, que aunque las dos corrientes doctrinarias aportan luz a la comprensión del fenómeno jurídico del daño como requisito de la responsabilidad civil, ninguna es capaz de explicarlo completamente. Así, mientras en el caso de los atentados a la vida e integridad física y psíquica parece ser indispensable un resultado desfavorable para que podamos hablar de daño, dicha necesidad aparece más difusa en los supuestos de atentados intereses tales como el honor, intimidad o imagen de la persona, en que el rol compensatorio de la indemnización cede algún terreno a su función normativa.²⁰

Es por ello que la concepción del daño extrapatrimonial como lesión de un interés extrapatrimonial nos parece suficiente como concepto del mismo, pues no significa prejuzgar sobre sus características. Por lo que podemos afirmar que daño - sea patrimonial o extrapatrimonial - es la lesión de un interés protegido jurídicamente, sin perjuicio de lo cual, éste se mide por la entidad del menoscabo, la modificación de la realidad que éste produce para la víctima.

4.- Clasificación de los Daños Extrapatrimoniales. Los Daños Corporales.

Mientras reinaba el restringido concepto de daño extrapatrimonial como *pretium doloris*, el tema de su clasificación carecía en lo absoluto de relevancia tanto teórica como práctica, puesto que no es posible hacer ninguna sistematización de los daños morales en sentido estricto como no sea atendiendo a su causa, el daño real del que, como hemos dicho, éste es reflejo.

Una vez que la responsabilidad extracontractual extiende su protección a otros intereses se hace necesario hacer distinciones al interior de los mismos. El intento de abstraer de una forma discernible los diferentes aspectos del todo

²⁰ Sobre la función normativa o demarcatoria vid. *infra*, pp. 113 y ss.

complejo que constituye la personalidad humana exige que estos, una vez identificados bajo la forma de intereses, sean ordenados de una forma lógica y coherente, es decir, clasificados.

Una de las clasificaciones que se han hecho con referencia al interés protegido nos es explicada por Carlos Peña, quien separa aquellos que se refieren a la dimensión material de la personalidad y entre los que se encuentran el derecho a la vida, las libertades, y los derechos la integridad corporal y psíquica, de aquellos que se refieren a su dimensión inmaterial, entre los que se cuentan el derecho a la intimidad o privacidad, el derecho al honor, el derecho a la propia imagen y a la identidad personal, a los que agrega, pese a su cariz marcadamente patrimonial, el derecho moral del autor.²¹

Sin que se pueda considerar una clasificación, cabe destacar la distinción que se puede apreciar en la legislación española, la que ha otorgado tratamiento diferenciado a la valoración de algunos daños no patrimoniales, según la clase de interés sobre el cual recae el daño. Es lo que ha ocurrido con la Ley 1/82 sobre Protección al Honor, Intimidad Personal y Familiar y la Propia Imagen, que en su artículo 9.3 ordena considerar, cuando se valora el daño no patrimonial a estos derechos, las circunstancias del caso y la gravedad de la lesión efectivamente producida.²² Otro tanto puede decirse de la propiedad intelectual que es objeto de la Ley 22/87 del mismo nombre y, por supuesto, de la Ley 30/95 de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, que incorporó un baremo destinado a la valoración de los daños derivados de atentados a la vida o a la integridad física o psíquica de la persona que se producen a consecuencia de accidentes de circulación.

²¹ PEÑA González, Carlos. *El Derecho Civil en su relación con el derecho internacional de los derechos humanos*. En: MEDINA Quiroga, Cecilia y FIGUEROA Mera, Jorge. *Sistema jurídico y derechos humanos: el derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de Derechos Humanos*. Santiago, Ediciones de la Universidad Diego Portales, 1996. p. 565.

²² A este efecto, dispone el precepto citado, se tendrá en cuenta la difusión o audiencia del medio en que se haya producido, así como el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma.

Son los daños extrapatrimoniales derivados de la lesión a la vida o a la integridad física y psíquica de la persona, y que llamaremos daños corporales, los que aquí concitan nuestra atención y que estimamos preciso distinguir de aquellos constituidos por la lesión de otros bienes extrapatrimoniales, tales como el honor, la imagen o la intimidad.

Varias clasificaciones clásicas recogen éste distinguo.

Así, los Mazeaud y Tunc, al lado de su tradicional clasificación entre parte social y parte afectiva del patrimonio moral²³ consideran aquellos que “(...) por no ser pecuniarios, entran en la categoría de los perjuicios morales (...)”, entre los cuales se comprenden “(...) todos los daños que afectan a la persona física sin disminuir su capacidad de trabajo: sufrimientos, cicatrices y heridas que atentan contra la estética”.²⁴

Otros autores han considerado agrupar los daños corporales en una sola categoría que no sólo comprende los perjuicios extrapatrimoniales sino también los daños patrimoniales que derivan de la lesión de estos intereses.

De esa manera los hacen Ripert y Boulanger, que en una distinción que ha sido adoptada por buena parte de la doctrina francesa,²⁵ consideran que los daños se pueden clasificar en tres categorías 1° el daño causado a los bienes; 2° el perjuicio a la salud o la vida de una persona; 3° el daño moral.²⁶

²³ Entrando en la primera categoría aquellos daños que “(...) afectan a un individuo en su honor, en su reputación, en su consideración” y en la segunda los que “alcanzan a un individuo en sus afectos: se trata, por ejemplo, del pesar experimentado por el hecho de la muerte de una persona que nos es querida”. Henri MAZEAUD, Léon MAZEAUD y André TUNC. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Tomo I, Volumen I. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961. p. 425

²⁴ *Ídem*, p. 426.

²⁵ Así lo hacen François TERRÉ, Philippe SIMLER y Yves LEQUETTE, para quienes existen tres clases de daños: materiales, morales y corporales. *Droit Civil. Volumen II: Les obligations*. 7ª edición. París. Dalloz, 1999. p. 639. Igual distinción se encuentra presente en la obra de Jean CARBONNIER, según el cual, después de la Ley del 5 de julio 1985 sobre Reparación de los Daños Resultantes de Accidentes de Circulación es preferible hablar de atentado a la persona. *Droit Civil. Volumen IV. Les obligations*. 22ª edición. París, Presses Universitaires de France, 2000. p. 380. También lo consideran así Henri MAZEAUD, Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD y François CHABAS. *Leçons de droit civil. Volumen I, Tomo II: Obligations*. 9ª edición. París, Editions Montchrestien, 1998. p. 413.

²⁶ Georges RIPERT y Jean BOULANGER. *Tratado de derecho civil. Según el tratado de Planiol*. Buenos Aires, La Ley, 1963-1965. p. 88.

Esta última clasificación obedece a la que quizás sea una de las características más evidentes de los que en ella se llaman perjuicio a la salud o la vida de una persona, y es que de la lesión de estos bienes comúnmente emanan tanto daños patrimoniales como extrapatrimoniales. Esta característica, si bien no le es exclusiva, presenta a su respecto singular importancia, toda vez que es la hipótesis más corriente en que confluyen ambos tipos de daño y en muchos casos no se puede hacer una distinción estricta entre unos y otros.

Lo primero que llama la atención entonces, en lo tocante esta clase de daños, es su característica de ser punto de conexión entre un conjunto de daños específicos, cuyo carácter mixto, ha llevado a algunos autores a colocarlo como una tercera categoría al lado de los daños patrimoniales y de los extrapatrimoniales.

Pero no sólo es la presencia de daños de diferente naturaleza la que aconseja la distinción que comentamos, sino también la existencia de diversos daños extrapatrimoniales que, comprendidos en los daños corporales, han sufrido, en algunos ordenamientos - y con ello nos referimos particularmente al francés - un incremento explosivo con la creación, por parte de la jurisprudencia, de cada vez mayor número de categorías indemnizables en esta sede, situación que impone, cada vez con mayor fuerza, la necesidad de poner coto a este fenómeno.

La elaboración del concepto de daño corporal responde, al menos en principio, a la necesidad de agrupar en una sola categoría todos estos perjuicios consecuenciales, a fin de ordenar, de la forma más coherente posible, todos los perjuicios que normalmente se siguen de esta clase de lesiones y de definir con mayor precisión los contornos de cada uno de ellos. Con ello se persigue cumplir dos objetivos de gran importancia: En primer lugar, ponderar a cabalidad el daño efectivo sufrido por la víctima, de manera que ningún aspecto de éste se quede sin indemnizar y, en segundo lugar impedir que la víctima reciba ni más ni menos que le corresponde en atención al daño sufrido. Luego,

su utilidad es manifiesta, pues constituye el presupuesto que permite estudiar la presencia de los daños que de él derivan, en un caso determinado y los aglutina en torno a él de manera que sea posible tener un cuadro global que permite resarcir todas sus consecuencias, pero no resarcirlas sino tan sólo una vez.

Pero, sin perjuicio de la planteada, diversas son las razones que han conducido a un estudio separado de todos aquellos perjuicios que derivan de la lesión a la vida o a la integridad psicofísica de los individuos, particularmente en su faz extrapatrimonial.

En primer lugar, el atentado a estos bienes se expresa de manera tangible en el mundo físico. Es por ese motivo que su protección, en sede de responsabilidad extracontractual, captó tempranamente la atención del derecho en perjuicio de otros daños extrapatrimoniales, los que sólo con el reciente desarrollo de los derechos de la personalidad comienzan a atraer el interés hacia ellos.

Es esta misma presencia física la que permite someter su valoración a criterios objetivos y justificar alguna pretensión de igualdad en el tratamiento y por tanto en las indemnizaciones de las persona que lo sufren. En cambio la valoración de otros perjuicios sólo puede ser subjetiva y su gravedad sólo puede ser determinada en bases a criterios asociados a la gravedad del ataque.

Constituyen estos, los bienes más caros al ordenamiento jurídico. Como señala Bustos Puelche “En la ordenación jerárquica de derechos - materia discutible por estar preñada de subjetivismo y depender de las preferencias personales – al menos un punto no parece dudoso: que el derecho a la vida ocupa el primer lugar, por lo que nunca podrá ser sacrificado en conflicto con otro”²⁷. Otro tanto puede predicarse de la integridad física y síquica, pues indudablemente consisten en el sustrato físico indispensable para el ejercicio de todos los demás derechos extrapatrimoniales.

²⁷ José Enrique BUSTOS Puelche. *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*. Madrid, Dykinson, 1997. p. 85.

No es de extrañar entonces que la tutela de estos bienes sea absoluta. Su resarcimiento sólo puede ser excluido por la idea de ciertas causales de justificación, como la legítima defensa y en, casos extremos, la aceptación del riesgo, pero en ningún caso por la restricción de la idea misma de daño. La tutela de otros bienes en cambio, es relativa, pues generalmente existen otros valores en conflicto.

Según ya se señaló, tratándose de daños corporales no basta la lesión a la integridad psicofísica de la persona sino que es necesaria además una modificación disvaliosa de la realidad para la víctima, necesidad que no resulta tan clara en el caso que el daño recaiga sobre otros intereses extrapatrimoniales, respecto de los cuales la indemnización parece cumplir fines distintos a los estrictamente compensatorios.

Por último, se debe anotar que en la actualidad, son la vida y la incolumidad psicofísica los focos más expuestos a ataques no intencionales.

Parece claro entonces que no todas las conclusiones que se pueden sacar acerca del daño son generalizables respecto de los daños corporales. Sin necesidad de por ello se les constituya en una tercera categoría frente a los ya clásicos perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales, las diferencias antes anotadas han impulsado a la doctrina a llevar a cabo un estudio separado de todos aquellos perjuicios que derivan de la lesión a la vida o a la integridad psicofísica de los individuos, tanto en su aspecto patrimonial cuanto en su faz extrapatrimonial.

Debe prevenirse que la denominación de daño corporal que hemos adoptado suele emplearse de manera más o menos irreflexiva, sea para señalar solamente el daño a la integridad física de la persona, al que también se ha llamado daño corporal en sentido estricto, sea para señalar a éste y al que alcanza también su esfera síquica, o bien a aquel con resultado muerte, es decir, al daño a la vida de la persona.

Enseguida, puede hablarse de daño corporal para referirse sólo a la lesión de los bienes que acabamos de nombrar, o bien, se puede usar también en un sentido más general, abarcando también sus ulteriores consecuencias dañosas, sean patrimoniales o extrapatrimoniales.

A esta imprecisión relativa al contenido de la expresión en estudio se suma la relativa a la expresión utilizada para denominarlo. En efecto, además de daño corporal podemos encontrarlo como daño a la persona, daño biológico, daño a la salud, daño fisiológico, etc. expresiones algunas tomadas de denominaciones empleadas en otras lenguas, usadas en distinto sentido y con diferentes alcances.

Para todos los efectos nosotros utilizaremos la denominación de daño corporal, entendiendo por tal todos los supuestos patrimoniales y extrapatrimoniales que este comprende.

SEGUNDA PARTE. VALORACIÓN DE LOS DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES EN EL DERECHO CHILENO.

1.- Prudencia y equidad como criterio de valoración: concepto y justificación.

A partir de la primera década del siglo pasado tímidamente comienzan a surgir sentencias que resarcen el daño extrapatrimonial, de manera solapada y mezclada con el lucro cesante.

Con ello no haría sino repetirse una constante histórica, el daño extrapatrimonial nace en nuestro país, tal como en los otros, confundido con el daño patrimonial, y en especial con el lucro cesante derivado de lesiones permanentes, cuyo punto de unión con el primero reside en su dificultad de

valoración, dada la incertidumbre que rodea la determinación de su monto exacto.²⁸

Así, no era infrecuente que a falta de otros antecedentes para regular el monto el lucro cesante éste fuera valorado con base exclusiva en la prudencia y equidad del juzgador,²⁹ criterio que no se compadece con la naturaleza de los daños patrimoniales, cuya existencia y cuantía debe ser probada y ponderada en concreto, y que normalmente se asocia a la valoración de los daños extrapatrimoniales.

Asimismo, es posible encontrar casos en los que frente a una demanda que comprendía tanto daño patrimonial como extrapatrimonial, los tribunales fallaran concediendo la indemnización, pero sin hacer referencia a la petición de los demandantes ni indicar la naturaleza de los daños a los que estaba dirigido el resarcimiento.³⁰

²⁸ No debe olvidarse que dicha tendencia persiste hasta nuestros días, bien que ahora es el daño extrapatrimonial el que encubre al lucro cesante. Aceptada sin excepción la resarcibilidad del daño extrapatrimonial, y bajo la premisa generalmente admitida por los Tribunales de que los daños extrapatrimoniales no están sujetos a prueba, se vuelve ésta una vía más fácil y expedita para obtener indemnización. Esta situación a permitido que los demandantes descuiden la prueba de los daños patrimoniales sufridos y que la judicatura, ante la imposibilidad de darlo por acreditado, se refugie muchas veces en los daños extrapatrimoniales reclamados, concediendo sumas más abultadas por este concepto.

²⁹ Es de destacar la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 27 de junio de 1907, en la cual se señala: "3° Que aparte del sentimiento y del valor de afección – que no se divisa porque deban eliminarse en lo absoluto – la muerte de toda persona importa de por sí un perjuicio real y positivo, ya que, por lo general, tanto en las naciones como en las familias, la vida humana es un elemento de verdadera riqueza; y, bajo éste aspecto, susceptible de una apreciación material ó en dinero; 4° Que la dificultad para hacer esta apreciación y establecer su monto fijo por medio de testigos ó peritos, no significa que el daño sea inapreciable, pues salvo en casos muy calificados, la apreciación en materia de perjuicios queda siempre al arbitrio del juzgador, sin más norma que su buen criterio para calificar, en cada juicio, los distintos factores y las distintas circunstancias que le suministra el mérito de autos; (...)" (RDJ Tomo IV, sección 2ª, p. 141 y ss.) En el mismo sentido se pronuncian la sentencias de la Corte de Apelaciones de Tacna, del 21 de marzo de 1905, confirmado por la Corte Suprema en Casación en la forma sin referirse a la materia (RDJ, Tomo III, sección 1ª, p. 125 y ss.); Corte Suprema, 17 de marzo de 1908 (RDJ, Tomo V, sección 1ª, p. 243 y ss.); y, también de la Corte Suprema, 13 de septiembre de 1916 (RDJ, Tomo XIV, sección 1ª, p. 204 y ss.).

³⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, 24 de junio de 1911. El fallo mereció un comentario aparte en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, en el que se destacó que: "Se invocaba también el derecho personal, propio de a madre a la indemnización como reparación del daño moral sufrido por la pérdida de su hijo, pero la Corte, si bien no se pronunció de una manera explícita sobre este punto, no negó tampoco la existencia de este derecho e hizo sólo una

Otra muestra patente de la tendencia a que nos hemos referido se encuentra en diversos casos en que se indemniza, con al menos una vaga referencia al lucro cesante, a menores lesionados o a padres de menores fallecidos, en circunstancias que la incapacidad para generar rentas de las víctimas hacia lógicamente imposible esta clase de indemnización.³¹ En dichos casos, prima en el juzgador la sensación de que las víctimas han sido objeto de una pérdida que no deben sufrir ellos sino quien causo el daño, sin que dicha reflexión llegue a cristalizarse en una indemnización expresa del daño extrapatrimonial. Es justamente en este contexto, demandas de padres por muerte de hijos menores, que ya en la década del 20' emergen las primeras sentencias que conceden expresamente indemnización por daño extrapatrimonial. Luego de una primera sentencia que lo declara improcedente³² se uniforma el criterio a favor de su resarcibilidad,³³ acogiéndolo en el entendido que los artículos 2341 y, especialmente, 2329 del Código Civil, disponen la indemnización de "todo daño" derivado del ilícito, sin distinguir entre aquellos que son patrimoniales y aquellos que son extrapatrimoniales. Se dice entonces que la imposibilidad de lograr una compensación perfecta de estos daños y la dificultad para valorarlos no deben ser consideradas como un óbice para que sean indemnizados, desde que esta indemnización ha sido dispuesta por el legislador.

referencia vaga a "la naturaleza del derecho que se invoca" que no permite definir cual es su manera de pensar a ese respecto". (RDJ, Tomo IX, sección 2ª, p. 25); Corte Suprema, 21 de octubre de 1911 (RDJ, Tomo X, sección 1ª, pp. 47y ss.); Corte Suprema, 13 de septiembre de 1916 (RDJ, Tomo XIV, sección 1ª, p. 202 y ss.); y, Corte Suprema, 28 de siembre de 1916 (Tomo XIV, sección 1ª, pp. 497 y ss.).

³¹ Corte de Apelaciones de Santiago, 27 de junio de 1907 (RDJ Tomo IV, sección 2ª, p. 139y ss.); Corte Suprema, 13 de septiembre de 1916 (RDJ, Tomo XIV, sección 1ª, pp. 204y ss.); y, Corte Suprema, 31 de diciembre de 1918 (RDJ, Tomo XIV, sección 1ª, pp. 204 y ss.).

³² Corte Suprema, 13 de enero de 1922 (RDJ, Tomo XXI, sección 1ª, pp. 529 y ss.).

³³ A partir de la sentencia de la Corte Suprema, de 16 de diciembre de 1922 (RDJ, Tomo XXI, sección 1ª, pp. 1053 y ss.); seguida por las de 18 de diciembre de 1926 (RDJ, Tomo XXIV, sección 1ª, pp. 567 y ss.); 14 de abril de 1928 (RDJ, Tomo XXVI, sección 1ª, pp. 141 y ss.); 03 de julio de 1930 (RDJ, Tomo XXVIII, sección 1ª, pp. 117 y ss.); 03 de agosto de 1932 (RDJ, Tomo XXIX, sección 1ª, p. 549 y ss.), y así en lo sucesivo.

Resuelto el problema de la resarcibilidad los tribunales se encontraron con un segundo y no menor escollo: cómo habían de valorar daños que por su naturaleza no podían ser medidos en términos monetarios.

Y, toda vez que el legislador no previó la indemnización de esta clase de daño, menos pudo señalar los criterios de acuerdo a los cuales había de determinarse su monto, de ahí que en una primera etapa doctrina y jurisprudencia, tanto nacional como comparada, haya optado por remitir el problema a la discreción del juez de instancia.

Enfrentados al problema de la valoración los tribunales nacionales razonan que en ausencia de regla legal que guiara su criterio, de todo el articulado del título 35 del libro IV del Código Civil, en especial del 2330 que sujeta a reducción la indemnización en caso de exposición imprudente de la víctima, se desprendía que la apreciación del daño, ya patrimonial ya extrapatrimonial, había sido entregada al libre arbitrio judicial.

Así lo indica latamente la que fuera la primera sentencia en acoger expresamente la indemnización por daño extrapatrimonial, dictada por la Corte Suprema con fecha 16 de diciembre de 1922: “Por la naturaleza misma de una reparación por ese medio [indemnización pecuniaria], el Legislador ha dado a los Tribunales facultades discrecionales, para determinar su entidad, autorizándolos para reducir en algunos casos la apreciación del daño, como cuando se ha expuesto imprudentemente a él quien lo ha sufrido (art. 2330) y aún para declarar, en otros, la irresponsabilidad del autor (art. 2319) y facultándolos, implícitamente, en todos, para regular prudencialmente esa reparación, tomando en cuenta los diversos grados de culpa y la naturaleza del mal causado. Sólo así se explica que el legislador hable genéricamente de malicia o negligencia que determina la imputabilidad de los hechos ilícitos que

pueden producir una variedad incalculable de daños sin señalar a los Tribunales regla o medida para la apreciación del daño”.³⁴

Posteriormente se dirá también que es la naturaleza subjetiva de este daño la que justifica que la valoración haya sido entregada al libre arbitrio judicial.³⁵

De ahí a resolver que la valoración de los daños no debía ser fundamentada y que estaba reservada a la apreciación de los jueces de instancia, no revisable en casación, había sólo un paso.³⁶

El criterio del libre arbitrio judicial, firmemente establecido, continuaría siendo ejercido hasta nuestros días bajo la fórmula de una remisión general a los criterios de prudencia y equidad como único fundamento de la valoración realizada por el juez.

¿Qué es lo que significan estas expresiones que con tanta frecuencia encontramos en las sentencias que ordenan indemnizar perjuicios extrapatrimoniales?

El concepto de prudencia que ha imperado hasta nuestros días, tiene su origen en pensamiento aristotélico,³⁷ de acuerdo al cual, ésta es concebida como

³⁴ (RDJ, Tomo XXI, sección 1ª, pp. 1053 y ss.). Los fallos que la siguen confirman el criterio sostenido inicialmente por la Corte Suprema. Así se desprende de las sentencias dictadas por ésta con fecha 18 de diciembre de 1926, en la cual se señala que. “(...) del conjunto de las disposiciones del título XXXV del Libro 4º del Código Civil, aparece de manifiesto que se concede a los Tribunales de Justicia la facultad de regular a su simple arbitrio las indemnizaciones que procedan, en virtud de la convicción que se formen sobre el grado de culpa de los autores del daño y sobre la naturaleza y extensión que revista;” (RDJ, Tomo XXIV, sección 1ª, pp. 567 y ss.); y 14 de abril de 1928, que reproduce textualmente el mismo argumento (RDJ, Tomo XXVI, sección 1ª, pp. 141 y ss.).

³⁵ Como bien lo expresa la Corte Suprema, en fallo de 10 de agosto de 1971: “(...) y no podría ser de otra manera, porque materialmente es difícil, por no decir imposible, medir con exactitud la intensidad con que la injuria ha afectado al ofendido, por la naturaleza espiritual del daño producido”. (RDJ, Tomo LXVIII, sección 4ª, p. 170). En el mismo sentido ya se había pronunciado la misma Corte en sentencia de 04 de mayo de 1948 (RDJ, Tomo XLV, sección 1ª, pp. 526 y ss.); Corte de Apelaciones de Santiago 17 de junio de 1960 (RDJ, Tomo LVII, sección 4ª, pp. 144 y ss.); Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de diciembre de 1961 (RDJ, sección 4ª, pp. 374 y ss.); Corte Suprema, 29 de enero de 1970 (RDJ, Tomo LXVII, sección 4ª, pp. 6 y ss.); Corte Suprema, 11 de junio de 1970 (RDJ, Tomo LXVII, sección 4ª, pp. 212 y ss.); y también lo haría después la Corte de Apelaciones de Temuco, el 29 de junio de 1972 (RDJ, Tomo XIX, sección 4º, pp. 66 y ss.).

³⁶ Así lo decidió la Corte Suprema en fallos de 11 de enero 1924 (RDJ, Tomo XXII, sección 1ª, pp. 912 y ss.); y, 03 de julio de 1930 (RDJ, Tomo XXVIII, sección 1ª, pp. 117- y ss.).

³⁷ Como afirma Osvaldo GUARIGLIA. *La ética en Aristóteles o la moral de la virtud*. Buenos Aires. Eudeba. 1997. p. 28. En contra Fernando QUINTANA Bravo. Éste último considera que

aquella virtud intelectual que preside nuestras acciones para determinar el justo medio que constituye el actuar virtuoso. Entendida de esta manera la prudencia, no es otra cosa que razón práctica, razón orientada a la acción que se ocupa del “deber ser”, de las cosas contingentes, que pueden ser de una manera o de otra, y permite al hombre virtuoso, mediante el ejercicio de la deliberación, disponer los medios adecuados para realizar el bien.³⁸ Dicha virtud, entonces, puede ser ejercida en la aplicación del derecho, llevando a una aplicación justa y de paso razonable, es decir, la que debería adoptar cualquier persona puesta en lugar del juez.³⁹

En el mismo marco podemos definir equidad como la justicia del caso particular. Ésta, bien pueden coincidir con la solución que prescribe la justicia, que como virtud general equivale a lo justo legal, pero es posible que lo justo legal, al hacer uso de normas generales, no sea capaz de prever circunstancias particulares en virtud de las cuales su aplicación a un caso concreto lleve a un resultado injusto. En tales casos la decisión justa, en forma de equidad, debe apartarse de la solución universal. Por eso Aristóteles señala que “la equidad es mejor que lo justo, pero no porque ella constituya algo diverso de lo justo, sino en cuanto resulta preferible a esa parte de lo justo que llamamos justo legal”.⁴⁰ Bien explican el concepto de equidad las palabras de Squella: “Dícese que un caso jurídicamente relevante de la vida social se resuelve en equidad cuando, al faltar una ley que lo contemple y regule, o bien al existir una ley que lo regule de un modo que resulta vago, indeterminado, oscuro, confuso o contradictorio, o bien al existir una ley que lo regule y que de su aplicación puedan seguirse

la concepción aristotélica fue desplazada por la kantiana, en la cual prudencia equivale a cautela o previsión. *Prudencia y justicia en la aplicación del derecho*. Santiago. Editorial jurídica de Chile. 2001. No parece, en todo caso, que ese sea el sentido en que la utilizan los jueces.

³⁸ ARISTÓTELES. *Ética Nicomaquea. Ética Eudémica*. Madrid, Editorial Gredos, 1998. Libro VI, pp. 269 y ss.

³⁹ Fernando QUINTANA Bravo. *Op. cit.* [nota 37], p. 166 y ss.

⁴⁰ Agustín SQUELLA Narducci y Abel GONZÁLEZ Rojas. Dos concepciones de la equidad. Valparaíso, Edeval, 1981. p. 31.

consecuencias notoriamente injustas o inconvenientes que el autor de la ley no previó ni pudo querer que se produjeran y que parece razonable evitar, el juzgador encargado del conocimiento y fallo del caso administra una solución construida sobre la base de la idea que él forja en conciencia acerca de lo que sea justo resolver a propósito del caso de que se trate, para lo cual el juzgador empleará ante todo su prudencia, esto es, su capacidad de deliberar en torno al caso, a fin de verificar y comprender las particulares circunstancias del mismo viéndose asimismo influenciado en su decisión por diversos factores a los que se puede llamar fuentes de decisiones equitativas”.⁴¹

Sobre cual sea el contenido de la equidad, estas fuentes de decisiones equitativas, no existe acuerdo. Así por ejemplo mientras algunos consideran que a este efecto el juzgador debe apoyarse en el derecho natural,⁴² otros creen que aquella se encuentra en la razón,⁴³ en el régimen jurídico, político, económico, y social bajo cuyo imperio vive,⁴⁴ etc.

2.- Deficiencias del razonamiento utilizado para valorar los daños extrapatrimoniales.

De un examen atento de las exigencias que presiden la valoración de los daños extrapatrimoniales aparece manifiesto, sin embargo, que el razonamiento que ha acompañado a la valoración de los perjuicios extrapatrimoniales durante casi un siglo adolece de graves deficiencias.

⁴¹ Agustín SQUELLA Narducci. *Introducción al derecho*. Santiago, Editorial jurídica de Chile, 2000. pp. 292-293.

⁴² Así lo hace el propio ARISTÓTELES. *Op. cit.* [nota 38]. Libro V, p. 256.

⁴³ Tal sería la posición kantiana. Abel GONZÁLEZ Rojas. *La concepción de la equidad en Kant*. En: Agustín SQUELLA Narducci y Abel GONZÁLEZ Rojas. *Dos concepciones de la equidad*. Valparaíso, Edeval, 1981. pp. 62 y ss.

⁴⁴ Arturo ALESSANDRI Rodríguez, Manuel SOMARRIVA Undurraga y Antonio VODANOVICH H. *Derecho civil. Parte preliminar y parte general*. Santiago, Conosur, 1991. p. 178.

1° Infracción de las normas legales que regulan la fundamentación de las sentencias.

El juez se limita a fallar según prudencia o equidad sin indicar los parámetros en que se ha apoyado para llegar al resultado que constituye el monto de la indemnización. Con ello infringe el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, el cual dispone que “Las sentencias definitivas de primera o única instancia y las de segunda que modifiquen o revoquen en su parte dispositiva la de otros tribunales, contendrán: (...) 5° La enunciación de las leyes, y en su defecto de los principios de equidad, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo”.⁴⁵

La norma citada, que no por estar encerradas en una disposición ordenatoria de la litis dejan de ser substantiva, autoriza al juez a fallar en equidad cuando no existe regla legal que resuelva el asunto sometido a su decisión. Llama la atención entonces que no haya sido invocada por los Tribunales en apoyo de esta valoración. Pero lo relevante es que dicha autorización va acompañada de una exigencia, el juez debe señalar “(...) los principios de equidad con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo”.

Por esta razón se ha estimado que la equidad a la que es permitido recurrir al juez no es cualquier equidad, sino una de contenido determinado. Bascuñan Valdés, Sierra y Bascuñan Rodríguez han señalado que el deber de cita que

⁴⁵ Disposición que encuentra su símil en el artículo 500 número 6 del Código de Procedimiento Penal, que se refiere a “La cita de las leyes o de los principios jurídicos en que se funda el fallo” y la letra g del artículo 342 del Código Procesal Civil que, esta vez, hace alusión a “Las razones legales o doctrinales que sirvieran para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias y para fundar el fallo”.

A diferencia de lo que ocurre con otros países, como es el caso de España que en el número 3 del artículo 120 de su Constitución Política dispone la obligación de los Tribunales de motivar sus sentencias, nuestra Constitución no ha contemplado expresamente la exigencia de fundamentarlas. Sin embargo, y como lo señala también Hugo PEREIRA Anabalón, su jerarquía constitucional se deriva de los derechos al debido proceso en el artículo 19 número 3 de nuestra Constitución. “El “debido proceso”, por sí mismo un valor admitido en la Constitución, tiene como finalidad la declaración del derecho en un caso concreto (...) La declaración del derecho la hacen los jueces en la sentencia, acto integrante del procedimiento “racional” requerido por el Constituyente, racionalidad que impone cierta exigencia que el pueblo “siente” como un bien o valor: la fundamentación o motivación de la misma”. *Motivación y fundamentación de las sentencias y debido proceso*. Gaceta Jurídica, (142): 7-20. p. 11.

impone el precepto que analizamos lleva a considerarla referida a los principios generales del derecho “(...) ya que los principios jurídicos reciben por lo general de parte de la doctrina y la jurisprudencia una formulación más o menos fija y una denominación más o menos precisa, requisito necesario para “citar” un enunciado”.⁴⁶

Guzmán por su parte, recurriendo al origen histórico del precepto, ha llegado a una conclusión diferente. Remontando sus orígenes a las ideas de Bello, quien a su vez se basara en Delvincourt, considera que la expresión de “equidad natural” utilizada por el art. 23 del Código Civil referido a la interpretación de la ley, así como la de “principios de equidad” utilizada por el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil relativa a las lagunas legales harían referencia a los principios contenidos en el derecho romano, en la especie del “Corpus Iuris Civilis”. Evidente es que en la actualidad existen sendos ámbitos, como es el que aquí nos ocupa, no regulados por la ley, y que tampoco fueron previstos en las fuentes clásicas. “En tales casos, a mi modo de ver, no queda el juez desligado de su obligación de llegar a la equidad a través de textos autorizados de doctrina, no queda facultado para recurrir a la equidad ruda [no expresada en texto legal], fácilmente mudable en cerebrina [subjética].”⁴⁷

Como quiera que sea, lo que queda claro es que no basta una referencia genérica a la prudencia o equidad para fundamentar la decisión del juzgador. Como señalara el Codificador en su momento, para defender el principio de fundamentación de las sentencias, el juez al fallar lo tiene que hacer por algún motivo y no “por una secreta inspiración”, pues, “no hay un poder sobrenatural que mueva los labios, como los de Pitia, sin el previo trabajo de sentar premisas

⁴⁶ Antonio BASCUÑAN Valdés y Antonio BASCUÑAN Rodríguez. *Modos de creación de las normas jurídicas: [apuntes de la cátedra de introducción al derecho]*. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1998. p. 95, nota 141.

⁴⁷ Alejandro GUZMÁN Brito. *El significado histórico de las expresiones "equidad natural" y "principios de equidad" en el derecho chileno*. Revista de ciencias sociales / Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales, Universidad de Valparaíso, (18,19): 111-143. Primer y segundo semestres 1981. p. 143.

y deducir consecuencias (...) ¿La Ley calla? Habrá a lo menos un principio general, una regla de equidad que haya determinado su juicio”.⁴⁸

Mas, no lo ha estimado así la Corte Suprema, que en más de una ocasión ha desechado los recursos interpuestos para reclamar de la infracción de este artículo.⁴⁹ En este contexto resulta destacable la sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel que estimó que la discrecionalidad en la fijación del monto de la reparación no exime del deber de convicción que pesa sobre todo juzgador, pues así los dispone el artículo 170 N° 4 y 5 del Código de Procedimiento Civil y en sus equivalentes, los números 4 a 6 del artículo 500 del Código de procedimiento Penal.⁵⁰

Digna de ejemplo nos parece la actitud adoptada por los tribunales argentinos, que en abierto contraste con la posición adoptada por la jurisprudencia chilena, estiman, de acuerdo a un criterio ya firmemente establecido que “(...) para la determinación del resarcimiento, las normas aplicables confieren a la prudencia de los magistrados un significativo cometido, no los autoriza a prescindir de uno de los requisitos de validez de los actos judiciales, cual es la fundamentación.”⁵¹

2° Falta de consenso sobre los criterios que rigen la indemnización.

Bajo este panorama la existencia de un acuerdo básico acerca de los cánones a considerar a la hora de valorar los daños se hace imposible. La consecuencia que se sigue de la infracción legal es que en ausencia de otros criterios

⁴⁸ Andrés BELLO. *Necesidad de fundar las sentencias*. El Araucano, Santiago, Chile, 1° de noviembre de 1839. En: *Escritos Jurídicos, Políticos y Universitarios*. Edeval, Valparaíso, 1979, p. 113.

⁴⁹ A modo de ejemplo podemos citar las de la Corte Suprema, de fecha 28 de julio de 1941 (RDJ, Tomo XXXI, sección 1ª, p. 349 y ss.) que rechaza el recurso de casación en la forma por estimar que bastaba una referencia genérica a los artículos que regulan la responsabilidad civil; y la de fecha 11 de junio de 1970 (RDJ, Tomo LXVII, sección 4ª, pp. 212 y ss.) que rechaza el mismo recurso por estimar que dicha omisión, no obstante existir, no incide en lo dispositivo del fallo.

⁵⁰ 26 de diciembre de 1986 (GJ, N° 46, p. 93).

⁵¹ Corte Suprema, 04 de octubre de 1994 (J.A. 1995-II-19). Asimismo la Corte se ha permitido anular, con referencia al criterio de realidad económica, algunos fallos que han otorgado sumas excesivamente altas o desproporcionadamente bajas atendidos los valores que se hallan en juego. PIZARRO, Ramón Daniel. *La cuantificación de la indemnización del daño moral en el Código Civil*. Revista de Derecho de Daños, 2(10): 337-348, 2001.

expresos no se pueden aunar criterios y comparar decisiones. Prudencia y equidad continúan siendo conceptos jurídicos indeterminados que en manos de los jueces se vuelven tan subjetivos que pierden significado, al ser su particular y probablemente vago sentido de justicia en un momento determinado el que preside su decisión.

Es imposible en tales circunstancias saber si el juzgador sigue un criterio determinado o adopta una decisión sin reflexión alguna que la respalde. Pero, aún en el entendido de que efectivamente ha sido guiado por algún criterio, al ser imposible conocerlo, ni las partes ni el Tribunal Superior pueden fundar un juicio crítico de la labor del juez. Esta circunstancia que se ve agravada por la ausencia de control en sede de casación de un asunto que claramente esta sujeto a principios de derecho.

3° Imposibilidad de fijar el monto de la indemnización.

El sistema termina de fallar al no ser capaz de dar una respuesta más o menos precisa a la necesidad de fijar el quantum indemnizatorio. En efecto, la prudencia es la virtud que debe guiar la aplicación de la equidad al caso concreto y, si bien podemos entender que la prudencia sirva para determinar si una conducta es correcta o incorrecta, si solución es justa o injusta e incluso pueda presidir la decisión del juez al fijar el estándar de cuidado que ha debido observar el causante del daño, no divisamos como pueda permitir fijar el monto de la indemnización por pérdida o lesión de bienes económicamente inconmensurables sin tener ningún referente o criterio en que apoyarse. La fórmula criticada no parece ser capaz de completar el proceso necesario para valorar los daños extrapatrimoniales.

4° La valoración según prudencia y equidad no satisface los principios generales que rigen el resarcimiento de los perjuicios extrapatrimoniales.

En el ámbito de la constitucionalización del derecho privado y la eficacia horizontal de los derechos fundamentales,⁵² la vigencia de los derechos a la vida y a la integridad física y síquica de la persona ha clamado por una efectiva protección de estos bienes de la personalidad en sede de responsabilidad extracontractual, protección que no puede tener lugar a través de sentencias en que los daños a tales bienes carece de fundamentación, correspondiendo esta realmente a una estimación del momento del juez que falla el asunto.

La falta de consenso sobre los criterios de valoración a que se ha hecho referencia hace totalmente imprevisible para la víctima hacer una estimación siquiera aproximada de lo que recibirá a título de indemnización, resultando como consecuencia vulnerada la seguridad jurídica sin que el principio muchas veces en tensión con ésta, la justicia, se vea satisfecha como contrapartida.

Un somero análisis de sus efectos prácticos, como es el que se ha pretendido hacer en este trabajo bastara para echar por tierra cualquier pretensión de suficiencia del sistema de valoración actual, pues de éste se desprende claramente que casos semejantes son tratados de manera totalmente desigual, con lo que el principio básico de equidad como “un equilibrio entre las cosas que todo lo equipara y que para casos iguales postula igual derecho”,⁵³ queda completamente deshecho.

La igualdad ante la justicia que asegura a todos los justiciables el mismo trato en la protección de los derechos que hemos mencionado resulta así totalmente conculcada, lo mismo que el principio de reparación integral que, cualquiera sea el alcance que se le de en el ámbito de los daños extrapatrimoniales, supone al menos que a la misma lesión se asigne una misma reparación.

3.- Otras orientaciones.

⁵² Vid. *infra*, nota 231.

⁵³ Alejandro GUZMÁN Brito. *Op. cit.* [nota 47], p. 133.

Dentro de la doctrina nacional hay quienes han defendido la mera valoración prudencial realizada por los tribunales.⁵⁴ Sin embargo, la generalidad de la doctrina concuerda en que esta formula general debe ser acompañada por ciertas pautas o criterios, los que además deben ser expresados en la sentencia.⁵⁵

En el derecho comparado en cambio, y especialmente en el derecho europeo, se ha llegado bastante más lejos. Las deficiencias del sistema de valoración basada en la prudencia del juez, particularmente el problema de la variabilidad, ha llevado a que, en el ámbito de los daños corporales y desde hace ya varios decenios, jueces, juristas y por último el legislador comiencen a arbitrar medidas para eliminar las diferencias que generaba el antiguo sistema, estableciendo parámetros que guíen al juez en un proceso que podemos considerar dividido en tres partes bien diferenciadas:

1º La identificación y distinción de los daños que son consecuencia de un atentado a la integridad psicofísica o a la vida de las personas;

2º La elección de los criterios que deben ser considerados en la valoración de cada uno de estos daños; y

⁵⁴ Así lo hizo Ducci, quien en su oportunidad afirmó que: "Para la evaluación de este daño, que aunque no sea totalmente apreciable en dinero, es un daño positivo, el juez no tiene más norma que su buen criterio para calificar los distintos factores y las distintas circunstancias que le suministran el mérito de autos". *Op. cit.* [nota 9], p. 196. Varias décadas después Fueyo reafirma y enriquece la misma idea, al defender el poder creador de derecho que asiste a la judicatura, particularmente respecto del daño moral, por ser este un tema que no está sujeto a norma legal. Estima el connotado jurista que, a los efectos de esta creación, el juez debe valerse de estándares jurídicos, entre los cuales se hallan, por supuesto, la prudencia y la equidad. "El juez en materia de daño moral escudriñará sobre la agresión de que ha sido objeto un derecho extrapatrimonial (o bienes y derechos de la personalidad) y, probados que sean los hechos que acreditan las bases materiales o fácticas necesarias, discurrirá prolijamente con su saber jurídico, su conciencia, su discrecionalidad, su prudencia, su afán por hacer justicia sobre el modo de reparar el daño causado, con especial aplicación de la equidad". *El daño moral es materia que siempre dependerá de la sabiduría de los jueces*. Gaceta Jurídica, (123):13-14, septiembre 1990. p. 14.

⁵⁵ José Luis DIEZ Schwerter. *Op. cit.* [nota 4], p. 256; Ramón DOMÍNGUEZ Aguila. *Op. cit.* [nota 4], p. 155; y Pablo RODRÍGUEZ Grez, *Op. cit.* [nota 4], p. 304. Excepción hecha de Carmen DOMÍNGUEZ Hidalgo, la que acoge expresamente los avances realizados en el derecho comparado. *Op. cit.* [nota 4], p. 663 y ss.

3º La traducción de la valoración realizada precedentemente en una suma de dinero.

En los capítulos que siguen se procederá a analizar los concretos avances que se han realizado para una acabada realización de cada una de las tres etapas mencionadas, a fin articular un sistema de valoración que permita un trato igualitario de las víctimas mediante la introducción de un lenguaje común que haga posible comparar las indemnizaciones y poder, en cierta medida, anticipar las indemnizaciones resultantes.

TERCERA PARTE. PROPUESTAS PARA LA VALORACIÓN DE LOS DAÑOS CORPORALES

1.- Categorías que comprende el daño corporal

Una adecuada valoración del daño corporal debe partir por la identificación de los distintos supuestos que lo integran, sólo de esa manera será posible apreciar realmente la extensión del daño.

Dicha tarea no es solamente un ejercicio teórico, a la distinción conceptual debe seguir la correspondiente autonomía resarcitoria que convierta a cada menoscabo en una partida de indemnización independiente, pues la distinción se impone también por la necesidad de ponderar de acuerdo con parámetros diversos las diferentes maneras en que la persona puede verse lesionada.

La operación no debe quedar confinada en la mente del juzgador, la sentencia que conceda la indemnización debe descomponer el daño corporal en sus diversos elementos para satisfacer la exigencia de motivación de las sentencias que hemos defendido.

La obligación de aislar las partidas resarcitorias, contenida en lo que un autor ha denominado como principio de vertebración,⁵⁶ es expresamente consagrada por la Resolución N° 75-7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que al efecto dispone: “En la medida de lo posible, el juez debe mencionar el desglose de las indemnizaciones acordadas por los diferentes tipos de perjuicios sufridos por la víctima”.⁵⁷ Asimismo, y por influencia de la citada resolución, ha sido reconocida por varios países del derecho continental.

Hay que admitir, sin embargo, que a pesar de las buenas intenciones, su aplicación práctica ha sido algo limitada y, posteriormente, el principio mismo se vio debilitado en la recomendación efectuada por el Coloquio Jurídico Europeo. Esta recomendación, no obstante consagrar de forma palmaria la obligación de separar “(...) claramente las consecuencias económicas del daño corporal de las puramente personales”, admite que la indemnización de las consecuencias extrapatrimoniales sea hecha en forma global cuando las lesiones han sido objeto de una descripción detallada en el informe médico.⁵⁸

Sea cual fuere el nivel de concreción con que se exige la separación de los supuestos que comprende aquello que hemos llamado daño corporal, a la

⁵⁶ Mariano MEDINA Crespo. *La valoración civil del daño corporal. Bases para un tratado*. Madrid, Dykinson, 1999. p. 46.

⁵⁷ Con fecha 14 de marzo de 1975, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, organismo de cooperación internacional, formuló una recomendación a sus Estados miembros, estableciendo un catálogo de principios relativos a la reparación de daños en caso de lesiones corporales y fallecimiento.

Esta resolución no es vinculante, y está destinada a orientar la labor de la judicatura y eventualmente, del legislador, en la medida en que los Estados miembros del Consejo de Europa han hecho suyos estos principios - pues han sido fruto del consenso de los países que forman parte del Consejo - y, en consecuencia, deberían ser observados al interior de cada uno de ellos.

A pesar de su carácter meramente orientativo, la resolución ha ejercido una poderosa influencia en los países europeos, particularmente en Francia, a través de su jurisprudencia y en España, país en que sirvió de inspiración a la Ley 30/95 de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

⁵⁸ Celebrado en París, en 1988, con la participación de los más destacados especialistas en el área, esta reunión fue destinada a ponderar el estado de cada ordenamiento en materia de reparación de los daños corporales. Fruto de este Coloquio se elaboró una recomendación, cuyo valor no es más que meramente académico, y que en lo fundamental sigue los establecido por la resolución 75-7, introduciendo eso sí, algunas modificaciones, como la que recién se ha indicado.

aceptación de este principio sigue la lógica pregunta de cuales son los daños que pueden surgir de la lesión a la integridad física y síquica del individuo.

La primera distinción que cabe realizar a este respecto es aquella que se refiere a la relación que une a la víctima con el daño. Tal relación podrá ser directa si el que lo sufre es el mismo que ha visto lesionada su integridad corporal, caso en el cual se trata de una víctima directa. Si, por el contrario, el afectado es persona distinta del que ha recibido la lesión originaria, estaremos en presencia de una víctima indirecta o por repercusión.

Enseguida, tanto la víctima directa como la víctima por rebote pueden sufrir lo mismo daños patrimoniales como no patrimoniales. Pasemos, en primer lugar, una revista a aquellos que puede sufrir la víctima directa:

En lo que concierne a los daños patrimoniales, estos pueden ser de dos clases. En primer lugar, se encuentran aquellos constituidos por los gastos en que hubo de incurrir la víctima a consecuencia de la lesión. Tales daños quedan comprendidos dentro de lo que en nuestro ordenamiento se denomina daño emergente. Ejemplo clásico de esta clase de daños son los gastos de hospitalización de la víctima, así como todas las sumas invertidas en su recuperación. Pero también forman parte de esta categoría los mayores gastos en que deba incurrir quien ha sufrido el daño ha causa de las limitaciones a que se encuentre sujeto como resultado de los daños recibidos, como sería el caso de requerir los servicios de una enfermera, alguna prótesis o una silla de ruedas.

En segundo término, se hallan las ganancias que la víctima haya dejado de recibir a causa de las lesiones sufridas cuando éstas le impidan o reduzcan su posibilidad de generar ingresos, pérdida que constituye su lucro cesante.

La clasificación de los daños no patrimoniales, en cambio, no resulta tan fácil de realizar, pues en aquellos países que reconocen categorías al interior de los daños extrapatrimoniales, permanentemente se están revisando las categorías existentes, delimitando su contenido y, eventualmente, creando alguna nueva,

destinada a cubrir algún aspecto que las demás no comprenden. Sin embargo, cuatro son las categorías que con un contenido bastante similar han tenido mayor acogida en el derecho comparado, tales son: la incapacidad, el pretium doloris, el perjuicio estético y daño psíquico, daños al que nosotros nos permitiremos agregar aquel que se refiere al proyecto de vida.

La víctima indirecta por su parte sufrirá un perjuicio extrapatrimonial constituido por la carga emocional derivada de la lesión o pérdida de un ser querido. Éste toma el nombre de perjuicio de afección - denominación que hemos tomado del derecho francés – y es en realidad el mismo daño que cuando lo sufre el directamente perjudicado es toma el nombre de daño moral puro o, en nuestra tradición, pretium doloris. La víctima indirecta puede asimismo sufrir daño patrimonial, lucro cesante, si dependía económicamente del que ha perdido la vida o sufrido la lesión.

Del gran espectro de daños que recién hemos descrito, sólo nos ocuparemos aquí de analizar las consecuencias extrapatrimoniales de las lesiones a la integridad física y síquica. Quedan fuera de nuestro estudio sus consecuencias patrimoniales,⁵⁹ así como también los daños, patrimoniales o no, que se siguen de la muerte de la víctima,⁶⁰ cada uno de los cuales tiene unas características y problemáticas particulares, que justifican su tratamiento separado.

1.1.- La incapacidad o daño corporal en sentido estricto

⁵⁹ Diversos son los puntos que en relación con este daño han sido objeto de atención por parte de la doctrina. Entre ellos se encuentran las diversas formas de cálculo del montante de la indemnización por lucro cesante, el problema de la valoración del perjuicio económico sufrido por víctimas que no generan rentas, la forma – suma periódico o tanto alzado - que debe adoptar su indemnización, cuales son los gastos admisibles como daño emergente, etc.

⁶⁰ Este daño ha dado lugar a bastantes quebraderos de cabeza a la hora de establecer quienes tienen legitimación activa para demandar por este concepto, frente a la necesidad de acotar el vasto conjunto de personas que puede llegar a verse afectada por la muerte de otra. La regla en esta materia es considerar sólo a los parientes cercanos, quienes estarían relevados de prueba, y a otras personas que acrediten haber tenido un estrecho lazo con la víctima. También se ha cuestionado cuales son los daños que sufridos por la víctima directa pueden dar origen a la obligación de indemnizar el perjuicio de afección de la víctima por rebote. En general se ha concedido indemnización por este concepto sólo en el caso de muerte del directamente damnificado y, en algunos ordenamientos, también en el caso de incapacidades muy graves.

La expresión tangible de la agresión a la integridad física es la lesión, que puede ser definida como “(...) toda alteración anatómica o funcional, por un agente exógeno o endógeno, que puede actuar sobre un individuo vivo (lesión vital), o sobre un individuo muerto (...).”⁶¹

La lesión puede externa o interna. Ejemplo del primer caso sería una quemadura en tanto que del segundo podría serlo cualquier enfermedad.

Ahora bien, es normal que ha consecuencia de la lesión sufrida la víctima se vea impedida de desarrollar normalmente su vida. La imposibilidad en que ésta se encuentra es lo que se denomina incapacidad y por ella debe entenderse cualquier reducción de las funciones físicas del perjudicado.

Debe distinguirse la incapacidad relevante para efectos civiles, de la incapacidad laboral, que es aquella considerada para efectos de calcular las indemnizaciones a que están sujetos los trabajadores por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales.

En este último caso la reducción de facultades del afectado se produce a causa o con ocasión del trabajo y se refiere a su capacidad para procurarse por medio de un trabajo proporcionado a sus fuerzas y formación, una remuneración equivalente al salario o renta que gana una persona sana en condiciones análogas y en la misma localidad. Para ello se atiende a la edad, sexo y profesión habitual del trabajador. Regulada por el derecho laboral,⁶² la indemnización se paga en este caso con cargo a un seguro cuyo financiamiento es de cargo del empleador y se valora de acuerdo a tablas que tienen fuerza vinculante.⁶³

⁶¹ Blanca PEREZ Pineda y Manuel GARCÍA Blázquez. *Manual de valoración y baremación del daño corporal*. Granada, Biblioteca Comares de Ciencias Jurídicas, 1995. p. 4

⁶² En el derecho nacional por la Ley 16.744 sobre Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales.

⁶³ Como ocurre en nuestro ordenamiento con las contempladas en el Reglamento para la calificación y evaluación de los accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, aprobado por el Decreto Supremo N° 109 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, publicado en el Diario Oficial con fecha 07 de junio de 1968.

Por estar referida a una pérdida patrimonial, los parámetros empleados para medirla son por completo impertinentes para ponderar la incapacidad civil. Sin embargo, la distinción recién mencionada es de reciente data ya que esta última nace sujeta a los criterios de valoración de la incapacidad laboral⁶⁴ y, aún hoy en día, y pese a la protesta de los juristas, subsiste cierta confusión entre ellas. Cabe agregar que la incapacidad laboral tampoco es relevante para medir el lucro cesante que da a la víctima derecho a indemnización en sede civil. Esta pérdida de rentas también proviene de la incapacidad para trabajar en que se encuentra la víctima, pero su resarcimiento se sujeta a las disposiciones de derecho común y debe valorarse en concreto.

Procede también distinguir entre la incapacidad temporal y la incapacidad permanente. La incapacidad temporal es la que se presenta en el periodo comprendido entre el momento en que la lesión se produce y la llamada consolidación de la lesión, correspondiente al momento en que esta queda fija porque no es posible una mejoría ulterior.⁶⁵

Ésta usualmente es considerada separadamente a efectos de su indemnización, pues al periodo de incapacidad temporal generalmente va asociado un mayor compromiso funcional y, además, una serie de molestias que normalmente cesan junto con ella.

Se trata, en efecto, de un periodo evolutivo, de recuperación, de manera que generalmente supone una incapacidad mayor a la que vendrá a continuación, cuando la víctima mejore.⁶⁶

⁶⁴ Como veremos más adelante, vid. *infra*, pp. 37 y ss.

⁶⁵ Como dice Doyen NELSON, a partir de ese momento "(...) toutes les ressources de la technique médicale ayant été utiles, sans qu'il soit possible d'attendre de leur continuation une amélioration notable". *Observations sur l'évaluation du préjudice corporel*. 1962. p. 185. Citado por Yves CHARTIER. *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile*. Paris, Dalloz, 1983. p. 217. En cualquier caso la determinación de la fecha de consolidación no es cosa simple y el tema no ha estado exento de discusiones. Sobre el particular Yves CHARTIER. *Loc. cit.*

⁶⁶ *Ibidem*.

La incapacidad permanente es la que corresponde al periodo posterior a la consolidación de la lesión que, en caso de que la mejoría no sea completa da lugar a una secuela o incapacidad permanente.

En lo que sigue de este capítulo intentaremos definir con mayor precisión que se debe entender - sea cual sea el nombre con que prefiramos llamarla - por incapacidad. Para ello analizaremos en primer lugar el desarrollo que ha tenido éste concepto en Francia, país que fuera precursor en su indemnización y en que, con el devenir de los años, se han terminado oponiendo dos conceptos de incapacidad, uno objetivo y otro subjetivo, distinción que afecta a todo el régimen de indemnización y de valoración de esta clase de daño.

La evolución experimentada por esta categoría en el derecho anglosajón es, en alguna medida, parecida a la que se ha producido en el derecho francés, motivo por el cual, tanto en sus semejanzas cuanto en sus peculiaridades será objeto de estudio en la segunda parte de esta sección.

Por último revisaremos el desenvolvimiento que ha tenido en el derecho italiano, ordenamiento en que se ha ligado su indemnización con la normativa constitucional, particularmente con la protección del derecho a la salud, tendencia que parece haber tenido buena acogida en otros países y que ha permitido un mayor desarrollo conceptual y un mejor resguardo de los bienes que subyacen a la indemnización de este daño. También revisaremos su propuesta en orden a que el daño corporal sea considerado un daño en sí mismo y al margen de sus consecuencias, propuesta que también ha ganado adeptos en diversos países. Toda vez que las particulares características que ha adoptado el daño corporal en ese país provienen también de su particular legislación y de la interpretación que se ha hecho de ella, este examen se hará mediante una exposición de la evolución histórica que la indemnización del daño moral ha tenido en ese ordenamiento.

1.1.1.- Derecho Francés: ¿Daño objetivo o subjetivo? Conflicto entre el perjuicio de agrado y el perjuicio fisiológico

1.1.1.1- Perjuicio Fisiológico

Para los tribunales franceses el primer ítem a indemnizar en caso de lesión a la integridad física o psíquica es el de incapacidad. La indemnización de la incapacidad comprende en realidad dos aspectos por completo diferentes, el uno relativo a la pérdida de rentas a consecuencia de dicha incapacidad, es decir, al lucro cesante, el otro a la pérdida no económica que en este ordenamiento toma el nombre de perjuicio fisiológico.

Si bien la jurisprudencia ha establecido que la indemnización de la incapacidad debe comprender cada aspecto por separado,⁶⁷ usualmente se otorga una suma global única, que a título de incapacidad, sea temporal total (ITT), temporal parcial (ITP), permanente total (IPT) o, la más socorrida, permanente parcial (IPP), pretende indemnizarlos a ambos.⁶⁸

Con ésta situación fáctica queda demostrado a priori que el método empleado para valorar este perjuicio es inadecuado, tanto en lo que concierne al daño patrimonial como en lo que toca al extrapatrimonial, y que la pretendida resarcibilidad del perjuicio fisiológico es una verdad tan sólo teórica, irrealizable en la práctica en tanto no se reconozca a este perjuicio su debida autonomía.

1.1.1.1- Determinación de la tasa de incapacidad

⁶⁷ En este sentido sentencia de la Segunda Sala Civil de la Corte de Casación, del 3 de junio de 1955 (D. 1956 p. 69, 1º espèce, note A. TUNC, J.C.P. 1955. II. 8814, note P. ESSMEIN). Citada por Geneviève VINEY. *Les obligations. La responsabilité: effets*. En: Jaques GHESITN (Director.). *Traité de Droit Civil*. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1988. p. 165.

⁶⁸ *Idem*, p 166; Yves CHARTIER. *Op. cit.* [nota 65], p. 222; y Francesco Donato BUSNELLI. *Problemas de la clasificación sistemática del daño a la persona*. En: Jorge MOSSET Iturraspe. *Daños*. Buenos Aires, Depalma, 1991. p. 43.

El método empleado por los tribunales franceses para valorar la incapacidad se caracteriza ante todo por la intervención de peritos médicos que constatan y describen las lesiones sufridas por la víctima.

Si la lesión sufrida tiene consecuencias pecuniarias inmediatas y fácilmente cuantificables, como ocurre por ejemplo en el caso de los empleados asalariados, es común que el médico proponga directamente un monto de indemnización limitándose a ponderar la incidencia económica de la incapacidad. Si en cambio la incapacidad carece de incidencia en los ingresos de la víctima, sea porque carece de rentas, porque pese a haber quedado con secuelas puede retomar su trabajo, o bien porque aunque genera lucro cesante, este es difícil de cuantificar con precisión, se recurre a un método de valoración en abstracto que supone en primer lugar la determinación del grado de incapacidad sufrida por la víctima.

Para estos efectos se recurre a baremos médicos en los que se enumeran las distintas secuelas, asignándole a cada una de ellas un porcentaje de incapacidad, en una escala que va de 1 a 100. No se trata, en todo caso, de un sistema rígido, pues las tablas no asignan un porcentaje fijo sino que la colocan en una banda - por ejemplo de 30% a 40%, de 13 a 27% - que dejan al perito y luego al juez un cierto margen de apreciación.

No existe, en el derecho francés, ningún baremo oficial, sino tan sólo baremos privados, de manera que los tribunales son libres en esta materia, pudiendo aplicarlos o no, elegir cualquiera de ellos e incluso utilizarlos combinadamente. La Corte Suprema ha señalado reiteradamente el poder soberano de los jueces de instancia en la materia, señalando además que éstos no pueden renunciar a esa libertad de apreciación.⁶⁹

Ahora bien, en un principio se utilizaron baremos que habían sido elaborados para ponderar la incapacidad laboral. Esta situación mereció acidas críticas de

⁶⁹ Yvonne LAMBERT-FAIVRE. *L'indemnisation des victimes des prejudices non économiques*. Les cahiers de droit, (39): 537-569, junio - septiembre 1998. p. 543; y Geneviève VINEY. *Op. cit.*, [nota 67]. p. 173.

la doctrina⁷⁰ pues tales baremos, según ya se ha señalado,⁷¹ son ineptos tanto para calcular la pérdida de ingresos, que debe valorarse en concreto, como para valorar los menoscabos extrapatrimoniales, cuya medición se sujeta a criterios diferentes. Así, el 100% de incapacidad laboral corresponde al punto en que la víctima ya no puede desempeñarse en labor remunerada aunque ésta conserve un potencial de actividades personales.

El panorama va a cambiar en 1980, año en que el Concours Medical publica el “Baremo indicativo de los déficits funcionales de la secuelas en el derecho común” o “Baremos Rosseau”, instrumento que, pese a su falta de obligatoriedad, es el que goza de mayor aceptación hoy en día.⁷² El análisis médico legal en que se funda dicho baremo se inspira en la clasificación internacional de enfermedades de la Organización Mundial de la Salud, la cual distingue tres fases: el estado inicial del traumatismo fisiológico, el estado funcional de las secuelas permanentes y el estado situacional que da cuenta de la repercusión de estas secuelas en la vida de la víctima: en los actos de la vida corriente, en los actos afectivos y familiares, en sus actividades de ocio, profesionales y escolares.⁷³

La nueva tabla resulta apta para medir la pérdida personal de la víctima, su perjuicio fisiológico, pero su efecto resulta atenuado toda vez que se sigue utilizando para medir perjuicios económicos y no económicos confundidos en una suma global.

1.1.1.1.2.-Valoración pecuniaria

⁷⁰ Como las que hacen Yvonne LAMBERT-FAIVRE. *Op. cit.* [nota 69], p. 549; y Geneviève VINEY. *Op. cit.* [nota 67], p. 173.

⁷¹ *Vid. supra*, p. 35

⁷² Nuevas ediciones revisadas y corregidas se han publicado periódicamente hasta la fecha.

⁷³ Yvonne LAMBERT-FAIVRE. *Op. cit.* [nota 69], 549 y ss.

Una vez establecida la tasa de incapacidad es necesario determinar el importe de la indemnización que a esa incapacidad corresponde. Actualmente, dos son los métodos utilizados por los Tribunales franceses:

a) Método Matemático:

El método matemático, consiste en multiplicar la tasa de incapacidad por la renta anual neta que percibía la víctima.

Es evidente que este método no toma en consideración más que la pérdida económica, tarea para la cual también resulta insuficiente, pues resulta evidente que semejante cálculo mal puede coincidir con la efectiva pérdida de ingresos de la víctima, la cual no tiene por qué ser proporcional a su tasa de incapacidad. En efecto, y como señala Chartier, la pérdida económica por lucro cesante está supeditada a una serie de factores tales como la clase de trabajo desarrollado por la víctima, que determina si las secuelas sufridas por ésta inciden en su labor profesional y en que medida.⁷⁴

b) Calcul au point

Conforme a este método la indemnización se determina multiplicando la tasa de incapacidad por un valor denominado punto de incapacidad.

La jurisprudencia ha recurrido a sus propias decisiones precedentes para determinar el importe del punto de incapacidad, cálculo que se hace por categorías de víctimas en función de su edad y tasa de invalidez, dividiendo el promedio de indemnizaciones otorgadas para cada categoría por el porcentaje de incapacidad.

Habida consideración de los factores que contempla, este método resulta mucho más adecuado para determinar el importe de la indemnización, pues su

⁷⁴ Sobre esta y otras críticas ver Geneviève VINEY. *Op. cit* [nota 67], p. 177; y Yves CHARTIER. *Op. cit.* [nota 65], p. 661 y 662.

valor varía en forma directamente proporcional a la tasa de incapacidad - lo que refleja la idea de que a mayor tasa mayor es el compromiso funcional - e inversamente proporcional a la edad de la víctima - pues mientras menor es la víctima mayor es el tiempo por el cual ha sido privada de la plenitud de sus potencialidades físicas -. Es por este motivo que los tribunales desde ya largo tiempo han demostrado su preferencia por él.⁷⁵

Sin embargo, este sistema tampoco está exento de defectos.

En primer lugar porque, tal como el método anterior, es empleado en realidad para valorar la incapacidad en su conjunto, tanto en su aspecto material como moral. En efecto, el sistema también toma en consideración la pérdida de rentas de la víctima, el que se refleja en el valor punto, por esta razón, en igualdad de condiciones, varía de un individuo a otro cuando el valor de sus ingresos son diferentes.

Enseguida, el valor punto, según ya hemos señalado, es determinado sobre la base de decisiones anteriores del mismo tribunal, lo que lleva evidentemente a indemnizaciones distintas para casos cuya única diferencia radica en la jurisdicción en que han sido concedidas.

No obstante estos reparos subsisten las ventajas del cálculo por punto para valorar la pérdida extrapatrimonial, tanto es así que ha sido adoptado en otros países para valorar este aspecto del perjuicio.⁷⁶

De todo este análisis resulta que el perjuicio fisiológico no tiene en realidad existencia autónoma, pues se valora conjuntamente con la pérdida de rentas, salvo justamente, que esta pérdida no exista. Con razón se ha afirmado que este perjuicio no adquiere relevancia sino cuando se trata de indemnizar a víctimas que no producen rentas tales como amas de casa, pensionado o menores⁷⁷.

⁷⁵ Geneviève. *Op. cit.* [nota 67], p. 177; y Yves CHARTIER. *Op. cit.* [nota 65], p. 659.

⁷⁶ Ha sido recogido, con diversas variantes, por el derecho italiano, el derecho español y el Baremo Europeo para la Valoración de los Daños Corporales.

⁷⁷ Elena VICENTE Domingo. *Op. cit.* [nota 2], p. 94

A ello se debe que varios autores hayan manifestado la necesidad de modificar el sistema de valoración empleado, recurriendo a un método que distinga claramente los perjuicios fisiológicos del lucro cesante, sujetando a este último a una apreciación en concreto, mientras se aplica un sistema de baremos a los primeros.⁷⁸

En relación con la variación del valor punto según el tribunal que lo calcule, se ha advertido insistentemente la necesidad de establecer un sistema uniforme para todo el país a fin de terminar con las diferencias que se verifican entre los distintos tribunales.⁷⁹

A pesar de la esperanza de los autores de que este cambio se verificara en el marco de la reforma al derecho de reparación de los daños resultantes de accidentes de circulación, la Ley sobre Reparación de los Daños Resultantes de Accidentes de Circulación que se dictara sobre la materia el 5 de julio de 1985, conocida como Ley Badinter, omitió referirse al tema de la cuantificación de las indemnizaciones. No obstante esa omisión, que fue objeto de numerosas críticas,⁸⁰ algunos avances se verificaron a través de esta ley, que en su artículo 26 dispuso: “Sous le contrôle de l'autorité publique, une publication périodique rend compte des indemnités fixées par les jugements et les transactions”. En cumplimiento del mandato legislativo se creó el fichero nacional de indemnizaciones, denominado fichero AGIRA, que a través de la publicidad de las sumas concedidas a título de resarcimiento ha creado un clima favorable para su armonización, pues las convierte en un patrón de referencia que, aunque no vinculante, constituye una guía tanto para el juez como para las partes y ha servido de impulso a unas sentencias cada vez más detalladas.⁸¹

⁷⁸ Ente ellos Geneviève VINEY. *Op. cit.* [nota 67], p. 180; Yves CHARTIER. *Op. cit.* [nota 65], p. 664; y Max LE ROY. *L'évaluation du préjudice corporel*. 8ª edición. París, Librairies Techniques, 1980. p. 51.

⁷⁹ Véase Geneviève VINEY. *Op. cit.* [nota 67], p. 178.

⁸⁰ Véase *Ídem*, p. 207.

⁸¹ Elena VICENTE Domingo. *Op. cit.* [nota 2], p. 75

Sin embargo, y pese a las esperanzas de la doctrina, el impacto de esta medida ha sido mucho menor del esperado, en gran medida por la mala organización de los datos que el sistema proporciona.⁸²

1.1.1.2.- Perjuicio de Agrado.

Esta categoría de daño, que comienza a ser indemnizada a principios de los '50 era originalmente considerada como una simple forma de daño moral, un tipo de sufrimiento moral con una causa particular, a saber, la privación de ciertas actividades de ocio, tales como actividades artísticas o deportivas, en las que la víctima había alcanzado cierta competencia y se veía obligada a abandonar como consecuencia de las lesiones.

Se trataba, con todo, de un supuesto bastante marginal, cuya resarcibilidad, en el caso de los tribunales más exigentes, requería que el demandante acreditara que con anterioridad al accidente había realizado alguna actividad específica de ocio, de manera relativamente constante o permanente, aunque en otras ocasiones los tribunales se conformaran con constatar la imposibilidad general de gozar placeres culturales, deportivos, sociales y mundanos que normalmente son accesibles a personas de la edad y condición de la víctima. Como han observado algunos autores,⁸³ constituía además una noción elitista, ya que las actividades así aludidas son ventajas de las clases más favorecidas de la sociedad.

El atentado a las actividades corrientes de la vida, por otra parte, era indemnizado a título de incapacidad permanente.

A partir de los años '70 se produce un cambio en la jurisprudencia que tiende a ampliar la noción de perjuicio de agrado, la que pasa a comprender "(...) la perte de tous les agréments ordinaires de la vie, quelles que soient leur nature

⁸² Miquel MARTÍN Casals. *¿Hacia un baremo europeo para la indemnización de los daños corporales?* Revista de derecho patrimonial, (8): 21-34, 2002. p. 25.

⁸³ Yves CHARTIER. *Op. cit.* [nota 65], p. 226.

et leur origine, c'est-à-dire à l'ensemble des souffrances, gênes et frustrations ressenties dans tous les aspects de l'existence quotidienne en raison de la blessure et de ses séquelles".⁸⁴ Entre ellos se pueden contar la pérdida de algún sentido, como el gusto o el olfato, la modificación de las condiciones de ejercicio de una profesión o la obligación de cambiar de residencia y por tanto de ambiente social.⁸⁵ Como apunta Vicente Domingo,⁸⁶ desde este punto de vista, cualquier acto de la vida cotidiana es susceptible de ser comprendido bajo dicho epígrafe.

Esta modificación encuentra explicación, en parte, en la dictación de la Ley del 27 de diciembre de 1973 sobre Recursos de la Seguridad Social. Dicha normativa tiene por objeto regular la acción de reembolso a que tienen derecho las cajas de seguridad social sobre las indemnizaciones pagadas a la víctima a consecuencia del menoscabo y en su artículo 31 excluyó de dicho recupero la parte de la indemnización "(...) de caractère personnel, correspondant aux souffrances physiques ou morales par elle endurées et au préjudice esthétique et d'agrément ou, s'il y a lieu, de la part. d'indemnité correspondant au préjudice moral des ayants droit".

De esta manera, los tribunales, encabezados por la 2º Sala Civil de la Corte de Casación, comenzaron a darle a los daños de agrado un alcance más amplio en perjuicio del resarcimiento de la incapacidad, a fin de permitir a la víctima conservar la indemnización que, recibida a título de "perjuicio de carácter personal", está excluida del recobro de las Cajas de Seguridad Social.

Paralelamente a esta evolución se produce una progresiva objetivación del concepto. De indemnizar la pérdida de tal o cual actividad los tribunales pasan a indemnizar el perjuicio de agrado en el entendido de que los placeres de la vida

⁸⁴ Geneviève VINEY. *Op. cit.* [nota 67], p. 196

⁸⁵ Max LE ROY. *Op. cit.* [nota 78], p. 94

⁸⁶ Elena VICENTE Domingo. *Op. cit.* [nota 2], p. 199. Ésta considera al perjuicio de agrado como el aspecto puramente moral del daño fisiológico, el que no debe ser objeto de valoración separada ya que es directamente proporcional al grado de incapacidad funcional que la provoca. *Ibidem.*

son objetivamente menores o incluso se han perdido para la víctima. Este cambio se expresa, por ejemplo, en la posición adoptada por la Corte de Casación en orden a indemnizar éste daño con independencia de la representación que la víctima pudiera hacerse de la pérdida sufrida, como ocurre con las víctimas que se hallan en estado de inconciencia. Aunque la jurisprudencia ha sido un poco errática respecto de este cambio de perspectiva, últimamente tiende a inclinarse en tal sentido.⁸⁷

Perdida la especificidad del perjuicio de agrado éste comienza a invadir aspectos de la pérdida experimentada por el damnificado que tradicionalmente eran indemnizadas a título sufrimientos físicos y morales o de perjuicio funcional. Así, concebido de manera subjetiva, el amplio alcance otorgado al concepto implica identificarlo con la repercusión del daño experimentado en la esfera afectiva del individuo, cualquiera sea su origen o naturaleza. Entendido de manera objetiva invade el ámbito del perjuicio fisiológico en la medida que ambos se identifican con una pérdida de la “calidad de vida”⁸⁸ de la víctima.

A riesgo de duplicar las partidas indemnizatorias la evolución sufrida por el concepto exige una revisión del catalogo de perjuicios indemnizables.

Esto ha llevado a varios autores, encabezados por André Tunc, a proponer la reagrupación de los daños morales, en el entendido de que la multiplicación de

⁸⁷ Geneviève VINEY y Patrice JOURDAIN, autores que también se pronuncian en favor de la indemnización de estas víctimas, no solo por este motivo sino además por razones de justicia, pues no es posible determinar con precisión cual es la capacidad que los perjudicados conservan para experimentar sufrimiento físico y representarse el daño sufrido. Asimismo plantean la iniquidad de permitir que los responsables saquen partido de una situación que para los interesados y sus familias es objetivamente dramática. Les conditions de la responsabilité En: Jaques GHESITN (Director). *Traité de Droit Civil*. 2ª edición. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1998. p. 45-47. Asimismo, sostienen la resarcibilidad del daño en estas situaciones Yvonne LAMBERT-FAIVRE. *Op. cit.* [nota 69], 562 y 563; y François TERRÉ, Philippe SIMLER y Yves LEQUETTE. *Op. cit.* [nota 25], p. 640. Con toda razón, agrega Jean CARBONNIER, las dudas sólo deben extenderse a aquel cuya imposibilidad para representarse el daño proviene de una discapacidad y no de su corta edad, pues en este caso la conciencia de la pérdida sólo se encuentra diferida, más no eliminada. *Op. cit.* [nota 25], p. 334. Mientras que Henri, León, y Jean Mazeaud, y François Chabas aclaran que la indemnización no puede, en este caso, extenderse al *pretium doloris*, por la imposibilidad de comprobar si la víctima conserva sensibilidad física. *Op. cit.* [nota 25], p. 427.

⁸⁸ Yvonne LAMBERT-FAIVRE. *Op. cit.* [nota 69], p 551

categorías termina por privarlos de toda significación real. Dichas propuestas en general apuntan a reducir el perjuicio indemnizable a este título a una sola categoría, la de perjuicio fisiológico o la de perjuicio de agrado.⁸⁹ En ese sentido Viney apunta con agudeza: “N’est-ce pas en effet réparer deux fois le même dommage que d’allouer d’une part, au titre de l’incapacité, une indemnité destinée à compenser, de façon générale, l’amputation du potentiel humain de la victime (c’est-à-dire de son aptitude à agir, à créer, à profiter de la vie...) et, d’autre part, au titre de préjudices moraux spécifiques, des indemnités correspondant à certains aspects particuliers de cette perte d’aptitude à l’activité, au bonheur, au plaisir...?”⁹⁰

Respecto de cual es el perjuicio que en definitiva ha de prevalecer la doctrina esta dividida, mientras algunos autores propugnan la absorción del perjuicio de agrado por el perjuicio fisiológico,⁹¹ otros defienden la desaparición de éste a favor de aquel.⁹² La jurisprudencia, lamentablemente, continúa indemnizando las dos.

En otro orden de ideas la opción por una noción subjetiva u objetiva de perjuicio de agrado incide en la forma en que debe valorarse. Concebido subjetivamente resulta claro que el perjuicio de agrado debe valorarse en concreto, en cambio la concepción objetiva se presta para una valoración en abstracto, de la misma forma en que es valorado hoy en día el perjuicio fisiológico.

En ese punto radica, en realidad, la importancia de esta discusión, pues la opción entre perjuicio fisiológico o de agrado podrá tener importancia desde el punto de vista del recurso de los terceros pagadores,⁹³ pero al margen de eso

⁸⁹ Geneviève VINEY. *Op. cit.* [nota 67], p 198

⁹⁰ *Ídem*, p 199.

⁹¹ Elena Domingo. *Op. cit.* [nota 2], p. 220; Francesco Donato BUSNELLI. *Op. cit.* [nota 68], p. 38; y André Tunc. *La sécurité routière*. 1966, p. 44-46. n° 49-51. Citado por Geneviève VINEY. *Op. cit.* [nota 67], p. 198.

⁹² ⁹² Yvonne LAMBERT-FAIVRE. *Op. cit.* [nota 69], 551 ; y Max LE ROY. *Un tournant dans l’évaluation du préjudice corporel*. D. 1978, ch. p. 57. Citado por Geneviève VINEY. *Op. cit.* [nota 67], p. 166.

⁹³ Aunque, como sagazmente señala Yves CHARTIER, dicho problema puede ser resuelto por la simple vía de entender que la enumeración de la disposición no es taxativa y que

es solamente una discusión terminológica sino se considera la influencia que una u otra decisión pueda tener en el sistema de valoración de dicho perjuicio.

En la actualidad el sistema empleado para valorar el perjuicio de agrado carece de algún referente objetivo. Se estima que si bien este perjuicio varía según la importancia de las secuelas del accidente, no existe una relación necesaria entre éste y la tasa de incapacidad, pues su apreciación pasa por una comparación entre las actividades que la víctima podía desarrollar antes del hecho dañoso y las que podrá seguir desarrollando después, por lo que la apreciación de los tribunales es necesariamente subjetiva y circunstancial.

En nuestra opinión, sea cual fuere el nombre que se le de, debe considerarse como ítem a indemnizar aquel que corresponde al perjuicio fisiológico o perjuicio de agrado de carácter objetivo, esto es, la imposibilidad objetiva en que se halla la víctima de desenvolverse en las condiciones en que lo hacía antes del accidente. En consecuencia, este daño es susceptible de ser valorado en abstracto, mediante tablas que prevean las mismas indemnizaciones para casos semejantes, sin perjuicio de que este montante pueda ser corregido cuando atendidas las circunstancias de la víctima - entre las cuales pueden encontrarse las actividades a que se dedicaba antes del accidente - la misma lesión le sea más gravosa, siempre y cuando estas circunstancias particulares sen de extrema importancia y se rinda prueba sobre el particular.

1.1.1.3.- Perjuicios no tradicionales

A pesar de los esfuerzos realizados por la doctrina en orden a reducir las categorías de perjuicio indemnizable, la jurisprudencia ha creado nuevas clases

lógicamente el perjuicio fisiológico debe entenderse comprendido entre los perjuicios de carácter personal a los que ésta alude. La Ley del 5 de julio de 1985 sobre Reparación de los Daños Resultantes de Accidentes de Circulación la extendió a todos los terceros pagadores, esto es, todos aquellos que por algún motivo deben asumir la obligación en vez del causante del daño, como las compañías aseguradoras. *Op. cit.* [nota 65], p. 227.

de daños que, referidos a aspectos particulares de la incapacidad, luchan por obtener autonomía respecto de ésta. Nos referimos al perjuicio sexual y el perjuicio juvenil.

La resarcibilidad independiente de estos perjuicios concita un nivel de adhesión considerablemente menor que la de aquellas cuatro categorías que, consideradas como clásicas, son objeto de una exposición más pormenorizada en esta obra. A pesar de ello, hemos optado por referirnos brevemente a ellas, pues son frecuentemente citadas por la doctrina como otro ejemplo de las categorías de perjuicios extrapatrimoniales que han surgido en el último tiempo.

1.1.1.3.1.- Perjuicio Sexual

Este perjuicio, que comienza a ser considerado a partir de los años 70, pretende compensar la pérdida experimentada por aquel que a consecuencia del perjuicio corporal queda impedido de realizar el acto sexual. Comprende en realidad dos aspectos diferentes, por un lado la pérdida de la capacidad de procrear y por otro la pérdida del placer que comporta la relación sexual, menoscabo este último que puede justificar también una reparación pecuniaria para la pareja de la víctima.

No es difícil entender entonces que los tribunales de justicia no se hayan puesto de acuerdo sobre su naturaleza, mientras algunas decisiones han defendido su autonomía como perjuicio especial de carácter personal, otras lo consideran como una forma de perjuicio de agrado o como una especie de incapacidad.⁹⁴

La primera observación que merece la elaboración de esta categoría es que dice relación con quebrantos de distinto carácter y que no se encuentran necesariamente vinculados el uno con el otro. Resulta evidente que la incapacidad de procrear puede derivar de lesiones que no afectan el potencial

⁹⁴ Así lo señalan Geneviève VINEY y Patrice JOURDAIN. *Op. cit* [nota 87], p. 43.

sexual de la víctima, mientras que pérdida de la vida sexual no obsta a la utilización de métodos de procreación artificial que bien pueden dar lugar a una indemnización a título de daño patrimonial.

Pero lo más importante es que no existe razón para considerar por separado estos menoscabos, que no se distinguen de otras formas de incapacidad como no sea por la gravedad que se atribuye a esta clase de pérdida, consideración que a lo más puede justificar una mayor indemnización.

Aunque las razones para subsumirlo en la incapacidad son de peso, actualmente se les considera como un rubro resarcitorio independiente en Austria, Suiza, Luxemburgo y Bélgica.⁹⁵

1.1.1.3.2.- Perjuicio Juvenil

En este ítem se indemniza la pérdida potencial de capacidad laboral sufrida por un menor, así como la privación de algunas capacidades físicas, especialmente las deportivas.

Su consideración como perjuicio autónomo obedece a que en este caso resulta imposible asignar una indemnización por pérdida de rentas, pues se desconoce la ocupación que el menor habría desempeñado de no haber sufrido la lesión.

Como en tantos otros casos y ordenamientos, se busca así compensar la pérdida económica a título de de perjuicio extrapatrimonial.

Es normal que las personas que carecen de ocupación sean indemnizadas mediante el método del cálculo por punto. Pero cuando se trata de jóvenes, en algunas ocasiones a esa indemnización por perjuicio fisiológico se le agrega una suma adicional entrega a título de perjuicio juvenil.

Como señala Chartier no existe en realidad razón para indemnizar este perjuicio adicional pues “Ce qui fair qu’en définitive, évoquer la *pretium juventutis*, ce

⁹⁵ Francisco SOTO Nieto. *La reparación de los daños personales, criterios y métodos de valoración de los perjuicios no económicos y de los perjuicios futuros*. Revista Española de Seguros, (101): 17-48, enero-marzo 2000. p. 39.

n'est pas considérer qu'il doit faire l'objet d'une réparation distincte: c'est simplement constater qu'il y a lieu de tenir compte de la jeunesse de la victime dans l'appréciation de la gravité de son dommage matériel et moral (...).⁹⁶ Por ello, la menor edad de la víctima está lejos de justificar la existencia de un perjuicio autónomo, especialmente si se considera que el valor punto es ya función decreciente de la edad del perjudicado y que la valoración de este daño ha de sujetarse a los mismos criterios que en el caso de los adultos.

1.1.2.- Derecho anglosajón: el loss of amenities of life o loss enjoyment of life. El advenimiento del hedonic damages

Los diferentes países que forman parte de esta tradición jurídica reconocen dos categorías principales de daños en el caso de daños corporales o "personal injuries", la primera, con el nombre de "pain and suffering", equivale a lo que nosotros denominamos pretium doloris y la segunda, denominada "loss of amenities of life" en el derecho inglés y "loss of enjoyment of life" en el norteamericano tiene un contenido similar al perjuicio de agrado francés. Tan sólo estos dos ordenamientos han sido objeto de estudio en el presente trabajo.

1.1.2.1.- El derecho inglés y el "loss of amenities of life"

Plenamente reconocido desde la sentencia de *Fair v. London and North Western Ry.* en 1889⁹⁷ ha sido entendido como la pérdida o disminución de la calidad o disfrute de la vida de la víctima, que ésta experimenta al no poder

⁹⁶ Yves CHARTIER. *Op. cit.* [nota 65], p. 234. En el mismo sentido Max LE ROY. *Op. cit.* [nota 78] p. 95.

⁹⁷ *Fair v. London and North Western Ry.* 21. L.T. 326. Citado por Harry STREET. *Principles of the law of damages.* London, Sweet & Maxwell Limited, 1962. p. 63.

desarrollar las mismas actividades que podía ejercitar antes del accidente.⁹⁸ Esta pérdida o disminución puede estar motivada por la imposibilidad de practicar un deporte anteriormente ejercitado por la víctima, atender el jardín, tocar algún instrumento, tener relaciones sexuales o incluso tener que esforzarse más en el desempeño de su trabajo.⁹⁹

No obstante su existencia fuera de larga data, no fue sino hasta 1964 en *H. West & Son, Ltda. v. Shephard* que la figura adquiere contornos más precisos, distinguiéndose del fenómeno subjetivo constituido por la toma de conciencia de la lesión recibida, al ser concebida como un menoscabo de carácter objetivo, constituido por la pérdida de calidad de vida de la víctima a consecuencia de la lesión recibida. “If a plaintiff has lost a leg, the court approaches the matter on the basis that he has suffered a serious physical deprivation, no matter what his condition or temperament or state of mind may be”.¹⁰⁰

Justamente el punto de inflexión del “los of amenities” con el “pain and suffering” se encuentra en los casos de víctimas privadas de conciencia, cuya indemnización ha dado lugar a tantos quebraderos de cabeza de teóricos y prácticos del derecho. El criterio sostenido y mantenido hasta hoy en día en el ordenamiento inglés en orden a la indemnización de estas víctimas, completa la objetivación de la incapacidad.

No obstante, la mencionada distinción no se traduce en una indemnización independiente. Es tradicional la indemnización mediante sumas globales en un ordenamiento en que la separación entre daños patrimoniales y extrapatrimoniales recién viene a ser establecida por la House of Lords en 1970 al pronunciarse sobre el caso *Jefford v. Gee*.¹⁰¹ Subsiste sin embargo la

⁹⁸ Harvey MCGREGOR. *Mayne and McGregor on damages*. Londres, Sweet & Maxwell Limited, 1961. P. 43

⁹⁹ Harry STREET. *Loc. cit.*

¹⁰⁰ *H. West & Son, Ltda. v. Shephard*, [1964] A.C. 326; [1963] 2 All E.R. 625. Citado por John H. MUNKMAN. *Damages for personal injuries and death*. 4ª edición. Londres, Butterworths, 1970. p. 103.

¹⁰¹ *Jefford v. Gee*. [1970] 2 Q.B. 130. Citado por Michael WRIGHT, quien señala al respecto: “These provisions have had a more far-reaching effect on the size of awards than a merely

indemnización global de los perjuicios extrapatrimoniales, en que cada uno de sus categorías son consideradas tan sólo un factor o elementos a tener en cuenta al fijar una sola suma para indemnizarlos.

Así, la distinción queda reservada a casos marginales en que, como ocurre con la inconciencia, concurre sólo uno de los supuestos de daño. Por lo demás se ha considerado dudoso que una división tenga mayor efecto en la práctica.¹⁰²

Pese a que la indemnización se considera formada de los dos elementos, “pain and suffering” y “loss of amenities of life”, el primero es el que parece ceder terreno al segundo al consolidarse un sistema objetivo de valoración mediante baremos que consideran como único parámetro la gravedad de las lesiones a despecho del comportamiento del ofensor y la posición social o económica de las partes, en tanto que la edad de la víctima no se considera salvo que ésta sea de avanzada edad.¹⁰³

La estandarización se ha visto favorecida por el total abandono de los juicios con jurado en casos de daños corporales.¹⁰⁴ Los baremos son creación de la práctica judicial, que con base exclusiva en el precedente han desarrollado un

arithmetical one. Prior to 1970, the practice of the judges was to award a single lump sum for general damages without itemization or demonstration of their calculations. Since *Jefford v. Gee*, the courts have been forced to separate the figures for pain and suffering from those for future loss. This approach has led to higher awards for both types of damages, either because the calculations were made with more precision or because the awards could be more easily attacked on appeal as being demonstrably too low”. *Recovery for personal injury and death claims under the laws of the United Kingdom*. Tulane Law Review, (55): 1200 – 1221, 1981. p. 1214.

¹⁰² W. V. H. ROGERS. *Non-Pecuniary Loss Under English Law*. En: W. V. H. ROGERS (Editor). *Tort an Insurance Law*. Volumen 2: Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective. Viena, Springer-Verlag, 2001. p. 59.

¹⁰³ Para una descripción detallada del sistema de valoración inglés ver W. V. H. ROGERS. *Op. cit.* [nota 102], p. 66 y ss.

¹⁰⁴ 2743 En 1966, al fallar el caso *Ward v. James* la Corte de Apelaciones en pleno estableció que en casos de lesiones corporales un juicio de jurado debía ser ordenado sólo bajo circunstancias excepcionales. Esta decisión, según se expresó oportunamente en el fallo, perseguía un triple objetivo: (1) permitir la identificación de criterios de valoración del daño extraídos de la experiencia precedente, (2) que en casos similares se llegué a otorgar indemnizaciones similares y prever con razonable exactitud la suma que se obtendrá en un caso particular. *Ward v. James* [1966] 1 Q.B. Citado por Michael WRIGHT. *Op. cit.* [nota 101], p. 1212.

sistema capaz de dar repuestas bastante precisas. Si bien la evidencia médica es aceptada, esta no forma parte necesaria del sistema de valoración inglés.

La información relativa a las indemnizaciones concedidas es accesible a través de la publicación bianual del Judicial Studies Board titulada “Guidelines for the assesment of general damages of personal injury cases”, y complementada con casos prácticos y otras publicaciones como el “Current Law”.

La estandarización no es, desde luego, absoluta. De manera análoga a otros ordenamientos de la familia del derecho continental, se considera la pérdida común a todo ser humano derivada de la lesión, para luego adaptar la cifra a las condiciones particulares condiciones de la víctima. Así por ejemplo, una persona que tiene pasión por jugar football obtendrá una mayor indemnización que una cuyos hábitos han sido sedentarios.

1.1.2.2.- El derecho norteamericano: del “loss of enjoyment of life” al “hedonic damages”

De forma parecida a lo que ocurrió en el ordenamiento inglés, “loss of enjoyment of life” parte como un elemento parasitario de la indemnización por “pain and suffering”, cobrando gradualmente autonomía, al punto que de un tiempo a esta parte la mayoría de las jurisdicciones lo consideran como un elemento independiente en la valoración de los daños,¹⁰⁵ concibiéndolo al mismo tiempo conformado por el doble componente del daño general que sufre un individuo promedio y el específico derivado de actividades particulares que la víctima disfruta.

En 1987, a partir del fallo del caso *Sherrod v. Berry*, se acuña el término “hedonic damages”, expresión con la que la Corte de Illinois hace referencia a

¹⁰⁵ Kyle CROWE. *The Semantical Bifurcation of Noneconomic Loss: Should Hedonic Damage Be Recognized Independently of Pain and Suffering Damage?* Iowa Law Review, (75): 1275-1301, 1990. p. 1277; y EMANUEL, Esteven. *Torts*. 5ª edición. Larchmont, NY, Emanuel Law Outlines. p. 224.

“[the] larger value of life (...) including [the] economic (...) moral (...) [and] philosophical (...) value which you might hold life”.¹⁰⁶

En realidad, como señala Crowe, el concepto no es nuevo y corresponde en esencia al tradicional “loss of enjoyment of life”, siendo utilizados en muchos casos como sinónimos. Lo que es nuevo es su vinculación a la indemnización de víctimas inconcientes y al método de valoración del “hedonic value of life”.¹⁰⁷ Tradicionalmente los daños extrapatrimoniales, “loss of enjoyment” incluido, se han valorado por jurados, lo que se trasuntado en indemnización enormes y muy variables, al extremo de convertir a este país en el paradigma de indemnizaciones excesivas y llevarlo a una verdadera crisis del mercado asegurador durante los años '80.

El advenimiento del hedonic damages ha venido acompañado de un cambio en su método de valoración. Es así como desde *Sherrod v. Berry* se ha admitido en algunos casos el testimonio de un experto en economía, de la misma manera en que se acostumbra hacer para la valoración de la pérdida de ganancias, lo que ha permitido penetrar en el terreno práctico a las conclusiones de más de 20 años de investigación desarrolladas en el área a fin de arribar a una fórmula que permita calcular “the hedonic value of life”. Aunque las fórmulas sugeridas al efecto han sido diversas, todas parten de la común consideración del monto que un individuo estaría dispuesto a pagar – o a recibir – por disminuir – o aumentar – su probabilidad de vivir – o morir-, por eso es que también se denomina a este método “willingness to accept” o “willingness to pay”.¹⁰⁸ La admisibilidad de una fórmula semejante, sin embargo, ha sido seriamente discutida, y la falta de acuerdo de los economistas en punto a cual sea ésta ha debilitado seriamente el planteamiento.

¹⁰⁶ *Sherrod v. Berry*, 629 F. Supp. 159 (N.D.III 1985). En los términos citados por TABACCHI, T. (1991) *Hedonic Damages: A New Trend in Compensation?* En: *Ohio State Law Journal*, N° 52, p. 331.

¹⁰⁷ Kyle CROWE. *Loc. cit.*

¹⁰⁸ Sobre el particular véase *infra*, pp. 137 y ss.

Igualmente discutida ha sido la posibilidad de indemnizar a víctimas impedidas de apreciar el daño sufrido por encontrarse en estado de coma irreversible o haber fallecido sin alcanzar a recobrar la conciencia, caso éste último singular del derecho norteamericano, que permite a la sucesión accionar en nombre del difunto. Aunque tal posibilidad es el corolario lógico de la concepción objetiva que en general se mantiene del “hedonic damages”, la tendencia al resarcimiento que había cobrado fuerza con *Sherrod v. Berry* sufrió un serio revés con el fallo de la Corte de Nueva York por la cual se negó lugar a la indemnización de éste daño a una mujer que había sufrido daño cerebral severo con pérdida de conciencia, en el caso *McDougald v. Garber*.¹⁰⁹ La objeción hecha por esta sentencia, sin embargo, no radica en la naturaleza del daño sino en la función que la indemnización cumple en un caso en que indubitablemente pasa a manos de terceras personas por encontrarse la víctima impedida de servirse de ella. La Corte consideró que la ficción legal de que el dinero puede compensar las lesiones de la víctima termina cuando ésta ya no sirve a la función compensatoria del derecho de daños y, por tanto, cuando el demandante carece de conciencia la indemnización se vuelve punitiva por naturaleza.

En efecto, la cuestión fundamental que ha de determinar la indemnización de víctimas inconcientes no es la existencia de un daño, punto sobre el cual la tendencia en el derecho comparado, y que en nuestra opinión es la correcta, parece ser a la afirmativa, sino en el rol que en tal caso juega la indemnización. Consideramos sin embargo que establecida la existencia del daño y al margen de la fuerza que la función de la responsabilidad civil como mecanismo de protección de intereses extrapatrimoniales puede tener como justificación per se de la indemnización,¹¹⁰ no cabe al tribunal cuestionar la indemnización por

¹⁰⁹ *McDougald v. Garber*, 73 N.Y. 2d 246, 536 N.E. 2d 372, 538, N.Y.S. 2d 937 (1989). Citado por Tina TABACCHI, Op. cit. [nota 106], p. 343.

¹¹⁰ Véase Ramón DOMÍNGUEZ Aguila y Carmen DOMÍNGUEZ Hidalgo para quienes la protección de la persona con fundamento en el artículo 19 N° 1 de la Constitución política de la República justifica la indemnización aún del *pretium doloris* de las víctimas inconcientes,

incumplimiento de la función satisfactiva, entendida como el acceso de la víctima a placeres compensatorios, como no le corresponde indagar en cada caso el uso que la víctima dará a la indemnización y por ende, fiscalizar el cumplimiento efectivo de dicha función. Esta opinión no es diversa de la que fuera ya sostenida hace ya 40 años por la House of Lords en *West v. Shepard*, que al justificar la indemnización concedida señaló que si la figura correcta era indemnizada, el tribunal no debía preocuparse del uso que el demandante hiciera de ella.¹¹¹

1.1.3.- Derecho italiano: ¿Daño evento o daño consecuencia? El conflicto entre el daño a la salud y el daño biológico. Bases constitucionales de la indemnización de los perjuicios corporales.

1.1.3.1.- Antecedentes históricos

El primitivo Código Civil italiano, lo mismo que los demás códigos decimonónicos, no se pronunció expresamente acerca de la resarcibilidad de los perjuicios extrapatrimoniales. Dicho cuerpo normativo, siguiendo al código francés, dispuso en términos amplios y sin emplear ningún calificativo la reparación del perjuicio provocado por el delito o cuasidelito civil. Bajo su imperio, por muchos años la jurisprudencia y doctrina italianas admitieron la

porque "(...) la idea de reparación no sólo tiene un fundamento económico de restitución, sino también un significado que trasciende porque incide en la valoración que el derecho al hombre en todas sus dimensiones" *Comentarios de Jurisprudencia. Daño Moral. Menores incapacitados para comprender el alcance del daño*. Revista de Derecho Universidad de Concepción, LXIII (198): 196-199, 1995.

¹¹¹ La admisión de indemnización en estos casos parece ser, hoy en día, la tendencia general en el derecho europeo. Según señala W. V. H. ROGERS tal es la posición no sólo en Francia e Inglaterra, sino también en Austria, Alemania, España, Italia y Suecia, mientras que Portugal aunque otorga indemnización lo hace a título de reducción de la expectativa de vida. En el lado opuesto se encuentran Bélgica y Grecia, en tanto que en Holanda aunque las opiniones están divididas, parece prevalecer la opinión que niega lugar a la indemnización. *Comparative report of a project carried out by the European Centre for Tort ad Insurance Law*. En: W. V. H. ROGERS (Editor). *Tort an Insurance Law*. Volumen 2: Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective. Viena, Springer-Verlag, 2001. p. 257.

resarcibilidad del daño moral, pero a fines del s. XIX la orientación doctrinaria comienza a cambiar y surge una fuerte oposición al resarcimiento de esta clase de daños.

En éste ambiente, se dicta en 1930 el Código Penal, que en su artículo 185 consagra la procedencia de la indemnización de estos daños cuando deriven de un delito o de un cuasidelito penal. A partir de ese momento se abre lugar a un debate doctrinal en torno a esa disposición, pues surge la duda de si debe considerarse que ese precepto es excepcional y, en consecuencia, el daño extrapatrimonial sólo debe indemnizarse en el caso por él descrito o sí, por contrario, se limita a aplicar un principio general. Sin embargo, bien pronto la Corte de Casación se va a pronunciar a favor de la primera interpretación.

Pocos años más tarde, con ocasión de la dictación del Código Civil de 1942, el legislador pretendió zanjar definitivamente la discusión antes referida y, haciendo eco de los postulados del pandectismo alemán y siguiendo el modelo del código civil germano, limita – en su artículo 2059 - la indemnización de los daños “no patrimoniales” a los casos expresamente señalados por el legislador. De esta manera, se establece un sistema dualista, en que los daños patrimoniales resultan siempre resarcibles al amparo de la regla general que dispone la reparación del daño causado por el delito o cuasidelito –contemplada en el artículo 2043 -, mientras que los extrapatrimoniales sólo lo son en los casos expresamente señalados por el legislador, entre de los cuales el más importante es aquel que se refiere al daño derivado del ilícito penal.

La decisión del legislador, lejos de poner término a las disquisiciones en torno a la indemnización del daño moral, dio pie a una interesante desarrollo doctrinario y sobre todo jurisprudencial, que, con el objeto de ampliar los supuestos de daños resarcibles en un primer momento y de uniformar las indemnizaciones de los daños que no fueran directamente traducibles a términos pecuniarios después, desarrolló un concepto de daño extrapatrimonial y elaboró una serie de categorías conceptuales que en mayor o menor medida habrían de ejercer

influencia también en la doctrina de varios países del sistema continental y que describiremos muy sucintamente en las líneas que siguen.

1.1.3.2.- Fórmulas ideadas por la doctrina para evadir la aplicación del artículo 2059

Como hemos señalado al poco tiempo de entrar en vigencia el Código Civil de 1942, doctrina y jurisprudencia comenzaron a buscar la forma de desbordar el estrecho cauce que para la reparación de los daños extrapatrimoniales había dejado el legislador.

Una de las primeras reacciones consistió en la elaboración de la categoría de daño patrimonial indirecto.¹¹² De acuerdo con esta aproximación al problema en algunos casos los bienes extrapatrimoniales pueden ser un medio para la consecución de bienes económicos. Cuando ello sucede – y sucede, de hecho, en la mayoría de los casos – la lesión al bien extrapatrimonial provoca al mismo tiempo un perjuicio pecuniario constituido por la pérdida de la oportunidad de obtener el bien económico que mediante él podía procurarse el sujeto. Así sucede por ejemplo con el perjuicio estético cuando quien lo sufre es una mujer soltera, en cuanto disminuye sus posibilidades de contraer matrimonio y obtener la ventaja económica que ello implica. De esta manera, el menoscabo sufrido pasa a ser un daño patrimonial indirecto y, como tal, resarcible en sede del artículo 2043.

Sólo quedaría comprendido dentro del ámbito normativo del artículo 2059 el daño moral puro, aquel que ni indirectamente se traduce en una disminución patrimonial pues bajo cualquier otro supuesto, el daño, aunque indirecto, sería patrimonial.

¹¹² Eduardo BONASI Benucci. *La responsabilidad civil*. Barcelona, José María Bosch, 1958; y Adriano DE CUPIS. *Op. Cit.* [nota 1], p. 121.

Como daño patrimonial indirecto se considera el perjuicio estético, así como también el denominado “daño a la vida de relación”.¹¹³ Se trata este último de un concepto acuñado por la doctrina judicial italiana a partir de una sentencia del Tribunal de Apelación de Milán de 1931¹¹⁴ y que alude a la dimensión intersubjetiva de las consecuencias del daño corporal, esto es, a la manera en que éste se proyecta en la relación entre el sujeto y su núcleo social. En palabras de la Corte Suprema italiana, consiste “(...) en la imposibilidad o dificultad para quien ha sufrido disminuciones físicas de reintroducirse en las relaciones sociales o bien de mantenerlas en un nivel normal, que anula o disminuye, según los casos, las posibilidades de ubicación o restablecimiento del damnificado”.¹¹⁵

Aunque el tema tampoco ha estado exento de discusión, el daño a la vida de relación ha sido entendido como un perjuicio patrimonial, pues “(...) aunque no ejerzan influencia sobre la capacidad de trabajo del damnificado, se resuelven en una pérdida, al colocarlo, en cuanto se refieren a las relaciones con el mundo externo, en una situación de inferioridad”.¹¹⁶ Esta es la posición que en definitiva ha acogido la jurisprudencia.

Otro tanto sucede con el daño estético, que en un primer momento se refería sólo al supuesto de la mujer soltera descrito precedentemente, para luego extenderse a todos los sujetos, en cuanto, de la misma manera que el daño a la vida de relación, sume a quien lo sufre en una condición de inferioridad en su relación con el mundo exterior.¹¹⁷

Aceptado por la judicatura el resarcimiento de los daños antes mencionados, restaba por resolver la forma en que estos debían valorarse. Cuestión que, bajo

¹¹³ Aunque por supuesto, su inclusión en esa categoría tampoco ha estado exenta de discusión. Sobre el particular véase Renato SCOGNAMIGLIO. *Op. cit.* [nota 13], p. 23.

¹¹⁴ Mariano MEDINA Crespo. *Op. cit.* [nota 56], p. 35.

¹¹⁵ Corte de Casación, 02 de junio de 1984 (Número 3344, “Arch. Civ.”, 1984, 1166). Citada por Giovanna VISINTINI. *Tratado de la responsabilidad civil*. Buenos Aires, Astrea, 1999. p. 29.

¹¹⁶ Eduardo BONASI Benucci. *Op. cit.* [nota 112], p. 80.

¹¹⁷ Giovanna VISINTINI. *Op. cit.* [nota 115], p. 245. Por lo mismo se ha estimado que deben subsumirse dentro de los daños a la vida de relación. Eduardo BONASI Benucci. *Loc. cit.*

el esquema recién descrito no se presentaba, en principio, como excesivamente difícil, pues los artículos 2056 y 1226 del Codice Civile consienten expresamente que el daño sea valorado equitativamente en el caso en que no se haya podido probar el importe preciso del daño. Sin embargo, la falta de un criterio más exacto abría la puerta para que la pretendida equidad se transformara en arbitrariedad, pues concebidos estos daños como esencialmente ligados a la dimensión social del individuo, se corría el peligro de ligar también su cuantificación a la consideración de la clase social de la víctima.

A esta orientación doctrinaria se sumó luego aquella que pretendió superar el problema mediante la elaboración de un ficción conceptual consistente en considerar el menoscabo físico, no ya desde la perspectiva de la pérdida de capacidad productiva concreta sufrida por el individuo, o capacidad laboral específica - que se mide de acuerdo al trabajo desempeñada por el sujeto y que determina su pérdida de ingresos o lucro cesante - sino de acuerdo a una pretendida capacidad laboral genérica, o aptitud para desarrollar cualquier trabajo, que permitía liquidar la pérdida de capacidad, a título de daño patrimonial, aún cuando el afectado no desarrollase actividad remunerada alguna - como menores, amas de casa, etc. - o ejerciéndola, sus ingresos no se vieran afectados por el menoscabo sufrido. Esta formulación también adolecía de un sesgo clasista, desde que el perjuicio era liquidado en relación con su nivel de ingresos, el de los padres si era un menor, etc.

Pronto se alzaron las voces proclamando la necesidad de recurrir algún mecanismo que permitiera uniformar las indemnizaciones.¹¹⁸ Va a ser esta exigencia, unida a la de independizar de una vez por todas la valoración de los menoscabos a los bienes de la personalidad de consideraciones patrimoniales,

¹¹⁸ Eduardo BONASI Benucci. *Op. cit.* [nota 112], p. 104; Renato SCOGNAMIGLIO. *Op. cit.* [nota 13], p. 36.

las que van a dar lugar a una nueva elaboración conceptual, que emerge esta vez del ámbito médico-legal.

1.1.3.3.- El daño biológico

La noción de daño biológico que fue acuñada en 1967 por el profesor de medicina legal Aldo Franchini y tuvo su origen en la propuesta formulada por el profesor Cesare Gerin en 1952, en orden a considerar exclusivamente el menoscabo psíco-físico para ponderar la indemnización, atendiendo por separado a su repercusión en el patrimonio de la persona. El planteamiento de Gerin suponía reemplazar el sistema de valoración del daño a la persona, por uno basado en la renta media nacional.

Tal proposición fue acogida por primera vez en 1974 por el Tribunal de Génova.¹¹⁹ Dicho tribunal, en un fallo histórico, propuso una nueva definición y fundamento del daño resarcible, con base en la tutela constitucional de la salud, que por su inmediata preceptividad y la consecuente capacidad de relacionarse directamente con el artículo 2043 permitía evitar la tradicional y estéril alternativa entre daño patrimonial y no patrimonial, colocando al daño biológico en un *tertium genus*, un tercer género entre el daño patrimonial y el daño moral propiamente dicho.

No fue sino hasta el año 1979 en que quedó definitivamente asentada la autonomía conceptual del daño biológico, cuando esta es aceptada por sentencia del Tribunal Constitucional, al ser llamado a pronunciarse acerca de la constitucionalidad del art. 2059, que limita la resarcibilidad del daño extrapatrimonial.¹²⁰

Se alegaba ante el tribunal que dicha infracción constituía una infracción al derecho a la salud, que considerado desde una perspectiva individualista,

¹¹⁹ Mariano MEDINA Crespo. *Op. cit.* [nota 56], p. 62.

¹²⁰ *Idem*, p. 64.

como el derecho de toda persona a no ser afectada en su salud, hacía imperativo que todo menoscabo a este bien hubiera de ser resarcido.

El Tribunal Constitucional, no obstante reconocer el derecho invocado y la autonomía del daño biológico o daño a la salud, considera que era legítimo al legislador limitar dicho derecho en los términos en que lo hacía el art. 2059.

De esta manera, el daño biológico, aunque indemnizable con independencia de sus consecuencias, sólo lo era ex artículo 185 del Código Penal, vale decir, cuando derivaba de un ilícito penal.

Sólo en 1986 el Tribunal Constitucional va a zanjar definitivamente el asunto, al ser llamado a pronunciarse respecto de la constitucionalidad del artículo 2059.¹²¹ Nuevamente el tribunal va a desestimar la cuestión, pero esta vez interpretando los artículos 2043 y 2059 en armonía con la protección constitucional a la salud, declaró que este último precepto debía entenderse referido únicamente el daño moral subjetivo, esto es, a los dolores o turbaciones emocionales que derivan del menoscabo a un bien extrapatrimonial, de manera que el daño biológico no estaba sujeto a la limitación del artículo 2059 sino que era regido por el artículo 2043, precepto este último que no se refería sólo a los daños patrimoniales sino a todo daño indemnizable que no estuviere comprendido en el artículo 2059.¹²²

La sentencia del Tribunal Constitucional introduce, además una nueva distinción, pues al afirmar la amplia resarcibilidad del daño biológico discurre sobre la base de la distinción ente daño evento y daño consecuencia. En efecto, la sentencia concibe al daño biológico como menoscabo a la salud en cuanto derecho constitucionalmente garantido, de esta manera, no es la repercusión del menoscabo psicofísico en la vida del sujeto lesionado lo que es objeto de tutela por parte de la responsabilidad civil, sino el hecho de la lesión en sí

¹²¹ Corte Constitucional, 14 de julio de 1986, n° 184 (Giust.Civ., 1986, Tomo I, pp. 2324 y ss.) Citada por Giovanna VISINTINI. *Op. cit.* [nota 115], p. 29.

¹²² Con lo cual no hacía sino acoger una posición doctrinaria que venía siendo sostenida desde hacía tiempo. Así Renato SCOGNAMIGILIO. *Op. cit.* [nota 13], p. 46.

misma, a diferencia de todos los otros daños que son resarcidos y apreciados en cuanto situación “in peius” para el lesionado.

En el derecho italiano, parte de la doctrina ha considerado que la antijuridicidad debe evaluarse como un requisito separado de la responsabilidad, por entender que así lo requiere artículo 2043 del Codice Civile.

Sin entrar en mayores disquisiciones en torno a la exigibilidad de tal requisito,¹²³ ni a la manera en que éste debe ser entendido,¹²⁴ siempre se ha considerado que para que exista responsabilidad civil, a diferencia de lo que ocurre en materia penal, debe haber una modificación disvaliosa de la realidad para el lesionado, por lo mismo, para que exista daño no basta la invasión del ámbito protegido por el derecho, una lesión al derecho en términos abstractos.¹²⁵

Así como para que exista daño patrimonial no basta con que exista una lesión del derecho de propiedad - caso en el cual se dispondrá de otras acciones, sean civiles, penales, constitucionales, etc. - sino que es necesario que exista además una verdadera disminución patrimonial o pérdida de ganancia cuantificable,¹²⁶ para que hablemos de daño a la integridad física o psíquica de la persona no basta con que exista lesión del derecho que las tutela sino que será necesario además que ésta traiga consigo una modificación en las condiciones de existencia del damnificado.

Sin embargo, el fallo del Tribunal Constitucional supuso un total cambio de perspectiva en lo que se refiere a los daños derivados de la lesión a la

¹²³ Vid. *supra*, nota 2.

¹²⁴ Esto es, si se requiere lesión de un derecho o basta tan sólo la lesión de un interés digno de protección jurídica, cuestión que en nuestra tradición jurídica se analiza a propósito del concepto de daño.

¹²⁵ De hecho la doctrina ya conocía la distinción entre daño evento y el daño consecuencia, “(...) che però veniva utilizzata proprio all’opposto fine di dimostrare che il danno risarcibile non è immanente al fatto antigiuridico: in particolare, si osservava, nel caso del danno alla persona, la lesione dell’integrità fisica (evento) è bensì antigiuridica, in quanto offende al bene protetto dal diritto, ma non è danno, almeno nell’accezione ricavabile dell’art. 1223 c.c., e dunque non è risarcibile”. Emilio IANELLO. *Il danno da lesione della salute: evoluzione, nozione, oggetto e fattispecie particolari* [en línea]. Messina, 10 de mayo 2002. Disponible en: http://www.tribunalemessina.it/formazione/Dannobiologico_relazioneIANELLO.rtf. [fecha de consulta 26 de marzo de 2003]. p. 14.

¹²⁶ Salvo en el caso de los daños nominales, en los cuales no existe verdadero daño, ni verdadera indemnización.

integridad física o psíquica, pues cuando el daño biológico pasa a ser concebido como daño estático, no se indemnizan ya los daños derivados de la lesión sino la propia lesión, que pasa a ser por sí misma un daño. De suerte que lo que viene a justificar el resarcimiento y, en consecuencia, lo que viene a ser indemnizado es el evento del hecho lesivo para la salud, el menoscabo somato-físico, que es consustancial y necesario a la lesión al derecho de la salud, pues se identifica con este.

De esta manera el daño biológico se distingue de los demás daños, todos los cuales serían daños consecuencia, pues tratándose de ellos la lesión del derecho permanece como requisito de antijuridicidad, de suerte que la existencia del daño no se sigue necesariamente de tal lesión sino que es eventual y por lo mismo debe ser probada.

No es difícil determinar las razones que pueden haber llevado al Tribunal Constitucional a acoger semejante noción de daño biológico, pues concebido de esta manera, además de independizarse tajantemente de las consecuencias de la lesión en la capacidad de ganancias de la víctima, se presta como ninguna otra a una valoración uniforme, ya que, después de todo, la lesión será una misma sin importar quien la sufra, y por tanto deberá ser valorada con total independencia de las condiciones particulares de la víctima. De otro lado, libera definitivamente a la víctima de la obligación de aportar prueba ulterior a la constatación médico-legal de la lesión por ella sufrida. Por último, el daño puede ser resarcido con independencia de la capacidad de la víctima para representarse sus consecuencias.

En cambio, tratándose de los daños extrapatrimoniales que tradicionalmente eran indemnizados en el derecho italiano, como el daño a la vida de relación o el perjuicio estético - que de acuerdo al esquema presentado por el Tribunal Constitucional permanecen indemnizables sólo en sede del artículo 2059 - además de la lógica prueba adicional a la constatación médica de la lesión, su carácter eminentemente personal no consentía una valoración estandarizada,

muy por el contrario, se prestaba a odiosas diferencias al tomarse como patrón de referencia para su valoración la clase social o el nivel de ingresos de la víctima.

Sin embargo, pese a las ventajas prácticas que puede ofrecer la noción estática del daño biológico, ésta entraña diversos defectos de orden teórico. En efecto, pese a que todos los conceptos jurídicos constituyen construcciones ideales, meras abstracciones o formar de concebir, separar o aislar la realidad para ciertos efectos, la construcción teórica del Tribunal Constitucional, que vino a incidir en el concepto mismo de daño y ejerció poderosa influencia en la doctrina y jurisprudencia, ya nacional ya comparada, no cumple con un requisito mínimo de adecuación de la teoría a la realidad y, en suma, a toda la orgánica de la teoría de la responsabilidad civil, a saber: que para que hablemos de daño, cuya existencia viene a justificar el surgimiento de la responsabilidad y la consecuente obligación de indemnizar, tiene que haber algo que reparar, aunque más no sea suministrando una satisfacción equivalente, como ocurre en el caso de los daños extrapatrimoniales.¹²⁷

Pero adoptando la noción estática del daño biológico bien puede ocurrir que pese a existir una lesión psicofísica médicamente constatable no exista en realidad una modificación de las condiciones de existencia de la víctima, caso en el cual la indemnización no podría sino cumplir una función punitiva. Se han señalado numerosos ejemplos que, aunque no sean más que casos límite, demuestran claramente el punto que venimos exponiendo, así ocurre con la cicatriz en el cuero cabelludo que queda completamente cubierta por el cabello, la fractura de un brazo ya paralizado, etc.¹²⁸

Por otro lado esta visión no es consecuente con sus propios presupuestos desde que el propio Tribunal Constitucional en su sentencia de 1986 hizo presente la necesidad de permitir márgenes para la personalización del daño.

¹²⁷ Como se verá *infra*, p. 104 y ss.

¹²⁸ Emilio IANELLO. *Op. cit.* [nota 125], p. 18.

1.1.3.4.- El daño a la salud

1.1.3.4.1.- Concepto

La copiosa reflexión judicial y doctrinaria a que dio lugar el planteamiento referido en las líneas precedentes llegó a establecer que los loables objetivos perseguidos por el Tribunal Constitucional podían ser cumplidamente obtenidos sin necesidad de incurrir en semejante inconsistencia teórica. Así, un importante sector de la doctrina italiana, en la cual se pueden contar autores de la talla de Busnelli, Franzoni y Mastropaolo,¹²⁹ ha defendido la noción dinámica del daño biológico, de acuerdo con la cual éste es concebido desde la perspectiva de las consecuencias perjudiciales de la lesión en la actividad realizada por la víctima, este daño, como daño consecuencia, es sólo eventual y su medida está ligada en parte a la lesión misma y en parte a las aptitudes y hábitos del lesionado.¹³⁰

De esta manera se distingue en doctrina entre la noción de daño biológico que haría referencia al concepto anatómico del mismo, a su noción estática y la de daño a la salud comprensiva de su noción dinámica y cuya denominación obedece a que responde también a una visión mas global e integral del ser hombre y de del bien “salud” comprometido, entendido como “bienestar general del sujeto”.¹³¹

¹²⁹ BUSNELLI. *Danno biologico e danno alla salute*. En: BARGANA y BUSNELLI. *La valutazione del danno alla salute*. Padua, 1988. p. 10 y ss.; FRANZONI. *La liquidazione del danno alla persona*. En: GALGANO (Director). *Tratt. de dir. comm. e dir. pubbl. dell'econ*. Pauda, 1990. p. 116 y ss.; y MASTROPAOLO. *La nozione di "danno biologico"*. *Giust. civ.*, 1991, II, p. 275 y ss. Todos citados por María Vita DE GIORGI. *Danno alla salute*. *Rivista di Diritto Civile*, 2(38): 825-860, noviembre-diciembre 1992. p. 825.

¹³⁰ ISVAP (Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private e di interesse collettivo). *Il danno biologico: problemi e prospettive di riforma*. [en línea]. Quaderni ISVAP, n. 4, Roma, 1998. Disponible en: <http://www.isvap.it/isvsl001.htm> [fecha de consulta: 27 de marzo de 2005]. s/p.

¹³¹ Así lo indican Elena VICENTE Domingo. *Op. cit.* [nota 2], p. 139; y Carlos FERNÁNDEZ Sessarego. *Protección a la persona humana*. En: Luis ANDORNO (Coordinador). *Daño y protección a la persona humana*. Buenos Aires, La Rocca, 1993. p. 44. Sin embargo, la

Bajo esta perspectiva se llega a conclusiones que en sustancia no son diferentes a las obtenidas por los defensores de la noción estática. Así, la opinión predominante apoya un sistema de valoración que considere por un lado el patrimonio funcional común a todos los hombres, en otras palabras, la incidencia de la lesión en las actividades cotidianas que todos desarrollamos comúnmente, y por otro tome también en cuenta las actividades particulares de la víctima que no formen parte de ese acervo común y que se vean afectadas por la lesión.¹³²

El primer aspecto debería ser objeto de una valoración uniforme y no requeriría de prueba de acuerdo al principio *res ipsa*. Sin perjuicio de lo cual no será resarcible cuando de acuerdo a las circunstancias deba concluirse que las lesiones no han tenido repercusión alguna en la existencia del sujeto. El segundo aspecto, en cambio, deberá ser objeto de prueba y su valoración equitativa y su resarcimiento debería ser justificado detalladamente en la sentencia.¹³³

De manera que ha llegado a ser comúnmente aceptado, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, que si bien el daño biológico supone la existencia de una lesión a la integridad psicofísica no está constituido por ésta sino por la supresión o reducción funcional que se sigue de ella.¹³⁴

De ahí que el propio Tribunal Constitucional haya modificado su posición al dictar en 1994 una sentencia en la que afirmó que si bien la prueba de la lesión a la integridad psicofísica acredita por si misma la existencia del daño, para que ésta dé lugar a responsabilidad es necesaria además “(...) la prova ulteriore dell’entità del danno, ossia la dimostrazione che la lesione ha prodotto un

distinción terminológica no es observada por todos los autores, así María Vita DE GIORGI. *Loc. cit.*

¹³² Francesco Donato BUSNELLI. *Op. cit.* [nota 68], p. 40

¹³³ Emilio IANELLO, *Loc. cit.*; y María Vita DE GIORGI. *Op. cit.* [nota 129], p. 830,

¹³⁴ ISVAP. *Op. cit.* [nota 130], s/p.; y Emilio IANELLO, *Op. cit.* [nota 125], p. 17.

perdita di tipo analogo a quello indicato dall'art. 1223 c.c.”.¹³⁵ El cambio de concepción será prontamente acogido por la Corte de Casación.¹³⁶ Con ello, sino se abandona al menos se atenúa la concepción del daño biológico como daño evento.

De acuerdo con la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional, en orden a interpretar los artículos 2043 y 2059 en armonía con el artículo 32 de la Constitución, y que actualmente es unánimemente aceptada, el daño a la salud resulta siempre indemnizable, sea que se le considere daño patrimonial, extrapatrimonial o un *tertium genus* distinto de los dos anteriores. Sobre este último punto no existe ningún acuerdo, no siendo posible sostener que hoy en día alguna de dichas posiciones prevalezca con claridad respecto de las otras.¹³⁷

1.1.3.4.2.- Articulación del daño a salud con los demás supuestos dañosos aceptados por la jurisprudencia italiana

Sin embargo, sea cual fuere la noción de daño a la salud a la que se adhiera, parece haber coincidencia casi unánime en relación con el tratamiento que se debe dar a las restantes categorías de daño a la persona elaboradas por la doctrina, tales como las de daño a la vida de relación, perjuicio sexual, etc., las cuales –con la sola excepción del daño moral en sentido estricto- se han visto

¹³⁵ Corte Constitucional, 27 de octubre de 1994, n° 372 (Giust. Civ., 1994, Tomo I, pp. 3029 y ss.). Citado por Emilio IANELLO. *Op. cit.* [nota 125], p. 15.

¹³⁶ Emilio IANELLO. *Op. cit.* [nota 125], 16.

¹³⁷ Así, mientras algunos creen que la no patrimonialidad es la tesis mayoritaria (Mariano MEDINA Crespo. *Op. cit.* [nota 56], p. 69), otros sostienen que la patrimonialidad lo es (María Vita DE GIORGI. *Op. cit.* [nota 129], p. 827), mientras que para otros es la de *tertium genus* la que más adeptos ha ganado (Emilio IANELLO, *Op. cit.* [nota 125], p. 18). A favor de la patrimonialidad destaca Francesco Donato BUSNELLI. *Op. cit.* [nota 68], p. 49.

absorbidas por la noción más amplia de daño biológico. Tal es la opción que ha adoptado la mayor parte de la jurisprudencia.¹³⁸

En otras palabras, jurisprudencia y doctrina es actualmente conteste en considerar que estos daños pertenecen a la categoría de daño biológico, más particularmente a su aspecto dinámico, y que en consecuencia, lo mismo que él, deben ser indemnizados bajo la regla general artículo 2043 y no de la del artículo 2059.

Sobre lo que no existe acuerdo, sin embargo, es en relación a cuales de estas categorías deben seguir siendo consideradas separadamente a efectos de ponderar la indemnización y como deben medirse. Punto sobre los cuales la jurisprudencia de los últimos años parece haber sido más bien errática.¹³⁹

Esto ha dado lugar al clásico peligro de la doble indemnización y de la disparidad de montos indemnizatorios frente a casos semejantes, y se ve agravada por el hecho de que en lo tocante a esta clase de daños las indemnizaciones que se conceden continúan siendo globales.

Dentro de las categorías de daño consideradas preciso es destacar la de daño psíquico, denominación con la cual se alude a aquel aspecto del daño biológico consistente la lesión de la salud psíquica de la persona, médicamente comprobable.

Todavía es posible referirse a una nueva clase de daño, también surgida de las particularidades de la legislación italiana. Tal es la de daño existencial, por medio del cual se pretende compensar la forzosa renuncia por parte de la víctima al desarrollo de cualquier actividad no rentable que fuera fuente de goce

¹³⁸ Así lo afirman María Vita DE GIORGI. *Op. cit.* [nota 129], p. 831 quien cita abundante jurisprudencia para abonar su opinión. También ISVAP. *Op. cit.* [nota 130], s/p.; y Bruno SECHI. *Il danno biologico* [en línea]. *Rivista Diritto & Diritti*, 25 de julio 2000. Disponible en: <http://www.diritto.it/articoli/civile/sechi2.html> [fecha de consulta: 27 de marzo de 2005]. s/p.

¹³⁹ Esa es la opinión de María Vita DE GIORGI. *Op. cit.* [nota 129], p. 834. A modo de ejemplo algunos tribunales continúan indemnizando la incapacidad laboral genérica, categoría que, según se ha señalado, habría debido lógicamente desaparecer después del advenimiento del daño biológico. Tampoco existe acuerdo en torno a la patrimonialidad o no patrimonialidad de este daño, ni consistencia en relación con los casos en que se indemniza, pues a veces se indemniza y a veces no. Sobre este punto *Ídem*, p. 835 y ss.

para ella, aunque no derive de un compromiso de la integridad psicofísica. Con esta construcción se pretende nuevamente soslayar la limitación impuesta por el art. 2059, que seguiría vigente para esta clase de daños cuando, por no derivar de una lesión a la integridad psicofísica no pueden ser considerados daño biológico y por tanto ser reconducidos al art. 2043 vía art. 32 de la Const. Semejante categoría, cuyo surgimiento tampoco ha estado exento de polémica,¹⁴⁰ comprendería en su seno también al daño a la salud según el planteamiento de algunos autores o bien constituiría una figura paralela aplicable sólo a los casos en que la alteración de las condiciones de existencia no es consecuencia de un daño biológico.¹⁴¹

1.1.3.4.3.- Valoración

En la medida en que el concepto de daño biológico ha evolucionado se han propuesto diversos mecanismos para ponderarlo.¹⁴² Mecanismos que lógicamente pretenden permitir satisfacer la exigencia de uniformidad que se halla en el origen mismo de la noción de daño biológico. A parte del clásico sistema equitativo, cuya aplicación va en franco retroceso,¹⁴³ dos sistemas de valoración han tenido especial acogida por la jurisprudencia, tales son el del triple de la pensión social y el método de liquidación por punto.

El criterio de triple de la pensión social tuvo origen en la jurisprudencia genovesa, la cual decidió aplicar analógicamente el parámetro contemplado en el artículo 4 de la Ley 39/77 sobre Seguro de Responsabilidad Civil derivado de

¹⁴⁰ La que aparte de recaer sobre su discutible fundamento normativo versa sobre su difícil distinción respecto de la tradicional categoría de daño moral puro, que por esencia es resarcible sólo ex artículo 2059.

¹⁴¹ Marco ROSSETTI. *Danno esistenziale: adesione, iconoclastia od "epochè"?* Danno e responsabilità, (2): 209-215, febrero 2000. p. 209.

¹⁴² Que básicamente han sido fruto de la labor e investigación de la jurisprudencia, sin que hasta la fecha la Corte de Casación, ni menos el legislador se hayan pronunciado por un sistema en particular.

¹⁴³ ISVAP. *Op. cit.* [nota 130], s/p.

la Circulación de Vehículos Motorizados a la valoración del daño biológico. Dicho precepto regula el reembolso que debe recibir el afectado en caso de que sufra una lesión que lo incapacite temporal o permanentemente para trabajar, disponiendo al efecto que la renta que deberá ser considerada para los efectos del reembolso de la pérdida de rentas no puede ser inferior al triple de la suma anual de la jubilación social.

El método de liquidación por punto se inspira en el método del “calcul au point” y, lo mismo que el homónimo francés, funciona sobre la base de asignar un valor a cada punto de invalidez, previa constatación médico legal del porcentaje de incapacidad de que adolece la víctima. Este sistema, inicialmente adoptado por la jurisprudencia de Pisa, fue posteriormente desarrollado por la jurisprudencia milanesa, la que elaboró un valor punto sobre la base del promedio estadístico de las indemnizaciones concedidas por los jueces de mérito. Con esos datos se fabricó una tabla en la cual se asigna un valor por punto de invalidez que se encuentra en función decreciente de la edad de la víctima y creciente del grado de invalidez, “(...) sulla base della ben fondata considerazione che ogni punto aggiuntivo di invalidità si traduce in una complessiva e crescente compromissione Della salute del soggetto leso rispetto alla quale si rivela riduttiva una logica meramente aritmetica che si limiti a moltiplicare lo stesso valore punto per il numero percentuale di invalidità (...)”.¹⁴⁴ La indemnización global así obtenida puede ser aumentada o reducida hasta en un 30%, para adaptarla a las peculiaridades del caso concreto, modificación que en cualquier caso debería ser fundada.

En los últimos años ha prevalecido sin contrapeso el método importado desde Francia.¹⁴⁵ En parte, se ha asignado este predominio a la labor desarrollada por la Corte Suprema que en enero de 1993 se pronunció en contra de la utilización del método del múltiplo de la pensión social, por considerar, adecuadamente a

¹⁴⁴ Emilio IANELLO. *Op. cit.* [nota 125], p. 24

¹⁴⁵ ISVAP. *Op. cit.* [nota 130], s/p.; Bruno SECHI. *Op. cit.* [nota 138], s/p.

nuestro juicio, impropia la aplicación de un parámetro obviamente ideado para calcular la pérdida patrimonial de la víctima. En efecto, se señala que la liquidación del daño debe ser coherente con el tipo y especie de daño considerado y tal coherencia falta en cualquier criterio que asuma el parámetro del rédito personal, aunque sea puramente presunto del dañado.¹⁴⁶

1.3.5.- Influencia de las ideas de la doctrina italiana en otros ordenamientos.

Resulta evidente que hoy en día la posición de doctrina y de la jurisprudencia en relación con la resarcibilidad de los daños no patrimoniales es muy distinta de aquella que existía al momento de entrar en vigencia aquellas normas que tanto trabajo han dado a los interpretes durante más de 50 años y cuyo insospechado fruto ha sido una considerable ampliación de la tutela de la persona a través de la indemnización de los más variados daños derivados de los atentados a su integridad psicofísica, la que ha llegado a ser incluso más amplia que en países que no contemplan restricción alguna o incluso conceden abiertamente indemnización por este concepto, y que en cualquier caso ha tenido como base una sólida reflexión tanto doctrinal como jurisprudencial.

No es de extrañar que esta evolución haya tenido eco en otros países.

La doctrina germana, por ejemplo, ha definido a la experiencia italiana del daño biológico como el desarrollo más importante ocurrido en Europa en materia de daño a la persona y le ha calificado como: "(...) uno dei casi meglio riusciti di integrazione della disciplina ordinaria mediante la norma costituzionale."¹⁴⁷

La importación del concepto italiano se ha manifestado en una importante decisión de la Corte Suprema Federal¹⁴⁸ en la cual se afirmó la resarcibilidad

¹⁴⁶ Cas, sez, III, civile, 13 de enero de 1993, n° 357. En ISVAP. *Op. cit.* [nota 130], s/p.

¹⁴⁷ *Ídem*, s/p.

¹⁴⁸ Corte Federal Alemana, 13 de octubre de 1992, BGH [1993] NJW 784.

del daño no patrimonial que deriva de la lesión a la salud en si considerada, en los mismo términos en que se ha considerado en el derecho italiano.

“La doctrina tradicional señalaba que en esos casos la indemnización del daño moral no podía cumplir la función de compensación (Ausgleich) ya que, al no sentir, lo que pudiera adquirir la víctima con el importe percibido no podía proporcionarle ninguna sensación de bienestar. Tampoco podía cumplir la función de “satisfacción” (Genugtuung), tan peculiar del Derecho de daños alemán,¹⁴⁹ ya que la víctima tampoco podía percibir la relación entre la lesión sufrida y la indemnización percibida, ni que ésta se otorgaba precisamente para paliar un daño que se le había ocasionado.”¹⁵⁰

A partir de la sentencia recién mencionada queda establecido que en casos de lesiones severas el atributo constitucional de dignidad humana - Wunderfunktion – es suficiente justificación para indemnizar a la víctima aunque esta no pueda apreciar el daño sufrido.

La idea de daño biológico también ha hallado eco en Francia, Portugal y España.

En Francia la Ley Badinter expresa esa influencia cuando, en su artículo 31 se refiere a la lesión de la integridad física.

En el derecho español, luego de ser recogido en importantes obras doctrinales,¹⁵¹ es consagrado en la Ley española 30/95 cuando en el apartado 7 del número 1 de su anexo afirma que “(...) la indemnización por los daños psicofísicos se entiende en su acepción integral de respeto o restauración del derecho a la salud”.

La creación italiana ha tenido repercusión inclusive en Latinoamérica, generando tanto partidarios como opositores.¹⁵²

¹⁴⁹ Sobre el sentido que a esta función se da en el derecho alemán, ver *infra*, p. 134.

¹⁵⁰ Miquel MARTÍN Casals. *Op. cit.* [nota 82], p. 28.

¹⁵¹ Entre ellos Ricardo DE ANGEL Yágüez. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Madrid, Civitas, 1993. p. 698; y Elena VICENTE Domingo. *Op. cit.* [nota 2], p. 323.

¹⁵² Entre los primeros Carlos FERNÁNDEZ Sessarego. *Op. cit.* [nota 131]. p. 54. Entre los segundos Ramón Daniel PIZARRO. *Op. cit.* [nota 17], p. 54.

En Italia, sin embargo, subsiste el añoso supuesto normativo que ha dado lugar a todo este desarrollo, a pesar de que en la práctica su formulación original se encuentra considerablemente desvirtuada de manera que no es aventurado afirmar que hoy en día la vigencia del artículo 2059 es, por decir lo menos, relativa. De ahí que, por fin, se haya puesto en marcha la tantas veces requerida intervención legislativa, que ha dado lugar durante el último lustro a la presentación de, no uno, sino varios proyectos de ley, que – al margen de sus diferencias particulares – coinciden en plantear el reemplazo del actual artículo 2059 por un conjunto de normas que regulen el resarcimiento de los daños derivados de la lesión a la integridad psicofísica de la persona, estableciendo expresamente la amplia resarcibilidad tanto del daño moral, como del daño biológico, con independencia de sus efectos en la capacidad de lucro de la víctima y adoptándose en la mayoría de ellas - con diversas variantes - el método tabular de valoración de dicho daños. A pesar de ello, hasta la fecha, ninguno de esos proyectos ha llegado a buen puerto.¹⁵³

1.2.- Pretium doloris o daño moral puro

Con esta denominación se designan los sufrimientos físicos y morales que, a consecuencia de la lesión, puede experimentar la víctima. Corresponde al restringido supuesto con que se identificó el daño moral en sus inicios, razón por la cual se indemniza en todos los ordenamientos que admiten la resarcibilidad de esta clase de daño.¹⁵⁴

Esta categoría comprende en realidad dos supuestos diferentes. Por un lado se encuentran los sufrimientos físicos, que constituyen la expresión tangible de la lesión o enfermedad, mediante dolores o malestares de orden general, tales como mareos, náuseas, etc. Por otro los sufrimientos morales, consistentes en

¹⁵³ Más información sobre el particular en <http://www.senato.it/>

¹⁵⁴ Harvey MCGREGOR. *Personal injury and death*. En: International Association of Legal Science. International Encyclopedia of Comparative Law. Volumen IX, Torts, Capítulo 9. TUNC, André (Editor en jefe). Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1972. p. 59.

la repercusión de la lesión en la esfera de los afectos y sentimientos como la tristeza, las preocupaciones, el miedo o la angustia.¹⁵⁵

Consideramos que estos dos supuestos deben ser objeto de una valoración independiente pues constituyen claramente fenómenos diferentes cuya coexistencia no es indispensable y cuya intensidad no está necesariamente relacionada, ya que, como ha señalado Lambert-Faivre¹⁵⁶ mientras el sufrimiento tiene sustrato fisiológico, el moral está vinculado a la conciencia del hombre. En razón de la diferencia señalada, su valoración se sujeta lógicamente a criterios diversos.

1.2.1.- Sufrimientos físicos

El dolor constituye un fenómeno neurológico objetivo que puede ser apreciado por manifestaciones externas cuya naturaleza e intensidad están ligadas tanto a la lesión sufrida como a las características particulares de la víctima - tales como la edad, el sexo y la receptividad del individuo -¹⁵⁷ y que puede ser constatado e incluso medido a través de un aparato denominado dolorímetro.¹⁵⁸ En ausencia de tal dispositivo y comoquiera que este sólo sirve para constatar el nivel de dolor actual, pero no permite establecer la intensidad del pasado o del que está por venir, en Francia se han arbitrado métodos que, haciendo abstracción de las características particulares de la víctima, se contentan con

¹⁵⁵ De hecho en Francia la expresión se refiere tan sólo al segundo de sus elementos. En Italia, España y Argentina, en cambio, ambos se consideran conjuntamente y sin perjuicio de utilizarse la denominación de *pretium doloris* también se les comprende en la de daño moral puro, subjetivo o simplemente daño moral.

En el derecho Anglosajón toman el nombre de *pain and suffering* y aunque no se les considera separadamente al valorarlos, si se distinguen el *physical pain*, equivalente al dolor físico, y el *mental distress* que corresponde a los sufrimientos morales. Se cuentan entre estos últimos: *fright an shock* (susto e impresión) al tiempo del daño, humillación debido a la incapacidad, infelicidad y depresión al ser incapaz de llevar la vida anterior o ansiedad acerca del futuro.

¹⁵⁶ Yvonne LAMBERT-FAIVRE. *Le droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*. París, 1990. Citada por Elena VICENTE Domingo. *Op. cit.* [nota 2], p. 188.

¹⁵⁷ Elena VICENTE Domingo. *Op. cit.* [nota 2], p. 295

¹⁵⁸ Cuyo uso parece haberse extendido en USA y que ha hecho igualmente su aparición en Europa. Este aparato traduce las sensaciones del sujeto en unidades denominadas *dols*.

ponderarlo según la lesión sufrida, sobre la base de baremos en los que se clasifican las lesiones más corrientes.¹⁵⁹ Con todo, el mismo sistema permite prescindir de la valoración tasada si atendidas las circunstancias el resultado no se condice con el caso particular. Al igual que en el caso de el perjuicio fisiológico los baremos son de origen privado y los Tribunales no se hayan ligados a ninguno en particular, pero el más utilizado en la práctica es el que fuera elaborado por el Doctor Thierry y que comprende 7 niveles de daño que van desde muy ligero a muy importante. Como puede observarse la evaluación en estos casos no es más que aproximativa.¹⁶⁰

Como señala Vicente Domingo, su conexión con la lesión no debe llevar a considerarlo como parte de la incapacidad, pues no existe proporcionalidad entre uno y otro, caso palmario es el de el estado de coma, en que existiendo una incapacidad del 100% no hay sensaciones dolorosas.¹⁶¹

No obstante ello, importantes autores son proclives a no valorarlo de manera independiente, salvo cuando el sufrimiento físico haya sido particularmente intenso.¹⁶² Tal es también la posición que, erróneamente a nuestro juicio, ha adoptado el Proyecto de Baremo Europeo.

2.2.- Sufrimientos morales

¹⁵⁹ En Francia Yves CHARTIER manifiesta sus reservas respecto de este método: "Il ne s'agit là en tout cas que d'une appréciation très approximative, ce qui explique que les chiffres puissent varier d'un auteur à l'autre, d'autant que les méthodes permettant de mesurer la souffrance sont elles-mêmes très diverses et que les tableaux, dans leur sécheresse, conduisent trop souvent à vouloir rapprocher ce qui n'est pas comparable: on peut en dire autant du préjudice d'affection". *Op. cit.* [nota 65], p. 684.

Citar primer párrafo 684.

¹⁶⁰ Situación que ha llevado a Yves CHARTIER ha manifestar sus reservas respecto de este método: "Il ne s'agit là en tout cas que d'une appréciation très approximative, ce qui explique que les chiffres puissent varier d'un auteur à l'autre, d'autant que les méthodes permettant de mesurer la souffrance sont elles-mêmes très diverses et que les tableaux, dans leur sécheresse, conduisent trop souvent à vouloir rapprocher ce qui n'est pas comparable: on peut en dire autant du préjudice d'affection". *Op. cit.* [nota 65], p. 684.

¹⁶¹ Elena VICENTE Domingo. *Op. cit.* [nota 2], p. 190

¹⁶² Así André TUNC. *La sécurité routière*. París, 1966. Citado por Elena Domingo. *Op. cit.* [nota 2], p. 192; y Geneviève VINEY. *Op. cit.* [nota 67], p. 198.

Entendido como lesión a la esfera de los sentimientos o afectos, sus contornos en la práctica son imprecisos al punto que es difícil escindirlo de esas otras clases de daño a las que nos hemos referido.

No debe extrañar que dicha confusión se produzca si se considera que los sufrimientos morales no son más que la repercusión que dichos daños tiene en la esfera espiritual del individuo.

Como perjuicio esencialmente subjetivo, confinado por completo a la conciencia del individuo plantea el problema insoluto de sujetar su indemnización a algún parámetro de valoración. ¿Como saber cuanto sufre un niño de 7 por quedar ciego para el resto de su vida? ¿O cuánto lo hace una mujer por la pérdida de la capacidad de concebir? No sólo es imposible para un tercero saberlo, sino para ellos comparar sus respectivos sufrimientos.

A ellos se debe que, en opinión de la mayoría de los autores, no pueda ser sometido a parámetros objetivos de valoración.¹⁶³ Su magnitud varía de persona a persona de acuerdo a su individual sensibilidad, y no es posible conocer su medida ni corroborar su existencia por signos externos.

Al margen de los problemas de valoración a que da lugar esta clase de daño, su indemnización plantea también uno de duplicidad de indemnizaciones, y es que en la indemnización de los daños corporales extrapatrimoniales se presenta la siguiente disyuntiva: o evaluamos la repercusión de la incapacidad en las condiciones de vida del sujeto o indemnizamos la manera en que esta alteración de vida repercute en la esfera de sus afectos. Estos no son, en efecto, dos daños diferentes, sino distintas formas de analizar un mismo daño, una misma situación de menoscabo, adoptando el punto de vista de un observador imparcial o del sujeto que lo sufre.

¹⁶³ Aunque también pueden citarse opiniones en contra, como es el caso de Elena Domingo, quien propone que este perjuicio "(...) debería ser indemnizado de manera prudente y otorgando cantidades iguales para todos, porque la pena o el sufrimiento espiritual no están afectados por el distintos status de las personas. De modo que, tanto si se trata de daño moral de la víctima inmediata, como del pretium affectionis de los parientes y allegados, las indemnizaciones por éste título deberían tener unos topes legales como ocurre por ejemplo en Inglaterra.". *Op. cit.* [nota 2], p. 298.

Se podría argumentar que en tal caso debe prevalecer la noción subjetiva, después de todo la forma en que la víctima percibe su situación determina realmente la gravedad del daño que ha sufrido. Sin embargo no existe ninguna razón real para considerar que la intensidad del sufrimiento de la víctima es mejor parámetro que una medida abstracta común a todos los hombres, que además presenta la ventaja de permitir un patrón común de comparabilidad y parámetros objetivos para su valoración.

En definitiva, la que parece más óptima es la solución que de forma espontánea se ha venido tomando en el derecho Inglés. En dicho ordenamiento las principales partidas de daño son “loss of amenities of life” y “pain and suffering”, correspondientes al perjuicio de agrado y daño moral puro respectivamente. Aunque ambas categorías son indemnizadas conjuntamente mediante una suma global, se considera que la “disminución objetiva” juega el rol principal y el pain and suffering adquiere relevancia sólo en tres casos: (a) para justificar una mayor indemnización cuando el demandante puede demostrar que ha experimentado mayor sufrimiento físico del que sería usual para una lesión de ese tipo, (b) Para justificar una mayor indemnización cuando la lesión no es duradera y la víctima experimenta dolor no obstante no haber una disminución funcional posterior y, la que nos importa para estos efectos, (c) para explicar que la víctima en estado de conciencia recobra más que una que ha caído en coma permanente.¹⁶⁴

Yendo un poco más allá, podemos afirmar que el único rol que juegan los sufrimientos morales es dar cuenta de la menor indemnización que reciben las víctimas en estado de inconciencia, por la imposibilidad para representarse la incapacidad total en que se hayan sumidas.

1.3.- El perjuicio estético

¹⁶⁴ W. V. H. ROGERS. *Op. cit.* [nota 102], p. 59

Una de las diversas formas en que la víctima puede verse menoscabada a consecuencia de una lesión a su integridad física es aquella que consiste en la alteración de su aspecto físico. Se dice en tal caso que la víctima ha sufrido un perjuicio estético.

Constituye éste uno de los primeros supuestos de daño cuya vertiente extrapatrimonial comienza a ser distinguida dentro del genérico y vasto campo de los daños morales, y hoy en día su autonomía ha sido reconocida en la mayoría de los ordenamientos.¹⁶⁵ No obstante ello, poca claridad existe aún sobre cual sea su contenido y los criterios que deban considerarse en su valoración.

Su mismo concepto ha sufrido una considerable transformación con el correr del tiempo. Tradicionalmente asociado a secuelas de gravedad, tales como mutilaciones o deformaciones,¹⁶⁶ va a ir acogiendo gradualmente en su seno mayor variedad de alteraciones estéticas. Así, en la actualidad, se entiende que la víctima tiene derecho a indemnización por este concepto cuando ha sufrido una alteración peyorativa de su aspecto externo, siempre que dicha alteración sea visible y permanente.¹⁶⁷

Tal es el supuesto que da origen a la obligación de indemnizar, pero ello no quiere decir que sea la minoración estética en si misma, la que en esta sede se indemniza. Por el contrario, la mayor parte de la doctrina está de acuerdo en

¹⁶⁵ Harvey MCGREGOR. *Op. cit.* [nota 154], pp. 59 y 60.

Tal reconocimiento en la mayoría de los casos se ha llevado a cabo por vía jurisprudencial, aunque en los últimos años también algunas leyes han contemplado la resarcibilidad del perjuicio estético, entre ellas se pueden mencionar: la Leyes Francesas sobre Reparación de los Daños Resultantes de Accidentes de Circulación, del 5 de julio de 1985, y sobre Recursos de Seguridad Social, del 27 de diciembre de 1973, y la Ley española N° 30 de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, del 8 de noviembre de 1995.

Su acogida como rubro indemnizatorio en los ordenamientos europeos ha sido impulsada también por la Resolución N° 75-7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa. Esta recomendación contempla en el principio número 11 al perjuicio estético como uno de los rubros indemnizatorios ligados al daño corporal.

¹⁶⁶ Geneviève VINEY y Patrice JOURDAIN. *Op. cit.* [nota 87], p. 40

¹⁶⁷ Así lo ha establecido la jurisprudencia española. Mariano MEDINA Crespo. *El resarcimiento del perjuicio estético. Consideraciones doctrinales y legales, a la luz del sistema de la Ley 30/1995*. Presentada en: II Congreso nacional de responsabilidad civil y seguro (3 y 4 de mayo de 2001, Córdoba). Comisión de derecho de la circulación, responsabilidad civil y seguros y Colegio de Abogados de Córdoba. s/p.

que, aunque la indemnización de éste perjuicio sea expresiva de la tutela que el derecho concede al interés que toda persona tiene en conservar la intangibilidad de su imagen somática, lo que se indemniza no es la lesión de ese interés, sino las consecuencias morales y patrimoniales que de ella derivan.¹⁶⁸ Tales consecuencias son las que constituyen, en realidad, el perjuicio estético, aunque esa denominación se tienda a emplear más bien para designar su aspecto extrapatrimonial.

Empezaremos a continuación el análisis de este perjuicio pasando, en primer lugar, brevemente revista a los requisitos que deben concurrir para que estemos en presencia de la que constituye su principal presupuesto, la lesión estética, para abocarnos enseguida a examinar sus componentes: perjuicio estético patrimonial y perjuicio estético extrapatrimonial, y detenernos finalmente en los sistemas y criterios de valoración de ésta última categoría.

1.3.1.- La lesión estética

Como se ha señalado, la tendencia imperante en el derecho comparado admite un concepto amplio de perjuicio estético, de acuerdo con el cual éste tiene lugar cuando como resultado de una lesión a su integridad física la víctima experimenta una alteración peyorativa de su apariencia.

Tal alteración, para ser susceptible de dar lugar a daño alguno debe ser ante todo visible, entendiéndose que lo es no sólo cuando normalmente está expuesta a la apreciación de los demás, pues para ser considerada como tal es suficiente que recaiga “(...) en cualquier parte del cuerpo que pueda ser vista por los demás en la circunstancia que sea”,¹⁶⁹ sin perjuicio que, como veremos

¹⁶⁸ Así lo sostienen incluso autores que defienden la concepción del daño biológico como daño consistencia, entre ellos su gran defensor español, Mariano MEDINA Crespo. *Op. cit.* [nota 167], s/p.

¹⁶⁹ Elena VICENTE Domingo. *Op. cit.* [nota 2], p. 205. Agrega la autora que la laxitud con que se interpreta este requisito hoy en día se debe tanto a la mayor exposición a la contemplación ajena de que es objeto el cuerpo humano, como a la reconocida importancia

más adelante, en su valoración deba considerarse el nivel de visibilidad de la lesión estética. En consecuencia, sólo se excluyen del ámbito del daño resarcible aquellos menoscabos que por su ubicación o entidad no pueden ser apreciados a simple vista, como ocurriría por ejemplo con una cicatriz en el cuero cabelludo oculta por el cabello, lesiones internas, etc., en casos semejantes la alteración estética no sería apta para influir de manera alguna en la vida del sujeto.

Se ha señalado además que la lesión estética debe ser permanente, esto es, debe subsistir aún después de la consolidación de las heridas. Precisa Zavala de González que basta al efecto cierta subsistencia o estabilidad, por lo que la exclusión "(...) concierne sólo a las lesiones de inmediata o pronta curación; no a las que se extienden durante algún período de tiempo, hipótesis en la cual la víctima se ve realmente obligada a convivir a través de un lapso de tiempo con un menoscabo estético (...)"¹⁷⁰

El requisito de permanencia supone entonces que el menoscabo no sea subsanable por el mero transcurso del tiempo, sin que la posibilidad de obtener mejoría mediante una intervención quirúrgica sea apta por si misma para privar a la víctima de compensación por la pérdida experimentada, pues la decisión de someterse a un procedimiento cuyos resultados nunca son totalmente ciertos y que lleva asociados otros tantos malestares y peligros compete exclusivamente al afectado.¹⁷¹

Por último, cabe señalar, que la extensión del concepto de perjuicio estético ha tenido lugar por la vía de considerar que lo constituyen no sólo las lesiones de naturaleza anatómica sino también las de carácter funcional. En efecto, si bien

que tiene su apariencia en las relaciones afectivas, especialmente en situaciones en que, de ordinario, queda al descubierto en su totalidad.

¹⁷⁰ Matilde ZAVALA de González. *Op. cit.* [nota 17], p. 155.

¹⁷¹ En tal sentido Elena VICENTE Domingo. *Loc. cit.* En contra Matilde ZAVALA de González la cual, no obstante reconocer el derecho de la víctima a decidir si se somete o no a intervención quirúrgica, considera que no cabe asignar al responsable el costo de su negativa, por lo que siempre debe indemnizarse como temporal la lesión estética cuando está sea "corregible". *Op. cit.* [nota 17], p. 157.

tradicionalmente se ha considerado perjuicio estético la existencia de cicatrices u otras alteraciones recaídas en la dimensión estática de la integridad física, tales como pérdida del cabello o piezas dentales, en la actualidad se entiende que también la perturbación de su dimensión dinámica puede dar lugar a esta clase de perjuicio. Por tanto, de la misma manera que la pérdida de un ojo, la pérdida de la visión, “(...) aún sin lesión visible del globo ocular, constituye un detrimento estético relevante, pues el rostro del invidente queda despojado de un don fundamental: la virtualidad comunicativa de los ojos (...),”¹⁷² otro tanto ocurre con la cojera, pérdida del control sobre los movimientos, alteración de la voz, exhalación de olores desagradables, etc.

1.3.2-. Daño estético patrimonial

La lesión estética puede desencadenar un perjuicio patrimonial, de la misma manera en que puede hacerlo cualquier lesión corporal. En consecuencia, podrá ser fuente de daño emergente en cuanto sea necesario realizar gastos para el restablecimiento de la víctima y de lucro cesante cuando por la especial actividad remunerada que ésta desempeñaba se vea impedida total o parcialmente de continuar en ella, en otras palabras, cuando atendidas las circunstancias concretas de la víctima, la lesión estética sea fuente de incapacidad laboral. Ambas clases de perjuicios, cuando son consecuencia de una alteración estética, tienen asociada una problemática especial.

Generalmente los gastos de recuperación están más bien asociados a los procedimientos necesarios para restablecer la salud de la víctima quebrantada por el ilícito, se subsumen en consecuencia en el daño emergente que se sigue de la lesión. Los desembolsos generados por la lesión estética misma, en

¹⁷² Claudio HERNÁNDEZ Cueto. (1995) Breve revisión crítica del actual sistema de valoración médica de los daños corporales en España. *Der. Salud*, 3(2): 184-199, julio-diciembre 1995. Citado por Mariano MEDINA Crespo. *Op. cit.* [nota 167], s/p.

cambio, están constituidos por las operaciones de cirugía y otros procedimientos destinados a reconstituir la figura de la víctima. Si bien no cabe duda que la víctima está legitimada para reclamar el importe de estos gastos, sea que ya los haya realizado o que los vaya a realizar en el futuro, cabe preguntarse que ocurre con la indemnización del daño moral en tal caso, pues la suma concedida a título del daño emergente está destinada a hacer desaparecer a al menos a reducir su causa.

La respuesta lógica a esta pregunta parece ser que, sí la víctima reclama indemnización por daño emergente no puede reclamar además la indemnización del daño moral sino en relación al periodo que medie entre la lesión y la intervención, es decir, como daño temporal, pues de otro modo se estarían duplicando las partidas resarcitorias.¹⁷³

El resarcimiento del lucro cesante, por su parte, queda también limitado a supuestos muy puntuales. El requisito de certidumbre que este daño, como cualquier otro, debe cumplir, impide a la víctima recibir suma alguna por este concepto a menos que antes del accidente ejerciera alguna actividad en que la apariencia física fuera de tal importancia que su menoscabo le impidiera seguir realizando dicha actividad o al menos redujera dramáticamente sus posibilidades de seguirse desempeñando en ella. De ahí que, por regla general, se haya estimado que modelos, actores, y en general personas que “viven de su imagen” son los únicos que pueden justificar una pérdida de ingresos lo suficientemente cierta como para recibir indemnización por este concepto. Sin embargo, es de público conocimiento, que en la actualidad el aspecto físico ejerce una fuerte influencia en las posibilidades de encontrar colocación remunerada. En la medida en que la lesión estética afecta la relación de quien la sufre con el medio social, le coloca en indudable desventaja, con respecto a

¹⁷³ En ese sentido Mariano MEDINA Crespo. *Op. cit.* [nota 167], s/p.; y Matilde ZAVALA de González, para la cual - como se ha señalado (vid. *infra*, página 82) - el daño moral debe resarcirse de esa manera cada vez que la lesión estética sea subsanable por medios quirúrgicos, con independencia de que la víctima decida o no someterse a ellos. *Loc. cit.*

su situación previa al accidente, para mantener o encontrar un puesto de trabajo, en prácticamente cualquier área. Esta situación ha llevado a algunos autores a inclinarse por resarcir un perjuicio cuyo carácter difuso e indeterminado le mantuvo tradicionalmente la margen de toda consideración.¹⁷⁴

1.3.3.- Daño estético extrapatrimonial

A la inversa de lo que ocurre con el perjuicio patrimonial, el menoscabo estético, por regla general, lleva consigo un perjuicio extrapatrimonial que es el generalmente denominado perjuicio estético propiamente tal.

Este perjuicio extrapatrimonial está compuesto a su vez por una faz individual, constituida por la repercusión de la lesión estética en la autoimagen de la víctima y por una faz social, que comprende la perturbación que dicha lesión ha de tener en las distintas relaciones que la víctima sostiene con su entorno social. Dentro del primer aspecto se encuentran todos aquellos trastornos asociados al dolor moral, como son el sufrimiento, la inseguridad, el temor, etc. que puede sufrir la víctima al ver su imagen desmejorada. Dentro del segundo, se encuentra la perturbación de la vida relacional del sujeto, que va desde la posibilidad de establecer o mantener relaciones amorosas o íntimas hasta la simple reacción negativa que hacia ella pueda tener - en mayor o menor medida - el medio que la rodea .

1.3.4.- Valoración del daño estético extrapatrimonial

Debido al carácter consecuencial de este daño, su valoración ha de estar presidida no sólo por los criterios relativos a la lesión estética misma, como son su gravedad, duración y ubicación, sino también por criterios exógenos a ella, y cuya consideración está destinada a ponderar, con la mayor exactitud posible,

¹⁷⁴ Sobre el particular véase Matilde ZAVALA de González. *Op. cit.* [nota 17], pp. 180 y ss.

la incidencia que dicho menoscabo tiene en la vida personal del afectado, tales son la edad de la víctima, su sexo, belleza anterior y estado civil.

La importancia del daño está determinada en primer lugar por la gravedad de la lesión estética, la cual depende no sólo de su tamaño sino también del disvalor estético que ésta comporta en el particular aspecto de la víctima. Supone, por consiguiente, una comparación ente el actual aspecto de la víctima y su imagen original. Por eso la apreciación de este perjuicio se vuelve eminentemente relativa, sensible no sólo a los cánones estéticos de tiempo y lugar, sino también a los particulares gustos de quien la efectúa, se ve inevitablemente influida también por el personal atractivo físico de la víctima, aunque sólo algunos autores se avengan a mencionarlo.¹⁷⁵

Decisivo es también el papel que juega la ubicación de la lesión estética, debiendo ser la indemnización directamente proporcional su grado de exposición a la observación ajena.¹⁷⁶

No existe tal grado de acuerdo, en cambio, en relación con los criterios exógenos que deben ser considerados. Mientras en general se estima relevante la edad de la víctima, pues resulta indudable que el aspecto físico presenta mayor importancia para la víctima en tanto menor sea su edad, la consideración de su sexo no concita el mismo grado apoyo.

Si bien una gran parte de la doctrina estima que este perjuicio tiene mayor incidencia en la vida de las mujeres,¹⁷⁷ para otra constituye una discriminación

¹⁷⁵ Así lo hace Yves CHARTIER. *Op. cit.* [nota 65], p. 233.

¹⁷⁶ "Para medir la intensidad del perjuicio estético, en su dimensión estática, la doctrina divide el cuerpo en seis zonas: zona supervisible de la cara; zonas siempre descubiertas (manos, cuello, piernas en la mujer); zonas visibles con frecuencia (brazos, cuero cabelludo); zonas visibles en la práctica de deportes (tórax, abdomen, piernas en el hombre); zonas visibles en caso de desnudez (nalgas, pubis, caras internas de los muslos); y zonas raramente visibles (plantas de los pies, huecos axilares). De acuerdo con tal tipología, José ASO Escario y Juan Antonio COBO Plana distinguen diversos "focos de atención visual", según que la deformidad sea percibida por todas las personas en cualquier situación; por todas las personas en situaciones especiales (en una playa, por ejemplo); y por los allegados en una situación íntima. *Valoración de las lesiones causadas a las personas en accidentes de circulación. Análisis médico-forense del anexo a la Ley 30/95*. 2ª Edición. Barna, Masson, p. 329. Citados por Mariano MEDINA Crespo. *Op. cit.* [nota 167], s/p.

¹⁷⁷ Entre ellos Matilde ZAVALA de González. *Op. cit.* [nota 17], pp. 173-174.

que no tiene asidero en la realidad actual, igualmente exigente en esta materia para ambos sexos¹⁷⁸ y tan sólo unos pocos autores adoptan la que parece ser la más razonable perspectiva para apreciar el distingo, al considerar que la diferencia de sexo es relevante en la medida que diversos son los cánones de belleza para cada sexo.¹⁷⁹ Así, mientras una cortadura parece ser más relevante en el rostro de una mujer que en el rostro de un hombre, no parece que los efectos estéticos de una cojera sean muy diferentes para el hombre que para la mujer.

Menos acertado es, por fin, la consideración del estado civil de la víctima, su situación de soltera o casada. Como se ha señalado con acierto, de la misma manera que este perjuicio puede influir negativamente en posibilidad de contraer matrimonio puede hacerlo también en la posibilidad de mantener el que ya se ha contraído.¹⁸⁰ No parece ser, además, la mejor manera de aquilatar la influencia del menoscabo estético en la vida afectiva de la víctima, en una época en que parecen prevalecer las relaciones informales.

El fuerte factor subjetivo de que está cargado este perjuicio no impide que su valoración descansa en baremos indemnizatorios. En la medida en que la intensidad del perjuicio moral sufrido, tanto en su aspecto individual, cuanto en su aspecto social, puede ser apreciada a partir de características objetivas de la víctima, como son los criterios mencionados, no se ve porqué el perjuicio estético podría ser incompatible con la valoración tasada. Así lo demuestra también la experiencia comparada.

Eso es lo que ha ocurrido por ejemplo en el derecho francés, ordenamiento en que lleva largo tiempo establecido un sistema de baremos no vinculante. Es sistema descansa fundamentalmente en la apreciación de los peritos médicos,

¹⁷⁸ En ese sentido Elena VICENTE Domingo. Sin embargo la posición de esta autora se debe más bien a que considera al perjuicio estético como un daño consistencia, de ahí que señale que "el cauce para indemnizar el rechazo social y personal que la mujer puede sufrir es el daño moral puro". *Op. cit.* [nota 2], p. 298.

¹⁷⁹ MEDINA Crespo. *Op. cit.* [nota 167], s/p.

¹⁸⁰ Yves CHARTIER. *Op. cit.* [nota 65], p. 234.

quienes después de apreciar y describir las lesiones estéticas, las clasifican en alguna de las 7 categorías que comprende el baremo de valoración y que son muy ligera, ligera, moderada, media, algo importante, importante y muy importante. A cada una de esas categorías, se asigna a su vez un rango indemnizatorio que en cada caso será determinado por el juez sobre la base de la descripción realizada y las características del caso particular.

Este es también el sistema que ha incorporado al ordenamiento español por la Ley 30/95, el cual. La ley se pronunció inicialmente a favor de la consideración del sexo y edad de la víctima en su valoración cuando la lesión estética es importante o de mayor gravedad. La reforma introducida por la Ley 34/2003 supuso un cambio radical al disponer expresamente que estos antecedentes no debían ser considerados como parámetros de medición.

Los intentos de objetivar la valoración de este perjuicio no han sido del todo exitosos, la esencial relatividad de la valoración estética impide que los baremos que a él se refieren cuenten con la precisión requerida. Las críticas sobre este punto no se han hecho esperar,¹⁸¹ ya que dependiendo del agente que realice la valoración una misma lesión puede ser considerada de diferente importancia. La utilidad del mecanismo respecto de esta categoría de perjuicio aunque teóricamente posible ha sido, hasta ahora, prácticamente ineficaz.

1.4.- Daño psíquico

Producto del avance y creciente importancia que en los últimos decenios ha tenido la ciencia como mecanismo para comprender la mente humana, crece en el seno de los daños corporales, entendidos como daños a la integridad psicofísica, una nueva categoría, la de daño psíquico.¹⁸²

¹⁸¹ En ese sentido, Yves CHARTIER. *Op. cit.* [nota 65], p. 682; y Max LE ROY. *Op. cit.* [nota 78], p. 91 y 92.

¹⁸² Este daño parece haber alcanzado particular desarrollo en Argentina y también en Italia, países en los que ha sido objeto de estudios específicos. En Inglaterra se le reconoce

Se trata de un supuesto independiente del daño físico que se puede dar de forma coetánea - cuando la patología deriva de las circunstancias en que se produjo la lesión - o consecencial - cuando deriva del estado de incapacidad en que se encuentra la víctima - pero también puede estar asociado a la lesión de bienes distintos de los corporales o constituir un supuesto independiente, como único daño derivado directamente del hecho dañoso.

Aunque existe consenso en que, para que estemos en presencia de esta clase de daño debe existir una patología psíquica médicamente constatable, la tarea de delimitar su concepto y en especial de definir su relación con el pretium doloris y con las lesiones físicas ha sido ardua, y no está en lo absoluto exenta de discusión.

De la misma manera que la incapacidad y el perjuicio estético, el daño psíquico puede dar origen a daños patrimoniales y extrapatrimoniales, el tratamiento de sus consecuencias por parte de doctrina y jurisprudencia tampoco ha sido pacífico por lo que cabe hacer algunas precisiones al sobre este punto.

1.4.1.- Faz extrapatrimonial del daño psíquico.

1.4.1.1.- Relación entre el daño psíquico y el pretium doloris

Como hemos señalado recién, uno de los principales problemas a la hora de definir que ha de entenderse síquico es su compleja relación con la categoría de daño moral puro o pretium doloris.

Para algunos el bien jurídico protegido en esta sede sería el equilibrio espiritual de la persona, mismo bien que es protegido en el caso de los sufrimientos

autonomía, constituyendo el desorden de stress pos-traumático, uno de sus principales supuestos. Así ocurre también en el baremo español y el baremo Rosseau.

La resolución 75-7 en cambio, no considera en su normativa a esta clase de daño sino tan sólo a los sufrimientos psíquicos, "(...) categoría comprende, en lo que concierne a la víctima, diversos trastornos y disgustos, tales como malestares, insomnios, sentimientos de inferioridad y disminución de los placeres de la vida, causada, en particular, por la imposibilidad de dedicarse a ciertas actividades de recreo".

morales. El daño síquico así concebido podría ser definido como una “perturbación transitoria o permanente del equilibrio espiritual preexistente, de carácter patológico, producida por un hecho ilícito, que genera en quien la padece la posibilidad de reclamar una indemnización por tal concepto a quien la haya ocasionado o deba responder de ella”.¹⁸³ Luego, no existiría más que una diferencia de grado, de mayor o menor conculcación del interés protegido entre uno y otro.

Para otros en cambio se trataría de daños que correrían por un carril enteramente diferente, perspectiva que se adopta en algunas sentencias argentinas, como es la que sigue: “El resarcimiento del daño moral obedece a *causales distintas y separables* de la indemnización por tratamiento psicológico, toda vez que este apunta a compensar de alguna manera las minusvalías o deficiencias psíquicas que la dolencia produce, las fobias, los cuadros de depresiones profundas, los complejos de inferioridad claramente detectables para los especialistas en este tipo de afecciones, en tanto que el resarcimiento por daño moral tiende a compensar de alguna manera las angustias, las aflicciones y los sufrimientos que, sin llegar a configurar alguna dolencia desde el punto de vista de la psiquiatra, el accidente produce a quien lo padece”.¹⁸⁴

E incluso para algunos existiría ente ambos una relación de causa-consecuencia. “No cabe encontrar una lesión síquica dentro de una perspectiva técnica en el natural o inseparable correlato anímico de ciertos atentados que trascienden en las afecciones legítimas de la víctima (lesiones orgánicas, incapacitación física, muerte de un ser querido).

Ahora bien, cuando la lesión síquica existe, ella produce siempre un daño moral, pero no se identifican conceptualmente ambas nociones”.¹⁸⁵

¹⁸³ Hernán DARAY. *Daño psicológico*. Buenos Aires, Astrea, 1995.

¹⁸⁴ Camara Nacional de Apelaciones en lo Civil argentina, 23 de octubre de 1992 (LL 1994-b-298). La cursiva es nuestra.

¹⁸⁵ Matilde ZAVALA de González. *Op. cit.* [nota 17], p. 220.

El daño moral entonces sería uno de los diversos daños que se siguen de la perturbación a la psiquis del sujeto.

La perspectiva adoptada en el derecho italiano es la que más nos parece ajustada a la realidad, ya que éste le considera como un aspecto del daño biológico consistente en el empeoramiento de la calidad de vida de la víctima a consecuencia de la lesión síquica.¹⁸⁶ El daño psíquico así concebido desborda la esfera de los sentimientos para afectar los distintos aspectos de la vida de la víctima, lo mismo que en el plano físico lo hace la incapacidad. De un lado la psiquis del individuo comprende no sólo el ámbito afectivo, sino también intelectual y volitivo,¹⁸⁷ todos en estrecha interrelación; de otro las consecuencias de su lesión se extienden a distintos planos de la vida de la víctima, tanto en su relación consigo misma, como en su relación con el medio familiar, laboral y en general social, siendo de por sí incapacitante en mayor o menor medida.¹⁸⁸

En cuanto al agravio propiamente moral si bien debemos reconocer existe, debería ser absorbido por el menoscabo síquico, que lo comprende.

Pese a que es posible establecer una clara distinción conceptual, en la práctica es difícil trazar una línea precisa de separación ente los dos fenómenos.

¹⁸⁶ Emilio IANELLO. *Op. cit.* [nota 125], p. 24.

¹⁸⁷ Matilde ZAVALA de González. *Op. cit.* [nota 17], p. 194. Sobre el particular comenta Carlos FERNÁNDEZ Sessarego: "El agravio a la esfera psíquica del sujeto, que integra un unidad con el soma, puede incidir, en particular, sobre algunos de los tres aspectos en que teóricamente, se presenta la estructura psíquica del ser humano. Se puede ocasionar un daño psíquico ya sea que se actúe, primariamente y según las circunstancias, sobre los sentimientos, la voluntad o el intelecto. O bien sobre los tres en su conjunto (....) Este específico daño [el daño psíquico], causado a la esfera sentimental del sujeto se conoce, tradicionalmente, con la expresión de daño moral". FERNÁNDEZ Sessarego, Carlos. *Apuntes para una distinción ente el daño al proyecto de vida y el daño psíquico. En: GHERSI, Carlos Alberto (Coordinador). Los derechos del hombre. Daños y protección a la persona. Mendoza, Ediciones jurídicas Cuyo. 1997. pp. 53 y 54.* Emilio IANELLO también se hace cargo de la multiplicidad de aspectos de la psiquis humana cuando nos señala que el daño psíquico constituye una lesión de las facultades mentales, facultades que han sido divididas por la sicopatología en las siguientes categorías: memoria, inteligencia, percepción, pensamiento, afectividad, instintos, voluntad y psicomotricidad. *Ídem.* p. 25.

¹⁸⁸ Mariano N. CASTEX y Daniel SILVA. *La determinación pericial del daño síquico.* En: Mariano N. CASTEX. *Daño síquico y otros temas afines.* Buenos Aires, Tekne, 1997. p. 20.

1.4.1.2.- Relación del daño psíquico con la lesión física.

No sólo es encontrada la relación de este daño con el *pretium doloris*, su relación con el aspecto físico de la integridad corporal también puede volverse confusa, desde que puede ser no sólo su consecuencia sino también su causa. En efecto, no es raro que la afección síquica se manifieste también de manera somática, sea agravando las consecuencias físicas de la lesión, dificultando su recuperación, deprimiendo sus sistema inmunológico o mediante otros trastornos tales como cefaleas, insomnios, etc. Tales manifestaciones deben ser consideradas como síntomas de la enfermedad que afecta a su mente y no como supuestos resarcitorios separados.

1.4.1.3.- Valoración del daño psíquico.

El rol del juez, en materia de daño psíquico, aunque siempre presente, es más limitado, toda vez que su existencia y medida debe ser, por razones obvias, entregada a especialistas del área médico-legal.

Además, al ser concebido como una clase de incapacidad, es perfectamente posible su tarifación en baremos que ordenen los diversos trastornos de acuerdo a su gravedad y duración.

Esto es lo que, por lo demás, ha ocurrido en Inglaterra, donde las tablas indemnizatorias le dividen en menor, moderado, moderadamente severo y severo.¹⁸⁹

En el baremo español se optó por tipificar ciertos supuestos de daño síquico en la tabla correspondiente a las secuelas, que contempla los siguientes

¹⁸⁹ A efectos de ponderar la gravedad del daño, se consideran en este ordenamiento las siguientes circunstancias: (a) La habilidad del lesionado para cubrir su vida y trabajo. (b) El efecto en la relación del lesionado con su familia, amigos y aquellos con los que está en contacto. (c) La medida en que el tratamiento puede ser exitoso. (d) Futura vulnerabilidad. (e) Prognosis. (f) Si se ha buscado ayuda médica. W. V. H. ROGERS. *Op. cit.* [nota 102], p. 69.

“síndromes psiquiátricos”: (a) Trastornos de la personalidad: síndrome posconmocional (cefaleas, vértigos, alteraciones del sueño, de la memoria, del carácter, de la libido); trastorno orgánico de la personalidad: leve (limitación leve de las funciones interpersonales y sociales diarias), moderado (limitación moderada de algunas, pero no de todas las funciones interpersonales y sociales de la vida cotidiana, existe necesidad de supervisión de las actividades de la vida diaria), grave (limitación grave que impide una actividad útil en casi todas las funciones sociales e interpersonales diarias, requiere supervisión continua y restricción al hogar o a un centro), muy grave (limitación grave de todas las funciones diarias que requiere una dependencia absoluta de otra persona: no es capaz de cuidar de sí mismo). (b) Trastorno de humor: trastorno depresivo reactivo. (c) Trastornos neuróticos: por estrés postraumático; otros trastornos neuróticos. (d) Agravaciones: agravación o desestabilización de demencia no traumática (incluye demencia senil); agravación o desestabilización de otros trastornos mentales.

Algo similar sucede en Francia con el Baremo Rosseau que incluye un capítulo para las lesiones neuro-sicológicas. Más detallada aún es la tabla de valoración de la provincia de Buenos Aires, que contempla distintas patologías neurológicas y psiquiátricas.

1.4.1.4.- Requisitos del perjuicio indemnizable. La certeza y causalidad del daño psíquico.

La constatación de la existencia de la lesión psíquica es siempre una arista problemática, pues aunque éste daño se manifiesta por signos externos susceptibles de ser apreciados por otras personas, su causa es un fenómeno eminentemente subjetivo que, por lo mismo, puede ser simulado o sobreactuado por la víctima.

A esta dificultad se suma la de establecer su nexo causal con la conducta de aquel que se pretende hacer responsable ya que el daño puede deberse más a la personalidad de la víctima que al hecho lesivo.

El primer factor a considerar a este respecto es la eficiencia del hecho lesivo para generar el daño de acuerdo al test general del curso normal de los acontecimientos. “No obstante no cabe olvidar que la “normalidad” no existe en psiquiatría, al menos como categoría “pura” o “constante”. Todos los seres humanos tenemos, en mayor o menor medida, determinados componentes subjetivos que pueden conllevar a alguna alteración anímica ante determinadas circunstancias”,¹⁹⁰ por lo que este daño se ve particularmente influido por la personalidad del individuo y su mayor o menor susceptibilidad a verse afectado por un patología frente a un determinado suceso.

Esta circunstancia no es obstáculo para la indemnización del perjuicio psíquico como no lo es para el daño físico el hecho de su gravedad sea también determinada por las condiciones particulares de salud, edad y capacidad de recuperación de la víctima. Queda entregado al médico especialista la tarea de determinar si las condiciones personales de la víctima se han limitado a permitir o favorecer el daño, o si éstas constituyen una condición patológica preexistente o latente que el daño se ha limitado a agravar o detonar, siendo en consecuencia concausa o causa exclusiva del menoscabo sufrido.

Por eso el daño psíquico debe ser acreditado mediante pruebas positivas de orden pericial por medio de las cuales, si bien no se pueden eliminar las dificultades descritas, es posible establecer, con certidumbre al menos razonable, la enfermedad concreta que aqueja a la víctima y el vínculo que la une al hecho causal. Ello sin perjuicio de que se puedan presentar como coadyudantes otro tipo de probanzas, tales como testimonios que pongan en evidencia un cambio en el comportamiento habitual de la víctima, etc. Este es otro punto que marca la diferencia con el *pretium doloris*, el que por estar sujeto

¹⁹⁰ Matilde ZAVALA de González. *Op. cit.* [nota 17], p. 216.

a un régimen de presunciones, a menos que se rinda prueba en contrario, se pondera en atención a la gravedad del daño sufrido cuya repercusión en la conciencia de la víctima se indemniza bajo dicho acápite.

1.4.2.- Consecuencias patrimoniales del daño psíquico

Aunque se ha discutido en el derecho comparado, no cabe duda que las consecuencias patrimoniales de daño síquico deben ser indemnizadas aparte y se sujetan a valoración en concreto.

El daño emergente estará constituido en este caso por el tratamiento médico que pueda necesitar la víctima para alcanzar parcial o total mejoría. De la misma forma que ocurre con los demás daños, concedida la indemnización la víctima no está obligada a invertir la suma entregada por ese concepto en dicho tratamiento, pero en el caso en que éste sea posible, tal será la medida de la indemnización y no será posible a la víctima elegir entre ser indemnizada a título de daño emergente o a título del daño extrapatrimonial consistente en vivir con dicha tara.

El lucro cesante por su parte consistirá en las pérdidas de ganancias que pueda provocar la enfermedad, particularmente en el caso de que esta le impida trabajar de forma temporal o permanente.

1.5.- El daño al proyecto de vida

Ligado particularmente a la idea de protección de la persona humana como fin del derecho, nace, esta vez en el derecho latinoamericano, el daño al proyecto de vida.

Destaca en este medio Carlos Fernández Sessarego, quien ha defendido con singular ahínco la resarcibilidad de este perjuicio.

Como explica este autor el fundamento de la protección del proyecto de vida del ser humano es la libertad como valor que constituye el ser mismo del hombre.

El hombre, en cuanto ontológicamente libre, es capaz de tomar decisiones en lo que respecta a su propio destino, proyectarlas en el tiempo y adoptar las medidas destinadas a su concreción.

No obstante ser múltiples las decisiones y por tanto múltiples los proyectos que éste puede tener, se distingue entre ellos “el proyecto de vida”, aquella opción que le define como persona y le orienta en todas sus demás decisiones. “El proyecto de vida representa la máxima aspiración del ser humano, lo que el decide “ser” en la vida”.¹⁹¹

Cuando un individuo se ve impedido total o parcialmente de llevarlo a cabo por obra de terceros, se lesiona su interés, su derecho al libre desarrollo de su personalidad.

Este daño trasciende la integridad psicosomática pero, aunque distinto, normalmente tiene su origen en ella. El daño corporal puede anular la capacidad de decisión del individuo, así sucede cuando se le priva de conciencia, por ejemplo, al dejarlo en estado vegetativo. Puede también afectar la posibilidad que tiene el sujeto para adoptar una decisión libre si el daño corporal antedice las circunstancias le impiden llevarla a cabo, como ocurre cuando se causa a un pianista o un artista la pérdida de una mano o de tan solo algunos dedos. La existencia del daño, como se desprende del ejemplo, no depende en este caso de la gravedad objetiva de la lesión, sino de las particulares condiciones de la víctima que determinan la relevancia de la pérdida en el destino superior que ésta ha elegido.

“La persona en esta circunstancia, se enfrenta a un cierto vacío existencial, a una pérdida del sentido de su propia vida (...)

¹⁹¹ Carlos FERNÁNDEZ Sessarego. *El daño al proyecto de vida en una reciente sentencia de la Corte Interamericana de derechos humanos* [en línea]. Buenos Aires, 1993. Disponible en: http://www.alterini.org/to_fsc1.htm [fecha de consulta: 26 de marzo del 2003]. s/p.

La entidad y características del daño al proyecto de vida que, como está dicho, compromete la libertad, desencadena raigales consecuencias, de suyo graves y de difícilmente superables de parte de la persona agraviada. La pérdida del sentido de vida, la imposibilidad de vivenciar y plasmar en conductas determinadas valores que no imprimen un particular y exclusivo sello al discurrir existencial, no tiene remedio conocido. Salvo encontrar una nueva manera de ser, lo que es altamente improbable si la vocación de la persona era honda y arraigada”.¹⁹²

Por lo mismo, así como no existía sólo una diferencia de grado ente los sufrimientos morales y el perjuicio psíquico, no la hay tampoco entre este último y el que incide en el plan de vida. El daño psíquico, cualquiera sea su envergadura, constituye sólo una modificación patológica del aparato psíquico, el daño al proyecto de vida, compromete el “núcleo existencial” del individuo, lo que el sujeto es, causa por la cual generalmente le acompaña durante toda su vida.

Pero la relación entre éste daño y el daño psicofísico no es necesaria, desde que puede tener origen en un ilícito que afecte directamente el bien libertad, siempre y cuando la privación de libertad tenga la magnitud necesaria para truncar la proyección vital de la persona.

El daño así definido ha trascendido al ámbito doctrinario para ser admitido en la práctica jurisprudencial de algunos países, especialmente en Perú y Argentina, donde ha sido reconocido por algunas sentencias e incluso su existencia ha sido admitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, en sentencia del 27 de noviembre de 1998 relativa al caso de Elena Loayza Tamayo, elabora una detallada conceptualización del daño que estamos analizando. Pese a ello, la sentencia aludida abdicó de conceder suma dineraria como satisfacción de la pérdida sufrida por la víctima, quien fue objeto de prisión injustificada por un lapso de 5 años, por considerarse que “la evolución

¹⁹² Carlos FERNÁNDEZ Sessarego. *Op. cit.* [nota 131], p. 56.

de la jurisprudencia y la doctrina hasta la fecha no permite traducir este reconocimiento en términos económicos, y por ello el Tribunal se abstiene de cuantificarlo”.¹⁹³

No lo estima así Fernández Sessarego, según el cual pese los problemas que entraña “(...) comprender y valorizar un daño que compromete el futuro de una persona. (...) estas dificultades no son insalvables, por lo que es posible que el juez, dotado de una especial percepción y sensibilidad lo aprecie y lo valore debidamente. Lo que se repara es la injusticia insita en el hecho lesivo, con proyección al futuro”.¹⁹⁴

No cabe duda que la elaboración doctrinaria en que encuentra asidero este perjuicio constituye un invaluable aporte al desarrollo conceptual de la teoría de los daños en general y de los daños corporales en particular. En lo que a estos últimos concierne, que ellos y no otros son aquí objeto de estudio, ponen de manifiesto la posibilidad de que los atentados a la integridad física o psíquica del sujeto afecten de tal manera su libertad, como bien que entronca con el concepto mismo de persona que tutela el derecho, que lleguen a afectarla en su propia identidad. No obstante, pese a la opinión del autor cuyas ideas hemos venido comentando, los importantes problemas de certeza y de valoración asociados al daño al proyecto de vida, impiden que éste sea considerado como una categoría separada. Desde un aspecto meramente práctico no sería sino una de las circunstancias que habrá de considerar el juez para adaptar la indemnización al caso concreto.

2.- CRITERIOS DE VALORACIÓN DE LOS DAÑOS CORPORALES

2.1.- FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

¹⁹³ Carlos FERNÁNDEZ Sessarego. *Op. cit.* [nota 191], s/p.

¹⁹⁴ Carlos FERNÁNDEZ Sessarego. *Op. cit.* [nota 131], p. 57.

La respuesta a la pregunta por los cánones que hemos de emplear para valorar los daños puede parecer en extremo sencilla, tautológica incluso, después de todo, la suma adecuada para indemnizar el daño ha de ser aquella que deje a la víctima indemne, reponerla al estado en que se encontraba antes de sufrirlo. Sin embargo, por lo general la respuesta no es tan sencilla, y no lo es, particularmente, tratándose de los daños extrapatrimoniales, atendidas las dificultades para dimensionar su gravedad y asignarle un valor de cambio. Por eso, para efectuar nuestro análisis nos vemos obligados a ir más atrás, a preguntarnos porqué ha debido indemnizarse el daño en primer lugar, en otras palabras, a preguntarnos por las funciones de la responsabilidad civil.

Según veremos, la consideración de las funciones de la responsabilidad civil es esencial a la hora de analizar la manera en que el daño debe ser valorado, pues la concepción de daño que acojamos, los criterios que elijamos para ponderar la indemnización y, en fin, la medida que adoptemos para traducir el menoscabo causado debe estar orientado al su efectivo cumplimiento.

Tomemos como punto de partida para este análisis las palabras de Díez-Picazo: “Aunque existe la idea difusa, sin duda optimista, de que indemnizar un daño es hacerlo desaparecer del mundo, este pensamiento no pasa de ser una cabal ilusión. Cuando se destruyen vidas humanas o bienes materiales, la indemnización no borra la destrucción. Como bienes jurídicos han desaparecido y no se crean en su lugar otros que los substituyan. Por decirlo de un modo gráfico, en la contabilidad nacional, si en ella estuvieran asentados, hay que darlos de baja. Decidir que un daño debe ser indemnizado no significa otra cosa que traspasar o endosar ese daño poniéndolo de cargo de otro, porque si quien inicialmente lo sufrió, recibe una suma de dinero como indemnización, ello se producirá a costa de una disminución del patrimonio de aquel que ha sido obligado a indemnizar, empleando para ello otros bienes preexistentes”.¹⁹⁵

¹⁹⁵ Luis DIEZ-PICAZO. *Derecho de daños*. Madrid, Civitas, 1999. pp. 41-42.

De lo dicho de este autor se desprende claramente la necesidad de que exista una razón para que el daño que recae sobre una persona no deba ser soportado ésta.

Lo cierto es que tal justificación no ha sido una sola, ni históricamente - pues la responsabilidad civil nace ligada a funciones punitivas que hoy son propias del derecho penal -, ni en la actualidad – pues en la doctrina no existe acuerdo acerca de cuales sean estas justificaciones, ni acerca de si ésta ha de ser una sola o varias -.

Se trata este de un tema que ha dado origen a abundante literatura jurídica y cuya acabada exposición excede los límites del presente trabajo. Por lo mismo, no intentaremos aquí dar respuesta definitiva a la pregunta acerca de las funciones que debe cumplir la responsabilidad civil, sino que nos limitaremos a describirlas brevemente para después avocarnos a la tarea de determinar como se articula la valoración de los daños corporales con el cumplimiento de cada una de ellas. De esta manera quedará claro cuales son las opciones que enfrenta el interprete y en razón de que criterios debe adoptarla.

2.1.1- Función punitiva

En sus inicios la responsabilidad civil se confunde con la responsabilidad penal. En los derechos primitivos ambas constituyen una única respuesta institucionalizada como mecanismo para evitar la venganza privada, por medio del cual se acuerda compensación - en ganado u otro bien valioso - al daño causado, evitando la justicia por mano propia y restableciendo la paz social.¹⁹⁶

Bien sabido es que en definitiva las normas que regulan la responsabilidad civil pasarán a constituir un estatuto independiente, perteneciente al derecho privado. Pero el proceso de diferenciación entre éste y el de la responsabilidad penal - cuya independencia no adquiere perfiles nítidos sino hacia finales del

¹⁹⁶ Eduardo UGARTE y Alejandro VICARI. *Op. cit.* [nota 6], p. 184.

siglo XVIII-¹⁹⁷ es largo y en el ínter tanto la responsabilidad civil aparece imbuida de un designio sancionador.

La indemnización lo mismo repara el daño que sanciona a quien lo causa y por ello no guarda estricta relación con el importe del daño y en su fijación pueden considerarse otros factores, tales como la gravedad de la conducta del que lo ha causado.

2.1.2.- Función compensatoria

2.1.2.1.- Concepto

Para la época de la codificación el sistema de indemnización por daños causados a otros se había desprendido ya de sus funciones punitivas y así fue como en el artículo 1384 del Código Civil francés, quedó consagrada en términos estrictamente reparatorios.¹⁹⁸

La principal justificación a la que se asocia la obligación de reparar el daño que se impone a quien por su culpa lo causa es aquel que concibe a la indemnización como un mecanismo de justicia correctiva.

De acuerdo con su primigenio y en cierto sentido definitivo concepto, que fuera presentado por Aristóteles en su *Ética Nicomaquea*, justicia correctiva es

¹⁹⁷ Geneviève VINEY. *Les obligations. La responsabilité: conditions*. En: GHESITN, Jaques (Director). *Traité de Droit Civil*. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1988. p. 91

¹⁹⁸ Aunque ya era opinión común que la obligación de indemnizar no podía tener mayor contenido que el daño causado, se debe admitir que el vínculo entre las dos instituciones subsiste de alguna manera a través de la idea de culpa como único criterio de imputación que a la sazón era admitido. En relación con este punto Geneviève VINEY acota que, aunque había quedado fuera de duda que ambas eran distintas, por sus objetivos y por su reglamentación: "(...) il est certain que les rédacteurs des codes napoléoniens, qui étaient profondément imprégnés des principes spiritualistes hérités des canonistes et repris à leur compte par les philosophes du XVIII siècle étaient persuadés que la responsabilité civile, comme la responsabilité penale, devait être la traduction, dans les rapports sociaux, de la responsabilité morale". *Ídem*, p. 93.

aquella especie de justicia particular “que tiene lugar en los tratos mutuos, tanto voluntarios como involuntarios”.¹⁹⁹

En las relaciones entre individuos lo justo es igualdad aritmética. Cada parte debe llevar la misma porción de pérdidas y ganancias, de suerte que hay injusticia cada vez que alguien se beneficia a expensas de la pérdida de otro. Esta igualdad también se rompe cuando se causa un daño injusto, según señala el propio filósofo “(...) así, cuando uno recibe y el otro da un golpe, o uno mata y otro muere, el sufrimiento y la acción se reparten desigualmente”,²⁰⁰ aquí lo que es para uno la ganancia que consiste en hacer, es para el otro la pérdida que consiste en sufrir.

En tal caso se debe restablecer el equilibrio moral perdido mediante la correspondiente rectificación, quitando al dañador lo que llevó en exceso y dando al damnificado lo que perdió. “Because the actor has gained what the victim has lost, equality is not restored merely by removing the actor’s gain (with would still leave a victim with a shortfall) or by restoring to the victim’s loss (which would still leave the actor with an excess). Rather, corrective justice requires the actor to restore to the victim the amount representing the actor’s self-enrichment at the victim’s expense”.²⁰¹

La fuerza normativa de la justicia correctiva, que se institucionaliza a través de las reglas de responsabilidad, tiene su origen en un concepto ético de derecho,²⁰² que en substancia corresponde a las ideas del filósofo alemán Immanuel Kant, y de acuerdo a las cuales la libertad asociada indefectiblemente a la calidad del ser humano implica responsabilidad. Éste puede actuar a

¹⁹⁹ Por oposición a la justicia distributiva que es aquella que se aplica a la distribuciones. ARÍSTOTELES. *Op. cit.* [nota 38]. Libro V, p. 247.

²⁰⁰ *Ídem*, p. 248.

²⁰¹ Ernest J. WEINRIB. *The idea of private law*. Cambridge, Massachusetts, London, England, Harvard University Press. 1995. p. 63.

²⁰² Esta visión corresponde a lo que se ha denominado esencialismo por oposición al funcionalismo jurídico, y de acuerdo a la cual la justificación de las instituciones jurídicas sería exclusivamente normativa y se apreciaría a la luz de lo que se puede juzgar como correcto o incorrecto. Peter CANE. *The Anatomy of Tort Law*, Oxford, Hart Publishing, 1997. p. 209.

condición de no dañar la propiedad o libertad de otro, por que si lo hace lo está tratando como un medio y no como un fin, y queda en consecuencia, sujeto a la obligación de reparar el daño.²⁰³

La función compensatoria yergue entonces a la reparación integral como principio rector de la valoración de los daños.

“With the materialization of wrongful injury, the only way the defendant can discharge his or her obligation respecting the plaintiff’s right is to undo the effects of the breach of duty, so the wrongful interference with the right entails the duty to repair. Thus tort law places the defendant under the obligation to restore the plaintiff so far as possible, to the position the plaintiff would have been in had the wrong not been committed”.²⁰⁴

La visión a que nos hemos referido y que podemos denominar clásica, difiere sensiblemente de aquella que centra su atención exclusivamente en la víctima y el estado deficitario en que se encuentra a consecuencia del ilícito. Bajo esta última concepción el sistema se queda sin asidero a menos que se la conciba cumpliendo además algunas otras funciones que se describen en este capítulo, pues como se ha señalado, es una forma excesivamente cara, en términos de costes sociales, de resarcir a las víctimas frente a alternativas rivales que cumplen el mismo cometido²⁰⁵ y resulta discriminatoria respecto de aquellas personas que han sufrido menoscabos por causas distintas que un hecho ajeno generador de la responsabilidad civil.²⁰⁶ De ahí que de entre aquellos que

²⁰³ “Clarísimamente salta a la vista la contradicción cuando se eligen ejemplos de ataque a la libertad y propiedad de los demás. Pues se va al punto que el que lesiona los derechos de los hombres está decidido a usar la persona ajena como un simple medio, sin tener en consideración que los demás, como seres que son, debe ser estimados siempre al mismo tiempo como fines”. Inmanuel KANT. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Barcelona, Ariel, 1996. p. 83.

²⁰⁴ Ernest J. WEINRIB. *Op. cit.* [nota 201], p. 135.

²⁰⁵ Jesús PINTOS Ager. *Baremos, seguros y derecho de daños*. Madrid, Civitas, 2000 p. 71 y ss.

²⁰⁶ Patrick Selim ATIYAH, quien comienza su obra preguntándose por las razones que justifican que un hombre que resbala en una pista de baile excesivamente pulida reciba indemnización y en cambio nada pueda reclamar una pequeña niña que sufre la amputación de ambas piernas a consecuencia de una meningitis. *The Damages Lottery*. Oxford, Hart Publishing, 1997, p. 1.

conciben a la responsabilidad civil en términos estrictamente compensatorios hayan surgido voces que sugieren su reemplazo por sistemas de reparación sin culpa basados en el “first party insurance principle”.²⁰⁷

2.1.2.2.- La función compensatoria en los daños extrapatrimoniales

La función que en nuestro ordenamiento cumple la responsabilidad civil ha sido establecida de manera inequívoca por nuestra legislación. Siguiendo al Código Civil francés los artículos 2314 y 2329 han dispuesto claramente el carácter reparatorio de la indemnización de perjuicios, distinguiendo claramente dicha indemnización de la pena que por sus hechos corresponde al ofensor. Señalan los artículos citados:

Artículo 2314: “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”.

Artículo 2329: “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por esta”.

Ahora bien, la reparación ordenada por el legislador puede ser en especie o por equivalencia.

Se repara el daño en especie o “in natura” cuando se restablece a la víctima al estado en que se hallaba antes del ilícito.

Se repara un daño por equivalencia cuando en la imposibilidad de restablecer las cosas al estado en que se hallaban, se procura a la víctima una situación semejante, lo que en el caso del daño patrimonial se lleva cabo, que duda cabe, mediante una suma de dinero equivalente a la que salió del patrimonio de la víctima (daño emergente) y a la que esta dejó de recibir (lucro cesante) en razón de el accidente. Esta es la llamada indemnización de perjuicios.

²⁰⁷ *Ídem*, p. 185 y ss; y Steven SHAVELL. *Economic analysis of accident law*. Harvard University Press. 1987, p. 298. Citado por PINTOS Ager, Jesús. *Op. cit.* [nota 205], p. 77

En el caso del daño extrapatrimonial sólo es posible la reparación por equivalente, debiendo preferirse al efecto la reparación no pecuniaria.²⁰⁸ Ejemplos clásicos de esta última clase de reparación son los de aclaración y rectificación a las personas ofendidas por un medio de comunicación social²⁰⁹ o de condena a la publicación de la sentencia en el caso de lesiones al derecho al honor, al nombre, etc.

Sin embargo, en estricto rigor, la reparación no tiene cabida en este último caso. Ni los efectos del ilícito pueden ser borrados por medio del remedio no patrimonial, ni los bienes extrapatrimoniales perdidos o deteriorados pueden ser reemplazados por una suma de dinero, pues no existe un mercado en el que tales bienes puedan ser intercambiados, misma razón que frustra cualquier intento de encontrar equivalente entre el menoscabo sufrido y una suma dineraria.

De ahí que la doctrina nacional, en el marco de la clásica división de funciones de la indemnización en reparatoria, satisfactiva y punitiva,²¹⁰ haya asignado la segunda de ellas a la suma de dinero que se entrega a la víctima de un perjuicio extrapatrimonial.

La indemnización así otorgada, se dice, no elimina el perjuicio, el daño inflingido a la víctima subsiste, pero el dinero recibido por ella le permite acceder a satisfacciones materiales y espirituales que de alguna manera pueden ayudarle a aliviar la pérdida experimentada.

²⁰⁸ Así lo recalca Fernando FUEYO Laneri. *Op. cit.* [nota 9], p. 103

²⁰⁹ Consagrados y regulados en los artículos 16 a 21 de la Ley 19.733 sobre Las Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo.

²¹⁰ Atribuida a Rudolf von IHERING, quien a partir del análisis de los textos romanos elabora una clasificación tripartita, distinguiendo las funciones de equivalencia, satisfactiva y punitiva. En este último caso no existe en realidad indemnización porque para el autor función punitiva era sinónimo de multa, que en tal calidad iba a beneficio fiscal. *Del interés en los contratos*. En: *Tres estudios jurídicos*. Buenos Aires, Atalaya, 1947.

En la terminología empleada un papel intermedio juega la voz "compensatoria" que nosotros hemos utilizado para abarcar las funciones reparatoria y compensatoria, ya que mientras algunos la utilizan para referirse sólo a la primera de ellas (Fernando FUEYO Laneri. *Op. cit.* [nota 4], p. 347), otros la asimilan a la segunda (Arturo ALESSANDRI Rodríguez. *Op. cit.* [nota 3], p. 228).

Se trata así de compensar placer con dolor, beneficio con perjuicio, pero ello no significa que se pretenda encontrar alguna equivalencia entre el placer a que puede acceder la víctima en virtud de la indemnización y los bienes de que ha sido privada, incluso si esos bienes consisten en la pérdida de placer.²¹¹ Muy por el contrario, la doctrina ha sido enfática en señalar que en la indemnización de los daños extrapatrimoniales “(...) el dinero que el ofensor paga a la víctima no sería la representación exacta del dolor que esta experimente (...)”²¹² y que “(...) aquí resulta de partida absurdo compensar, esto es, fijar una medida igual o equivalente, siendo que el daño mismo que ha de indemnizarse no es susceptible de medición exacta”.²¹³

No se puede dejar de mencionar que alguna doctrina marginal, en el mundo anglosajón, ha propuesto funciones alternativas a la satisfactiva dentro del mismo marco de la justicia correctiva, para la indemnización de los daños extrapatrimoniales.

Lo ha hecho Chapman al afirmar que bajo el enfoque de la justicia correctiva nada puede reclamarse a títulos de daños no pecuniarios como no sean daños nominales. Su razonamiento es simple, si la indemnización viene a restaurar, por vía de compensación, la igualdad rota por el daño injustamente causado, es necesario que el dinero sea útil para remediar la pérdida de bienestar experimentada por la víctima a consecuencia del ilícito. Si solo puede afectar otro aspecto del bienestar de la víctima, más no el que ha sido dañado, la indemnización otorgada no restablecería el equilibrio roto por el ilícito y, no cumpliendo su función, no se justificaría.²¹⁴

²¹¹ Por eso, no nos parece acertada la crítica de Pablo RODRÍGUEZ Grez, quien cree encontrar en las palabras de nuestros autores la suposición de que tal equivalencia existe. *Op. cit.* [nota 4], p. 336.

²¹² ALESSANDRI Rodríguez, Arturo. *Op. cit.* [nota 3], p. 228

²¹³ Fernando FUEYO Laneri. *Op. cit.* [nota 9], p. 110. (instituciones)

²¹⁴ Bruce CHAPMAN. *Wrongdoing, welfare, and damages: Recovery for non-pecuniary loss in corrective justice*. En: David OWEN (Editor). *Philosophical foundations of tort law*. Oxford, Oxford University Press, 1995. pp. 409-425.

También Radin, autora que toma como punto de partida la inconmesurabilidad de los bienes extrapatrimoniales en términos monetarios, para razonar que si lesiones y dinero no están ordenados en una misma escala de valores, no es posible situar a la víctima en estado equivalente al anterior al accidente mediante el pago de una indemnización. Ante tal observación ésta plantea una manera alternativa de satisfacer las exigencias de justicia correctiva, asignando al dinero un valor simbólico, expresivo del respeto público de los derechos y reconocimiento público de la culpa del actor. El dinero viene a ser utilizado para tales efectos por el alto valor que nuestra sociedad le asigna y no por su utilidad como medida de cambio.²¹⁵

2.1.3.- Función preventiva

Si bien la vinculación del sistema de responsabilidad civil al cumplimiento de funciones de prevención precede históricamente al surgimiento de la escuela norteamericana del análisis económico del derecho, ha sido esta corriente intelectual la que más ha contribuido a destacar, analizar y fundamentar esta función de la responsabilidad civil.²¹⁶

En términos muy genéricos podría señalarse que este movimiento concibe al derecho de la responsabilidad civil como un instrumento destinado a generar incentivos para prevenir la producción de daños. Se podría pensar en principio que esta prevención operaría de manera muy similar que aquella que, con carácter general o especial, sirve de fundamento a la responsabilidad penal, en tanto ésta repugna de manera absoluta toda conducta que se halle bajo el espectro de los comportamientos que ella sanciona. Mas la prevención de que

²¹⁵ Margaret RADIN. *Compensation and Commensurability*. Duke Law Journal, (43):56-86, octubre 1993.

²¹⁶ Según señalan Pablo SALVADOR y María Teresa CASTIÑEIRA la finalidad preventiva es conocida por la doctrina europea continental desde hace más de un siglo, en concreto, desde la obra del economista austriaco Victor Mataja. *Prevenir y Castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*. Madrid, Marcial Pons, 1997. p. 154. En lo que concierne al Law and Economics movement, se suele situar sus orígenes en la obra de Ronald Coase, *The problem of social cost*, publicada en 1960.

habla el análisis económico del derecho no supone que el destinatario de la norma evite a toda costa las consecuencias desfavorables que para él se seguirían de la aplicación de la norma. Es necesario entonces ahondar un poco más en las ideas desarrolladas por esta escuela.

Lo que caracteriza al análisis económico del derecho, como su nombre muy bien lo indica, es la aplicación de los postulados de la teoría económica al análisis de las instituciones jurídicas.²¹⁷ De acuerdo con esta ciencia que estudia la asignación de recursos escasos a necesidades ilimitadas, los recursos deben destinarse a los usos más eficientes, entendiéndose por tales aquellos que maximizan su utilidad, medida por los beneficios totales - individuales y sociales - que produce, descontados los costos totales - individuales y sociales - que impone. La eficiencia emerge así como el criterio a la luz del cual es evaluada la bondad de las normas jurídicas.

Así ocurre también con las relaciones que regula el derecho de la responsabilidad civil. Desde la perspectiva económica los daños son considerados costos asociados al desarrollo de las actividades. El criterio de la eficiencia - de acuerdo a lo que hemos expresado - exige que estas no se desarrollen a menos que el costo total que significan sea menor que el beneficio que producen. Sin embargo generalmente el costo que el daño puede significar recae en un sujeto distinto de aquel que cuya conducta lo produce, por lo que este último, en su calidad de maximizador racional de su propia utilidad, tendrá motivos para realizarla aún cuando la magnitud de las pérdidas que causa a otros exceden la ganancia personal que obtiene. El derecho, haciéndole responsable de los daños que causa a otros le obliga a internalizar tales costos,

²¹⁷ Sobre el particular apunta Santos PASTOR "(...) que lo característico de la Economía no es la materia de la que trata, sino el método que emplea, y que esto es lo que permite cierta "universalización" de su objeto a numerosas esferas del comportamiento humano, a campos tan diversos como las relaciones económicas en su acepción convencional, el Derecho de las relaciones políticas o las militares (...) Creemos, pues, que el análisis económico puede proporcionar un marco unificado para comprender cualquier clase de comportamiento humano caracterizado por la "escasez" (...) *Sistema Jurídico y Economía. Una introducción al análisis económico del derecho*. Madrid, Tecnos, 1989. p. 33.

constituyendo con ello un incentivo para adoptar el nivel de diligencia o de actividad²¹⁸ más eficiente.

Luego, bajo este prisma, el objetivo de la responsabilidad civil es prevenir los daños,²¹⁹ pero no todos los daños - pues si así fuera la técnica legislativa adecuada al objeto perseguido sería la prohibición de la actividad -, sino tan sólo aquellos cuya magnitud supera el beneficio esperado.²²⁰

La visión de los seguidores de esta escuela ha sido objetada desde varios puntos de vista:

En primer lugar, se ha cuestionado el postulado básico de que la eficiencia sea el objetivo a que deba tender el ordenamiento jurídico. El análisis económico no se preocupa del tema de la distribución de los recursos, ni de la consecución de otros valores como la igualdad, seguridad o la justicia. Como bien señala uno de sus exponentes más conocidos, Richard Posner, ello no priva de validez a los resultados obtenidos por sus estudios, bien puede suceder que la eficiencia no ocupe el primer lugar en nuestra escala de valores, pero continua siendo un objetivo socialmente deseable y, en cualquier caso, el análisis económico permite determinar los medios más eficiente para alcanzar un objetivo preestablecido o aclarar los conflictos de valores que subyacen a las decisiones de política legislativa “mostrando a la sociedad lo que debe sacrificar [en términos de eficiencia] para alcanzar un ideal no económico de justicia. La demanda de justicia no es independiente de su precio”.²²¹

²¹⁸ Según se trate de responsabilidad por culpa o estricta

²¹⁹ En rigor dos son los instrumentos de que dispone el ordenamiento jurídico a este efecto, la responsabilidad civil y las regulaciones administrativas. Ambos se complementan pues la efectividad de cada uno es diversa según la actividad de que se trate y los daños que se pretenda evitar.

²²⁰ De esta manera, la regla de responsabilidad civil satisface las exigencias e la eficiencia en los términos en que la define el criterio de Kaldor-Hicks, según el cual una decisión en virtud de la cual al menos un miembro de la sociedad resulta favorecido y, como mínimo, otro resulta perjudicado, sólo debe ponerse en práctica si resulta posible indemnizar al perjudicado con el beneficio del favorecido y si, a pesar de ello, este último sigue teniendo alguna ventaja. Carlos PEÑA González. *Sobre el análisis económico de la responsabilidad civil*. En: FUNDACIÓN FERNANDO FUEYO LANERI. *Op. Cit.* [nota 9], p. 521.

²²¹ Richard A. POSNER. *El análisis económico del derecho*. México, Fondo de Cultura Económica, 1998. p. 33. Una opinión más amplia en relación con las labores que tocan a la

Enseguida, se han puesto en duda también algunos de los supuestos bajo los cuales trabaja la ciencia económica, tales como el de que los hombres sean maximizadores racionales.²²²

Incluso, respetando el marco teórico del análisis, la conclusión de que la indemnización sea un adecuado incentivo para evitar el despilfarro de recursos no es incuestionable. Así, la creciente expansión del seguro de la responsabilidad civil ha puesto en entredicho que la responsabilidad civil pueda ser considerada un mecanismo idóneo para lograr la eficiencia.²²³

Por último, el hecho de que los daños sean considerados costos puede parecer muy razonable en relación con los daños patrimoniales, mas no ocurre lo mismo cuando de daños extrapatrimoniales se trata, en especial respecto de aquellos que concentran nuestra atención.

Cuando nos referimos a bienes tan caros al ordenamiento jurídico como la integridad física, la integridad síquica o la vida de las personas, que no sólo son objeto de tutela penal sino que también han sido garantizados constitucionalmente, parece evidente que estos no son sólo un elemento más que haya de ponerse en la balanza costo-beneficio. Muy por el contrario, parece clara la intención del legislador en orden a dispensarles una tutela absoluta y a repugnar cualquier ataque a ellos, cualquiera sea la justificación que en términos de eficiencia pudiera dárseles. Por muy cierta que pueda ser esta afirmación en el plano teórico, la realidad, como pusiera de manifiesto Guido

economía tiene Santos PASTOR. Este considera que la economía sirve también para evaluar la manera en que las normas jurídicas satisfacen valores jurídicos diversos de la eficiencia, por lo que hace posible evaluar la bondad de las éstas según la escala de valores de la sociedad, sea cual fuere el lugar que la eficiencia ocupare en ellas. *Op. cit.* [nota 217], p. 41. En tanto que Guido CALABRESI adopta una clara opción por el orden que deben tener estos valores cuando afirma que el sistema de responsabilidad civil en primer lugar debe ser justo y sólo en segundo lugar se debe avocar a reducir el costo de los accidentes. *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*. Barcelona, Editorial Ariel, 1984. p. 42.

²²² Carol ROSE. *La propiedad como narración: perspectiva desde la teoría de los juegos, la teoría narrativa y la teoría feminista*. Revista de derecho y humanidades, (8): 195-213, 2000-2001.

²²³ Entre otros Peter CANE. *Op. cit.* [nota 202], p. 219 y ss; y Patrick Selim ATIYAH. *Op. cit.* [nota 206], p. 163.

Calabresi, nos dice otra cosa: “Nuestras sociedades no desean preservar la vida humana a cualquier precio. En su sentido más amplio, la idea desagradable de que estamos dispuestos a destruir la vida nos ha de parecer evidente. (...) Se desarrollan actividades que por lo menos estadísticamente tienen un costo en vidas humanas cierto. Se construye el del Mont Blanc porque es esencial para el mercado común y, además, porque hace más corto el viaje de Roma a París, aunque sabemos de antemano que un hombre morirá por cada kilometro construido (...) Quizás sea lo más ilustrativo el hecho de que en vez de emplear las herramientas más seguras imaginables, usamos aquellas que lo son menos porque las primeras resultarían demasiado caras”.²²⁴

La aparente contradicción no es tal. Detrás de la certera afirmación de Calabresi se encuentra la constatación de que en un mundo de recursos escasos no es realmente posible proteger la vida a cualquier precio. Por más que este sea un valor al que deba tender el ordenamiento jurídico, las decisiones adoptadas para la consecución de ese objetivo – tal sería como un ejemplo extremo la decisión de prohibir la realización de cualquier actividad potencialmente peligrosa para la vida humana – distraen recursos destinados a usos que también son beneficiosos para esos el mismo valor.

Pero cuando las exigencias de la eficiencia se proyectan sobre la responsabilidad civil éstas no se satisfacen solamente con la óptima prevención de los accidentes, algunos objetivos adicionales también son planteados por ésta, pues el mismo funcionamiento del sistema impone también un costo a la sociedad que debe ser reducido al mínimo, nos referimos al costo administrativo-judicial requerido para ponerlo en práctica. Además de estos existen otra clase de costos, aquellos que los accidentes tienen en términos globales, o sea, para la sociedad en su conjunto y cuya reducción no sólo se

²²⁴ Guido CALABRESI, *Op. cit.* [nota 221], p. 35.

logra mediante el mecanismo de la prevención sino también mediante el fraccionamiento de los daños.²²⁵

2.1.4.- El fraccionamiento de los daños

Otro de los objetivos que se ha atribuido al sistema de la responsabilidad civil es el de dividir la pérdida que el daño significa y que en principio recae sobre unas pocas personas entre todas aquellas que hubieran podido ser afectadas por él.

Este objetivo encuentra fundamento en un ideal de justicia, ya no correctiva sino distributiva. Esta clase de justicia, que también tiene su origen en el pensamiento aristotélico, “atiende a la desproporción entre la víctima afectada por el accidente y aquellos que están en una situación análoga de riesgo y no soportan daño alguno”.²²⁶

Sin perjuicio de ello, también se ha considerado que el diseño de compartir el daño entre todos los candidatos a víctima constituye un imperativo de eficiencia. En efecto, de acuerdo a la ley de los rendimientos decrecientes y debido a la disminución de la utilidad marginal del dinero no resulta conveniente que el costo sea asumido por una sola persona, sino sería necesario más bien dividirlo en tantas cuantas fuera posible. Así, el costo de los accidentes también puede ser reducido mediante su fraccionamiento.²²⁷

La consecución de este objetivo no aparece sino secundariamente en la responsabilidad civil pues existen otros mecanismos más idóneos para conseguirlo, como son los seguros, sean privados o sociales. Con todo, existen situaciones en las que la responsabilidad civil funciona de manera análoga a un seguro, así ocurre por ejemplo con los productos defectuosos en aquellos ordenamientos en que contemplan una régimen de responsabilidad estricta a su

²²⁵ Guido CALABRESI. *Op. cit.* [nota 221], pp. 44 y 45.

²²⁶ Eduardo UGARTE y Alejandro VICARI. *Op. cit.* [nota 6], p. 17.

²²⁷ Guido CALABRESI. *Op. cit.* [nota 221], pp. 55 y ss.

respecto, pues en tal caso el precio del producto incluye el costo de las indemnizaciones que eventualmente deberá pagar el fabricante o sencillamente el de la prima que éste deba pagar para asegurarse contra ese riesgo. En otros casos la responsabilidad aparece cumpliendo una función de fragmentación conjuntamente con el sistema de seguros, así sucede en los ámbitos en que la contratación de un seguro de responsabilidad civil es obligatoria.

La posibilidad de reconocer al fraccionamiento de los daños una cabida aunque sea secundaria dentro de los objetivos de la responsabilidad civil también ha sido seriamente cuestionada, más que distribución se estaría realizando una redistribución regresiva de la riqueza desde que las primas y precios que deben pagar los individuos son iguales para todos y no consideran sus niveles de renta, en circunstancias que aquellas personas que tienen ingresos más altos llevan indemnizaciones más elevadas que las que tienen menores ingresos.²²⁸

2.1.5.- La función demarcatoria.

Algunos autores han puesto también de relieve el papel que la responsabilidad civil cumple en la regulación de la interacción social, llamando la atención sobre el hecho de que, cuando se condena al causante del daño al pago de una indemnización en favor de quien lo ha sufrido no sólo se está compensando a este último o, en su caso, previniendo la ocurrencia de daños posteriores; también se está emitiendo un juicio de valor en relación con la conducta dañosa y el interés por ella lesionado. De esta manera el sistema fija un ámbito de protección a los intereses particulares y determina las conductas que se estiman atentatorias a esa protección, limitando con ello la libertad de actuación de los individuos.²²⁹

²²⁸ En ese sentido Jesús PINTOS Ager. *Op. cit.* [nota 205], p. 69.

²²⁹ Entre otros Luis DIEZ-PICAZO. *Op.cit.* [nota 195], p. 43; y Pablo SALVADOR Cordech y María Teresa CASTIÑEIRA Palou. *Op. cit.* [nota 216], p. 103 y ss, de los cuales hemos tomado la denominación de función demarcatoria. Para Geneviève VINEY, bajo la denominación de función normativa adopta un cariz algo diferente al comprender en su seno

Esta función no sólo es consustancial a la responsabilidad civil como lo es a cualquier ámbito normativo, en cuanto sistema regulador del comportamiento de las personas, sino que constituye la principal vía para promover el respeto de las prerrogativas asociadas a los bienes de la personalidad, pues su plasticidad le permite hacerlo con mayor eficiencia que cualquier otra institución del ordenamiento.

Así, la responsabilidad civil no sólo permite asegurar el respeto de los derechos ya existentes, sino acoger en su seno nuevos derechos aún no reconocidos o formulados.

El papel de la responsabilidad civil como técnica de protección de los derechos y bienes de la personalidad, que se expresa en las funciones demarcatoria y compensatoria, encuentra su fundamento en el principio básico de dignidad de la persona, como característica que le es exclusiva e inherente y que se encuentra reconocido a ésta por el artículo 1º de la Constitución. Dicho principio constituye el sustento axiológico de la tutela de los derechos fundamentales que se recoge, en lo que concierne a la vida y a la integridad física y psíquica, en el artículo 19 número 1 de la norma fundamental, precepto que es susceptible de obligar a las autoridades en virtud del principio de vinculación directa consagrado en su artículo 6 y de constituir criterio rector en la interpretación de las normas contenidas en el Código Civil.²³⁰ Sobre este punto Carmen Domínguez, parafraseando a Juan Roca, ha sostenido que la Constitución

tanto la disuasión de comportamientos antisociales como la afirmación de derechos. Op. cit. [nota 197], p. 50 y ss. También CANE, Peter. *Op. cit.* [nota 202], p. 206 y ss. quien considera a esta función de tal importancia que la identifica con el concepto mismo de responsabilidad civil, calificándola de función intrínseca en contraposición a todas las otras que serían extrínsecas.

²³⁰ Visión que también ha tenido acogida en nuestros tribunales. Así, diversas sentencias vinculan expresamente la indemnización de los daños extrapatrimoniales, ya no solamente a la interpretación gramatical de los artículos 2314 y 2329 del Código Civil, sino también a los artículos 1º, y 19 N°1 y N°4 De la Constitución Política de la República, así como a las declaraciones contenidas en diferentes acuerdos internacionales, tales como el artículo 5º de la Declaración de Derechos y Deberes del Hombre y el artículo 11 del Pacto de San José de Costa Rica. Así lo señala la sentencia de la Corte Suprema, de 20 de octubre de 1994 (RDJ, Tomo XCI, sección 1º, pp. 100-105), declaración similar se puede encontrar en la sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, de 24 de agosto de 1995 (RDJ, Tomo XCII, sección 4º, pp. 161-168)

contiene “una cierta drittwirkung en la calificación de una valor constitucional – en este caso la persona – como bien jurídico protegido”²³¹ en sede del artículo 2314.

2.2.- CRITERIOS CUALITATIVOS DE VALORACIÓN

Después de haber seleccionado aquellos aspectos de la incolumidad física y emocional relevantes para el derecho, y que, en consecuencia, serán indemnizadas cada vez que acontezcan a consecuencia de una lesión corporal, debemos definir los criterios de acuerdo a los cuales han de medirse lo mismos y que han de determinar que algunos daños sea indemnizados con menos y otros con más.

La jurisprudencia chilena, como se ha dicho, resulta muy insatisfactoria a este respecto pues tales criterios no son mencionados en las sentencias. Los pocos fallos que han hecho referencia a éstos, no han constituido un avance sustantivo, pues se limitan a forjar una lista de variables que supuestamente han de influir en la determinación de la indemnización, cuyo contenido y

²³¹ DOMÍNGUEZ Hidalgo, Carmen. *Op. cit.* [nota 4], p. 34. Según explica el profesor Carlos PEÑA González, la teoría del drittwirkung, cuya denominación alemana se debe a que ella tiene su origen en algunas sentencias del Tribunal Constitucional alemán, especialmente en una de 1958, “se refiere a la posibilidad que los particulares esgriman, en contra de otros particulares y en el ámbito de sus relaciones privadas, los derechos subjetivos públicos”. La sentencia mencionada, que es reproducida por el mismo autor, señala en lo atinente a nuestro tema que: “i) La Grundgesetz (GG), en su título referente a los derechos fundamentales, ha instituido un “orden objetivo de valores”. Este sistema de valores tiene su centro en el libre desarrollo de la personalidad humana y debe regir en todos los ámbitos del derecho que da directrices a la legislación, la administración y la jurisprudencia. El derecho civil tampoco puede estar en contradicción con este sistema de valores y debe interpretarse conforme a él. ii) Una contienda entre particulares es material y procesalmente un litigio donde se aplica derecho civil, pero éste debe interpretarse siguiendo el orden objetivo de valores que la constitución consagra. [iii] La influencia de los derechos constitucionales, como criterios valorativos, se realiza fundamentalmente a través de disposiciones de orden público. Para la realización de esta influencia a la jurisprudencia se le ofrecen las llamadas “cláusulas generales”, como las del parágrafo 826 del BGB. por ello se ha estimado a estas cláusulas como “puntos de irrupción” de los derechos fundamentales en el Derecho Civil. iv) En el sentido referido el juez civil se encuentra vinculado al Derecho Constitucional. Si olvida esta influencia de los derechos fundamentales sobre las normas de derecho privado, viola mediante sentencia el derecho fundamental involucrado (mittelware drittwirkung). Su sentencia como un acto de poder público es susceptible de queja constitucional (Verfassungsbeschwerde). PEÑA González, Carlos. *Op. cit.* [nota 21], p. 665 y 666.

terminología varia de sentencia a sentencia, y cuya relación con el monto de la indemnización tampoco es expresando en ellas, por lo que el acuerdo mínimo en punto a los criterios con que se han de valorar los daños, y que consideramos indispensable, dista mucho de producirse.

En el último tiempo, algunos autores también han hecho mención de los parámetros que en la particular opinión de cada uno debe presidir la valoración de los daños,²³² mas tampoco ha existido consenso entre ellos.

En lo que sigue del capítulo nos dedicaremos a realizar un análisis crítico de cada uno de estos criterios, haciendo acopio de las razones que aconsejan su adopción o descarte a la luz del examen de las funciones de la responsabilidad civil realizado en el acápite anterior.

A fin de simplificar nuestro estudio, en un esfuerzo sistematizador y quizás algo reduccionista, hemos reagrupado la larga y variopinta lista de criterios que ha resultado de la labor doctrinal y jurisprudencial en tan sólo tres categorías, a saber: aquellos que se refieren al daño mismo, los que dicen relación con las características del ofensor y los que se vinculan a las características de la víctima.

2.2.1.-Gravedad del hecho.

De diversas formas y con diversos matices se ha hecho referencia a este criterio. Es así como se ha hablado de la clase de derecho extrapatrimonial o de familia propiamente tal que ha sido agredido o lesionado por el ofensor y las consecuencias físicas, síquicas, sociales o morales que derivan el daño causado, como también de su duración en el tiempo,²³³ gravedad objetiva del

²³² Destacan la enumeración de Fernando FUEYO Laneri, realizada eso si sólo "Con el propósito de orientar en lo posible al juez, y en caso alguno para constreñirlo en su libertad (...)". *Op. cit.* [nota 9], pp. 109 y ss. ; la de Pablo RODRÍGUEZ Grez. *Op. cit.* [nota 4], pp. 338 y ss; y la de José Luis DIEZ Schwerter, sistematización de los criterios considerados por la jurisprudencia. *Op. cit.* [nota 4], pp. 249 y ss.

²³³ Fernando FUEYO Laneri, *Op. cit.* [nota 9], p. 110.

atentado, proyección del daño en el tiempo,²³⁴ entidad y duración de los padecimientos,²³⁵ carácter y extensión del daño y sus consecuencias en la víctima, ²³⁶ naturaleza de las lesiones y su duración,²³⁷ naturaleza, especie e intensidad de la lesión²³⁸, la manera en que han sido afectadas las actividades normales del ofendido, etc.²³⁹

Cuando hablamos de gravedad del daño, sin embargo, hablamos de un criterio bien preciso y que hemos ido delineando al analizar las diferentes clases de daños corporales, es el grado y duración de la lesión física o síquica medida por sus consecuencias, así como la edad de la víctima; la extensión, ubicación, duración y la edad y sexo de la víctima en la lesión estética, la intensidad del sufrimiento físico y, en fin, dentro de los limitados medios de que se dispone para apreciarlo, la gravedad del daño base y el criterio personal del juez cuando de *pretium doloris* se trata.

Es en nuestra opinión la gravedad del daño no sólo el principal factor a que debe atenderse para fijar la indemnización, sino también, a excepción de algunos supuestos marginales, el único que debe considerarse para ello.

Así lo aconseja la perspectiva que considera a la indemnización como compensatoria.

Esta función, por el carácter asistencial que ha adoptado en su moderno sentido estricto, sólo atiende a la restitución a la víctima de aquello que ha sido

²³⁴ Pablo RODRÍGUEZ Grez. *Op. cit.* [nota 4], p. 340.

²³⁵ Corte de Apelaciones de Pedro Aguirre Cerda, 16 de agosto de 1981 (RDJ, Tomo LXXVIII, sección 4ª, pp. 50 y ss.).

²³⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de agosto de 1984 (RDJ, Tomo LXXXI, sección 4ª, pp. 140 y ss.).

²³⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de marzo de 1984, Tomo LXXXI, sección 4ª, pp. 35-37).

²³⁸ Corte de Apelaciones de San Miguel, 24 de agosto de 1995 (RDJ, Tomo XCII, sección 4ª, pp. 161 y ss.).

²³⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, 01 de julio de 1997 (RDJ, Tomo XCV sección 2ª, pp. 79- y ss.).

despojada. De acuerdo a la idea fundamental de esta visión el único criterio a considerar en la evaluación del daño ha de ser la gravedad del mismo.²⁴⁰

La justicia correctiva, por su parte, tiene como presupuesto esencial la igualdad de las partes, que es rota por el ilícito y debe ser restituida por la indemnización. Lo deja claro Aristóteles al distinguir esta clase de justicia de la distributiva: “En cambio, en las relaciones entre individuos, lo justo es, sin duda, una igualdad y lo injusto una desigualdad, pero no según aquella proporción, sino según la aritmética. No importa, en efecto, que un hombre bueno haya despojado a uno malo o al revés, o que un hombre bueno o malo hayan cometido adulterio; la ley sólo mira a la naturaleza del daño y trata ambas partes como iguales, al que comete injusticia y al que la sufre, al que perjudica y al perjudicado”.²⁴¹ De esta manera y de forma terminante, la justicia correctiva excluye la consideración de cualquier característica particular de las partes.²⁴²

También la regla de la eficiencia considera a la gravedad del daño como criterio único. Si la prevención se extiende sólo hasta aquel daño cuyo costo excede el beneficio esperado de una actividad determinada, resulta evidente que el nivel óptimo de prevención se logra considerando sólo tal costo, medido única y exclusivamente por la gravedad del daño.

Considerar aspectos ajenos a la gravedad del daño, vinculados a las características de las partes, puede significar infravalorar el daño, lo que

²⁴⁰ Decimos fundamental, porque diversas variantes ha adoptado según las ideas de los autores que adoptan esta perspectiva para concebir la responsabilidad. Algunos, introduciendo consideraciones redistributivas, han hecho propuestas que se alejan del concepto originario, propugnando una misma indemnización patrimonial, con independencia del nivel de ingresos de la víctima o mecanismos que favorezcan a ciertos sectores de la población, tales como mujeres, los más necesitados, etc. En tanto que quienes adoptan la perspectiva ex-ante del daño, ponen en entredicho la misma compensación de perjuicios extrapatrimoniales, al considerar la negativa inclinación de las personas a asegurarse en contra de la ocurrencia de esta clase de daño. Bruce CHAPMAN. *Op. cit.* [nota 214], p. 410. Se puede ver que al menos el primer grupo de ideas se aleja de la función estrictamente compensatoria de la que estamos hablando, para intentar utilizar la responsabilidad para funciones que le son por completo ajenas y para las cuales existen instrumentos específicos como los impuestos o subsidios.

²⁴¹ ARISTÓTELES. *Op. cit.* [nota 38]. Libro V, pp. 247-248.

²⁴² Aunque también dentro de los que adoptan la visión de la justicia correctiva han aparecido detractores marginales de este criterio. Ver supra, p. 106.

equivale a establecer una regla parcial de irresponsabilidad, reduciendo con ello los incentivos para disminuir el riesgo por debajo del nivel óptimo.²⁴³ Puede, por otro lado, sobreestimar el daño, llevando a que el nivel de precaución sobrepase el óptimo de precaución o el de actividad se reduzca bajo el óptimo.²⁴⁴ En ambos casos el bienestar social se reduce respecto del que es posible lograr con las reglas adecuadas.²⁴⁵

Bien puede parecer que una regla semejante no puede ser aplicada a los daños extrapatrimoniales, pues supone que los daños, concebidos como costos, tengan un valor de mercado que pueda ser medido. El análisis económico se ha ocupado de dar su propia respuesta a esa contingencia, tema del cual nos ocuparemos más adelante.

La prevención no es, en nuestro país, uno de los fines normativos de la responsabilidad civil. No hay norma alguna en que pueda encontrar asidero una eventual asignación de tales fines a la responsabilidad, ni doctrina que respalde una opinión semejante.²⁴⁶ Sin embargo, nada impide al Tribunal atender a los

²⁴³ Fernando GÓMEZ y Santos PASTOR, *El derecho de accidentes y la responsabilidad civil: un análisis económico y jurídico*. Anuario de Derecho Civil, 52 (2): 495-538, abril-junio 1999.

²⁴⁴ Debe anotarse que la responsabilidad por culpa responde en menor medida que la responsabilidad estricta a estos "errores" en la valoración de los perjuicios. Robert COOTER y Thomas ULEN, *Derecho y Economía*. México, Fondo de Cultura Económica, 1998. pp. 405-409; y Jesús Ager. *Op. cit.* [nota 205], pp. 110-114.

²⁴⁵ Con todo, la regla antes anunciada no es absoluta. Como han señalado Robert COOTER y Thomas ULEN, los postulados económicos podrían validar la existencia de daños punitivos, a la manera en que son entendidos en el mundo anglosajón. La concesión de una indemnización en exceso de los daños efectivamente sufridos se vería justificada en la existencia de errores de ejecución. Tales errores serían consecuencia de las imperfecciones del sistema de responsabilidad, que impiden que todas las víctimas vean sus daños compensados, y producen en definitiva pérdidas de eficiencia. Ahora bien, ésta podría ser eliminada concediendo daños punitivos por un valor igual a la indemnización multiplicada por la inversa del error de ejecución, entendido este error como la proporción de víctimas compensadas de entre el total de las víctimas. La propuesta de estos autores tendría por objeto ajustar la estimación del daño a las pérdidas globales y, por ende, adopta un referente distinto de los criterios que hemos considerados, en particular de aquellos que naturalmente se asocian a funciones punitivas. *Op. cit.* [nota 244], pp. 442-449.

²⁴⁶ Como en general no la hay en la familia de derecho romano germánico. Algunas excepciones las constituyen Ricardo de ANGEL Yágüez. *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil*. Madrid, Civitas, 1995. pp. 231 y 232; Pablo SALVADOR Cordech y María Teresa CASTIÑEIRA Palou. *Op. cit.* [nota 216], pp. 10 y 11; y Jesús PINTOS Ager. *Op. cit.* [nota 205], p. 68.

efectos que a su juicio tienen las indemnizaciones fijadas en el objetivo de maximización de la riqueza, en tanto dicha consideración no sea contraria a las exigencias de la función compensatoria. Esta posibilidad existe porque los criterios de compensación y prevención consideran un mismo criterio para valorar los daños, afirmación que no obstante será objeto de ulteriores precisiones en este mismo trabajo.

2.2.2.- Condiciones personales del ofensor

Sin necesidad de recurrir a un recuento de las formas que ha adoptado para los autores y jueces, podemos decir que en general este criterio comprende tres circunstancias bien definidas: su culpa – comprendiendo en ella el ánimo de lucro y el desprecio que en su conducta expresa a los bienes jurídicos lesionados por el ilícito -, su capacidad económica y su nivel socio cultural.

Mientras gravedad del daño se asocia al cumplimiento de funciones preventivas o compensatorias, es la función punitiva la que, en su caso, justifica la consideración de las características del hechor, vinculadas al reproche de su conducta en el caso de su nivel socio-cultural y su culpabilidad, y al castigo en el caso de su capacidad económica.²⁴⁷

Por ello trataremos a continuación uno de los pocos casos en que por medios civiles se cumplen funciones propias de la rama penal, cuya separación se produjera hace ya tanto tiempo, según hemos referido, y cuyos resabios

²⁴⁷ El criterio de la culpa ha sido expresamente acogido en el artículo 1558 del Código Civil cuando este dispone sólo la indemnización de los daños previsibles si el deudor ha incurrido en culpa leve o levísima, y la indemnización de todos los perjuicios directos, previsibles o imprevisibles si concurre dolo o, por aplicación del artículo 44, culpa grave. Sin embargo ésta constituye en realidad una limitación de la responsabilidad que dispone la compensación de un parte o el total de los daños causado por el incumplidor según su comportamiento, que tiene base más bien en la distribución de riesgos que las partes hacen al negociar y que por tanto no tiene ninguna finalidad sancionadora. De otro lado, la generalidad de la doctrina estima que la regla no se extiende a la responsabilidad extracontractual.

podemos encontrar en contadísimas instituciones civiles tales como las contempladas en los artículos 1231 y 1786.

Como es de suponer la función punitiva adopta aquí un carácter singular. Por pena entendemos pena privada y por tal aquella que a diferencia de la indemnización persigue castigar al culpable y no reparar el daño, y que a diferencia de la pena propiamente tal se impone en interés de la víctima y no de la sociedad.

Atrás quedaron aquellos que alguna vez, asignaron a la indemnización fines exclusivamente punitivos.²⁴⁸ Sin embargo la dificultad de reducir las pérdidas personales a una suma determinada de dinero ha abierto aquí una brecha para adoptar criterios de valoración que favorezcan el cumplimiento de metas alternativas a la puramente compensatoria, sin que pueda sostenerse que con ello se está desatendiendo su destino fundamental. Así por ejemplo, en el caso del daño patrimonial por regla general resulta más menos clara la suma requerida para compensar el daño, una eventual función sancionadora requeriría fijar una indemnización que excediera el monto de los daños efectivamente causados a la víctima, por lo que nadie se ha atrevido a sostener que en el derecho nacional se deba admitir la condena a daños punitivos, que en cambio es usual en los ordenamientos pertenecientes al derecho anglosajón. Tratándose de los daños extrapatrimoniales, en cambio, la imposibilidad de determinar la suma de dinero que efectivamente corresponde al daño causado ha permitido a renombrados autores sostener que en la fijación de la indemnización se debe atender a la gravedad de la culpa, asignado con ello una función sancionadora a la indemnización, adicionalmente a la función

²⁴⁸ Así lo sostuvieron René DEMOGUE. *Traité des obligations en général*. Tomo IV. Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1923. p. 48; George RIPERT y Jean BOULANGER. *Op. cit.* [nota 26], 94; y René SABATIER. *Traité de la responsabilité civile en droit français*. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1939. p. 102. Por excepción, aún lo afirman Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT y Éric SAVAUX. *Les obligations. Volumen II: Le fait juridique. Quasi-contrats. Responsabilité délictuelle*. 9ª edición. París, Armand Colin, 2001. , p. 131.

satisfactiva que tradicionalmente se le reconoce. La indemnización cumpliría, entonces, una función mixta.

Diversos reparos se pueden hacer a dicha tesis:

En primer lugar, la idea de considerar las características del ofensor al valorar el daño impide que su incardinación en el sistema de responsabilidad civil éste exenta de contradicciones.

Así, si bien la idea puede ser considerada compatible con el sistema clásico de responsabilidad por culpa, no lo es con las más modernas de responsabilidad objetiva o por culpa presunta.

Enseguida, el aspecto punitivo de la indemnización no puede ser considerado en todos aquellos casos en que por diversas razones la carga de la indemnización recae en persona distinta del causante directo del daño, tales son los casos de responsabilidad vicaria, responsabilidad por productos defectuosos y responsabilidad por el hecho ajeno. Argumento de vital importancia si consideramos que los daños corporales habitualmente se dan en el marco de alguna de estos esquemas de responsabilidad.

Lo mismo puede decirse de aquellos casos en que la indemnización es cubierta en todo o en parte por un seguro.

Esta objeción puede ser rebatida excluyendo castigo de todos los casos que hemos mencionado, para conservar en ellos tan sólo la compensación. Tal solución, que excluiría las consideraciones punitivas de la mayoría de los casos de daños corporales, es también susceptible de crítica, al introducir un factor de discriminación arbitraria en contra de todos los que responden por culpa personal, y en favor de aquellos cuya responsabilidad es hecha valer sobre otro patrimonio y que no recibirían castigo alguno.

En segundo término, el postulado que objetamos violenta también los principios básicos que rigen la responsabilidad penal.

La asignación de funciones punitivas a la indemnización significa admitir la imposición de una sanción al margen de las garantías que en un estado de

derecho deben limitar el ejercicio del ius puniendo. Particularmente se vulnera con ella el principio de legalidad de la pena, que se expresa en la fórmula conocida “nulla poena sine lege” y que es recogida en el inciso séptimo del artículo 19 de la Constitución política de la República, así como también el principio “non bis in ídem”, que se vería afectado cada vez que el hecho dañoso sea a la vez un delito o cuasidelito penal, como de hecho ocurre cuando existen lesiones personales.

El argumento literal, por último, constituye un argumento adicional en contra de la tesis que pretende juntar funciones que el legislador se ha esforzado en separar. Así lo establece el artículo 2314: “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”.

Lo mismo se desprende del antiguo Código de Procedimiento Penal que en su artículo 10 dispone: “Se concede acción penal para impetrar la averiguación de todo hecho punible y sancionar, en su caso, el delito que resulte probado.

En el proceso penal podrán deducirse también, con arreglo a las prescripciones de este Código, las acciones civiles que tengan por objeto reparar los efectos civiles del hecho punible, como son, entre otras, las que persigan la restitución de la cosa o su valor, o la indemnización de los perjuicios causados (...)”.

Separación que es predicable también del artículo 59 del actualmente vigente Código Procesal Penal que haciendo la misma distinción aleja aún más ambas acciones, al limitar la procedencia de la acción civil en el proceso penal a aquella que es ejercida por la víctima directamente contra el imputado.

Pero la razón fundamental para negar lugar al cumplimiento de una función mixta es la imposibilidad de servir al mismo tiempo las dos funciones que la componen.

Mientras la función compensatoria adopta la perspectiva de la víctima y de la restitución de su situación mermada por el accidente, la función punitiva atiende al causante del daño y su castigo.

La adopción de criterios propios de la función punitiva significan privar a la víctima de parte de la indemnización que le corresponde por el daño sufrido o, en su caso, concederle una indemnización superior a éste, lo que implica un enriquecimiento sin causa de su parte, y que la consideración del hecho para fijar la indemnización signifique que el causante del daño debe soportar una carga mayor o menor de la que realmente le corresponde en razón de su conducta.

En el campo de los daños corporales esto significa negar las condiciones para el funcionamiento de un sistema coherente. Hemos definido al daño corporal como un daño concreto, objetivo, que se mide por sus consecuencias, que puede ser ordenado de acuerdo a su gravedad, y en que por tanto, el daño es perfectamente discernible del ataque, como también son claramente separables las funciones cuya incompatibilidad venimos alegando. De lo que resulta que otorgando indemnizaciones que no son proporcionales ni al daño sufrido ni al comportamiento observado, se termina por privar a las cuantías concedidas de todo sentido y lo mismo valdrá entonces considerar todos los criterios propuestos que no considerar ninguno de ellos.

Diversos autores comparados consienten en la multiplicidad de funciones del derecho de daños,²⁴⁹ pero son pocos los que admiten entre ellas a las funciones punitivas.²⁵⁰

En la doctrina nacional autores de la talla de Fueyo²⁵¹ y Rodríguez Grez²⁵² defienden la función mixta, en tanto que los igualmente reputados Ducci,²⁵³ Alessandri,²⁵⁴ Tomasello²⁵⁵ y Diez Schwerter²⁵⁶ se pronuncian en contra de ella.

²⁴⁹ Peter CANE. *Op. cit.* [nota 202], pp. 224 y 225. En España Ricardo de ANGEL Yágüez. *Op. cit.* [nota 246], pp. 231 y 232; Pablo SALVADOR Cordech y María Teresa CASTIÑEIRA Palou. *Op. cit.* [nota 216], pp. 10 y 11; y Jesús PINTOS Ager. *Op. cit.* [nota 205], p. 68.

²⁵⁰ Jaime SANTOS BRIZ. *Derecho de daños*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1963. p. 159; Rafael ALVAREZ Vigaray. *La responsabilidad por daño moral*. Anuario de Derecho Civil, 19(1): 81-116, 1966. p. 95; Eduardo A. ZANNONI. *Op. cit.* [nota 8], pp. 325 y 326; Jean CARBONNIER. *Op. cit.* [nota 25], p. 380.

²⁵¹ Eduardo FUEYO Laneri considera perfectamente compatibles ambas funciones, y estima que la reacción contra la violación de un derecho de la personalidad es "(...) necesaria, justa y útil (...)", además de reconfortar a la víctima por el hecho de que el agresor sea sancionado

Diversa es la posición de Domínguez Hidalgo quien en pos de lograr una valoración uniforme de los daños extrapatrimoniales, propone el abandono de la función represiva de la indemnización, al menos en tanto no se logre consenso en torno a este aspecto que, de manera solapada, la indemnización conserva todavía.²⁵⁷

La jurisprudencia ha evitado referirse expresamente a este criterio²⁵⁸ pero puede observarse una tendencia a otorgar mayores indemnizaciones cuando el comportamiento del causante del daño es particularmente negligente o el atentado es simple y llanamente doloso. Otra muestra de una consideración oculta de la culpa como criterio de evaluación es la tendencia a fijar una sola suma alzada a modo de compensación cuando son varios los perjudicados.²⁵⁹

En lo que al derecho comparado concierne, la legislación positiva ha llamado expresamente a considerar la gravedad de la culpa en los artículos 1478 del Código Civil de Québec, 496 del Código Civil portugués, 43 del Código de obligaciones suizo, 1973 del Código Civil peruano, y 18 de la ley italiana sobre daños al medio ambiente.

Op. cit. [nota 9], p. 111. Olvida este autor la diferencia entre el ser y el deber ser, el hecho de que la víctima experimente alegría con la sentencia no quiere decir que su satisfacción personal por el mal causado al responsable deba ser considerado entre los fines normativos de la indemnización.

²⁵² Para Pablo RODRÍGUEZ Grez al daño individual causado por el ilícito le sigue paralelamente un daño social constituido por el debilitamiento del sistema de convivencia, daño cuya reparación debe hacerse a la víctima, ante la imposibilidad de concederla a la sociedad en su conjunto. *Op. cit.* [nota 4], p. 341.

²⁵³ Carlos DUCCI Claro. *Op. cit.* [nota 9], p. 10

²⁵⁴ Arturo ALESSANDIR Rodríguez. *Op. cit.* [nota 3], p. 545

²⁵⁵ Leslie TOMASELLO Hart. *Op. cit.* [nota 4], p. 45.

²⁵⁶ José Luis DIEZ Schwerter. *Op. cit.* [nota 4], p. 249.

²⁵⁷ Carmen DOMÍNGUEZ Hidalgo. *Op. cit.* [nota 4], p. 704.

²⁵⁸ Excepción hecha de la sentencia de primera instancia, de fecha 08 de noviembre de 1939, confirmada por la Corte Suprema sin referirse al tema en Casación en el fondo, que considera expresamente a la indemnización del daño moral como una pena civil (RDJ, Tomo XXX, sección 1ª, pp. 203 y ss.)

²⁵⁹ Aunque, en algunos casos esta inclinación se puede explicar también en la imposibilidad material en que se encuentra el victimario de responder de todo el perjuicio, por exceder este las fuerzas de su patrimonio

Fuera de una eventual función punitiva, es posible aún encontrar otra forma de justificar la atención al patrimonio, ya no del dañador sino del que efectivamente debe hacerse cargo del pago de la indemnización.

Este fenómeno, presente en aquellos casos en que la fortuna del responsable es particularmente grande en comparación con la de la víctima, se daría especialmente cuando la demanda se dirige a una persona jurídica o la indemnización está cubierta por un seguro.²⁶⁰ Detrás de la acción se hallaría la intuición de que el mal provocado al demandado es pequeño en comparación con el bien hecho a la víctima menesterosa.

No existe en realidad ningún asidero para esta suerte de consideración redistributiva que es posible encontrar en algunos fallos, razón misma que ha impedido que la expresión de dicha fundamentación haya acompañado a la utilización de semejante criterio.

Bien lo expresan los Mazeaud y Tunc, cuando señalan: “(...) que es una liberalidad la que le hace el juez [a la víctima] con el dinero del responsable. El juez se cree generoso. Pero la generosidad resulta fácil con el dinero de los demás”.²⁶¹

No obstante lo indicado, razones distintas al castigo de la víctima hacen aconsejable, en casos excepcionales considerar las características del causante al valorar el daño.

Alguna doctrina²⁶² y jurisprudencia ha sostenido que la culpa o dolo del hechor determina la gravedad del daño pues incrementa al sufrimiento de la víctima, su sensación de indefensión y de menoscabo ante el actuar despreocupado o incluso despiadado del ofensor, por lo que obviamente debería ser considerado a la hora de fijar la indemnización. Debe observarse sin embargo que si bien

²⁶⁰ Se refiere a él Ricardo de ANGEL Yágüez. *Op. cit.* [nota 246], p. 59.

²⁶¹ Henri MAZEAUD, Léon MAZEAUD y André TUNC. *Op. cit.* [nota 23] (Tomo III. Volumen I). Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963. p. 563.

²⁶² Pablo RODRÍGUEZ Grez. *Op. cit.* [nota 4], p. 339 y Francisco GARCÍA Serrano. *El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil*. Anuario de Derecho Civil, 25 (3): 799-851, 1972. p. 836.

tales circunstancias pueden tener alguna influencia en otras clases de daños extrapatrimoniales, no ocurre lo mismo en el caso de los daños corporales, en los que tienen una cabida muy relativa y sólo en el supuesto marginal del *pretium doloris*.²⁶³

Si el alza de la indemnización en atención de la gravedad de la conducta del hechor es escasamente admisible, su rebaja en cambio, cuando las fuerzas patrimoniales de éste no le permitan asumir todo el peso del daño causado, parece una exigencia de justicia.

Los hechos nos señalan que el centro de imputación de responsabilidad es, sobre todo cuando se trata de una persona natural, un ser con recursos limitados, cuya responsabilidad puede provenir de un leve descuido y del que pueden depender otros seres humanos que ninguna intervención han tenido en el suceso, pero que también se ven alcanzados por sus efectos.

Aunque la función de la suma de dinero es en derecho compensar, en los hechos es también castigo para la víctima, lo que obliga al derecho a atemperar la estricta aplicación de sus postulados teóricos para adecuarlos a la realidad. Otra razón se suma a la ya mencionada, no vinculada ya a la protección del victimario sino del sistema judicial y de la víctima que impone al juez la obligación de velar por la efectividad de sus decisiones, atendiendo a la posibilidad real de que estas sean cumplidas, la que debe ser al menos razonable.

De lo expuesto se sigue que la capacidad económica del causante del daño sólo debe ser un criterio a considerar en el caso descrito y a efectos de limitar, no de incrementar, la indemnización. Desde luego, esta posibilidad se excluye en el caso y en la medida en que la indemnización este cubierta por un seguro.

²⁶³ En contra de la agravación de la indemnización por el dolo del autor se pronuncia Carmen DOMÍNGUEZ Hidalgo, por considerar que no existe evidencia empírica que demuestre que este elemento agrave el perjuicio de la víctima. *Op. cit.* [nota 4], p. 125; y W. V. H. ROGERS llama la atención sobre el riesgo de alentar a la víctima a tomar una actitud negativa frente a su mala fortuna y el esfuerzo adicional que significa indagar en su reacción frente al daño. *Op. cit.* [nota 102], p. 256.

Algunos países han acogido expresamente este criterio en el seno de sus legislaciones. Así se desprende de lo dispuesto en los artículos 907 y 1069 del Código civil argentino, 6:109 del Código Civil holandés, 44 del Código de Obligaciones suizo y 440 del Código Civil polaco. Se excluyen del ámbito de aplicación de los dos últimos preceptos aquellos casos en que el perjuicio se ha causado con dolo o grave negligencia.

Aunque diversos son los fallos nacionales que se pronuncian por la admisión o el rechazo de este criterio,²⁶⁴ sólo unos pocos se refieren a él en el sentido específico que nosotros apoyamos. La respuesta no es concluyente; mientras que el 08 de agosto de 1968 la Corte Suprema se pronuncia a favor,²⁶⁵ unos meses después, el 29 de noviembre del mismo año, lo hace en contra.²⁶⁶

Dentro de la doctrina, algunos de los autores que asignan a la indemnización una función compensatoria consideran este criterio en el sentido restringido que hemos defendido.²⁶⁷

²⁶⁴ Corte Suprema, 26 de agosto de 1941 (RDJ, Tomo XXXIX, sección 1ª, pp. 203 y ss.); Sentencia del juez Adolfo Bañados Cuadra, de 19 de octubre de 1959, confirmada por la Corte de Santiago el 4 de octubre de 1961 y por la Corte Suprema el 30 de marzo de 1962 a favor de considerar la fortuna de la demandada Empresa periodística La Nación, de gran circulación (RDJ, Tomo LIX, sección 4ª, pp. 25 y ss.); Corte de Apelaciones de Temuco, 25 de junio de 1963 (RDJ, Tomo LX, sección 4ª, pp. 290 y ss.); Corte Suprema, 19 de abril de 1984 (RDJ, Tomo LXXXI, sección 4ª, pp. 29 y ss.); Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de marzo de 1985 (RDJ, Tomo LXXXII, sección 2ª, pp. 6 y ss.); Corte de Apelaciones de Rancagua, 18 de marzo de 1986 (RDJ, Tomo LXXXIII, sección 4ª, pp. 36 y ss.); Corte Suprema, 24 de septiembre de 1986 (RDJ, Tomo LXXXIII, sección 4ª, pp. 191 y ss.); Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de enero de 1990 (GJ, N° 115, pp. 70 y ss.); Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de septiembre de 1990 (RDJ, Tomo LXXXVII, sección 3ª, pp. 167 y ss.); y Corte de Apelaciones de Santiago, 4 de septiembre de 1991 (RDJ, Tomo LXXXVII, sección 4ª, pp. 138 y ss.); y Corte de Apelaciones de Santiago, 12 de marzo de 1992 (RDJ, Tomo LXXXIX, sección 3ª, pp. 11 y ss.). Todas recopiladas por José Luis DIEZ Schwerter. *Op. cit.* [nota 4], p. 254-255.

²⁶⁵ (RDJ, Tomo LXV, sección 4ª, pp. 323 y ss.)

²⁶⁶ (RDJ, Tomo LXV, sección 4ª, pp. 187 y ss.). Jorge LÓPEZ Santa María ha criticando éste fallo por estimar que, supuesto que no hay equivalencia posible entre daño e indemnización, la valoración discrecional autoriza y la equidad exige al tribunal, tomar en consideración la situación económica de las partes. No fundamenta este autor a que obedece este aserto, que va mucho más allá de los límites del caso concreto a que se refiere la sentencia. *La posición económica de la víctima como elemento para la fijación del monto de la indemnización. A propósito de un fallo de la Corte Suprema de 29 de noviembre de 1968.* Revista de Ciencias Jurídicas, (1): 95-103, marzo de 1971.

²⁶⁷ Henri MAZEAUD, Léon MAZEAUD y André TUNC. *Op. cit.* [nota 23] (volumen 3), pp. 597 y 598.

2.2.3.- Condiciones personales del ofendido

Esta categoría se refiere a su situación económica, nivel socio cultural, a sensibilidad y a la culpa con que la víctima haya contribuido a producir el daño que ella misma sufre.

La consideración de la situación económica de la víctima surge, tal como otros criterios que hemos aceptado, de la función compensatoria asignada a la indemnización. Transformada ésta en satisfactiva en sede de daño extrapatrimonial, pareciera en principio que los beneficios compensatorios que la indemnización debe procurar al damnificado pasan a depender de su actual nivel de riqueza.

Tal situación encontraría explicación en la función decreciente de la utilidad marginal del dinero. Dado que cada unidad adicional de dinero aportan a la víctima un nivel de satisfacción menor, en términos de necesidades, la cantidad necesaria de éste para proporcionar un placer adicional se encuentra en relación inversamente proporcional con el nivel de riqueza del ofendido por el ilícito. Lo que es un viaje por el mundo para el pobre, no lo será para el rico, y así sucesivamente.

La intuición inicial pronto desaparece cuando comprende que la función satisfactiva no supone, es más, niega la equivalencia entre el menoscabo y el placer a que se puede acceder en virtud de la indemnización. A ello se suma el carácter objetivo del daño, que hemos defendido anteriormente y que descarta de plano que la fortuna de la víctima tenga alguna importancia en el cálculo del

resarcimiento. Si la existencia y la entidad del daño no están supeditadas a la representación que de él se haga la víctima, mal lo puede ser su remedio.

Aunque la lógica indica que de haber alguna relación entre la riqueza de la víctima y el monto de la indemnización esta es directamente proporcional, algunas opiniones sostienen que la relación es la inversa, es decir, que entre menores sean los recursos económicos de la víctima mayor debe ser la indemnización y viceversa. No se divisa cual puede ser el fundamento teórico de semejante postulado, pero sí los peligros que encierra, pues por medio de el nuevamente se incorporan al derecho de daños objetivos distributivos que esta institución no debe ni puede cumplir satisfactoriamente.

Si bien son varios los fallos²⁶⁸ que acogen éste criterio de valoración, la mayor parte de ellos no señala en que sentido debe éste influir en la cuantía de la indemnización. Como excepción puede citarse el fallo de la Corte Suprema, de 8 de noviembre de 1944 de acuerdo a la cual el daño moral debe ser indemnizado “(...) especialmente cuando se trata de demandantes de escasos recursos económicos (...)”²⁶⁹.

En el sentido inverso se pronuncia la sentencia arbitral a propósito del accidente del avión de la línea aérea Faucett en Arequipa Perú, la que acogiendo la primera de las tesis que hemos rechazado, considera relevante al fijar la indemnización que “Respecto de los demandantes de autos prácticamente todos son profesionales de éxito; todos enviaron a sus hijos a buenos colegios y les daban educación superior en instituciones de prestigio; tenían la posibilidad de viajar fuera de Chile, en fin, llevaban una buena y cómoda vida, considerada en términos de satisfacción de necesidades. Resulta lógico,

²⁶⁸ Sentencia del juez Adolfo Bañados Cuadra, de 19 de octubre de 1959, confirmada por la Corte de Santiago el 4 de octubre de 1961 y por la Corte Suprema el 30 de marzo de 1962 (RDJ, Tomo LIX, sección 4ª, pp. 25 y ss.); Corte de Apelaciones de Temuco, 25 de junio de 1963 (RDJ, Tomo LX, sección 4ª, pp. 290 y ss.); Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de marzo de 1985 (RDJ, Tomo LXXXII, sección 2ª, pp. 6 y ss.); Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de septiembre de 1990 (RDJ, Tomo LXXXVII, sección 3ª, pp. 167 y ss.); y Corte de Apelaciones de Santiago, 4 de septiembre de 1991 (RDJ, Tomo LXXXVII, sección 4ª, pp. 138 y ss.). Todas recopiladas por José Luis DIEZ Schwerter. Op. cit [nota 4], pp. 254 y 255.

²⁶⁹ (RDJ, Tomo XLII, sección 1ª, pp. 392-399).

entonces, concluir que aquellos placeres o gustos de que nos habla el profesor Fernando Fueyo y que permiten de alguna manera sobrellevar el dolor, deben ser tomados en cuenta al regular la indemnización del daño moral de modo que ello se condiga con la situación y régimen de vida de la persona que sufre el daño”.²⁷⁰

Tan excepcionales como los anteriores son los fallos que expresamente se pronuncian en contra de este criterio.²⁷¹

La doctrina que admite este criterio parece inclinarse en el sentido de otorgar sumas más altas a quien menos tiene y más bajas a quien tiene más.²⁷²

Más relativa es la admisibilidad de la situación socio-cultural de la víctima, que sólo puede tener importancia indirectamente, en cuanto susceptible de influir en la gravedad del daño. Si bien es posible que este factor tenga una ingerencia como la descrita cuando se trata de la lesión de bienes tales como el honor, ninguna influencia tiene en lo que respecta a los daños corporales.²⁷³

La sensibilidad particular de la víctima, es un criterio que tiene un valor muy relativo.²⁷⁴ Ligado exclusivamente al daño moral puro, obedece al deseo de

²⁷⁰ “González y otros con Compañía de Aviación Faucett y otra”, dictada con fecha 30 de enero de 1998, por el arbitro Juan Achurra. p. 109.

²⁷¹ Siguiendo las enseñanzas de Arturo ALESSANDRI Rodríguez, quien lo descarta en beneficio de la gravedad del daño como único referente válido para ponderar la indemnización (Op. cit. [nota 3], p. 565) lo hacen las sentencias de la Corte Suprema, de 29 de noviembre de 1968 (RDJ, Tomo LXV, sección 4ª, pp. 323-XXX); y de la Corte de Apelaciones de Temuco, 29 de junio de 1972 (RDJ, sección 4ª, pp. 66-80).

²⁷² Jorge LÓPEZ Santa María. *Op. cit.* [nota 266], p. 103; Fernando FUEYO Laneri. *Op. cit.* [nota 9], p. 110; y Cristián AEDO Barrena. *Op. cit.* [nota 10], 355.

²⁷³ Aunque la jurisprudencia también lo haya tomado en cuenta en casos de lesiones. Así lo hacen entre otras las sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago, del 13 de marzo de 1985 (RDJ, Tomo XXXII, sección 2ª, pp. 6 y ss.) y del 1ª de julio de 1997 (RDJ, Tomo XCV, sección 2ª, pp. 79 y ss.); y la de la Corte de Apelaciones de San Miguel, del 24 de agosto de 1995 (RDJ, Tomo XCII, sección 4ª, pp. 161 y ss.). También defienden este criterio Henri y León MAZEAUD, y André TUNC cuando el perjuicio consiste en una disminución de las facultades mentales de la víctima. *Op. cit.* [nota 23], 588.

²⁷⁴ En la doctrina nacional defiende semejante criterio Pablo RODRÍGUEZ Grez. *Op. cit.* [nota 4], p. 340; y Arturo ALESSANDRI Rodríguez. *Op. cit.* [nota 3], p. 561. En el derecho francés también lo han hecho Henri y León MAZEAUD, y André TUNC, en pos de una valoración estrictamente concreta. “(...) lo que el juez debe averiguar es el daño efectivamente sufrido por la víctima, no el perjuicio que hubiera experimentado en su lugar otra persona, un tipo abstracto, una víctima normal. La evaluación del perjuicio se hace in concreto, el daño se avalúa a través de la víctima; porque la víctima tiene derecho a la reparación íntegra del perjuicio sufrido por ella. El autor de la culpa debe reparación de todo el perjuicio que le haya

ponderar el particular impacto que el evento dañoso ha tenido en la víctima. Se debe ser muy cauto en la aplicación de este criterio pues la personalización del daño, justificada en el carácter subjetivo del *pretium doloris* que alude justamente a la percepción del daño que ha tenido la víctima, sólo puede tener lugar dentro de los márgenes de la normalidad, pues fuera de ellos el daño no sería causalmente atribuible al demandado.

Por último nos encontramos con el único criterio que ha sido considerado por nuestro legislador, nos referimos a la culpa de la víctima que, de acuerdo al artículo 2329 autoriza al juez a reducir la indemnización que a ella corresponde. No se trata aquí en realidad de una característica de la víctima sino de un factor que, en cuanto incide en la causalidad del daño, determina la gravedad de éste. En efecto, el daño que resulta de la acción del ofensor - el causado por éste y del cual debe responder - no corresponde al total del daño sufrido por la víctima, sino sólo a parte de él. El remanente se debe a la acción negligente de la víctima y su costo, en consecuencia, debe recaer exclusivamente sobre sus hombros.

2.2.4.- Estudio comparativo de los criterios de valoración en los países Europeos.

El “European Centre for Tort and Insurance Law”, con sede en Viena, dirigió en el año 1999 un estudio acerca de la indemnización de los daños extrapatrimoniales en la Unión Europea. En la investigación participaron representantes de 10 países europeos, quienes, en base a un cuestionario tipo, elaboraron un informe cuyo principal punto de atención fueron los daños corporales.

causado a la víctima, sin poder sostener que otro habría sufrido menos”. Op. cit. [nota 23], p. 588.

Uno de los temas sobre los que recayó este estudio fueron justamente los criterios de valoración y las funciones que la indemnización cumplía, tratándose de daños corporales, en sus respectivos ordenamientos jurídicos, por lo que hemos estimado de interés reproducir muy sucintamente los resultados a los que se llegó en esta materia.

La informe menciona cuatro funciones que la indemnización puede cumplir respecto de los daños corporales: compensatoria, punitiva, satisfactiva y funcional.

En él la función satisfactiva no es entendida en sentido que le ha dado nuestro doctrina, sino más bien como el recurso institucionalizado a la venganza privada, no muy diverso del utilizado por los pueblos primitivos como hemos comentado, “almost in the duellist’s sense – réparation par les armes- for what has been to him”

En la aproximación funcional, también desconocida para nosotros, la indemnización está destinada a permitir a la víctima comprar comodidades alternativas. Esta tiene, en consecuencia, un sentido muy similar al que se le da en nuestro país a la función satisfactiva.

Estructurados en orden al cumplimiento de una o más de estas funciones, como podremos observar los países estudiados han adoptado criterios de valoración acordes con dichas funciones.

Con toda la precisión que es posible lograr en el sondeo de las instituciones jurídicas de un país, nunca por completo coherentes y siempre mutables, las conclusiones a que llegó la investigación realizada son los siguientes:

1.- Austria: En el ordenamiento austriaco la indemnización persigue compensar en un sentido más bien funcional.

La valoración del daño atiende a su gravedad y se mide en base a indicadores objetivos tales como la lesión y su influencia en la forma de vida de la víctima, por lo mismo sólo se toma como referente a un individuo con una vida

emocional normal. Si se considera que un comportamiento particularmente negligente de parte del dañador es apto para incrementar el daño mental. Por el contrario, no se toma en cuenta ni la riqueza, ni la situación social de las partes.

2.- Bélgica: Al igual que el anterior ordenamiento, la indemnización busca compensar los menoscabos corporales de una manera funcional, tomando como principio base para ello el de reparación integral. Sólo se atiende a la gravedad del daño para determinar la indemnización.

3.- Inglaterra: La indemnización es compensatoria y atiende a la “objetiva disminución del valor” que implica la lesión corporal sufrida por la víctima.

A más de la suma de dinero que corresponde a la gravedad del daño, es posible obtener una indemnización adicional por el daño extra que ha sufrido el damnificado debido al impacto psicológico que la ha producido el comportamiento del ofensor cuando este ha ejecutado dolosamente el ilícito.

Los criterios relativos a las características de las partes han sido rechazados y especialmente se ha descartado el argumento de que una persona rica requiere menor “consuelo” que una pobre o que, por el contrario, la primera requiere más dinero para comprar “consuelo” equivalente que la segunda.

4.- Francia: También aquí la indemnización es eminentemente compensatoria. Las aproximaciones punitivas de principios del siglo pasado ya han sido olvidadas aun cuando puede estimarse que en las indemnizaciones aún persisten elementos punitivos residuales. También existe una aproximación funcional, pero – estima el autor – esta no es capaz de explicar porqué se indemnizan las víctimas en coma.

La compensación de la víctima adopta una perspectiva objetiva del daño y por tanto no se consideran criterios ajenos al daño mismo aunque la situación de las partes puede influir indirectamente a través del perjuicio de agrado.

5.- Alemania: En este país la indemnización persigue cumplir una función compensatoria y dentro de ésta se ha adoptado una perspectiva funcional. Adicionalmente, también se ha perseguido con la indemnización dar a la víctima

satisfacción por el daño causado - “Genugtuungsfunktion” - lo que ha sido objeto de severas críticas.

Por último el recién acuñado concepto de “Zerstörung der Persönlichkeit” justifica la indemnización, con base en la protección constitucional de la dignidad humana - “Wünderfunktion” -, cuando, por encontrarse la víctima inconciente, no pueden cumplirse la restantes funciones que el ordenamiento contempla.

La amalgama de funciones contempladas en este ordenamiento explica que en la valoración del daño se consideren la gravedad y duración del daño, las circunstancias del evento dañoso, culpa de ambas partes, la situación personal de la víctima, situación económica de ambas partes y la existencia de un seguro.

6.- Grecia: A diferencia de los demás países la indemnización en este país persigue sólo satisfacer a la víctima, por lo que al valorar el daño se toma en consideración no sólo la gravedad del daño, sino también la gravedad de la conducta y la situación social y económica de ambas partes

7.- Italia: Aunque en el derecho italiano se ha adoptado una aproximación funcional el grado de negligencia es tomado en consideración en “alguna medida”. En cambio, no se presta atención alguna a la riqueza, ni la posición social de las partes.

8.- Holanda: Las dos funciones más importantes que se persiguen con la indemnización en este ordenamiento son compensación y satisfacción. En consecuencia al valorar el daño se considera la gravedad del mismo, como también la culpa del responsable pero sólo en cuanto aumenta el daño inflingido a la víctima, no así los demás criterios relativos a las características de las partes. Como excepción se considera la situación económica del dañador, cuando las fuerzas de su patrimonio no son capaces de cubrir el importe total de la indemnización.

9.- Polonia: El sistema holandés es compensatorio, pero se considera que la indemnización debe ajustarse a las características particulares del caso por lo que no es posible seguir un esquema rígido. En términos muy generales se puede decir que lo más importante es la gravedad del daño, pero se deben tomar en cuenta todas las circunstancias del caso. Por lo tanto se puede también considerar la culpa del causante y la situación económica del demandante si el caso así lo amerita. El artículo 440 del Código Civil permite limitar la indemnización si los principios de coexistencia social atendida la situación económica de las partes así lo requieren.

10.- España: Es compensatoria pero de la misma manera que ocurre en nuestro país en el carácter que nosotros llamamos satisfactivo.

Los únicos criterios de valoración que se consideran son la gravedad del daño y la culpa del demandado, entendido este último sólo como un factor que puede incrementar el dolor de la víctima.

Es posible concluir del análisis efectuado que la mayor parte de los países que conforman la Unión Europea tienen una visión de la indemnización de los daños corporales, desde la perspectiva de sus fines, bastante similar a la nuestra, adoptando lo que aquí hemos denominado función satisfactiva de la indemnización y, asimismo, que han adoptado criterios de valoración similares a los que nosotros hemos defendido en este trabajo.

Es de notar además que en la adopción de esta función se ha renunciado a toda idea de equivalencia entre daño e indemnización, y que ésta es perfectamente compatible además con la idea de pérdida objetiva, pues como se ha podido observar ninguno de los países que tienen esta aproximación adopta la riqueza de las partes como un referente.

2.3.- CRITERIOS CUANTITATIVOS DE VALORACIÓN

Habiendo ya determinado las categorías de daño que nos parecen relevantes a efectos de su indemnización y asumiendo que sólo debemos considerar la gravedad del daño a efectos de ponderarla, resta determinar la forma en que habremos de traducir esa valoración cualitativa y cuantitativa que hemos analizado en una suma de dinero determinada.

Si se considera el estado actual de la reflexión de la doctrina nacional sobre el tema, bien podría pensarse que nuestro trabajo ha concluido en el capítulo anterior pues la tarea a la que ahora nos enfrentamos constituye un imposible. Por cierto que tanto nuestra literatura jurídica como nuestras sentencias están llenas de aseveraciones que apoyan esta idea, afirmando que la pérdida de estos bienes que hemos denominado “corporales” no encuentra equivalencia en suma monetaria alguna, que es inconmensurable, que no tiene precio.

Resulta incontestable que si nos resignáramos a tales ideas todo nuestro trabajo habría sido estéril, pues de nada sirve unificar criterios en torno a la valoración de estos daños, si tales criterios no pueden expresarse adecuadamente en cifras numéricas uniformes. Con todo, no pretendemos aquí negar la verdad de las afirmaciones que rechazan la existencia de una equivalencia entre el dinero y los bienes extrapatrimoniales, sino tan sólo reflexionar sobre los supuestos en que descansan dichas afirmaciones e intentar idear una salida a este importante escollo.

2.3.1.- La propuesta del análisis económico del derecho

Como hemos señalado, para satisfacer el principio de reparación integral es necesario que la indemnización coloque a la víctima en una situación lo más similar posible a aquella en que se encontraría de no haberse producido el accidente. En términos económicos ello significa que la indemnización debe colocar a la víctima en una situación de indiferencia, la suma de dinero debe ser tal que para ésta sea lo mismo recibirla o sufrir el daño.

Se puede advertir fácilmente que tal situación de indiferencia no existe, ya que el común de las personas no está dispuesta a sacrificar su integridad corporal por cantidad dineraria alguna. Es justamente lo que ha llevado a decir que se trata de bienes que “no tienen precio”. Los economistas han intentado demostrar que tal circunstancia se debe, no a que esta suma de dinero no exista, sino a que su monto tiende al infinito.

La razón es muy simple y reside en la ley de los rendimientos decrecientes.

Las lesiones a la integridad física, especialmente si son graves, afectan a la función de utilidad que el dinero tiene para la víctima en forma directamente proporcional a la incapacidad resultante de ellas, desde que disminuyen la cantidad de placer a que ella puede optar con ese dinero. En palabras de Posner “con frecuencia será necesaria una cantidad de dinero muy grande para colocar a la víctima en la misma posición de satisfacción relativa que ocupaba antes del accidente”.²⁷⁵

Consideremos, por ejemplo, que la víctima pierde la movilidad de sus piernas como consecuencia del accidente. “Supongamos – simplificando la realidad – que antes del accidente este individuo distribuía su dinero y tiempo fundamentalmente en dos actividades, hasta que la utilidad marginal que le producía la primera – por ejemplo, montar en bicicleta – era igual a la que obtenía con su otra afición – por ejemplo, escuchar música -. Tras el accidente, aunque mantenga el mismo nivel de riqueza tendrá que dedicarse a actividades más relajadas y que no requieran el empleo de las piernas, de modo que tendrá que escuchar música hasta el nivel en que aparece la saciedad y por lo tanto, la utilidad marginal de cada peseta que se gaste en discos es menor que la de esa misma peseta antes del accidente”.²⁷⁶

Dicho de otra manera, las satisfacciones de que se ha visto privada la víctima son de tal entidad, que las satisfacciones restantes que puede procurarse con el

²⁷⁵ Richard A. POSNER. *Op. cit.* [nota 221], p. 189.

²⁷⁶ Jesús PINTOS Ager. *Op. cit.* [nota 205], p. 92.

dinero recibido no pueden en ningún caso reemplazar a las definitivamente perdidas. Casos de lesiones graves como los de parálisis o tetraplejias son particularmente expresivos de esta circunstancia. En el caso extremo de muerte, por su parte, la utilidad del dinero se reduce a 0.

De esta forma queda patente que el dinero es una pobre medida de compensación para esta clase de pérdidas. Harían falta enormes cantidades de dinero para causar un aumento mínimo en el bienestar del individuo perjudicado, en los casos más graves la suma necesaria para compensar estos daños sería tan extraordinariamente grande que sería imposible de solventar. Para los economistas entonces no se trata de que la vida no tenga un precio, sino de que este no puede pagarse.

Dentro del mismo marco teórico, a parte de los reparos que puede merecer el hecho de derivar semejante cantidad de recursos hacia un uso que difícilmente puede calificarse de eficiente,²⁷⁷ se sostiene que mal puede ser éste el enfoque adecuado para ponderar la indemnización de los daños personales. La sociedad no está en condiciones de asumir un costo tan grande que significaría virtualmente dejar de desarrollar todas las actividades susceptibles de producir accidentes fatales. La función disuasiva impondría sobre nuestros hombros un costo verdaderamente prohibitivo. La experiencia nos indica, por el contrario, que no sólo permitimos sino también participamos de semejantes actividades, actividades tan cotidianas como andar en automóvil, abrir una botella o incluso salir a la calle.²⁷⁸

²⁷⁷ "Even where it is possible, by enormous payments, to just barely recompense the victim of personal injury, it is not immediately obvious that the creation of blind billionaires living in profligate luxury (and so compensating, with pleasures that large amounts of money will buy, for the lost pleasures that it cannot buy) is a good idea (...) Hence 'full compensation' involves transferring income from uninjured persons, who can receive large benefits from each dollar, to injured (and already partly compensated) persons who receive very small benefits from each dollar. Intuitively it seems that although this may be fair it is also wasteful;" David FRIEDMAN. *What is a "fair compensation" for death or injury?* International Review of Law & Economics, 2(1): 81-93, 1982. pp. 81 y 83.

²⁷⁸ Vid. *supra*, pp. 107 y ss.

Es por esta causa que se haya propuesto un mecanismo alternativo para evaluación del daño moral: el llamado método del “willingness to accept” (WTA) o “willingness to pay” (WTP), es decir, de propensión a pagar por evitar el riesgo o a aceptar una compensación por asumirlo, también conocido, en términos más generales, como el Hedonic value-of-life.

El método se basa en la elemental observación de que si bien normalmente no es posible encontrar actos que envuelvan el sacrificio directo de la integridad corporal por una suma de dinero, sí existen diversas situaciones cotidianas en que aceptamos aumentar el riesgo de pérdida o menoscabo a cambio de dinero o algún otro beneficio que estimamos valiosos y, viceversa, pagamos dinero o nos privamos de alguna satisfacción a cambio de disminuir ese riesgo. Los ejemplos son innumerables: quien opta por fumar se expone libremente al riesgo de contraer cáncer pulmonar, quien compra un automóvil con mayores dispositivos de seguridad disminuye la posibilidad de morir, al paso que la aumenta quien practica deportes de alto riesgo, acepta trabajos riesgosos, u opta por vivir en una ciudad altamente contaminada frente a la posibilidad de vivir en una urbe con menor contaminación.

Si la diferencia radica en la utilidad que tiene el dinero ex-ante del accidente, cuando lo que enfrentamos es sólo un riesgo, y ex-post, cuando ese riesgo se ha materializado en un menoscabo incapacitante, entonces, han reflexionado los economistas, es necesario retrotraer esa valoración hasta antes del accidente, cuando lo que existe es sólo un riesgo.

De acuerdo con esa idea, analizando la suma que las personas están dispuestas a aceptar o a pagar por un diferencial de riesgo, es posible, extrapolando linealmente la cantidad de dinero que equivale a la fracción de riesgo asumido o evitado, determinar la suma necesaria para compensar a la víctima si ese riesgo, ese daño potencial, se materializa en un daño real.

Considérese pues el caso de una persona que acepta un trabajo más riesgoso a cambio de un salario más alto. Supongamos que al sujeto en cuestión se le

ofrece un trabajo idéntico a aquel en que se desempeña, el nuevo trabajo tiene un riesgo mensual de muerte de 1 en 1.000, pero la remuneración es mayor en \$100.000. De acuerdo a esta teoría, si el sujeto acepta este trabajo y cualquier salario menor que el ofrecido le llevaría a rechazarlo, entonces, el precio que éste pone a su vida y, en consecuencia, la cantidad necesaria para compensarlo por su pérdida es de \$100.000.000.

Este método, que ya ha sido utilizado por algunos tribunales norteamericanos para valorar el hedonic damages,²⁷⁹ opera en base a un valor de la vida estadístico, que resulta del análisis de distintas actividades y decisiones que importan cambios de dinero por niveles de riesgo. El cálculo de la indemnización, entonces, no toma en consideración las características particulares de la víctima, como no sea su expectativa de vida.

La teoría ha generado una acalorada polémica en el ambiente académico, y ha sido objeto de disensiones aún entre sus mismos partidarios, quienes no han aunado criterios en torno a la forma más adecuada para medir el valor que asignan los sujetos a los pequeños incrementos de riesgo, lo que afecta la validez de toda la propuesta.

Del lado de sus detractores se ha puesto en duda que algo como el WTA o WTP, utilizado con éxito como antecedente para la adopción de políticas públicas, pueda ser sacado del ese ámbito para ser utilizado en el cálculo de las indemnizaciones por daños corporales. Las principales críticas son, a decir del autor norteamericano Richard Raymond,²⁸⁰ las que siguen:

En primer lugar, la dificultad de reducir a una cifra única el resultado obtenido del análisis de actividades totalmente diversas, que abarcan distintos sujetos

²⁷⁹ Al respecto vease *supra*, pp. 54 y ss.

²⁸⁰ *The use, or abuse, of hedonic value-of-life in personal injury and death cases*. American Academy of Economics and Financial Experts Journal of Legal Economics. (9): 69-91. Invierno 1999-2000.

enfrentados a distintos tipos de riesgo, lo cual se traduce en una variabilidad extrema de los VOLs propuestos por los distintos autores.²⁸¹

En segundo lugar la dependencia que este valor tiene de las características particulares de cada sujeto que son independientes de “su propia capacidad para disfrutar la vida”, tales como su aversión al riesgo o riqueza.

Y por último el problema que supone ajustar este VOL, que esta referido únicamente al supuesto de muerte, a las diferentes lesiones de que puede ser objeto el ser humano, punto sobre el cual no se ha generado ningún consenso en el ámbito norteamericano.

Estos problemas que en la práctica ha generado el cálculo del VOL han provocado que su utilización en juicio haya sido hasta ahora escasa.

Sin embargo, la objeción fundamental que ha merecido este método proviene del supuesto en que se funda, a saber, que de la propensión a pagar – o recibir – por evitar – o asumir – un riesgo pequeño puede deducirse el valor que un individuo da a su vida.

Contraría el más elemental sentido de razón el suponer que una persona cambiaría su vida por \$100.000.000, aunque sea fundada en que esta misma persona ha consentido en asumir un 0.1% de riesgo adicional de muerte

Dicha suposición desconoce la forma en que realmente operan y toman sus decisiones los seres humanos, aun cuando estos sean maximizadores racionales y estén en condiciones de información perfecta. De un lado, debe aceptarse como incontestable que las personas que asumen riesgos no piensan en realidad que éste se va a materializar efectivamente, de otro lado, la utilidad de los individuos en función del riesgo no es lineal como supone el modelo.

Analicemos este último punto. El método de la propensión a pagar soslaya la diferencia que existe entre pasar de una probabilidad de morir de un 1% a un 0% y la de pasar de una de un 99% a un 98%. No es necesario ser un buen

²⁸¹ Las diferencias son tales que las sumas propuestas van de US 1.000.000 a US 16.000.000, según valores de 1982.

observador para notar que cualquier individuo estaría dispuesto a pagar mucho más en el segundo caso que en el primero, aunque la disminución del riesgo, un 1%, en ambos es la misma. Piénsese, por ejemplo, en la propensión a pagar de un individuo de clase media por instalar airbag en su automóvil, frente a la propensión a pagar del mismo individuo por una operación costosísima pero necesaria para extirpar un tumor maligno que le causará la muerte.

Esta crítica tiene, a nuestros ojos, el mérito de revelar el verdadero alcance que tiene el método de la propensión a pagar por evitar el riesgo.

Los mismos economistas han dejado claro que el dinero es un sucedáneo imperfecto de la reparación – imposible – del daño causado. La fórmula propuesta encara la misma limitación, no obstante lo cual - en el evento de que el VOL efectivamente pueda ser calculado - constituye un excelente criterio para el objetivo de prevención, ya que justamente parte de la base del costo social de la actividad, medido por el riesgo que impone a quienes se someten a ella y, por lo mismo, de distribución en los casos en que la responsabilidad civil también la permite.

Ello demuestra también que el daño considerado a efectos de compensar es, al menos en este caso, distinto del que es relevante a la hora de disuadir conductas dañosas. La suma óptima para prevenir no es la suma óptima para compensar - si es que esta existe -, porque el valor que una persona da a su vida no es igual al que por ella darían los demás. Por este motivo al momento de disuadir resulta adecuado recurrir a la idea de riesgo más que a la de daño.

2.3.2.- Valoración cuantitativa a la luz de las funciones de la responsabilidad civil

La indemnización de los daños extrapatrimoniales y por tanto, también de los daños corporales, esta presidida fundamentalmente por la función satisfactiva. A ella debemos recurrir en primer lugar en busca de algún parámetro para fijar

el monto de la indemnización. Sin embargo, a pesar del importante rol que ha jugado para determinar los criterios cuantitativos que han de considerarse para fijar la indemnización, debido a la falta de equivalencia que ésta supone entre el daño y la indemnización, es incapaz de suministrarnos criterios objetivos para determinar su cuantía.

Pero la indemnización también constituye expresión del valor que la sociedad asigna a los bienes extrapatrimoniales. La función que hemos llamado de demarcación exige que la indemnización de los menoscabos que éstos puedan sufrir sean objeto de una indemnización que les otorgue una protección efectiva. No debe extrañar entonces que en la defensa de esta función tutelar se haya protestado por la baja cuantía de las indemnizaciones que se otorgan por daño moral en relación con aquellas que se conceden por daño patrimonial. Sirva de ejemplo el comentario de Domínguez Hidalgo: "(...) no pretendemos sostener que el otorgamiento de sumas abultadas o exclusivas constituya un objetivo final de la reparación por ese concepto, Simplemente se pretende resaltar la lentitud de la transformación habida en este aspecto, siendo todavía muy frecuente en Chile que la vida de una persona, la lesión a su integridad física o psíquica o ha su honor sea "compensada" en teoría con sumas que, en la práctica son inferiores que los daños experimentados por el vehículo que conducía o, más en general, por perjuicio de tipo económico que ni siquiera son esenciales para el desarrollo de su oficio o profesión. Ello puede revelar una falta de conciencia acerca de la importancia y trascendencia de los derechos que se encuentran conculcados o comprometidos, que no podemos sino rechazar".²⁸²

La crítica no es aplicable en cambio la indemnización de otras clases de daños patrimoniales, particularmente de aquellos que tiene por objeto solventar los tratamientos médicos aptos para recobrar en todo o en parte los menoscabos causados a la salud psíquica y a la integridad o aspecto físico de la víctima. Les

²⁸² Carmen DOMÍNGUEZ Hidalgo. *Op. cit.* [nota 4], p. 35 y 36.

siguen en importancia aquellos que permiten mejorar aquella parte de la calidad de vida del perjudicado que se ha visto afectada por el ilícito, nos referimos a la silla de ruedas, las prótesis, cuidados permanentes o en fin, adaptación de la vivienda o vehículo que requieren las nuevas condiciones de existencia de la víctima.

La indemnización de los primeros puede ser entendida, y de hecho lo ha sido por algunos autores,²⁸³ como una verdadera reparación en naturaleza de los bienes quebrantados. Si bien ello es efectivo si se atiende a la naturaleza del interés con el que están directamente vinculados, la manera en que estos daños se hacen valer en juicio, se prueban y son calculados es la propia del daño emergente, con lo cual en la práctica estos son entendidos como daños patrimoniales.²⁸⁴

A su vez, los segundos pueden ser entendidos como una reparación en equivalencia que aunque limitada tiende a frenar los efectos del hecho dañoso. De lo dicho se desprende la necesidad de que estos daños sean indemnizados con preferencia a los perjuicios propiamente extrapatrimoniales a cuyo estudio hemos dedicado esta monografía, porque esta indemnización es la única que puede desplazar la función de utilidad de la víctima. Muchas veces las lesiones, sobre todo en el caso de incapacidades graves y permanentes, significarán para el ofensor un gasto tal que dejarán poco espacio para la indemnización de los daños extrapatrimoniales, atendida su capacidad económica. Dado que el dinero otorgado a la víctima en estos casos va directamente encaminada a solventar sus necesidades más urgentes, no puede considerarse que tales situaciones signifiquen un desmedro de los intereses extrapatrimoniales con respecto a los extrapatrimoniales.

²⁸³ El mismo Arturo ALESSANDIR Rodríguez. *Op. cit.* [nota 3], p. 534; Rafael GARCÍA López. *Op. cit.* [nota 11], p. 117; y Jorge MOSSET Iturraspe. *Op. cit.* [nota 17], p. 187 y 188.

²⁸⁴ A su respecto se presenta la misma problemática que describimos al tratar el perjuicio estético. En caso de que esa reparación sea posible, y considerando que la víctima no puede ser obligada a someterse a una procedimiento médico, está ella obligada a reclamar este daño como patrimonial o puede optar libremente por alegar la pérdida patrimonial o la extrapatrimonial que la lesión le ha significado.

Por último, la protección de la que hemos venido hablando puede obtenerse también mediante la disuasión, sin embargo, como hemos visto, ésta no se encuentra entre los fines que nuestra legislación establece para la responsabilidad civil. Con todo, y en ausencia de otros criterios que nos permitan definir la cuantía de la indemnización, no nos parece encontrado con los principios que inspiran a nuestro ordenamiento jurídico tomar nota del efecto que causa la cuantía de las indemnizaciones sobre el desarrollo de las actividades dañosas, sin que sea necesario al efecto recurrir al método ideado por los economistas, cuya validez es aún muy cuestionable.

Como podemos ver las funciones de la responsabilidad no han podido dar en este caso más que unas pautas que resultan demasiado vagas a la luz del objetivo que nos hemos planteado. Debemos acordar, entonces, la suma que atendida la lesión indemniza a la víctima, suma que, dentro de los amplios márgenes que nos han fijado las funciones de la responsabilidad, no puede sino ser convencional y arbitraria.

2.3.3.- Principio de reparación integral

Universalmente reconocido como principio rector de la valoración de los daños en la tradición jurídica del derecho civil y del common law, la restitutio in integrum “(...) parece tan evidente que basta con su enunciación, sin que parezca necesario justificarle, ya que se presenta como una conclusión lógica de la idea de responsabilidad civil y reparatoria (...)”.

Este principio, cuyo fundamento positivo tradicionalmente se ha asociado al artículo 2329 y a su orden de reparar “todo daño”, dirigida a aquel que con malicia o negligencia lo ha causado, ha sido recogido por la jurisprudencia en numerosos pronunciamientos.

Sin embargo, de las conclusiones que hemos vertido en estas líneas salta a la vista que la vigencia del principio de reparación integral en la indemnización de

los daños extrapatrimoniales resulta extremadamente difusa, y ello resulta lógico, pues se incurre en una contradicción insoslayable cuando lo mismo que señalar que la reparación del daño debe ser integral se admite que el dinero no es apto para llevar a cabo tal reparación.

No extraña entonces que la afirmación de esta directriz esté frecuentemente acompañada de palabras que, a lo menos, reducen considerablemente su eficacia en este ámbito:

“La regla orientadora de toda indemnización debe ser el da la reparación integral del perjuicio, esto es, la reparación no debe ser insuficiente ni excesiva. Claro está que, en el caso de los daños morales, debe tratarse de una “reparación razonable”, en el sentido que la indemnización debe ser lo más integral posible. Decimos lo más integral posible, porque ciertamente defender el principio de reparación integral en materia de daño moral equivale más o menos a no sostener nada, en el sentido de que un daño que por esencia resiste toda estimación nunca podrá ser completamente reparado. La idea de reparación sólo es válida con respecto a esta clase de daño, si la entendemos como una compensación y no como el otorgamiento de una suma de dinero exactamente equivalente al daño (...)”.

O bien, “(...) cuando decimos esto aludimos a que como regla, la reparación debe ser plena, integral, cubriendo todo el menoscabo y haciéndolo con criterio realista.

Se debe huir de toda “reparación” que no sea tal, de los resarcimientos que tienen un carácter meramente simbólico y apuntan más a producir un resultado ejemplificativo – no siempre logrado – que ha borrar el menoscabo padecido (...)”.

De ahí que, pese a ser normalmente admitido e incluso consagrado específicamente por la Resolución 75-7 en materia de daños corporales, el principio tienda a ser abandonado por la doctrina más reciente. Prueba de ello

es que luego el Coloquio Jurídico Europeo lo limita expresamente a los daños patrimoniales.

En adelante la búsqueda se ha orientado a encontrar una fórmula que permita reflejar el verdadero alcance de daño – comprendiendo todas sus facetas y ajustándose a su gravedad – y otorgue un trato igualitario a las víctimas “(...) porque en el “daño a la salud” las consecuencias son las mismas para todos los perjudicados, tratándose de una misma lesión”.

En la medida en que la valoración debe cumplir con las exigencias antes propuestas es posible hablar, impropiamente eso sí, de reparación integral, aunque nos parece más exacto llamarlo principio de proporcionalidad de la indemnización.

Es así como frente a la ausencia de criterios objetivos para fijar el montante de la indemnización, la integra reparación requiere establecer un parámetro convencional universal que permita traducir la valoración del daño a términos monetarios de manera tal que a iguales daños se conceda igual indemnización. Los ordenamientos jurídicos han reaccionado frente a esta exigencia mediante diversos sistemas de estandarización de las indemnizaciones, cuyo más acabado ejemplo son los baremos.

2.3.4.- Los Baremos indemnizatorios

2.3.4.1.- La estandarización de las indemnizaciones de los daños corporales.

Se pueden mencionar el menos dos sistemas orientados a este objetivo, distintos por forma y funciones que desempeñan.

El primero y el más básico de ellos es la fijación de topes o techos máximos a las sumas que pueden concederse para indemnizar el daño.

Este sistema se encuentra muy vinculado a la responsabilidad objetiva, la que generalmente está sujeta a limitaciones cuantitativas, no sólo para el daño

extrapatrimonial sino también para el daño patrimonial. La legislación chilena los contempla respecto de la responsabilidad por daños nucleares, derrames de hidrocarburos y otras sustancias en el mar, transporte aéreo, etc.

En algunos países su aplicación se ha extendido asimismo a la responsabilidad por culpa en actividades respecto de las cuales se ha producido un alza desmedida en las indemnizaciones. Uno de los casos más bullados fue el de la crisis del mercado asegurador que se produjo en los Estados Unidos en la década de los '80, cuando el aumento de las cuantías indemnizatorias provocó el incremento en el coste de las primas y la negativa de las compañías a dar cobertura a ciertas actividades, particularmente en el área de la responsabilidad médica, uno de los primeros sectores en ser sometido al régimen de techos.

Por consiguiente, más que un remedio para evitar la variabilidad, constituyen una medida destinada a impedir que el costo que las indemnizaciones pueden significar para ciertas actividades económicas constituya un gravamen tal que impida su realización. Por lo mismo, carecen de aptitud para eliminarla en medida razonable, al corregir tan sólo las desviaciones atípicas al alza, pero no a la baja de las sumas concedidas; y no suministrar criterios de valoración al juzgador.

Una variante, un poco más avanzada, la constituye el sistema de intervalos, que consiste en la incorporación de límites inferiores a un techo único.

El baremo o “tabla de cuentas ajustadas”²⁸⁵ constituye el segundo mecanismo para eliminar la variabilidad y consiste en “una multitud de intervalos o grupos de indemnizaciones contruidos sobre la base de las variables con poder explicativo en las cuantías indemnizatorias”.²⁸⁶

En el baremo, categorías de daño, y criterios cualitativos y cuantitativos, preestablecidos de manera objetiva y expresa, confluyen para dar origen a un sistema de valoración que determina las mismas cuantías indemnizatorias para

²⁸⁵ Diccionario de la lengua española. Real Academia Española. 21ª edición. Madrid, Espasa Calpe, 1992.

²⁸⁶ Jesús PINTOS Ager. *Op. cit.* [nota 205], p. 188.

todos los casos que, de acuerdo con los criterios adoptados, resulten semejantes.

2.3.4.2.- La experiencia comparada

La conciencia adquirida en Europa sobre la necesidad de uniformar las indemnizaciones ha creado una disposición favorable hacia su estandarización, por lo que la mayoría de los países de ese continente han adoptado alguna clase de baremo para valorar esta clase de daño.²⁸⁷

En la mayor parte de los casos las tablas son meramente orientativas, incorporadas por la práctica judicial con un carácter no vinculante y con un fuerte referente en el precedente jurisprudencial.

Entre los pocos países con baremos legales vinculantes se encuentran Dinamarca,²⁸⁸ Eslovaquia y España.

Grecia²⁸⁹ y Polonia, por su parte, carecen de parámetros cuantitativos.

En algunos países el baremo de indemnización es combinado con un baremo médico conforme al cual se asigna al lesionado una tasa de incapacidad, a la manera en que se hace en el derecho francés.²⁹⁰

²⁸⁷ La información sobre este tema a la que hemos tenido acceso es algo imprecisa y contradictoria. Aquí exponemos aquellos antecedentes sobre los que, en general, existe acuerdo entre los diferentes autores, indicando aquellos casos en los que existen opiniones contrapuestas. Se han tenido a la vista para elaborar este apartado: Ricardo de ANGEL Yágüez. *Op. cit.* [nota 246], p. 107 y ss.; Blanca PEREZ Pineda y Manuel GARCÍA Blázquez. *Op. cit.* [nota 61], p. 44 y ss.; Jesús PINTOS Ager. *Op. cit.* [nota 205], p. 178 y ss.; Francisco SOTO Nieto. *La reparación de los daños personales, criterios y métodos de valoración de los perjuicios no económicos y de los perjuicios futuros*. Revista Española de Seguros, (101): 17-48, enero-marzo 2000; W. V. H. ROGERS. *Op. cit.* [nota 102]; y Miquel MARTÍN C. *Op. cit.* [nota 82].

²⁸⁸ Aunque Jesús PINTOS Ager afirma que el éste baremo se haya vinculado a un sistema de reparación sin culpa, esto es, un mecanismo de reparación automática ajeno a la responsabilidad civil y que opera de manera similar a un seguro social. *Op. cit.* [nota 205], 179.

²⁸⁹ Konstantinos D. KERAMEUS. *Non-pecuniary loss under greek law*. En: W. V. H. ROGERS (Editor). *Tort and insurance law. Volumen 2: Damages for non-pecuniary loss in a comparative perspective*. Viena, Springer-Verlag, 2001. p. 132. Lo contemplan entre los países que tienen baremos: Blanca PEREZ Pineda y Manuel GARCÍA Blázquez. [nota 61], 45; y Jesús PINTOS Ager. *Loc. cit.*

²⁹⁰ *Vid. supra*, p. 38

Estos baremos pueden ser de origen privado, especialmente diseñados al efecto. Así ocurre en el mismo derecho francés, donde predomina el “Baremo indicativo de los déficits funcionales de la secuelas en el derecho común” o “Baremo Rosseau”, en el derecho Italiano, donde la “Tabla indicativa nacional” parece ganar cada día más adeptos, e igualmente en Luxemburgo.

Otros ordenamientos toman como referencia las tablas de incapacidades de los sistemas públicos de salud, es el caso de Bélgica y Portugal.

Por último, se encuentran los países que en base a la descripción de las lesiones acuden directamente a baremos indemnizatorios que corresponden a compilaciones sistematizadas de las indemnizaciones concedidas en casos precedentes publicadas por periódicos especializados. Es lo que sucede con Inglaterra, Alemania, Austria y los Países Bajos.

En su “Reporte comparativo” Rogers comenta ambos métodos: “The former system appears at first glance to be easier to operate and more certain. However, the latter, judging by a comparison of the responses the survey, is capable of yielding at least as much certainty, if not more, provided the necessary amount of information is available”.²⁹¹

2.3.4.3- La valoración médico-legista

En aquellos países que toman como punto de partida la tasa de incapacidad, el rol del perito médico es fundamental para arribar a una adecuada valoración del daño corporal.

Se trata de una operación en lo absoluto simple, se enfrenta primeramente el profesional a la difícil tarea de determinar, con criterio clínico, cuales son las lesiones que se relacionan directamente con el hecho dañoso, a fin de permitir

²⁹¹ W. V. H. ROGERS. *Comparative report of a project carried out by the European Centre for Tort and Insurance Law*. En: W. V. H. ROGERS. W. V. H. ROGERS (Editor). *Tort and insurance law*. Volumen 2: Damages for non-pecuniary loss in a comparative perspective. Viena, Springer-Verlag, 2001. p. 275.

posteriormente al juez establecer, con criterio jurídico, cuales son las que resultan imputables al hechor.

Su labor también se ve dificultada por una serie de factores médicos, que Pérez Pineda y García Blázquez enuncian de la manera que sigue:

“1.- Criterios de diagnóstico y tratamiento.

(...) Los tiempos de curación, los de incapacidad laboral, y las secuelas en cada una de sus manifestaciones, variarán notablemente ante lesiones iguales y circunstancias personales muy similares (...)

2.- Variabilidad en el concepto de normalidad y funcionalidad de los distintos aparatos y sistemas.

3.- Falta de criterios estandarizados que permitan cuantificar lo más objetivamente posible el dano [sic] corporal especialmente en lo referente a lesiones estéticas, psíquicas y morales.”²⁹²

El problema del diagnóstico se agrava cuando se trata de determinar las secuelas a futuro. El perito se ve obligado a predecir cual será la evolución del cuadro clínico de la víctima, cuestión siempre incierta y sujeta a la intervención de una multiplicidad de concausas que no siempre son difíciles de discernir.

Como ha quedado dicho, igualmente inciertos pueden resultar los criterios para realizar la valoración médica. La clasificación de las lesiones y la disparidad de las tasas de incapacidad de acuerdo a los diferentes baremos pueden llevar a resultados tan dispares como la ausencia de uniformidad en relación con el valor por punto. Por ello es necesario lograr el mayor consenso posible en torno a los criterios médicos de evaluación del daño corporal.

”Hay que precisar que el médico forense, presta su colaboración sobre “cuestiones de hecho”, médicas y científicas relacionadas con el caso concreto, quedado fuera de su actuación cualquier intento de valoración, ya sea jurídica o pecuniaria”.

²⁹² Blanca PEREZ Pineda y Manuel GARCÍA Blázquez. *Op. cit.* [nota 61], p. 43 y 44.

Las cátedras de medicina legal han tratado de reglamentar la intervención de los peritos forenses detallando las actuaciones que les corresponde realizar en el ejercicio de sus funciones. Vicente Domingo las ha enumerado, aclarando que éstas corresponden también a las que de forma “oficiosa” se llevan a cabo en otros países y que sintetizamos a continuación:

- “1.- Examen de la víctima y descripción de las lesiones (...)
- 2.- Determinación del tiempo durante el cual el lesionado estuvo en situación de incapacidad temporal, y concretamente su fué total o parcial, así como sus condiciones y limitaciones.
- 3.- Fijación de la fecha de la consolidación de las lesiones (...)
- 4.- Establecer si existen elementos suficientes que justifiquen la indemnización del *pretium doloris*, realizando la calificación de los mismos.
- 5.- Describir el daño estético y su calificación, si ha lugar.
- 6.- Fijar la tasa de déficit imputable al accidente, evaluar la tasa de déficit fisiológico resultante en el momento de examen, lo que significa establecer la diferencia existente entre la capacidad anterior y la capacidad actual
- 7.- Determinar el pronóstico de la secuela en el futuro. Si es susceptible de agravación o mejoría en el futuro. Como consecuencia, señalar si va a ser necesario un nuevo examen médico y en que plazo.
- 8.- Establecer la incidencia de la incapacidad permanente en la actividad profesional que venía ejerciendo”.²⁹³

Agrega la autora que la misión-type d'exertise médicale, añade otros tres pasos en casos de daños corporales muy graves.

- “1.- Determinar el tiempo que va a necesitar la ayuda de una persona que le preste atención constante, si considera que la necesita.
- 2.- Describir los aparatos, prótesis u otras ayudas técnicas necesarias.

²⁹³ Elena VICENTE Domingo. *Op. cit.* [nota 2], p. 165

3.- Precisar la naturaleza y el montante de los gastos con posterioridad a la consolidación.”²⁹⁴

El informe pericial es un medio de prueba que se valora de acuerdo a la sana crítica. Como tal sólo puede versar sobre hechos y no es vinculante para el juez, quien realizar las apreciaciones normativas necesarias para ponderar el daño y cuantificar la indemnización, basándose para ello en el informe realizado por el médico forense en la medida que estime pertinente e incluso prescindiendo de él.

Pese a ello, y sin perjuicio de su poder para ajustar la indemnización a las circunstancias especiales del caso, en caso de que están revistan especial gravedad, es recomendable que el juez tome en consideración el informe en todas sus partes, no sólo por ser éste un medio necesario para la uniformidad de base de las indemnizaciones sino también por los conocimientos especiales que carece y de los cuales no puede prescindir.

En Chile no existe esta peritación, las secuelas son medidas por el servicio médico legal de acuerdo a patrones propios de la incapacidad laboral, particularmente en materia criminal debido a los tipos penales.

2.3.4.4.-Razones que aconsejan el establecimiento de baremos

Desde el punto de vista jurídico las razones que se pueden aducir para justificar la adopción de un baremo son básicamente las mismas que apoyan a cualquier medida apta para dar mayor uniformidad a las indemnizaciones y de las que ya hemos hablado más arriba:

1º Protección efectiva de los derechos a la vida, a la integridad física y a la integridad psíquica.

2º Respeto del principio de igualdad

3º Respeto del principio de seguridad jurídica

²⁹⁴ *Ibídem.*

Pero también en el terreno práctico éstos presentan importantes ventajas, las que han sido puestas de relieve por la doctrina:²⁹⁵

1° Facilitan la metodología en el análisis pericial al plantear parámetros de referencia y, con ello, provocan alguna homologación de los enfoques de los estudios realizados por los distintos peritos.

2° Favorece los acuerdos transaccionales y disminuye la litigiosidad.

No parece necesario explicar con mayor detención porqué resulta preferible que el conflicto se resuelva de común acuerdo entre las partes y no mediante la tramitación de un juicio. La ventajas que aquel presenta respecto de éste, tanto para la víctima, como para la sociedad e incluso para el causante de daño son evidentes, desde que la transacción tiene un costo –individual y social – mucho menor que la litigación y permite al interesado acceder a la compensación a que tiene derecho sin las dilaciones que le significa un proceso jurisdiccional, las que en la mayoría de los casos puede ser considerable. Por otro lado, la menor litigiosidad permite a los tribunales, habitualmente sobrecargados de trabajo, atender con mayor prontitud los casos que no han podido solucionarse por otra vía.

Aunque este razonamiento es comúnmente aceptado, algunos estudios demuestran que el efecto de los baremos sobre este punto es menos decisivo de lo que cabría esperar.²⁹⁶

3° Permite un adecuado funcionamiento del rubro asegurador.

²⁹⁵ A este respecto hemos tomado como fuente a Jesús FERNÁNDEZ Entralgo. *La conceptualización de daños corporales. Mecanismos de resarcimientos de lesiones. Visión general del sistema. Razón de ser. Reglas generales.* En: Mariano MEDINA Crespo. *Valoración de los daños corporales. El sistema de la ley 30/95.* Madrid, Editorial española de seguros. 1998. pp. 32 y ss.

²⁹⁶ Entre ellos Jesús PINTOS Ager, quien realiza un concienzudo análisis aplicando la teoría de la litigación para demostrar su postulado. En especial destaca este autor que la aversión al riesgo de las partes – representado por la incertidumbre en torno al resultado del juicio - influye favorablemente la decisión de llegar a un acuerdo y, dado que los baremos disminuyen este riesgo al eliminar la variabilidad de las indemnizaciones, pueden, a la vez que favorecer los acuerdos transaccionales, crear desincentivos para ellos. Como quiera que sea, el mismo Pintos admite que se puede constatar un aumento de transacciones después de la introducción de los baremos en España aunque esta disminución podría eventualmente “explicarse por otros factores”. *op. cit.* [nota 205], p. 204 y ss.

La variabilidad de las indemnizaciones perturba el funcionamiento del mercado asegurador en lo que concierne al seguro de responsabilidad civil, pues al no ser posible prever la cuantía de las indemnizaciones la ciencia actuarial poco puede ayudar en este rubro a realizar los cálculos necesarios para determinar las reservas técnicas, las primas, etc.

2.3.4.5.- Derecho Español: El baremo vinculante introducido por la Ley 30/95.

Merece especial consideración el proceso que en los últimos años ha experimentado el derecho español. Este país, que entregaba la valoración de los daños corporales al libre arbitrio judicial, pasa a ser, en 1995, uno de los pocos países que contemplan baremos vinculantes. Se rompe así con el sistema tradicional de valoración sin el desarrollo previo de una cultura jurídica sobre la materia, provocando con ello encontradas reacciones en la doctrina y en la jurisprudencia.

a) Valoración de los daños corporales antes de la introducción del baremo. El régimen general.

Desde la admisión de los perjuicios extrapatrimoniales en el seno de los daños indemnizables, en el año 1912, y hasta hace no mucho tiempo, los tribunales españoles gozaban de la más amplia libertad para valorar los daños corporales extrapatrimoniales. La indemnización, de acuerdo la opinión reinante, debía fijarse “de acuerdo con las circunstancias del caso”, bajo los criterios de “prudencia” y “razonabilidad”.²⁹⁷

²⁹⁷ Miquel MARTÍN Casals, Jordi RIBOT y Joseph SOLÉ. *Non-pecuniary loss under spanish law*. En: ROGERS, W. V. H. (Editor). *Tort an Insurance Law*. Volumen 2: Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective. Viena, Springer-Verlag, 2001. p. 209.

Formalmente el daño moral era identificado con el *pretium* o *pecunia doloris*, sufrimientos y trastornos físicos o psíquicos experimentados por la víctima, mas en la práctica se podía observar la consideración de distintos aspectos del daño sufrido por la víctima que excedían con mucho este restringido concepto. La jurisprudencia había recibido la influencia francesa, de manera que “un jurista de esa procedencia reconocería enseguida (...) sus tres partidas de daño moral resarcible: *Préjudice d’agrement, souffrances y préjudice esthétique*”.²⁹⁸

Sin embargo, cualquier distinción carecía a la postre de importancia. Las indemnizaciones eran otorgadas por un tanto alzado y, en consecuencia, las distintas clases de daño que podían llegar a ser consideradas no veían reconocida en la decisión judicial su verdadera autonomía.²⁹⁹

La revisión de la cuantía indemnizatoria en sede de casación era prácticamente inviable.³⁰⁰ Los tribunales de instancia defendían a ultranza su “libre arbitrio” para fijar la indemnización, en el entendido que ésta era la única forma de satisfacer el principio de reparación integral, considerado principio rector a la hora de determinar el monto de la reparación, fuera a título de daño patrimonial o extrapatrimonial.

Nada más lejos de lograr tal objetivo se encontraba el sistema, cuyos mismos connacionales han calificado de “lotería judicial”. Ya celebre es el comentario que al respecto hiciera Pantaleón Prieto: “Tras la lectura de muchísimas sentencias, tengo la convicción de que, en el marco de un acuerdo bastante general sobre cuales sean las partidas indemnizables el cálculo de las indemnizaciones por los daños a las personas se ha basado y se sigue

²⁹⁸ PANTALEÓN Prieto, Fernando. *La indemnización por causa de lesiones o de muerte*. Anuario de Derecho Civil, 42(2): 614-651, abril – junio 1989. p. 623

²⁹⁹ Juan José MARÍN López. *Algunos aspectos del sistema para la valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación*. Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro, (8): 422-433, 1996

³⁰⁰ Fernando PANTALEÓN Prieto. *Op. cit* [nota 298], p. 627.

basando, como regla, en el “olfato” o el “ojo de buen cubero” del Juez o Magistrado de turno”.³⁰¹

Hasta este punto el sistema descrito, y que impera hasta hoy en todas aquellas materias que no cubre el baremo, no difiere sustancialmente del nuestro.

Pues bien, las cosas empiezan a cambiar el 17 de marzo de 1987, fecha en que se lleva a cabo el primer intento de estandarizar las indemnizaciones concedidas por daños corporales, mediante la dictación de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda por la que se aprueba el “Baremo de indemnización de los daños corporales a cargo del Seguro de Responsabilidad Civil derivada del uso y circulación de vehículos a motor de suscripción obligatoria”. El alcance de esta normativa era muy reducido pues se limitaba a establecer un baremo de carácter orientativo, cuyos destinatarios eran únicamente el Consorcio de Compensación de Seguros y las compañías aseguradoras que operaban en el ramo del seguro obligatorio. El objetivo perseguido era únicamente proveer a dichas entidades de unos criterios objetivos para la liquidación de las indemnizaciones, a fin de fomentar los acuerdos transaccionales en los casos cubiertos por el Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil derivada del Uso y Circulación de Vehículos de Motor, y obtener así una reparación más rápida del daño.

De mayor alcance y elaboración resultó el baremo implantado por la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda del 5 de marzo de 1991, por la que se daba publicidad a un sistema para la valoración de los daños personales en el seguro de responsabilidad civil ocasionados por medio de vehículos de motor.

La Orden, que pretendía dar orientación en la liquidación de cualesquiera daños personales derivados de accidentes de circulación, aún fuera del ámbito del seguro obligatorio, reconoce como fuente principal el denominado “Sistema SEAIDA 91”, que fuera fruto de labor privada de un grupo de trabajo constituido

³⁰¹ Ídem, p. 651.

en la Sección Española de la Asociación Internacional del Derecho de Seguros (SEAIDA).

En el preámbulo de la Orden se señalan similares objetivos a los postulados por el baremo anterior, con el agregado de que se llama la atención sobre la posibilidad de reducir, mediante la utilización del baremo, la sobrecarga de trabajo de los tribunales, advirtiéndose que dicha ventaja trasciende el específico sector del seguro de automóvil.

El sistema creado por ella tampoco resulta vinculante y su grado de influencia en la judicatura resulta, por lo menos, discutible. Algunos autores van a sostener el baremo tiene una buena acogida en los tribunales,³⁰² y que, aún más, igualmente es empleado en casos que no se relacionan con accidentes de circulación.³⁰³ Otros, en cambio, afirman que su aplicación es escasa,³⁰⁴ e incluso que ha sido objeto de abierto rechazo por parte de los jueces.³⁰⁵

Su relevancia resulta, sino de su incidencia práctica, de su carácter de principal precedente del baremo introducido por la Ley 30/95.

En 1995 se establece por fin el “Sistema para la valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación” que fue incorporado por la Ley Nº 30 sobre Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, del 8 de noviembre de 1995, a la Ley sobre responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor.

Dicho baremo, que tiene esta vez valor vinculante, regula la indemnización de los daños personales provocados en accidentes de circulación con

³⁰² José María RIBELLES Arellano. *Sistema de indemnización tasada vinculante para los órganos judiciales*. Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro, (2): 72-78, 1996. p. 75.

³⁰³ Ricardo de ANGEL Yágüez. *Op. cit.* [nota 246], p. 130.

³⁰⁴ Juan José MARÍN López. *Op. cit.* [nota 299], 423.

³⁰⁵ Fernando PANTALEON Prieto. *Indemnizaciones tasadas, subvenciones indirectas: la valoración de los daños personales en el proyecto de ley de supervisión de los seguros privados*. Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro. (6): 383-391, junio 1995. p. 383.

independencia de la existencia o inexistencia de seguro y de los límites cuantitativos del aseguramiento obligatorio.

b) Características generales del sistema de la Ley 30/95

- Tiene carácter vinculante.
- Se aplica a los daños causados en accidentes de circulación. Estos perjuicios, sea que recaigan en los bienes, sea que recaigan en las personas, se encuentran sujetos a un régimen de responsabilidad por riesgo creado.
- Rige sólo en el ámbito de responsabilidad extracontractual.
- Se excluyen de su aplicación los daños que sean consecuencia de un delito doloso.
- Los daños objeto de valoración tasada son únicamente los personales, entendidos como los que derivan de lesiones físicas o muerte de la víctima.
- Dentro de los daños personales, la tarificación sólo se extiende al lucro cesante y los daños extrapatrimoniales.

El daño emergente constituido por asistencia médica y hospitalaria, y los gastos de entierro y funeral en caso de muerte, se sujetan a la valoración en concreto. Pero el constituido por los gastos de adaptación de vehículo y vivienda, así como de la asistencia permanente requerida por los grandes inválidos si son considerados por el baremo, como factores de corrección de la indemnización básica correspondiente a la lesión.

- Según se señaló en la propia exposición de motivos de la ley, y se reiteró luego por resolución del 13 de marzo de 1997 de la Dirección General de Seguros, el sistema parte de la ficción de que la indemnización resultante de la aplicación del baremo corresponde a la reparación integral ordenada por el artículo 1902 del Código Civil español.

- Se acoge, al menos nominalmente la doctrina italiana que vincula la indemnización de las lesiones psicofísicas a la tutela constitucional del daño a la salud: “La cuantía de la indemnización por daños morales es igual para todas las víctimas y la indemnización por los daños psicofísicos se entiende en su acepción integral de respeto o restauración del derecho a salud (...)”. (Apartado 7 del punto 1)

c) Valoración de los daños en el baremo español

El baremo distingue tres supuestos: muerte, lesiones permanentes y lesiones temporales. Contemplando, además, una indemnización separada del perjuicio estético.

En estos tres supuestos el daño patrimonial y extrapatrimonial son valorados conjuntamente. Las partidas indemnizatorias no se desglosan, y no se determina que aspectos del daño extrapatrimonial se han recogido en el baremo, ni que criterios se han empleado para valorarlo.

La determinación de la indemnización por causa de lesiones temporales y permanentes supone la intervención de un perito médico que informe determinadamente las lesiones sufridas por la víctima de acuerdo a las clasificaciones y terminología empleada en el baremo.

En lo que concierne a las lesiones permanentes el sistema, en que es manifiesta la influencia del sistema francés del punto, está constituido por bandas que contemplan un rango de puntos a asignar, en una escala que va de uno a cien, según la lesión sufrida por la víctima. Dentro de cada banda el

puntaje deberá ser asignado por el juez en atención al “grado de limitación o pérdida de función que haya sufrido el miembro u órgano afectado”. (Sección 2 letra b).

El puntaje así obtenido se traduce en pesetas mediante una tabla que asigna un valor por punto. El valor punto es función creciente del número de puntos y decreciente de la edad de la víctima.

A esta suma se le aplican factores de corrección, formulados en forma de porcentajes de aumento o disminución de la indemnización básica, y que son:

- ◆ El importe de los ingresos económicos anuales netos de la víctima. Según sea su importancia se agrega una cantidad equivalente a un porcentaje de la suma correspondiente a la lesión, que puede ir del 10% en ingresos inferiores a 3.000, a la banda de 51 a 75% en el caso de ingresos superiores a 10.000.000.-
- ◆ Daños morales complementarios, cuando una secuela exceda 75 puntos o todas ellas superen los 90.
- ◆ La incapacidad laboral (absoluta, total o parcial) provocada por las lesiones permanentes.
- ◆ La adecuación de vivienda y la necesidad de ayuda de otra persona en el caso de los grandes inválidos. De la misma manera, se considera una indemnización a víctimas por rebote en estos casos, por concepto de la alteración de las condiciones de vida y convivencia derivada de los cuidados y atención continuada que requiere la víctima
- ◆ La adecuación del vehículo a las necesidades del incapacitado.
- ◆ La pérdida del feto a consecuencia del accidente en el caso de víctimas embarazadas.

En la indemnización por lesiones temporales en cambio, no se atiende a la gravedad de las lesiones. Se asigna una indemnización por día de incapacidad,

cuya cuantía se establece sobre la base de una distinción binaria, a saber, si se ha estado internado en el hospital, caso en el cual la indemnización es más alta, o no se ha estado. Los únicos factores de corrección admitidos en este caso son los ingresos económicos y la culpa concurrente de la víctima.

d) Defectos del baremo

La dictación de la ley 30/95 dio lugar a una acalorada polémica. Sin perjuicio de contar con relevantes opiniones a favor,³⁰⁶ ha encontrado también importantes detractores, quienes inmediatamente alzaron las voces para señalar deficiencias del sistema impuesto por ella.

Desde la perspectiva de los que defienden la valoración discrecional de los daños, dos falencias son predicables respecto del sistema de valoración tasada: 1º Violenta el principio constitucional de independencia judicial. A esta crítica replica acertadamente Ribelles “La independencia judicial, como presupuesto indispensable de la imparcialidad es predicable frente a cuanto rodea al juez y frente a sí mismo, no frente a la ley, a la que se debe someter”.³⁰⁷

³⁰⁶ A modo de ejemplo podemos mencionar Mariano MEDINA Crespo. *Op. cit.* [nota 56], p. 410. Jaime SANTOS Briz. *Indemnización de daños personales y el baremo de la nueva Ley de Seguros*. Revista Jurídica Española La Ley, Nº 4. p. 1095, y Franciso SOTO Nieto. *Fundabilidad del sistema de baremos en la valoración de daños personales*. Garantías de acierto y arraigo. Revista Española de Seguros. Nº 85, enero-marzo de 1996. p. 74. Ambos citados por Aída KEMELMAJER de Carlucci. *Evaluación del daño a la persona: ¿Libre apreciación judicial o sistema de baremos?* Revista de Derecho de Daños, 2(10): 307-335, 2001. p. 319. Antes su aprobación Ricardo de ANGEL Yágüez ya se pronunciaba a favor del proyecto de ley. *Op. cit.* [nota 246], p. 104.

³⁰⁷ José María RIBELLES Arellano. *Op. cit.* [nota 302], p. 76

2º La indemnización resultante de su aplicación no cumple con el principio de reparación integral, pues no se ajusta a las características del caso concreto.

Dejando de lado el problema de la validez del principio de reparación integral en este terreno, una adecuada comprensión de la manera en que funciona este mecanismo debería llevar a la conclusión exactamente contraria, pues la uniformidad de base que proporciona permite reflejar mejor las diferencias que presentan las circunstancias particulares. No hay que olvidar que los baremos, y sobre esto la doctrina es conteste, deben dejar un margen de decisión al juez, para que, dentro de ciertos límites adecue el monto a las circunstancias del caso. El baremo español contempla esta posibilidad, con mayor o menor acierto, a través de los factores de corrección de las indemnizaciones por lesiones permanente.

Mas atendibles son las críticas dirigidas no al sistema de baremos en general, sino a la forma que ha adoptado éste en España, dentro de la cuales destacan:

1º Somete explícitamente a un techo la indemnización del daño patrimonial, al considerar sólo una fracción de los ingresos de la víctima como factor de corrección, e introduce un factor de distorsión al conceder la indemnización sin tomar en cuenta su incidencia real en la actividad laboral de la víctima, tratando de manera desigual a las víctimas al tratar de la misma manera casos que no son semejantes.³⁰⁸

En relación con este defecto se destacado que la instauración de este baremo legal obedece a la necesidad de limitar la variabilidad y la cuantía, no de las indemnizaciones por daño moral, sino de las indemnizaciones por daño patrimonial, a fin de favorecer a las compañías aseguradoras. Con buen tino se ha señalado que este real y solapado objetivo no justifica el sacrificio del principio de reparación integral: "Que cada cual se pregunte qué pensaría de una ley en que se prescribiera que, a todas las familias que resulten

³⁰⁸ Fernando PANTALEON Prieto. *Op. cit.* [nota 305], p. 387; y Jesús PINTOS Ager. *Op. cit.* [nota 205], 450-461.

desgraciadas en el oportuno sorteo, les será confiscada una importante parte de sus ingresos a fin de subvencionar a ciertas sociedades – digamos compañías de seguros, pero podrían ser ferreterías o fabricantes de automóviles – que de otra manera quebrarían.³⁰⁹

2º No distingue las partidas indemnizatorias de daño moral y daño patrimonial, sino que las indemniza conjuntamente, sin indicar las categorías de daño extrapatrimonial que han sido consideradas ni suministrar información acerca de los criterios que se emplearon para evaluarlas.³¹⁰

3º Adolece de diversas tachas de inconstitucionalidad. Entre los derechos vulnerados se han mencionado: el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a la vida y a la integridad física, el derecho a la salud, el derecho a la propiedad, a la dignidad y a la igualdad de las personas.

Pintos Ager considera que el cuestionamiento que tiene mayor asidero es el que se refiere al principio de igualdad porque el sistema discrimina entre las víctimas de accidentes de tráfico y aquellas que lo han sido ha consecuencia de otros hechos dañosos, indemniza con iguales montos a víctimas que han soportado pérdidas de ganancia distintas y supedita el monto de la indemnización del daño extrapatrimonial al nivel de ingresos de la víctima. De igual manera estima injustificada la exclusión de los delitos dolosos de su ámbito de aplicación.³¹¹

Frente a los cuestionamientos de que el baremo era objeto, las reacciones de los tribunales fueron de lo más heterogéneas. Algunos estimaron que el baremo era de rigurosa aplicación, otros que solamente tenía carácter orientativo. Hubo quienes pensaron que el sistema presumía el lucro cesante sufrido por la víctima y que, en consecuencia, se aplicaba siempre y cuando no se rindiera prueba en contrario de que aquel había sido mayor. Hubo aquellos que entendieron que su aplicación no se extendía a los supuestos culposos, como

³⁰⁹ Fernando PANTALEON Prieto. *Op. cit.* [nota 305], p. 391.

³¹⁰ *Ídem*, p. 390; y Jesús PINTOS Ager. *Op. cit.* [nota 205], 461-465.

³¹¹ Jesús PINTOS Ager. *Op. cit.* [nota 205], p. 468.

también aquellos que lo vincularon sólo al seguro obligatorio. Y hubo otros que, por el contrario, lo aplicaron a todo tipo de lesiones, con independencia de la fuente de producción.

El Tribunal Supremo, en sentencia del 26 de marzo de 1997, se pronunció, obiter dicta, por la inconstitucionalidad del baremo, por estimarlo atentatorio contra la independencia judicial, la igualdad y el principio de reparación integral.³¹²

Mientras tanto, se acumulaban las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas en contra del baremo.

El pronunciamiento del Tribunal Constitucional, esperado ansiosamente por todos, se produjo recién el 29 de junio del 2000, mediante la sentencia 181/2000.

A despecho de las críticas formuladas en su contra, el Tribunal Constitucional no sostuvo que todo el sistema de tarificación legal fuera inconstitucional. La declaración de inconstitucionalidad, fundada en la infracción de los derechos de igualdad y tutela judicial efectiva, se limitó a la cuantificación legal del lucro cesante por lesiones temporales cuando éstas han sido causadas culpablemente. A juicio de los sentenciadores, acreditada ésta última circunstancia la víctima queda habilitada para demandar y probar el daño efectivamente padecido si este es mayor al regulado en el baremo.

De la misma forma que la ley, la sentencia del Tribunal Constitucional ha sido objeto de numerosas críticas e interpretaciones, actitudes que se deben a que dicho pronunciamiento dejó innumerables cuestiones sin resolver.

En especial, y como lo señaló el voto disidente del Magistrado Señor Garrido Falla, resulta incomprensible que la limitación del lucro cesante sea inconstitucional cuando aquel se debe a lesiones temporales y no lo sea cuando en caso de muerte o lesiones permanentes.

³¹² Aída KEMELMAJER de Carlucci. *Op. cit.* [nota 306], 324 y 325.

Por lo mismo, las dudas en torno a la constitucionalidad de la Ley 30/95 han persistido y, puesto que aún se encuentran pendientes varias cuestiones de inconstitucionalidad, la doctrina se encuentra a la espera de un nuevo pronunciamiento, esta vez más completo y definitivo.

e) La reforma introducida por la Ley 34/2003

El 4 de noviembre del 2003 se dicta la Ley de Modificación y Adaptación a la Normativa Comunitaria de la Legislación de Seguros Privados, por medio de la cual se aprovecha, de paso, modificar el “Sistema para la valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación” contenido en el anexo de la Ley sobre responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor en cuyo anexo figura el baremo.

Los cambios inciden únicamente en la tabla VI correspondiente al baremo de lesiones permanentes, respecto del cual, expresa su exposición de motivos, “(...) la experiencia acumulada aconseja introducir ciertas modificaciones”.

Ésta afecta la redacción de toda la tabla, en la que se da un nuevo orden, tipificación a las secuelas y un nuevo tratamiento al perjuicio estético. Parece existir cierta tendencia a reducir las puntuaciones asignadas a cada supuesto.

Además se insertan tres reglas generales, destinadas a orientar la labor de los médicos encargados de valorar el daño corporal:

1. La puntuación otorgada a cada secuela, según criterio clínico y dentro del margen permitido, tendrá en cuenta su intensidad y gravedad desde el punto de vista físico o biológico-funcional, sin tomar en consideración la edad, sexo o profesión.
2. Una secuela debe ser valorada una sola vez, aunque su sintomatología se encuentre descrita en varios apartados de la tabla, sin perjuicio de lo establecido respecto del perjuicio estético. No se valorarán las secuelas que

estén incluidas y/o se deriven de otra, aunque estén descritas de forma independiente.

3. Las denominadas secuelas temporales, es decir, aquellas que están llamadas a curarse a corto o medio plazo, no tienen la consideración de lesión permanente, pero se han de valorar de acuerdo con las reglas del apartado a) de la tabla V, computando, en su caso, su efecto impeditivo o no y con base en el cálculo razonable de su duración, después de haberse alcanzado la estabilización lesional.

Según Hernández Cueto “en principio estas reglas generales hay que tomarlas como tal, es decir: como instrucciones de manejo, y no como axiomas médicos o médico-legales indiscutibles. Las afirmaciones que incluyen son obvias para el experto y la buena aplicación del baremo depende de que sean respetadas”.³¹³

Desde la perspectiva médico-legal la reforma parece haber sido un acierto.³¹⁴ Su defecto radica más bien en el hecho de haber sido incompleta, por no haber alcanzado las otras tablas de valoración y, sobre todo, por no haber tratado el tema del lucro cesante. Como ha dicho Medina Crespo: “(...) en consonancia con la doctrina de la STC 181/2000, el Legislador tendría que abordar la reparación del lucro cesante derivado del daño corporal, en su triple manifestación de lesión temporal laboralmente impeditiva, lesión permanente laboralmente impeditiva y muerte (...)”.³¹⁵

³¹³ Claudio HERNÁNDEZ Cueto. *Análisis médico-legal de la nueva tabla VI de la ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor. (Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de modificación y adaptación comunitaria de la legislación sobre seguros privados)*. [en línea]. Pontevedra, 12 de noviembre 2004. Disponible en: <http://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/4congreso/ponencias/Ponencia%20de%20Claudio%20Hernandez.pdf> [fecha de consulta: 15 de abril 2005]. p. 12.

³¹⁴ Al menos así lo estima Claudio HERNÁNDEZ Cueto. *Op. cit.*, p. 61.

³¹⁵ Mariano MEDINA Crespo. *La reforma proyectada del baremo básico de las lesiones permanentes (sistema de valoración de los daños corporales causados en accidentes de circulación)* [en línea]. Disponible en: <http://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/index.html> [fecha consulta 12 noviembre 2004]. s/p.

El legislador hasta ahora se ha negado a acusar recibo, tanto del dictamen del Tribunal Constitucional, como de las opiniones de la doctrina jurídica.

2.3.4.6.- El modelo europeo de racionalización del resarcimiento de los daños corporales extrapatrimoniales

Si existe variabilidad en las indemnizaciones que se conceden al interior de cada ordenamiento jurídico –incluso en aquellos que utilizan baremos-, aún mayor es la diferencia que se verifica entre los distintos países europeos. De acuerdo a las investigaciones realizadas existe una relación de 1 a 5 en las indemnizaciones medias para casos similares, la que puede llegar a ser del orden 1 a 200 en algunos casos particulares.³¹⁶

La disparidad parte ante todo en las categorías de perjuicios corporales extrapatrimoniales que contempla cada ordenamiento, agravada por el explosivo aumento que éstas han experimentado en el último tiempo, y pasa también por la terminología empleada para designarlas y los criterios empleados para valorarlas.

Otros factores a los que se atribuye la anarquía son la diferencia en los niveles de renta – aunque se ha demostrado que no existe correlación entre las cuantías indemnizatorias y el nivel socio-económico del país que las concede³¹⁷ -, y el régimen a que se sujetan las indemnizaciones de los terceros pagadores, que en algunos países se suma a la indemnización y en otros no.

Este panorama condujo a que en 1999 y a instancia de la Comisión Jurídica del Parlamento Europeo, se constituyeran dos grupos de trabajo, uno de juristas y

³¹⁶ Luís MORENO Fernández. *Un baremo para la valoración del daño corporal*. Presentada en: II Congreso nacional de responsabilidad civil y seguro (3 y 4 de mayo de 2001, Córdoba). Comisión de Derecho de la Circulación, Responsabilidad Civil y Seguros, y Colegio de Abogados de Córdoba. s/p.

³¹⁷ Éste no podría explicar porqué las indemnizaciones más bajas se otorgan en Holanda, y las más altas en Inglaterra e Italia. Miquel MARTÍN Casals. *Op. cit.* [nota 82], p. 33.

otro de médicos evaluadores, a los cuales se encomendó la tarea de analizar la problemática del resarcimiento del daño a la persona.

Dichos grupos de trabajo estuvieron integrados por destacados especialistas de distintos países de la Unión Europea³¹⁸ y fueron presididos por el profesor F. Busnelli en el área jurídica y el profesor P. Lucas en el área médica.

En análisis efectuado por las comisiones decantó en una “Propuesta de racionalización del resarcimiento del daño no económico” expuesta en junio del 2000 en la Academia Europea de Derecho (Treveris, Alemania) y que actualmente se encuentra en tramitación en calidad de “Recomendación a la Comisión Europea, Parlamento Europeo y al Consejo”.

La propuesta persigue una armonización legislativa en materia de valoración de los daños a la persona, mediante el establecimiento de un sistema común a todos los países de la Unión Europea.

Se encuentra inspirado en tres principios:

1º Dignidad de la persona, en virtud del cual los daños no económicos deben “(...) ser resarcidos siempre a todos los seres humanos que sufran una lesión a su integridad física y/o psíquica (...)”,³¹⁹ niños o acianos, ricos o pobres, concientes o inconcientes, etc.

2º Derecho a la salud “(...) considerada un derecho esencial del individuo y, al mismo tiempo, un interés social”.³²⁰

3º Y el principio de igualdad “(...) que obliga a que se practique una evaluación objetiva y un resarcimiento uniforme de estos daños”.³²¹

Este sistema se aplicaría a los daños no económicos, entendidos como aquellos daños derivados de la lesión a la integridad física y/o psíquica de la persona, susceptibles de evaluación o, al menos, de constatación médica.

³¹⁸ Profesores F. Banakas, G. Comandé, B. Duwfa, Jean-Luc Fagnart, H. Groutel, M. Martín Casals, D. Medicus, J. Ferreira Sinde Monteiro y G. Viney.

³¹⁹ Francesco Donato BUSNELLI. *Propuestas europeas de racionalización del resarcimiento del daño no económico*. Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, (208):189-200, julio-diciembre 2000. p. 192.

³²⁰ *Íbidem*.

³²¹ *Íbidem*.

En consecuencia, se excluyen los daños patrimoniales, sujetos como están, a valoración en concreto y los daños morales puros, sean directos o por rebote, debido a la impropiedad de someter daños de naturaleza subjetiva a parámetros objetivos de valoración.

La exclusión del daño por rebote se debe también a la imposibilidad de llegar a un acuerdo en relación con el tratamiento de que debe ser objeto este perjuicio. Las diferencias existentes en las distintas legislaciones son tan significativas que resulta improbable que se logre una armonización en este aspecto.

Dentro de los daños no-económicos se distinguen:

1º La lesión psicofísica, en sí y por sí considerada.

Se trata del principal daño contemplado en este sistema. “Este es el daño no económico por excelencia: su calificación como figura de daño autónoma y prioritaria representa, según la opinión del grupo de trabajo, el verdadero punto medular de un modelo europeo de racionalización de daños no económicos”.³²²

El daño psicofísico, en la forma en que es concebido por este modelo - como daño corporal autónomo y *tertium genus* respecto de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales -, corresponde a la categoría de daño biológico elaborada en el seno del derecho italiano.

La fórmula ideada para su evaluación supone primeramente la aplicación de una baremo médico, único para toda la Unión Europea, conforme al cual, se asigne al damnificado un porcentaje de incapacidad que representaría la importancia de la pérdida funcional - física o psíquica - derivada de la lesión.

El menoscabo funcional debe apreciarse desde la perspectiva general de las consecuencias de éste en las condiciones de vida de la víctima - condiciones medias de una víctima promedio, pues se trata de una medida estándar -, sin tomar en cuenta su incidencia en la actividad laboral de la víctima, relevante sólo en el cálculo de la pérdida de ganancias, pues uno de los objetivos del

³²² *Ídem*, p. 198.

sistema propuesto es independizar de una vez por todas el resarcimiento del perjuicio extrapatrimonial de la indemnización de los perjuicios patrimoniales.

Determinado el porcentaje de incapacidad corresponde aplicar una tabla resarcitoria, que al igual que la anterior es única para todos los países. En ésta se asignaría un número de puntos a cada porcentaje de incapacidad, cuya cantidad sería función creciente de la importancia de la incapacidad y función decreciente de la edad de la víctima.

La determinación del valor punto quedaría entregada a cada país.

La libertad dejada a los ordenamientos en relación con este último paso del proceso pretende permitir que el sistema se adapte a las condiciones económicas y políticas cada país.

Por último, se contempla la posibilidad de que el juez modifique la suma así obtenida para adaptarlas a las exigencias del caso concreto. Para que ello sea posible, la decisión del juez en orden a modificar al monto de la indemnización deberá ser fundada y las circunstancias particulares deberán haber sido acreditadas en el proceso. En cualquier caso, la apreciación equitativa no podrá modificar la indemnización - al alza o a la baja - en más de un 20%, pues “la exigencia de uniformidad prevalece en este caso sobre la exigencia de personalización”.³²³ Sólo en el caso que la lesión sea particularmente grave, que exceda el 70% de incapacidad, sería posible obviar este límite. En ese caso el baremo en su conjunto pasa a ser indicativo, por lo que el juez puede prescindir de él si lo estima conveniente.

2º Los perjuicios particulares

Son aquellos que “(...) dicen relación con aspectos particulares de las lesiones personales de naturaleza tal que disminuyen la calidad de la vida”.³²⁴

³²³ *Íbidem.*

³²⁴ *Íbidem.*

Pese a ser constatables médicamente, no pueden ser cuantificados en porcentaje, tan solo pueden ser objeto de una clasificación aproximativa en función en su gravedad.

De ahí que se haya sujetado a una regla de valoración equitativa, siendo posible graduarla, en función de su importancia, en una escala de 7 niveles que prevea un mínimo y un máximo de resarcimiento.

La indemnización de estos daños queda comprendida en el margen de valoración equitativa que en su conjunto no puede exceder del 20% del valor de la indemnización de la lesión psicofísica.

La propuesta contempla una lista taxativa de perjuicios particulares que pueden ser indemnizados, que incluye solamente: el perjuicio estético; el perjuicio sexual, que comprende únicamente la pérdida del placer sexual, pues la pérdida de la capacidad reproductiva estaría incluida en el daño fisiológico; pérdida de actividades específicas de ocio; y dolores excepcionalmente graves en relación con la situación clínica del afectado, los normales estarían incluidos en la apreciación de la lesión de que se trate.

En opinión del profesor Miquel Martín Casals, uno de los juristas que elaboró este proyecto, existen pocas posibilidades de que la propuesta tenga éxito. En primer lugar, porque pese a tener vocación general el trabajo se encuentra en el marco de una eventual nueva directiva en materia de seguros, pues la Unión Europea carece de competencias en materia de derecho civil. En segundo lugar porque no todos los países perciben con la misma intensidad la necesidad de una armonización en esta materia.³²⁵

³²⁵ Miquel MARTÍN Casals. *Op. cit.* [nota 82], p. 22. De acuerdo al informe comparativo del "European Centre for Tort and Insurance Law" todos los países consultados coinciden en que la armonización es al menos deseable, pero sólo la mitad de ellos es partidario de tomar alguna medida al respecto. Inglaterra, Holanda y Polonia manifestaron reservas en ese sentido, debido a las diferencias de estándar de vida, derecho sustantivo y estatutos compensatorios alternativos a la responsabilidad civil que existen entre los países. W. V. H. ROGERS. *Comparative report of a project carried out by the European Centre for Tort and Insurance Law*. En: W. V. H. ROGERS (Editor). *Tort and Insurance Law*. Volumen 2: Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective. Viena, Springer-Verlag, 2001. p. 272.

Independiente del valor que la propuesta pueda tener como directiva, ésta resulta un importante antecedente a tener en consideración en la valoración de los daños corporales, pues ha sido fruto del trabajo y del consenso de los más destacados expertos de la Unión Europea, por lo que es de esperar que, de manera similar a lo que ocurrió con la resolución 75-7, ejerza alguna influencia en las diversas legislaciones.

CONCLUSIÓN

Se califican de corporales todos aquellos daños que son consecuencia de una lesión a la vida, a la integridad física o a la integridad síquica de la persona.

Existen entonces tres supuestos fundamentales de daños corporales, de los que tan sólo los dos últimos han sido aquí objeto de estudio.

El primero de estos supuestos es la lesión a la integridad física. El menoscabo directamente asociado a la lesión de este interés, que por este motivo hemos llamado también daño corporal en sentido estricto, es la incapacidad funcional.

Este daño, entonces, se encuentra compuesto tanto por la lesión del interés como por su repercusión en la vida de la víctima, que constituye el contenido y la medida del daño. En este sentido se le puede llamar un daño consecuencia, pues no sólo requiere la invasión del ámbito de protección que el derecho otorga al interés jurídicamente reconocido, sino además una alteración peyorativa de la realidad del damnificado.

El daño corporal en sentido estricto, cuyo concepto ha sido enriquecido por los aportes doctrinarios de distintos países en los últimos decenios, puede identificarse con la pérdida de la calidad de vida de la víctima a consecuencia de las lesiones recibidas, cuyo resarcimiento se encuentra indisolublemente ligado a la tutela constitucional del bien salud que se ve quebrantado por el ilícito y que conjuntamente con la progresiva objetivación del daño sufrido hace posible independizarlo de la percepción que la víctima tenga del daño recibido, permitiendo la indemnización de quienes no tiene capacidad para representarse la pérdida que éste constituye y sentando las bases para una valoración uniforme del daño que respete la igualdad de las víctimas.

En tanto la doctrina comparada cobra conciencia de la imposibilidad de asignar una indemnización cuyo monto no es más que convencional y arbitrario, se debilita la inveterada aplicación del principio de reparación integral a esta clase de daños, que cede el paso a la exigencia de una fórmula que ofrezca a las víctimas un indemnización que sea igual para casos semejantes y proporcional al daño recibido.

La tendencia general generada en este contexto es la adopción de métodos de estandarización de las indemnizaciones, que en su expresión más depurada adquieren la denominación de baremos. Estos, con distintas variantes y puntos de referencia, ordenan las lesiones según su gravedad, la que sumada a otros factores, particularmente la edad de la víctima, determina la cuantía de la indemnización. La operación mecánica de cálculo asociada a este método se ve refrenada por la necesidad universalmente reconocida de adaptar la indemnización al caso concreto, dando un margen acotado para que el juez eleve o rebaje la suma resultante según su particular apreciación y, en algunos casos, fijando los factores que puede tener en consideración al determinarla, ente los cuales destacan las actividades extraordinarias que desarrollaba la víctima antes del accidente y que se han visto afectadas por éste.

En ciertos países, la aplicación de estas tablas es precedida por un análisis médico que, no contento con describir las lesiones recibidas, les asigna un puntaje de incapacidad, medido por la repercusión de éstas en las actividades cotidianas que la víctima desarrollaba antes del accidente.

Dentro de los aspectos de la personalidad del individuo que pueden ser afectados por la lesión se encuentran su aspecto físico, cuya lesión da origen al daño estético, la esfera de sus afectos y emociones y de su incolumidad sensorial de los cuales emergen los sufrimientos morales y físicos respectivamente, y su estabilidad mental, cuya alteración patológica da origen al daño síquico.

Estos daños son consecuenciales, no sólo de la manera en que nos hemos referido a la incapacidad funcional, también lo son en relación a su conexión causal con la lesión a la integridad física, pues sin perjuicio de ser daños directos, se derivan de ésta.

Aunque la intensidad de los sufrimientos físicos, no es necesariamente proporcional a la gravedad de la lesión, sí se encuentra ligada a su naturaleza, por lo que, puede ser objeto de una valoración estandarizada al igual que aquella.

El daño estético y el psíquico, por su parte, no obstante ser susceptibles de constatación médica, están más vinculados con los aspectos particulares del individuo, por lo que no consienten con la misma facilidad la aplicación de tablas para cuantificar su indemnización. Por éstas razón las bandas o límites que separan las clases de perjuicios según su importancia, son necesariamente más amplias e imprecisas, y deben otorgar mayor poder discrecional al juez para valorarlas.

Los sufrimientos morales, en tanto, son eminentemente subjetivos y no comprobables por signos exteriores, por lo que no son comparables entre sí y no es posible jerarquizarlos. Sin perjuicio de ello, se puede establecer un orden de acuerdo a la intensidad del daño que le sirve de base y en atención a la

reacción del individuo promedio, aunque a la fecha ningún ordenamiento ha intentado tabularlos, salvedad hecha de aquellos que son consecuencia de la muerte de un ser querido y que toman el nombre de perjuicios de afección.

En razón de la especial calidad de semejante daño, que sólo contribuye a confundir y restar objetividad a la valoración de los daños corporales y su carácter de daño reflejo de otro que ya es considerado para calcular la indemnización, pensamos que el daño moral puro no debería constituir una categoría independiente, sino tan sólo una suerte de factor de corrección que justifique una reducción de la indemnización cuando la víctima, por estar privada de conciencia, no puede sufrir este daño.

El daño psíquico, no sólo puede ser un daño causalmente ligado al daño corporal u otra clase de perjuicio, si no también un supuesto independiente de daño, susceptible, en cualquier caso, de generar daño corporal en sentido estricto, sufrimientos físicos y sufrimientos morales, daño este último que es consustancial a la lesión síquica y que se subsume en él.

Todavía podemos distinguir otro tipo de perjuicio, el daño al proyecto de vida. Elaboración de reciente data, aún no ha calado hondo ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, pero nos parece destacable en cuanto permite comprender la real significación del daño cuando atendidas las circunstancias supera la barrera de la mera limitación de las actividades de la víctima, para llegar a truncar su proyección existencial en el tiempo, lesionando con ello su autodeterminación, expresión básica de la dignidad humana.

La enumeración de los perjuicios corporales no es ni puede ser taxativa pues la personalidad humana presenta numerosas facetas que pueden ser afectadas por el hecho de otro, susceptibles siempre de ser identificadas y sujetas a indemnización independiente. Se debe en todo caso tener mucha cautela frente a esta posibilidad, cuidando evitar su uso indiscriminado que lleva a una multiplicación injustificada de rubros resarcitorios y a la duplicidad de las indemnizaciones.

Los criterios cualitativos de valoración los daños están determinados por la función que la indemnización cumple a su respecto, función que hemos determinado como satisfactoria y normativa. En consecuencia, la cuantía de la indemnización sólo está ligada a la gravedad del menoscabo y la calidad de las partes sólo tiene relevancia cuando, de forma indirecta, incide en la lesión misma.

En lo que concierne a los criterios de valoración que hemos llamado cuantitativos y que se refieren a la asignación de una suma de dinero a los daños ponderados en la forma ya descrita, las funciones de la indemnización son incapaces de aportar parámetros precisos.

No existe un único mecanismo idóneo para valorar los daños corporales. Cualquier mecanismo es admisible en tanto sea apto para asegurar el respeto y protección de la dignidad de la persona humana, y de los derechos a la integridad física, a la integridad psíquica y a la igualdad que la Constitución garantiza.

De manera independiente o conjunta a la utilización de baremos, la justificación de las sentencias resulta imprescindible para satisfacer los requerimientos de uniformidad y proporcionalidad que derivan de los derechos recién enunciados.

El fallo que otorga el resarcimiento debe tener una motivación que permita entender el proceso lógico que ha seguido el juez para fijarlo en un monto determinado. Idealmente, por tanto, la sentencia debería distinguir los categorías dañosas asignando por separado la indemnización de cada uno de ellos, y expresar los criterios cualitativos tomados en consideración, enunciando la manera en que ellos han influido en la decisión final.

La publicación de las cuantías fijadas por los tribunales y por las partes en los acuerdos transaccionales es también de gran utilidad para estos efectos.

Ahora bien, el derecho chileno ha sido por completo ajeno a los avances que acabamos de describir.

La ausencia de criterios legislativos sobre valoración del daño extrapatrimonial que podría haber abierto las puertas a la reflexión y el debate sólo ha dado origen a una fórmula de valoración cuya plasticidad contraría la estaticidad con que ha sido aplicada convirtiéndola con el correr del tiempo en una premisa desgastada y anquilosada, en la que el libre arbitrio judicial no ha venido a ser más que la ausencia de criterios.

A esto se suma el problema de la medición médico-legal de las secuelas.

Aún falta un gran camino por recorrer, pero sea cual fuere aquel que el futuro muestre para el cumplimiento de los principios que gobiernan la valoración del daño, resulta evidente que la tarea inmediata es arbitrar medidas para que se amplíe definitivamente el concepto de daño extrapatrimonial, se expresen criterios de valoración y se logre una mejor evaluación de las secuelas mediante pautas más ligadas al aspecto funcional de la lesión que a sus consecuencias laborales.

La intervención de la doctrina es imprescindible para impulsar estos cambios, al igual que la de los abogados, cuyas peticiones han de encaminar a los jueces a pronunciarse sobre estas materias.

Esperamos humildemente que este trabajo sea una contribución en tal sentido.

BIBLIOGRAFÍA

AUTORES NACIONALES

1. ABELIUK Manasevich, René. *Las obligaciones*. 3ª edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993.
2. AEDO Barrena, Cristián. *El daño moral en la responsabilidad contractual y extracontractual*. Valparaíso, Editorial Libromar, 2001.
3. ALESSANDRI Rodríguez, Arturo. *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno*. Santiago, Imprenta Universitaria, 1943.
4. ALESSANDRI Rodríguez, Arturo, SOMARRIVA Undurraga, Manuel y VODANOVICH, Antonio. *Derecho civil. Parte preliminar y parte general*. Santiago, Conosur, 1991.
5. BASCUÑAN Valdés, Antonio y BASCUÑAN Rodríguez, Antonio. *Modos de creación de las normas jurídicas: [apuntes de la cátedra de introducción al derecho]*. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1998.

6. BELLO, Andrés. *Necesidad de fundar las sentencias*. El Araucano, Santiago, Chile, 1° de noviembre de 1839. En: Escritos Jurídicos, Políticos y Universitarios. Edeval, Valparaíso, 1979, p. 107-115.
7. DIEZ Schwerter, José Luis. *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997.
8. DOMÍNGUEZ Aguila, Ramón. *Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista*. Revista de Derecho, Universidad de Concepción, LVIII (188): 125-168, Julio – Diciembre 1990.
9. DOMÍNGUEZ Aguila, Ramón y DOMÍNGUEZ Hidalgo, Carmen. *Comentarios de Jurisprudencia. Daño Moral. Menores incapacitados para comprender el alcance del daño*. Revista de Derecho Universidad de Concepción, LXIII (198): 196-199, 1995.
10. DOMÍNGUEZ Hidalgo, Carmen. *Indemnización por daño moral. Modernas tendencias en el derecho chileno y comparado*. Revista chilena de derecho, 27(1): 25-55, 1998.
11. DOMÍNGUEZ Hidalgo, Carmen. *Aspectos Modernos de la reparación por daño moral: contraste ente el derecho chileno y el derecho comparado*. Revista de derecho Universidad Católica del Norte, 6: pp. 29 - 46, 1999.
12. DOMÍNGUEZ Hidalgo, Carmen. *El daño moral*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000.
13. DUCCI Claro, Carlos. *Responsabilidad civil. Actividades de las cosas, hechos de las cosas, circulación de vehículos*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1970.
14. DUCCI Claro, Carlos. *Responsabilidad civil (ex-contractual)*. Memoria de prueba (Licenciado en Ciencias Jurídicas). Universidad de Chile. Santiago, El imparcial, 1936.
15. FUEYO Laneri, Fernando. *El daño moral es materia que siempre dependerá de la sabiduría de los jueces*. Gaceta jurídica, (123): 13-14, septiembre 1990.
16. FUEYO Laneri, Fernando. *Instituciones de derecho civil moderno*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990.

17. FUEYO Laneri, Fernando. *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*. 2ª edición. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1991.
18. GUZMÁN Brito, Alejandro. *El significado histórico de las expresiones "equidad natural" y "principios de equidad" en el derecho chileno*. Revista de ciencias sociales Universidad de Valparaíso, (18,19): 111-143, primer y segundo semestres 1981.
19. LETELIER, Max. *El daño moral derivado de atentados a la integridad física de la persona: Titularidad de la acción y valoración del perjuicio en la jurisprudencia*. Memoria de prueba (licenciado en ciencias jurídicas). Santiago, Universidad de Chile, 1994.
20. LÓPEZ Santa María, Jorge. *La posición económica de la víctima como elemento para la fijación del monto de la indemnización. A propósito de un fallo de la Corte Suprema de 29 de noviembre de 1968*. Revista de Ciencias Jurídicas, (1): 95-103, marzo de 1971.
21. MEZA Barros, Ramón. *Manual de derecho civil. De las fuentes de las obligaciones*. Tomo II. 9ª edición. Santiago, Editorial jurídica de Chile, 2000.
22. PEÑA González, Carlos. *El Derecho Civil en su relación con el derecho internacional de los derechos humanos*. En: MEDINA Quiroga, Cecilia y FIGUEROA Mera, Jorge. *Sistema jurídico y derechos humanos: el derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de Derechos Humanos*. Santiago, Ediciones de la Universidad Diego Portales, 1996. pp. 545 – 687.
23. PEÑA González, Carlos. *Sobre el análisis económico de la responsabilidad civil*. En: FUNDACIÓN FERNANDO FUEYO LANERI. *Instituciones modernas de derecho civil*. Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1996. pp. 516-531.
24. QUINTANA Bravo, Frenando. *La prudencia y la justicia en la aplicación del derecho*. Santiago, Editorial jurídica de Chile, 2001.
25. RAMOS Pazos, Rene. *De las obligaciones*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999.
26. RODRÍGUEZ Grez, Pablo. *Responsabilidad extracontractual*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999.

27. SQUELLA Narducci, Agustín y GONZÁLEZ Rojas, Abel. *Dos concepciones de la equidad*. Valparaíso, Edeval, 1981.
28. SQUELLA Narducci, Agustín. *Introducción al derecho*. Santiago, Editorial jurídica de Chile, 2000.
29. TOMASELLO Hart, Leslie. *El daño moral en la responsabilidad contractual*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1969.
30. UGARTE, Eduardo y VICARI, Alejandro. *Edición del curso de responsabilidad civil extracontractual del profesor Enrique Barros Bourie: jurisprudencia y doctrina*. Memoria de prueba (Licenciado en Ciencias Jurídicas). Santiago, Universidad de Chile, 2001.
31. VERGARA Bezanilla, José Pablo. *La Mercantilización del daño moral*. Revista de actualidad jurídica, (2): 177-189, julio 2000.

AUTORES EXTRANJEROS

1. ALVAREZ Vigaray, Rafael. *La responsabilidad por daño moral*. Anuario de Derecho Civil, 19(1): 81-116, 1966.
2. ARISTÓTELES. *Ética Nicomaquea. Ética Eudémica*. Madrid, Editorial Gredos, 1998.
3. ATIYAH, Patrick Selim. *Accidents, compensation and the law*. London, Weidenfeld and Nicolson, 1970.
4. ATIYAH, Patrick Selim. *The Damages Lottery*. Oxford, Hart Publishing, 1997.
5. BONASI Benucci, Eduardo. *La responsabilidad civil*. Barcelona, José María Bosch, 1958.
6. BREBBIA, Roberto. *El daño moral. Doctrina, legislación, jurisprudencia*. Buenos Aires, Editorial bibliográfica Argentina, 1950.
7. BUSNELLI, Francesco Donato. *Problemas de la clasificación sistemática del daño a la persona*. En: MOSSET Iturraspe, Jorge. *Daños*. Buenos Aires, Depalma, 1991. pp. 35-51.
8. BUSNELLI, Francesco Donato. *Propuestas europeas de racionalización del resarcimiento del daño no económico*. Revista de Derecho de la Facultad

de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, (208):189-200, julio-diciembre 2000.

9. BUSTOS Puelche, José Enrique. Manual sobre bienes y derechos de la personalidad. Madrid, Dykinson, 1997.
10. CALABRESI, Guido. *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*. Barcelona, Editorial Ariel, 1984.
11. CANE, Peter. *The Anatomy of Tort & Law*. Oxford, Hart Publishing, 1997.
12. CARBONNIER, Jean. *Droit Civil. Volumen IV: Les obligations*. 22ª edición. París, Presses Universitaires de France, 2000.
13. CASTEX, Mariano N. *Daño síquico y otros temas afines*. Buenos Aires, Tekne, 1997.
14. CHAPMAN, Bruce. *Wrongdoing, welfare, and damages: Recovery for non-pecuniary loss in corrective justice*. En: OWEN, David (Editor). *Philosophical foundations of tort law*. Oxford, Oxford University Press, 1995. pp. 409-425.
15. CHARTIER, Yves. *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile*. Paris, Dalloz, 1983.
16. COOTER, Robert y ULEN, Thomas. *Derecho y Economía*. México, Fondo de Cultura Económica, 1998.
17. CROWE, Kyle. *The Semantical Bifurcation of Noneconomic Loss: Should Hedonic Damage Be Recognized Independently of Pain and Suffering Damage?* Iowa Law Review, (75): 1275-1301, 1990.
18. DARAY, Hernán. *Daño psicológico*. Buenos Aires, Astrea, 1995.
19. DE ANGEL Yágüez, Ricardo. *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil*. Madrid, Civitas, 1995.
20. DE ANGEL Yágüez, Ricardo. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Madrid, Civitas, 1993.
21. DE CUPIS, Adriano. *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*. Traducción de la 2ª edición. Barcelona, Casa Editorial Bosch S.A., 1975.
22. DE GIORGI, María Vita. *Danno alla salute*. Rivista di Diritto Civile, 2(38): 825-860, noviembre-diciembre 1992.

23. DEMOGUE, René. *Traité des obligations en général*. Tomo IV. París, Librairie Arthur Rousseau, 1923.
24. DIEZ-PICAZO, Luís. *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Volumen II: Las relaciones obligatorias*. 2ª edición. Madrid, Civitas, 1993.
25. DIEZ-PICAZO, Luís. *Derecho de daños*. Madrid, Civitas, 1999.
26. EMANUEL, Esteven. *Torts*. 5ª edición. Larchmont, NY, Emanuel Law Outlines.
27. FERNÁNDEZ Entralgo, Jesús. Aplicación del sistema de valoración. D. A. 8ª Ley 30/95, tras la doctrina del Tribunal Constitucional. [en línea]. Granada, 15 de noviembre 2001. Disponible en: <http://www.asociacionabogadosrcs.org/ponencias/pon1.pdf> [fecha de consulta: 15 de abril 2005].
28. FERNÁNDEZ Sessarego, Carlos. *Protección a la persona humana*. En: ANDORNO, Luis (Coordinador). *Daño y protección a la persona humana*. Buenos Aires, La Rocca, 1993. pp. 21-80.
29. FERNÁNDEZ Sessarego, Carlos. *Apuntes para una distinción ente el daño al proyecto de vida y el daño psíquico*. En: GHERSI, Carlos Alberto (Coordinador). *Los derechos del hombre. Daños y protección a la persona*. Mendoza, Ediciones jurídicas Cuyo. 1997.
30. FERNÁNDEZ Sessarego, Carlos. *El daño al proyecto de vida en una reciente sentencia de la Corte Interamericana de derechos humanos* [en línea]. Buenos Aires, 1993. Disponible en: http://www.alterini.org/to_fsc1.htm [fecha de consulta: 26 de marzo del 2003].
31. FLOUR, Jacques, AUBERT, Jean-Luc y SAVAUX, Éric. *Les obligations. Volumen II: Le fait juridique. Cuasi-contrats. Responsabilité délictuelle*. 9ª edición. París, Armand Colin, 2001.
32. David FRIEDMAN. *What is a "fair compensation" for death or injury?* *International Review of Law & Economics*, 2(1): 81-93, 1982. pp. 81 y 83.
33. GARCÍA López, Rafael. *Responsabilidad civil por daño moral. Doctrina y jurisprudencia*. Barcelona, José María Bosch, 1990.

34. GARCÍA Serrano, Francisco. *El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil*. Anuario de Derecho Civil, 25(3): 799-851, 1972.
35. GÓMEZ, Fernando y PASTOR, Santos. *El derecho de accidentes y la responsabilidad civil: un análisis económico y jurídico*. Anuario de Derecho Civil, 52(2): 495-538, abril-junio 1999.
36. GUARIGLIA, Osvaldo. *La Ética en Aristóteles o la moral de la virtud*. Buenos Aires, Eudeba, 1997.
37. HERNÁNDEZ Cueto, Claudio. *Análisis médico-legal de la nueva tabla VI de la ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor. (Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de modificación y adaptación comunitaria de la legislación sobre seguros privados)* [en línea]. Pontevedra, 12 de noviembre 2004. Disponible en: <http://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/4congreso/ponencias/Ponencia%20de%20Claudio%20Hernandez.pdf> [fecha de consulta: 15 de abril 2005].
38. IANELLO, Emilio. *Il danno da lesione della salute: evoluzione, nozione, oggetto e fattispecie particolari* [en línea]. Messina, 10 de mayo 2002. Disponible en: http://www.tribunalemessina.it/formazione/Dannobiologico_relazioneIANELLO.rtf [fecha de consulta: 26 de marzo de 2004]
39. ISVAP (Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private e di interesse collettivo). *Il danno biologico: problemi e prospettive di riforma*. [en línea]. Quaderni ISVAP, n. 4, Roma, 1998. Disponible en: <http://www.isvap.it/isvsl001.htm> [fecha de consulta: 27 de marzo de 2005].
40. KEMELMAJER de Carlucci, Aída. *Evaluación del daño a la persona: ¿Libre apreciación judicial o sistema de baremos?* Revista de Derecho de Daños, 2(10): 307-335, 2001.
41. LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. *L'indemnisation des victimes des préjudices non économiques*. Les cahiers de droit, (39): 537-569, junio-septiembre 1998.
42. LE ROY, Max. *L'évaluation du préjudice corporel*. 8ª edición. París, Librairies Techniques, 1980.
43. MARÍN López, Juan José. *Algunos aspectos del sistema para la valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de*

- circulación*. Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro, (8): 422-433, 1996.
44. MARTÍN Casals Miquel. *¿Hacia un baremo europeo para la indemnización de los daños corporales?* Revista de derecho patrimonial, (8): 21-34, 2002.
 45. MAZEAUD, Henri, MAZEAUD Léon y TUNC, André. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961-1963.
 46. MAZEAUD, Henri, MAZEAUD Léon, MAZEAUD, Jean y CHABAS, François. *Leçons de droit civil. Volumen I, Tomo II. Obligations*. 9ª edición. París, Editions Montchrestien, 1998.
 47. MCGREGOR, Harvey. *Personal injury and death*. En: International Association of Legal Science. International Encyclopedia of Comparative Law. Volumen IX, Torts, Capítulo 9. TUNC, André (Editor en jefe). Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1972.
 48. MCGREGOR, Harvey. *Mayne and McGregor on damages*. Londres, Sweet & Maxwell Limited, 1961.
 49. MEDINA Crespo, Mariano. *Valoración de los daños corporales. El sistema de la Ley 30/95*. Madrid, Editorial española de seguros. 1998.
 50. MEDINA Crespo, Mariano. *La valoración civil del daño corporal. Bases para un tratado*. Madrid, Dykinson, 1999.
 51. MEDINA Crespo, Mariano. *El resarcimiento del perjuicio estético. Consideraciones doctrinales y legales, a la luz del sistema de la Ley 30/1995*. Presentada en: II Congreso nacional de responsabilidad civil y seguro (3 y 4 de mayo de 2001, Córdoba). Comisión de derecho de la circulación, responsabilidad civil y seguros y Colegio de Abogados de Córdoba.
 52. MEDINA Crespo, Mariano. *La reforma proyectada del baremo básico de las lesiones permanentes (sistema de valoración de los daños corporales causados en accidentes de circulación)* [en línea]. Disponible en: <http://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/index.html> [fecha consulta 12 noviembre 2004]. s/p.
 53. MORENO Fernández, Luís. *Un baremo para la valoración del daño corporal*. Presentada en: II Congreso nacional de responsabilidad civil y seguro (3 y 4 de mayo de 2001, Córdoba). Comisión de Derecho de la

Circulación, Responsabilidad Civil y Seguros, y Colegio de Abogados de Córdoba.

54. MOSSET Iturraspe, Jorge. *El valor de la vida humana*. Santa Fe, Rubinzol Culzoni, 1983.
55. MOSSET Iturraspe, Jorge. *Responsabilidad por daños*. Buenos Aires, Ediar, 1971.
56. MUNKMAN, John H. *Damages for personal injuries and death*. 4ª edición. Londres, Butterworths, 1970.
57. ORGAZ, Alfredo. *El daño resarcible*. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1952.
58. PANTALEÓN Prieto, Fernando. *La indemnización por causa de lesiones o de muerte*. Anuario de Derecho Civil, 42(2): 614-651, abril – junio 1989.
59. PANTALEON Prieto, Fernando. *Indemnizaciones tasadas, subvenciones indirectas: la valoración de los daños personales en el proyecto de Ley de Supervisión de los Seguros Privados*. Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro. (6): 383-391, junio 1995.
60. PASTOR, Santos. *Sistema jurídico y economía: una introducción al análisis económico del derecho*. Madrid, Tecnos, 1989.
61. PEREZ Pineda, Blanca y GARCÍA Blázquez, Manuel. *Manual de valoración y baremación del daño corporal*. Granada, Biblioteca Comares de Ciencias Jurídicas, 1995.
62. PINTOS Ager, Jesús. *Baremos, seguros y derecho de daños*. Madrid, Civitas, 2000.
63. PIZARRO, Ramón Daniel. *Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en las diversas ramas del derecho*. Buenos Aires, Hammurabi, 1996.
64. PIZARRO, Ramón Daniel. *La cuantificación de la indemnización del daño moral en el Código Civil*. Revista de Derecho de Daños, 2(10): 337-348, 2001.
65. POSNER, Richard A. *El análisis económico del derecho*. México, Fondo de Cultura Económica, 1998.

66. POTHIER, R. J. *Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1961.
67. RADIN, Margaret. *Compensation and Commensurability*. Duke Law Journal, (43): 56-86, octubre 1993.
68. RIBELLES Arellano, José María. *Sistema de indemnización tasada vinculante para los órganos judiciales*. Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro, (2): 72-78, 1996.
69. RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. *Tratado de derecho civil. Según el tratado de Planiol*. Buenos Aires, La Ley, 1963-1965.
70. ROGERS, W. V. H. (Editor). *Tort an Insurance Law. Volumen 2: Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective*. Viena, Springer-Verlag, 2001.
71. ROSE, Carol. *La propiedad como narración: perspectiva desde la teoría de los juegos, la teoría narrativa y la teoría feminista*. Revista de derecho y humanidades, (8): 195-213, 2000-2001.
72. ROSSATO, Andrea. Considerazioni in tema di resarcimento del danno non patrimoniale. Una comparazione economico-giuridica. Rivista de Diritto Civile, 1(46): 59-100, mes 2000.
73. ROSSETTI, Marco. *Danno esistenziale: adesione, iconoclastia od "epochè"?* Danno e responsabilità, (2): 209-215, febrero 2000.
74. SABATER Bayle, Elsa. *El baremo para la indemnización de daños personales*. Cuadernos de Aranzadi Civil, Pamplona, Aranzadi, 1998.
75. SABATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1939.
76. SALVADOR Cordech, Pablo y CASTIÑEIRA Palou, María Teresa. *Prevenir y Castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*. Madrid, Marcial Pons, 1997.
77. SANTOS Briz, Jaime. *La Responsabilidad Civil. Derecho sustantivo y procesal*. Madrid, Editorial Montecorvo S.A., 1977.
78. SCOGNAMIGILIO, Renato. *El daño moral*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1962.

79. SECHI, Bruno. *Il danno biologico* [en línea]. Rivista Diritto & Diritti, 25 de julio 2000. Disponible en: <http://www.diritto.it/articoli/civile/sechi2.html> [fecha de consulta: 27 de marzo de 2005]
80. SOTO Nieto, Francisco. *La reparación de los daños personales, criterios y métodos de valoración de los perjuicios no económicos y de los perjuicios futuros*. Revista Española de Seguros, (101): 17-48, enero-marzo 2000.
81. STOLL, Hans. *Reparation for Non-material Damage in the Civil Law Countries*. Law and State. 1: 107-123, 1970.
82. STREET, Harry. *Principles of the law of damages*. London, Sweet & Maxwell Limited, 1962.
83. TABACCHI, Tina. *Hedonic damages: a new trend in compensation?* Ohio State Law Journal, (52): 331-349, invierno 1991.
84. TERRÉ, François, SIMLER, Philippe Y LEQUETTE, Yves. *Droit Civil. Volumen II: Les obligations*. 7ª edición. París. Dalloz, 1999.
85. VENTURINI, Beatriz. *El daño moral en nuestra jurisprudencia y en el derecho comparado*. 2ª edición. Uruguay, Fundación de cultura universitaria, 1992.
86. VICENTE Domingo, Elena. *Los daños corporales: tipología y valoración*. Barcelona, José María Bosch, 1994.
87. VINEY, Geneviève. *Les obligations. La responsabilité: conditions*. En: GHESITN, Jaques (Director). *Traité de Droit Civil*. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1988.
88. VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice. *Les conditions de la responsabilité*. En: GHESITN, Jaques (Director). *Traité de Droit Civil*. 2ª edición. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1998.
89. VINEY, Geneviève. *Les obligations. La responsabilité: effets*. En: GHESITN, Jaques (Director.). *Traité de Droit Civil*. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1988.
90. VISINTINI, Giovanna. *Tratado de la responsabilidad civil*. Buenos Aires, Astrea, 1999.

91. VON IHERING, Rudolf. *Del interés en los contratos*. En su: Tres estudios jurídicos. Buenos Aires, Atalaya, 1947.
92. WEINRIB, Ernest Joseph. *The idea of private law*. Cambridge, Massachusetts, London, Harvard University Pres, 1995.
93. WRIGHT, Michael. *Recovery for personal injury and death claims under the laws of the United Kingdom*. Tulane Law Review, (55): 1200 – 1221, 1981.
94. ZANNONI, Eduardo. *El daño en la responsabilidad civil*. Buenos Aires, Astrea, 1987.
95. ZAVALA de González, Matilde. *Resarcimiento de daños. Volumen II: Daños a las Personas. [integridad psicofísica]*. Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1990.

OTROS

1. Diccionario de la lengua española. Real Academia Española. 21ª edición. Madrid, Espasa Calpe, 1992.
2. EIRANOVA Encinas, Emilio. *Código Civil alemán comentado BGB*. Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1998.