

El daño a la persona en la experiencia comparada

The damage to the person in the compared experience

Andrés Sánchez Ramírez*

Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Facultad de Derecho y Ciencia Política

SUMARIO: I. El daño a la persona en el derecho italiano. — II. El daño a la persona en el derecho alemán. — III. Regulación del daño a la persona en el *common law*. — IV. El daño a la persona y el daño moral en el derecho francés. — V. Desarrollo del daño a la persona en el derecho argentino. — VI. Referencias bibliográficas

» RESUMEN

El presente artículo comparado pretende desarrollar y facilitar la comprensión acerca los fundamentos y progresos teóricos por los que tuvo que atravesar la figura del daño para situarse en lo que actualmente conocemos como el derecho de daños, y los retos que aún tiene que enfrentar en sus propios contextos sociales.

» PALABRAS CLAVE

Daño a la persona; Daño no patrimonial; Daño moral; Daño biológico

Fecha de recepción: 21-08-2017

Fecha de aprobación: 19-09-2017

» ABSTRACT

This compared article aims to develop and facilitate the comprehension of the foundations and theoretical progress that the figure of damage had to go through to situate itself in what we currently know as the right of torts, and the challenges that it still has to face in its own social contexts.

» KEYWORDS

Damage to the person; non-property damage; moral damage; biological damage

I. EL DAÑO A LA PERSONA EN EL DERECHO ITALIANO

Sin dudas, el ordenamiento jurídico en el cual el “daño a la persona” prácticamente se gestó, y luego se desarrolló con bastante intensidad, ha sido el italiano. Qué duda cabe que los mayores aportes y contribuciones a dicha teoría han provenido tanto de la doctrina como de la jurisprudencia de dicho ordenamiento jurídico, fuentes sobre las cuales nos tomaremos el tiempo de profundizar con la mayor rigurosidad.

Inicialmente, debemos recordar que la sistematización de daños en el derecho italiano ha seguido la clasificación germana, dividiendo así los daños resarcibles: *patrimoniales* y *no patrimoniales*.

Clásicamente¹, se ha señalado que el fundamento legal del resarcimiento del daño patrimonial está recogido en el art. 2043 del CC italiano, el cual establece expresamente: “Cualquier hecho doloso o culposo que causa a otro un daño injusto, obliga a quien ha cometido el hecho a resarcir el daño”.

Por su parte, el daño no patrimonial —léase daño moral— encontraba su amparo normativo en el art. 2059 del CC italiano, el cual sentencia claramente: “El daño no patrimonial debe ser resarcido sólo en los casos determinados por la ley”. De este modo, este artículo debía ser leído en concordancia con lo que establecía el art.185 del Código Penal italiano, el cual señala: “Cada delito, que haya ocasionado un daño patrimonial o no patrimonial, obliga al resarcimiento

* Contacto: andressanchez458@gmail.com

© Este artículo, publicado por la revista *Aequitas* de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, es de acceso abierto, distribuido bajo los términos de la Licencia Creative Commons Atribución -No Comercial-Comparitigual 4.0 Internacional. <<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>>, que permite el uso no comercial, distribución y reproducción en cualquier medio, siempre que la obra original sea debidamente citada. Para uso comercial, por favor póngase en contacto con revistaaequitas.fdc@unmsm.edu.pe.

1 Hacemos esta aclaración, dado que posteriormente un sector importante de la doctrina italiana advertiría que, con la gestación e incorporación del “daño a la salud” como voz autónoma de daño, el art. 2043 representaría finalmente una clausula general de responsabilidad, admitiendo en él también al daño no patrimonial.

al culpable o a las personas que, de acuerdo a las leyes civiles, deban responder por el hecho de aquél”. Es decir, de acuerdo con lo expresado en este artículo, únicamente los daños no patrimoniales derivados de un delito merecían resarcimiento o, lo que es lo mismo, los daños de naturaleza extrapatrimonial que no se hayan producido como consecuencia de un delito no podrían obtener resarcimiento alguno. Así de restrictivo resultaba el diseño de la reparación de los daños elaborada por el legislador italiano de 1942, el cual, como ya lo dijimos, seguía las pautas del BGB alemán.

Presentada así la cuestión, era evidente las limitaciones que presentaba el modelo italiano del daño no patrimonial, puesto que dejaba sin reparación alguna a todos aquellos daños que incidían en la persona, pero que por alguna razón no habían sido provocados por la ocurrencia de un delito. Sin duda, nos encontrábamos frente a un vacío legal que urgía remediar.

Es así, pues, como se comienza a gestar en la doctrina y jurisprudencia italiana, principalmente en las escuelas genovesa y pisana, la fundamentación del resarcimiento de los daños extrapatrimoniales no derivados de un delito, pero que incidían directamente en la estructura psicosomática de la persona. A este tipo de daño se le conoció bajo la denominación de “daño biológico”.

La aparición de la voz “daño biológico” fue el resultado de un esfuerzo elaborado inicialmente por la escuela de Pisa² al buscar una fundamentación jurídica que permita resarcir aquellos daños extrapatrimoniales que no se ajustaban a lo estipulado restrictivamente por el art. 2059 del CC italiano. De esta manera, luego de una importante reflexión, se logra arribar a una interesante conclusión: el basamento del resarcimiento de los citados daños subyace en la propia constitución. ¿Y qué dice la constitución al respecto? Pues, bien, en el art. 32 de la Carta Magna italiana se señala expresamente lo siguiente: “La República protegerá la salud como derecho fundamental del individuo e interés básico de la colectividad y garantizará asistencia gratuita a los indigentes. Nadie podrá ser obligado a sufrir un tratamiento sanitario determinado, a no ser

por disposición de una ley. La ley no podrá en ningún caso violar los límites impuestos por el respeto a la persona humana”. De acuerdo con lo expresado por la propia Constitución italiana, se sostenía que la salud es un derecho fundamental el cual, por lo tanto, recibe la máxima protección jurídica y no tiene, a su vez, ninguna restricción legal que impida su tutela. De esta forma, entonces, cualquier daño no patrimonial que afectara la *salud* de la persona, por más que no haya sido provocado como consecuencia de un delito, merecía **constitucionalmente** la debida tutela jurídica o, lo que es lo mismo, el pertinente resarcimiento. Por lo tanto, este fue el punto de partida argumentativo para sostener la fundamentación jurídica de lo que más adelante la escuela pisana terminaría acuñando con el término de “daño a la salud”.

Posteriormente, luego de la manifestación de la doctrina italiana en torno a las limitaciones que ofrecía el art. 2059 CC y las propuestas interpretativas elaboradas en dicha sede, dos tribunales italianos recurrieron a la Corte Constitucional a efectos de que se declare la inconstitucionalidad del restrictivo art. 2059 CC, puesto que vulneraba directamente el art. 32 de la Constitución italiana el cual cautela la salud, entendida esta en sentido amplio.

Finalmente, mediante la histórica Sentencia N.º 184 de 1986, la Corte Constitucional italiana reconoció la existencia de una tercera categoría de daño conocida bajo el nombre de **daño biológico**. De este modo, como señala MONATERI, luego de la emisión de la citada sentencia, el esquema resarcitorio del daño a la persona en Italia quedó establecido de la siguiente manera: “El **daño biológico** (daño evento, resarcible independientemente de cualquier afectación del ingreso económico³), el **daño patrimonial** y el **daño moral subjetivo** (estos dos últimos calificados como daño consecuencia)”⁴.

Es interesante la apreciación que MONATERI realiza sobre la Sentencia N.º 184 de la Corte Constitucional italiana, al afirmar que dicho tribunal “afrontó al menos dos problemas: el de la interpretación del art. 2059 CC, el cual había sido expresamente interpela-

2 Sin embargo, es menester hacer mención que el término “daño biológico” es una expresión elaborada propiamente por la escuela genovesa. Al respecto, véase FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño moral” y “daño al proyecto de vida”*, en Foro Jurídico, Año 1, N.º 2, revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003 pp. 19 y ss. Para mayor abundamiento, MONATERI, Pier Giuseppe, *Manuale della responsabilità civile*, Utet, Turín, 2001, pp. 191 y ss.

3 Es importante destacar que por mucho tiempo, en el ordenamiento jurídico italiano, los jueces elaboraban el *quantum* indemnizatorio por concepto de daño extrapatrimonial, siempre en función de la capacidad productiva de la víctima, siendo la renta producida por este el factor discriminatorio para concederle (o no) un resarcimiento por las pérdidas económicas sufridas. Esto, sin duda, fue una práctica del todo injusta y deleznable que, gracias a la Sentencia N.º 184 de la Corte Constitucional, fue derrocada definitivamente del derecho italiano.

4 MONATERI, Pier G., ob. cit., p. 194.

do, y el otro fundamental sobre la resarcibilidad del daño a la salud”.

En relación con la primera cuestión se observó que también, según el “*derecho viviente*” y los trabajos preparatorios, la locución “*no patrimonial*”, conforme al art. 2059 CC, debe ser entendido únicamente a los daños morales puros por pena y sufrimiento.

Sobre el segundo problema, la Corte afirmó que “el art. 2043 del CC, relacionado con el art. 32 de la Constitución, necesariamente debe extenderse en incluir el resarcimiento, no sólo de los daños patrimoniales en sentido estricto, sino (excepto... los daños morales subjetivos) todos los daños que, al menos potencialmente, obstaculizan las actividades realizativas de la persona humana”.

Además, en la decisión en cuestión, la Corte Constitucional observó que el daño biológico *no* coincide con la “lesión de la salud”: mientras el primero es el evento *naturalístico* que debe probarse en cada caso, la **lesión de la salud**, en cambio, es “la esencia antijurídica del completo hecho realizador del daño biológico”, que se concretiza en el momento mismo en el cual se realiza, en su totalidad, el hecho constitutivo del ilícito.

La novedad del modelo resarcitorio delineado por la Corte estuvo constituida, en consecuencia, por el reconocimiento definitivo de la resarcibilidad *ex art.* 2043 CC (art. 32 Const.) del daño biológico, figura comprensiva de cualquier tipo de violación injusta de la integridad psicofísica de la persona, así como también, tal y como en estos años ha sido precisado más veces por la jurisprudencia y la doctrina, de la totalidad de sus efectos perjudiciales respecto a todas las actividades, las situaciones y las relaciones en las cuales la víctima realiza su propia vida, con vinculación, por lo tanto, con la esfera productiva, la esfera espiritual, cultural, afectiva, social, deportiva, es decir, a todas las actividades realizativas de la persona humana”⁵.

Como último acontecimiento en el derecho de daños italiano, debemos hacer referencia a aquel producido en la última década del siglo XX. En dichos años, a nivel jurisprudencial, como una nueva voz de daño extrapatrimonial surge el denominado “daño existencial”, el cual se había ya gestado muchos años atrás desde la Universidad de Trieste, y cuyos máximos exponentes son los profesores PAOLO CENDON y PATRICIA ZIVIZ⁶.

5 MONATERI, Pier G., ob. cit., pp. 194-195.

6 Al respecto, FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño moral” y “daño al proyecto de*

Así las cosas, actualmente, en el derecho italiano, el daño a la persona está integrado por las siguientes voces de daño resarcible: el daño moral *stricto sensu*, el daño biológico y el daño existencial. Al respecto, estas dos últimas voces de daño aparecieron como consecuencia de un desarrollo jurisprudencial, en contraposición con la primera, que sí cuenta con un recogimiento expreso en el CC italiano⁷.

II. EL DAÑO A LA PERSONA EN EL DERECHO ALEMÁN

Como ya lo mencionamos líneas arriba, el derecho alemán fue el primer ordenamiento jurídico en establecer en su CC (BGB) la clasificación de los daños resarcibles bajo el esquema de *daño patrimonial* (*Vermögensschaden*) y *daño no patrimonial* (*nicht Vermögensschaden*). Posteriormente, este esquema influenció en muchos de los códigos civiles que se promulgaron durante todo el siglo XX dentro de la familia del *civil law* (o derecho continental), como lo sucedido propiamente en el CC italiano, por ejemplo.

Propio de la época en la cual se gestó, el CC alemán se dedicó mayoritariamente a regular todo lo concerniente al patrimonio, su tráfico jurídico, así como su protección, todo ello en la medida que éste se constituía en el centro de tutela del derecho en las primeras codificaciones del mundo⁸.

vida”, ob. cit., pp. 20 y ss.

7 Para mayores referencias sobre la actualidad del modelo italiano del daño a la persona, cfr. ROZO SORDINI, Paolo Emanuele, *El daño biológico*, 1.ª ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002; y FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, 1.ª ed. en español, Lima: Universidad de Lima, 1990, pp. 287 y ss.

8 Así lo hacía notar el profesor de la Universidad de Munich, KARL LARENZ, al observar que “[l]a Parte General del Código Civil no contiene una definición del patrimonio ni reglas generales sobre el mismo. No obstante, el concepto de patrimonio tiene considerable relevancia en dicho [c]uerpo legal”, señalando a continuación una serie de dispositivos legales en donde el término “patrimonio” aparece reiteradamente en el BGB, LARENZ, Karl, *Derecho civil. Parte general*, trad. y notas a cargo de Miguel Izquierdo y Macías Picavea, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978, p. 404. Más adelante, el citado jurista refiere que “[e]n principio, el patrimonio de una persona está formado por la totalidad de los derechos evaluables en dinero que a ella corresponden en casa caso”. El patrimonio es una suma, una conjunción de *derechos y relaciones* jurídicas, concretamente respecto a una persona determinada a la cual corresponden. El concepto de patrimonio en que se basa el Código Civil y la legislación sobre la ejecución y el concurso de acreedores, a diferencia del concepto de patrimonio pensado en términos meramente económicos, se extiende, por lo tanto, solo a lo que se denomina “activo”, no al “pasivo”. El patrimonio en sentido jurídico es el “patrimonio bruto”, no el “patrimonio neto”, si

Para uno de los más destacados juristas germanos, por ejemplo, la noción de daño depende esencialmente de su vinculación a la del patrimonio (*Vermögen*). Así, se ha manifestado lo siguiente: “Entendemos por daño el menoscabo sufrido por un patrimonio. Las lesiones inferidas a los bienes jurídicos de la personalidad no tienen concepto legal de daños, mientras no afecten el patrimonio, y la suma de dinero que en ciertos casos se ha de abonar por haberlas causado no constituye verdadera indemnización, sino una satisfacción que se ofrece a una persona lesionada”⁹.

Para FISCHER, sin embargo, el *daño* es un concepto mucho más amplio que la delimitación del mismo al patrimonio, en el cual se incluye “todos los perjuicios que el individuo sujeto de derecho sufra en su persona y bienes jurídicos, con excepción de los que se irroge el propio perjudicado [...] ‘el daño patrimonial’ no es más que una modalidad del concepto general de daños indemnizables, que abarca también los experimentados en otros bienes jurídicos. La distinción entre daños patrimoniales y no patrimoniales —‘daños morales’— adquiere importancia fundamental en las modernas legislaciones, pues [...] la clase y alcance de la reparación varían según la naturaleza del daño irrogado”¹⁰. En ese mismo sentido, HEDEMANN

se entiende por este la diferencia entre el activo y el pasivo. Las simples posibilidades de adquisición que no se hayan convertido en expectativas de derecho, la mera posibilidad de una ganancia aún incierta no son partes integrantes del patrimonio; no obstante, la frustración de una posibilidad de ganancia, el impedir mediante un perjuicio en la capacidad adquisitiva o en el éxito profesional una adquisición que podía esperarse pueden representar un daño patrimonial resarcible (cfr. arts. 252, 842 y 843). El concepto de patrimonio en lo relativo al resarcimiento es más extenso que el de patrimonio en el aspecto aquí examinado, referente principalmente a la responsabilidad. Asimismo puede darse un perjuicio patrimonial en el nacimiento de una obligación o en la compulsión a un gasto patrimonial (gastos de asistencia facultativa, aumento de necesidades a consecuencia de una lesión corporal). A tenor del Código Civil, el “daño patrimonial” es aquel que, en principio, se puede calcular en dinero”, LARENZ, Karl, *Derecho civil. Parte general*, ob. cit., pp. 405, 407 y 408.

9 VON TUHR, Andreas, *Tratado de las obligaciones*, trad. del alemán y concordado por Rocés W., ed. al cuidado de José Luis Monereo Pérez, Granada: Editorial Comares, 2007, p. 47.

10 FISCHER, Hans, *Los daños civiles y su reparación*, traducción del alemán con concordancias y un Apéndice sobre el derecho español por W. Rocés, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1928, pp. 1-3. No obstante, el citado autor advertía que antiguamente “El Derecho de Pandectas sólo entendía por “daños”, fundamentalmente, los patrimoniales. En términos generales, la palabra “daño” no se limita a los perjuicios patrimoniales o de índole material, ni en el lenguaje jurídico ni en su acepción corriente (“daño del alma”, dice el Evangelio de S. Mateo 16, 26)”, FISCHER, Hans, *Los daños civiles y su reparación*, ob. cit., p. 3.

ha expresado que “La palabra ‘daño’ tiene pluralidad de significados. Puede ser interpretada en sentido estricto o en sentido amplio. Las tendencias materialistas de la época presente imponen una fuerte inclinación a tener solamente en cuenta los daños patrimoniales, concepción fortalecida por lo dispuesto en el § 253 del B.G.B. Por ello, para contrarrestar esta posición, la ciencia jurídica y la práctica judicial han de asentarse en un concepto mucho más amplio del daño. También el que ataca mi honor o reduce mi libertad me irroga un daño. Se puede decir, por tanto, en sentido muy general que “todo bien jurídico” es susceptible de sufrir un daño y con ello puede constituir la base para una pretensión jurídica de indemnización de los daños sufridos”¹¹. Finalmente, LARENZ ofrece una definición de daño más integral, al afirma que este es “el menoscabo que a consecuencia de un acontecimiento o evento determinado sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio”¹². En similar sentido, ENNECCERUS afirma: “Daño es toda desventaja que experimentamos en nuestros bienes jurídicos (patrimonio, cuerpo, vida, salud, honor, crédito, bienestar, capacidad de adquisición, etc)”. Empero, a continuación, el profesor de la Universidad de Marburgo advierte: “Como quiera que, por regla general, la obligación de indemnizar se limita al daño patrimonial, la palabra ‘daño’ se emplea corrientemente en el lenguaje jurídico en el sentido de daño patrimonial”¹³.

Sin embargo, resulta interesante destacar lo que un sector de la doctrina alemana sostiene al cuestionar la naturaleza de “daño” de los supuestos de lesiones extra patrimoniales. En ese extremo, se ha afirmado que “[l]a ley sólo entiende por daño el daño patrimonial, pero no los “daños morales”, o sea los quebrantos y dolores físicos o de orden moral que se le producen al hombre cuando ilícitamente se atenta contra su persona o se invade la esfera de sus personales intereses”. A diferencia del daño patrimonial que, bien sea mediante reposición en especie o pago en dinero, puede indemnizarse plenamente, restaurando el patrimonio

11 HEDEMANN, Justus Wilhelm, *Derecho de obligaciones*, vol. III, trad. por Jaime Santos Briz, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, p. 118.

12 LARENZ, Karl, *Derecho de obligaciones*, t. I, trad. por Jaime Santos Briz, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, p. 193.

13 ENNECCERUS, Ludwig, “Derecho de obligaciones”, 2.ª ed. al cuidado de José Puig Brutau, undécima revisión por Henrich Lehmann, trad. de la trigésimo quinta edición alemana por Blas Pérez Gonzalez y José Alguer, vol. I, en *Tratado de derecho civil* por Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp, Martin Wolff, traducido por Blas Pérez Gonzalez y José Alguer, t. II, Barcelona: Bosch, 1954, p. 61.

en el estado que se presentaría de no haber ocurrido el suceso dañoso, los quebrantos morales no son susceptibles de reparación mediante recursos jurídicos. Lo que sí cabe, en cierto modo, es compensarlos o, por mejor decir, contrapesarlos, asignando al ofendido una cantidad de dinero a costa del culpable. La ley ordena este procedimiento en una serie de numerosos casos, bajo el nombre muy adecuado de “satisfacción”. El lesionado tiene, de este modo, un lucro patrimonial, que puede destinar a procurarse las satisfacciones ideales o materiales que estime oportunas. Esto, y la conciencia de que los medios para lograrlo salen del patrimonio del culpable, contribuirá a compensar el quebranto que le haya producido la agresión y a acallar ese sentimiento de venganza innato en el hombre, por moderno y civilizado que este sea.

Mas la “satisfacción” a que aludimos no tiene carácter de pena para el culpable, aunque se traduzca, al igual que la multa, en un menoscabo de su patrimonio. Su finalidad no es acarrear esta pérdida al culpable, sino procurar un lucro al lesionado. Por eso, en su aspecto pasivo, estas obligaciones pasan a los herederos, exactamente igual que las que versan sobre una indemnización.

Por lo general, la “satisfacción” consiste en una cantidad de dinero que el juez ha de señalar con arreglo a las circunstancias. Nada tiene de extraño que, en estos, haya de proceder con libertad mayor aún que en los casos de indemnización, puesto que los quebrantos morales repugnan, por naturaleza, toda tasación. A veces, basta con que en la sentencia se le asigne al lesionado una pequeña cantidad, con tal de que se haga resaltar la reprobación de la conducta del culpable, si es esto precisamente, como en ciertos casos ocurre, lo único que al demandante le interesa. Cuestión discutible es si la suma decretada en concepto de “satisfacción” puede asignarse a un tercero, verbigracia a un establecimiento de beneficencia. Con arreglo a las normas procesales, yo no veo más que una fórmula jurídica, y es que al demandante se le reconozca en la sentencia el derecho de exigir el pago a favor de la persona o establecimiento favorecido, toda vez que un fallo judicial no puede crear derechos a favor de tercero. Al demandante le basta con declarar que desea aplicar la suma reclamada a un determinado fin, pues esta declaración, si bien no le obliga jurídicamente, tiene sobrada eficacia moral.

El juez puede, en vez de decretar una “satisfacción” en metálico o, en concurrencia con ella, obligar al culpable a que dé al lesionado otras satisfacciones: obligarle, por ejemplo, a que rectifique, a que haga

pública una declaración restableciendo la honra del lesionado, etc.; el procedimiento más frecuente consiste en dar publicidad a la sentencia condenatoria. No creo, en cambio, que haya posibilidad procesal de una sentencia en que el juez se limite a reprobar la conducta del culpable, sin condenarle a nada, o a decretar la existencia de una relación jurídica contra él.

También, tratándose de personas jurídicas, puede darse el caso de que resulten quebrantados los intereses personales sin merma del patrimonio, engendrándose el derecho a exigir una “satisfacción”¹⁴.

14 VON TUHR, Andreas, *Tratado de las obligaciones*, ob. cit., pp. 71-72. Al respecto, una autorizada doctrina alemana ha puntualizado una interesante relación entre los conceptos “indemnización” y “pena” en los daños no patrimoniales. Así, se ha observado: “Hay quien sostiene que la indemnización en dinero de daños no patrimoniales representa un absurdo, toda vez que los bienes inmateriales y el dinero son magnitudes incomparables, y que jamás pueden ‘indemnizarse’ en metálico estos bienes humanos, como se indemniza el patrimonio [...]. Ante ataques malévolos contra la integridad corporal y la vida, contra el respeto y el honor —aunque estos abusos sólo vayan en menoscabo de los derechos patrimoniales—, el sentimiento jurídico no se conforma con la natural reparación de los perjuicios materiales, sino que clama por un castigo del hecho en sí. Claro que este postulado de justicia puede también concebirse, en el fondo, como parte de la misma indemnización, pues “también es daño la injuria que sufre el patrimonio mismo”. La justicia no sería completa si al que destruye insidiosamente un bien patrimonial sólo se le castigase a indemnizarlo. ¿Y quién le paga al perjudicado el disgusto, la indignación y los malos ratos?, diría entonces la voz del pueblo. Aquí está la misión de la pena: en aplacar el sentimiento jurídico herido: la pena “complace” a la idea de justicia, es un *solatium*, mitiga, cambia de talante el sentimiento y la voluntad. He aquí cómo de la indemnización a la pena no hay más que un paso. También la pena puede servir para satisfacer los intereses y los anhelos particulares del lesionado. Pero no es ésta su primordial misión; son otros motivos muy distintos los que, en el Estado moderno, determinan al representante del Ministerio público a solicitar la imposición de sanciones penales.

Y ya que hablamos de satisfacer los intereses del lesionado, ¿no será mucho más fácil conseguirlo, si combinamos el mal que al autor del daño se le inflige con la asignación de un beneficio al perjudicado; es decir, asignándole a éste una suma de dinero que el delincuente deba abonar? El idealista no querrá discutir siquiera semejante proposición. ¿Cómo —dirá— es que el honor y el sentimiento del Derecho y de la Justicia son valores comerciales, tasables en dinero y cuya violación puede convertirse en fuente de lucro? No puede negarse que esta ideología ha penetrado hondamente en la conciencia jurídica actual; y no parece que fuese otro, tampoco, el criterio de los romanos. Las Fuentes romanas, que conceden indemnizaciones en metálico siempre que se trata de lesiones y abusos de esclavos, las negaban tratándose de personas libres. El hombre libre y su integridad física están muy por encima de semejante tasación pecuniaria (*liberum corpus nullam aestimationem recipit*, D. 9, 1, 3; D. 9, 3, 7). Sin embargo, en la práctica —como demuestran las *actiones vindictam spirantes*— había ciertos daños inmateriales que se condenaban obligando al causante a abonar una suma de

Si bien es cierto, el daño no patrimonial no cuenta con una definición expresa dentro del articulado del BGB, sí ha tenido una recepción y desarrollo conceptual por parte de la dogmática alemana desde la promulgación de dicho cuerpo normativo.

Para LARENZ, por ejemplo, el daño no patrimonial¹⁵ o *ideal* “es el daño directo que alguien sufre en un *bien de la vida* (como la salud, el bienestar corporal, la libertad, el honor) que *no puede ser valorado en bienes patrimoniales*”¹⁶.

dinero al lesionado. El Derecho romano cuidábase únicamente de desechar la idea de ser aquí indemnizado un daño patrimonial (“*magis vindictae, quam pecuniae habent rationem*”, D. 37, 6, 2, 4). Se trata más bien de una satisfacción que se ofrece al sentimiento de justicia y a la personalidad del lesionado. Por ello precisamente estas *acciones peonales* “asumen función de resarcimiento y compensación de daños no patrimoniales”. No basta que concurran todos los requisitos criminosos por parte del delincuente, si el lesionado no experimenta daño alguno, para que nazca el deber de abonar la suma de dinero (*ad animum suum non revocaverit*, D. 45, 10, 11, 1); lo cual equivale a exigir la existencia de un *daño no patrimonial*.

[...] las legislaciones modernas –salvo la alemana– han ido todavía más allá en la indemnización pecuniaria de los daños inmateriales.

En realidad, mientras no encontrásemos un equivalente más adecuado, no debiera rechazarse por incongruente la indemnización en dinero para reparar estos perjuicios. La conciencia de haber entregado el culpable a la sanción penal no basta, evidentemente, para compensar el perjuicio experimentado; aparte de que el Derecho penal moderno no extiende su protección a todo género de transgresiones inmateriales, ni tiene por qué extenderla, según los fines que persigue nuestra política criminal. Si la indemnización en metálico no puede restablecer por sí el equilibrio perturbado de nuestro bienestar, puede procurar la adquisición de otros bienes que mitiguen el daño”, FISCHER, Hans, *Los daños civiles y su reparación*, ob. cit., pp. 225-228.

- 15 Aunque de la edición traducida que venimos citando, el autor emplea el término “daño inmaterial”. Asimismo, HEDEMANN opta por emplear el término “daño moral”, al indicar: “La dogmática seguida por el B.G.B. obliga a mantener la separación entre los *daños patrimoniales* y aquellos otros que se producen fuera de la esfera del patrimonio. Para estos últimos está muy generalizada la expresión ‘daño moral’ (en la terminología francesa, muy extendida, ‘dommage moral’)”, HEDEMANN, J.W., Justus Wilhelm, *Derecho de obligaciones*, ob. cit., p. 119.
- 16 LARENZ, Karl, *Derecho de obligaciones*, ob. cit., pp. 194 y 195. Sin embargo, el citado autor advierte que “[h]a de tenerse en cuenta que la infracción de uno de los bienes “ideales” indicados puede también tener por consecuencia mediata un daño patrimonial, aunque de ellos no derive directamente un daño valuable en dinero, p. ej., en forma de gastos para el restablecimiento de la salud, adquisiciones no hechas o pérdidas en los negocios que traen consigo los daños inferidos a la reputación, la fama o la solvencia. Por lo tanto, los daños patrimoniales no tienen siempre como presupuesto necesario la infracción de un bien patrimonial, sino que igualmente pueden derivarse, aunque únicamente en concepto de daños mediatos, de la infracción de un bien inmaterial, en cuanto ésta produzca consecuencias perjudiciales para el patrimonio del perjudicado”,

En el BGB alemán, el daño no patrimonial (*nicht Vermögenschaden*), o daño a la persona, se encuentra regulado en su segundo libro denominado “Derecho de las Obligaciones” (*Schuldrecht*), más específicamente en la “Parte Especial” (*Besonderer Teil*) en el título vigésimo séptimo que lleva por nombre “Actos Ilícitos” (*Unerlaubte Handlungen*¹⁷), cuyo contenido está legislado desde el § 823 al § 853. Si bien es cierto que en esta sección —que vendría ser para nosotros lo relativo a la responsabilidad civil extracontractual— se regula ampliamente el daño a la persona, también se hace lo propio muchos párrafos antes, cuando en la “Parte General del Libro de las Obligaciones” (*Schuldrecht – Allgemeiner Teil*) se hace mención de la resarcibilidad del daño no patrimonial (§ 253, 1.º párrafo).

- LARENZ, Karl, *Derecho de obligaciones*, ob. cit., p. 195.
- 17 Para una revisión detallada sobre los *Unerlaubte Handlungen* del derecho alemán puede consultarse a HAACK, Claudia, *Schuldrecht BT. Unerlaubte Handlungen. Allgemeines Schadensrecht*, 16. Auflage, Münster: Alpmann Schmidt, 2007; EMMERICH, Volker, *BGB – Schuldrecht. Besonderer Teil*, en *Schwerpunkte – Pflichtfach Band 3*, 12. Auflage, C.F. Müller: Heidelberg, 2009, pp. 276 y ss.; Dieter SCHWAB, *Einführung in das Zivilrecht. Einschließlich BGB – Allgemeiner Teil*, 15. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg, 2002, pp. 116 y ss.; KALLWASS, Wolfgang, *Privatrecht. Ein Basisbuch*, 18. Auflage, Vahlen, 2006, pp. 134 y ss.; LEIPOLD, Dieter, *BGB I. Einführung und Allgemeiner Teil*, 8. Auflage, Tübingen: Mohr Siebeck, 2015, pp. 91 y ss.; SIMON, Heike, Gisela Funk-Baker, *Einführung in das deutsche Recht und die deutsche Rechtsprache*, 5. Neubearbeitete Auflage, München: Verlag C.H.Beck oHG, 2013, pp. 76 y 77; REICHOLD, Hermann, *Recht der unerlaubten Handlung und Gefährdungshaftung*, en AA.VV., *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 2. Auflage, München: C.H.Beck, 2015, pp. 232 y ss.; ZIPPELIUS, Reinhold, *Einführung in das Recht*, 3. Völlig neubearbeitete Auflage, C.F.Müller, Heidelberg, 2000, pp. 68 y ss.; SCHWARZ, Günter Christian y Manfred Wandt, *Gesetzliche Schuldverhältnisse. Deliktsrecht – Schadensrecht – Bereicherungsrecht – GoA*, 4. Auflage, München: Verlag Franz Vahlen, 2011, pp. 262 y ss.; AA.VV. *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, en Beck’sche Kurz-Kommentare, Band 7, 68. Auflage, München: C.H.Beck, 2009, pp. 1233 y ss.; S. MARKESINIS, Basil y Hannes Unberath, *The german law of torts. A comparative treatise*, Fourth Edition, Oregon: Hart Publishing, 2002; FOSTER, Nigel y Satish Sule, *German Legal System and Laws*, Fourth Edition, New York: Oxford University Press, 2010, pp. 485 y ss.; FISCHER, Hans, *Los daños civiles y su reparación*, ob. cit.; VON TUHR Andreas, *Tratado de las obligaciones*, ob. cit., pp. 46-80, 211-238; LARENZ, Karl, *Derecho de obligaciones*, ob. cit., pp. 190 y ss.; HEDEMANN, J.W., *Derecho de obligaciones*, ob. cit., pp. 111 y ss.; MEDICUS, Dieter, *Tratado de las relaciones obligatorias*, vol. 1, ed. española a cargo de Ángel Martínez Sarrión, Barcelona: Bosch, 1995, pp. 265-324, 722-812; ENNECCERUS, Ludwig, “Derecho de obligaciones”, ob. cit., pp. 61 y ss. Para una revisión de los fundamentos histórico-romanísticos de los *hechos ilícitos* puede consultarse a ZIMMERMANN, Reinhard, *The law of obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, New York: Oxford University Press, 1996, pp. 902 y ss.; HARKE, Jan Dirk, *Römisches Recht*, Verlag, München: C.H. Beck, 2008, pp. 195 y ss.

Como ya lo habíamos advertido en el capítulo precedente, el derecho civil alemán adolece —según nuestra óptica— de un problema (el cual heredó años después el CC italiano), y es el de la reserva de ley del resarcimiento del daño no patrimonial, o también conocido como la *tipicidad* del daño no patrimonial¹⁸. Esto se manifestaba cuando inicialmente se establecía en el § 253 lo siguiente:

Por un daño que no sea un daño patrimonial la indemnización en dinero sólo puede solicitarse tal y como establece la ley.

De esta manera, solo se permitiría resarcir los daños de naturaleza extrapatrimonial siempre y cuando estos estuvieran recogidos propiamente en la legislación pertinente, en este caso, en el CC. Pues bien, el BGB se ocupó de desarrollar en la sección pertinente los supuestos específicos de resarcimiento del daño no patrimonial. Así, dichos daños quedaron registrados en un primer momento en el § 847, al sentenciarse:

La persona que sufra algún quebranto en su cuerpo o salud o a quien se prive de libertad, puede reclamar la indemnización que sea justa por los daños sufridos, aunque no afecten a su patrimonio. Este derecho no es transmisible ni pasa a los herederos, a menos que se halle reconocido contractualmente o deducido en juicio.

El mismo derecho asiste a la mujer contra quien abuse, con delito o falta, de su moralidad o la seduzca, valiéndose de fraudes o amenazas o abusando de la superioridad de que goza sobre ella.

Asimismo, se regulaba de manera particular un supuesto de resarcimiento de daño extrapatrimonial en el § 1300, al prescribirse:

Si una mujer sin tacha se entrega a su prometido, concurriendo los requisitos de los §§ 1298 o siguiente, puede exigir que se le indemnice en dinero, en lo que sea justo, el daño no patrimonial sufrido por consecuencia de aquella acción.

Este derecho es personalísimo y no se transmite a los herederos, a menos que se halle reconocido contractualmente o deducido en juicio.

Respecto del § 1300, debemos indicar que se trata de un dispositivo, el cual, luego de diversas reformas

ocurridas en el “Libro de Familia”, terminó siendo derogado.

En lo que concierne al § 847, luego de emitido el *Zweites Gesetz zur Änderung Schadensersatzrechtlicher Vorschriften*¹⁹, que entró en vigencia el 1 de agosto del 2002, su contenido fue integrado con el del § 253, quedando redactado este último de la siguiente manera:

Por razón de un daño que no es patrimonial sólo se puede solicitar indemnización en dinero en los casos previstos por la ley. Si por razón de una lesión corporal, a la salud, a la libertad, o a la libertad sexual debe prestarse resarcimiento de un daño que no es patrimonial, puede exigirse una indemnización equitativa en dinero.

Como se podrá apreciar de toda la evolución legislativa reseñada precedentemente, en materia de daño no patrimonial el legislador alemán optó por establecer una *tipicidad* de los daños resarcibles. Esto es —y como ya habíamos hecho referencia previamente para el caso italiano—, el BGB alemán ha configurado supuestos específicos de daño no patrimonial que son merecedores de tutela jurídica. Únicamente en dichos casos podemos estar al frente de lesiones dignas de resarcimiento o, lo que es lo mismo, aquellas otras que no se verifiquen en el listado recogido por la norma serán excluidas de la cobertura jurídica.

Así las cosas, la norma menciona concretamente cuatro tipos de daño resarcible de naturaleza no patrimonial, a saber: daño a la integridad física, a la salud, a la libertad y a la libertad (o autodeterminación) sexual. Cualquiera otro daño alegado por el sujeto carece de tutela por parte del ordenamiento jurídico, y es en este extremo que reside la crítica al sistema de daños en el BGB. El hecho de que el legislador alemán haya optado por la tipicidad de los daños extrapatrimoniales genera una clara limitación a la hora de tutelar de manera integral al sujeto de derecho *persona*, puesto que deja en el abandono a muchas víctimas de daños no patrimoniales, las cuales, por no haber recibido un daño como los situados en la estrecha lista recogida en el § 253, deberán de asumir ellas mismas los costos del daño producido. Evidentemente, ello se configura en una situación de injusticia y de desprotección de la persona.

18 Al respecto, puede consultarse a LOEWENWARTER, VICTOR, *Derecho civil alemán comparado. Con las características del derecho comercial*, 2.ª ed. refundida, Santiago de Chile: Nascimento, 1943, pp. 133 y ss.

19 A propósito de la modificatoria citada, para una mayor comprensión de la última reforma al Libro de Obligaciones del BGB, puede consultarse a ZIMMERMANN, Reinhard, *El nuevo derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, trad. al castellano de Esther Arroyo Amayuelas, 1.ª ed., Barcelona: Bosch, 2008.

Por el contrario, somos de la opinión que hubiera sido más conveniente que el legislador germano hubiera optado por establecer una cláusula general de responsabilidad, aplicable tanto para los daños patrimoniales como a los no patrimoniales. De esta manera, la tutela de la persona hubiera sido más eficiente e integral, reconociendo que la experiencia es tan tica y diversa y que, por lo tanto, los escenarios y supuestos en los que se puede producir un daño no patrimonial es bastante amplio, motivo por el cual pretender encuadrar tan solo alguno de ellos como los únicos dignos de tutela resulta ser inútil y, sobre todo, injusto de cara a las situaciones vulnerables padecidas por las víctimas del daño. Añadido a ello, se debe de tener siempre presente que es en última instancia la persona la cual debe ser la mayor preocupación y el eje del derecho, especialmente a la hora de diseñar las coordinadas legislativas que regularán su comportamiento con los demás individuos, dentro de una sociedad.

III. REGULACIÓN DEL DAÑO A LA PERSONA EN EL COMMON LAW

Ciertamente es poco lo que conocemos y lo que se enseña en nuestras facultades de derecho respecto del sistema de daños en el *common law*. Quizá por la lejanía que representa para nosotros dicho sistema jurídico en términos de conocimiento práctico, o de repente por la poca formación (o interés) en derecho comparado con la que cuentan nuestros profesores universitarios, lo real es que el daño a la persona en el *common law*, constituye una materia prácticamente irrelevante para la gran mayoría de personas con formación jurídica en nuestro medio.

Lo que nos proponemos realizar en la presente sección es presentar, y con arreglo a los propósitos de nuestra investigación, un panorama general del sistema de daños en el *common law* —fundamentalmente en lo atinente al daño a la persona— resaltando los conceptos y directrices más importantes que se han venido desarrollando a través del tiempo en dicho sistema jurídico, así como establecer las comparaciones (inevitables) que se pueden efectuar con lo regulado en el *common law* y en otros ordenamientos jurídicos (como, por ejemplo, en aquellos pertenecientes a la familia del *civil law*) en torno al daño a la persona.

En el derecho anglosajón, lo que nosotros denominamos como el derecho de la responsabilidad civil —léase *hechos ilícitos*— tiene obviamente su equivalente, el cual viene a llamarse clásicamente como el *tort law*. En relación al término *tort*, JENKS ha manifestado que este último sirve para aludir “a toda culpa

que conforme a las reglas del *common law* da lugar al nacimiento de una acción de indemnización de perjuicios (*damages*)”²⁰. Por su parte, RUBINSTEIN ha señalado que “[t]odos los hombres deben responder a las consecuencias naturales y probables de sus actos. Si por falta de previsión no hemos podido considerar los efectos que pueden derivar de un acto determinado y que podían haber sido tenidos en cuenta por una persona razonable, debemos responder legalmente de las consecuencias. Si de éstas resulta un daño para otro individuo, habremos cometido un *tort* (palabra procedente del francés y que significa mal o daño) y cuando esto ocurre la parte ofendida puede formular una reclamación por daños (*damages*)”²¹.

De esta manera, entonces, de acuerdo con el sistema del *common law* una vez ocurrido el perjuicio, el agraviado puede interponer una acción (reclamación) por daños (*damages*)²².

Ahora bien, dentro del escenario de los *personal injury*, a nivel de los *damages* —y sobre este punto nos interesa profundizar en la presente sección— existe una clasificación en dos tipos, a saber: el primero, conocido con el nombre de *general damages* y, el segundo, y no menos importante, que recibe la deno-

20 JENKS, Edward, *El derecho inglés*, trad. ajustada a la 3.ª ed. inglesa por José Paniagua Porras, en Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, vol. CXLIX, Madrid: Editorial Reus, 1930, p. 457. Asimismo, el propio autor advierte que “de ordinario se emplea la expresión derecho de *torts*, en plural, en vez de la frase genérica derecho de *tort*; y la razón de ello no es otra que la de que esta materia se encuentra actualmente en una etapa rudimentaria, en que aún no se ha podido llegar a encontrar un principio general que nos sirva para reconocer y distinguir esta clase de culpas cuando las tenemos delante, como se ha llegado a una teoría y unos principios generales del contrato”, JENKS, Edward, *El derecho inglés*, ob. cit., p. 457.

21 RUBINSTEIN, Ronald, *Iniciación al derecho inglés*, versión española anotada por Enrique Jardí, Barcelona: Bosch, 1956, p. 15.

22 Para una revisión general sobre la estructura de los *damages* en el *common law*, puede consultarse a DELL’AQUILA, Enrico, *I principi generali della responsabilità civile nel diritto inglese*, Milano: Giuffrè Editore, 1989; PONZANELLI, Giulio, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna: Società editrice il Mulino, 1992, pp. 185 y ss.; ZWEIGERT, K. y Kötz, *An introduction to comparative law*, trad. del alemán por Tony Weir, 2.ª ed. revisada, New York: Oxford University Press, 1992, pp. 645 y ss.; COMANDÉ, Giovanni, *Risarcimento del danno alla persona e alternative istituzionali. Studio di diritto comparato*, Torino: G. Giappichelli Editore, 1999, pp. 34 y ss.; BUSNELLI Francesco D. y Salvatore Patti, *Danno e responsabilità civile*, Torino: G. Giappichelli Editore, 1997, pp. 44-46; Peter HAY, *US – Amerikanisches Recht: ein Studienbuch*, en *Kurzlehrbücher für das juristische Studium*, München: C.H.BECK, 2000, pp. 131 y ss.; CANE, Peter, “Atiyah’s Accidents, Compensation and the Law”, 7.ª ed., en *The Law in Context Series*, New York: University Press Cambridge, 2006, pp. 130 y ss.

minación de *special damages*. Lo que caracteriza a este último tipo de daño, por ejemplo, es que su naturaleza es de ser fácilmente cuantificable en términos económicos. Así, podríamos afirmar que, en términos de derecho comparado, los *special damages*²³ vendrían a equivaler en el sistema jurídico romano-germánico a los *daños patrimoniales*.

Por otro lado se encuentran los *general damages* (que son los que nos interesan), los cuales se definen como aquellos daños cuya apreciación del *quantum* resarcitorio no resulta posible —por lo menos no de manera directa— y, por lo tanto, no le es exigible probar al accionante la suma (económica) equivalente a dicha lesión. Como explica atentamente COMANDÉ, los *general damages* son “daños por los cuales la ley no exige una prueba específica, presumiendo que se derivan directamente de la conducta ilícita lesiva del bien protegido, sin exigir expresamente la prueba de su cuantificación. En esencia, los *general damages* ofrecen tutela a los intereses jurídicamente protegidos —patrimoniales o no— para los cuales no es exigible la prueba del *quantum* del daño sufrido a consecuencia de la lesión de aquéllos”²⁴.

Adicionalmente, y yendo más a fondo, debemos indicar que existe una suerte de subcategoría dentro de aquella más general de los *general damages*, y es la denominada *non-pecuniary losses*. Como su mismo nombre lo indica, y haciendo una traducción literal,

esta categoría hace referencia a aquellos *daños (o pérdidas) no pecuniarias*.

Por otro lado, resulta bastante interesante revisar, así como poner de relieve, el origen de esta voz de daño en el *common law*. Como es propio de la mecánica de este sistema jurídico, las reglas jurídicas existentes en dicho territorio surgen *ex post* al análisis de la jurisprudencia de la materia en específico, y el *tort law* no fue una excepción a dicho fenómeno. De esta manera, como nos lo ilustra DELL’AQUILA, “[e]l principio, según el cual, para que ocurra un *tort* no se exige necesariamente la subsistencia de un daño cuantificable en dinero, pudiendo éste tener naturaleza extrapatrimonial (denominado *non-pecuniary loss*), se encuentra ya formulado en el famoso caso *Ashby v. White*, decidido en los primeros años del siglo XVIII. Los hechos del caso pueden resumirse sumariamente de la siguiente manera: en el proceso de una elección, un funcionario, de manera injusta, declaró nulo el voto de un elector. No obstante que el candidato, por el cual el elector había votado, resultó ser igualmente vencedor, este último había citado en juicio al funcionario en mención, alegando de haber sufrido un ilícito por la violación de un derecho suyo. Mientras el *King’s Bench* rechazó la pretensión del actor, el juez Holt motivó la propia *dissentig opinión* del modo siguiente:

Si el actor tiene un derecho, éste debe poderlo ejercitar, y debe tener una tutela jurídica en el caso en que aquél le sea impedido de ejercer [...], y de hecho, es una cosa sin sentido imaginar un derecho privado de tutela, ya que falta de derecho y falta de tutela son la misma cosa [...]. A mí me parece que esta demanda debiera ser acogida. Mi colega Powell, en cambio, considera que la demanda no amerita ser acogida porque no ha habido un daño para el actor; sin embargo, es cierto que cada violación de un derecho comporta un perjuicio, incluso si la parte no ha perdido un céntimo...; ya que el daño no es necesariamente patrimonial, y cada violación de un derecho comporta un daño en la medida que un sujeto es impedido de ejercer el mismo.

Contra la decisión del *King’s Bench*, el actor interpone una apelación y la *House of Lords*, con cincuenta votos contra dieciséis, reformó la sentencia acogiendo completamente la opinión del juez Holt”²⁵.

Si quisiéramos establecer un parangón entre esta última subcategoría con la categoría jurídica pertinente en nuestro sistema jurídico, indicaríamos que nos encontramos en el terreno de los denominados

23 Al respecto, una autorizada doctrina australiana ha afirmado: “[t]oday, however, at least in Australia, “specials” refers to all items of damage capable of (more or less) precise quantification, comprising medical and other expenses as well as lost earnings up to the date of trial. Even if natural and probable, the defendant is entitled to notice because they are quantifiable and help him to evaluate the claim [...] In the United States, by contrast, the phrase “special damages” tends to refer to all pecuniary losses both past and future”, FLEMING, John G., *Fleming’s The Law of Torts*. Recuperado de <https://www.law.berkeley.edu/files/Flemings_The_Law_of_Torts_Damages.pdf>, p. 7.

24 COMANDÉ, Giovanni, *Risarcimento del danno alla persona e alternative istituzionali. Studio di diritto comparato*, ob. cit., pp. 35 y 36. Por su parte, FLEMING señala que “Originally “general damage” reflected a pleading rule, referring to a loss which was presumed to be the natural and probable consequence of the tort and therefore did not have to be pleaded with specificity. Only if the claim was unusual was notice of “special damage” required [...] “General damages” [...] comprise all non-pecuniary losses, past and future, as well of future earnings (earning capacity). Yet, even with respect to general damages, the overriding modern pleading rule is that a defendant is entitled to notice of any unusual circumstances affecting their assessment”, FLEMING, John G., *Fleming’s The Law of Torts*, ob. cit., p. 7. Asimismo, véase, CANE, Peter, “Atiyah’s Accidents, Compensation and the Law”, ob. cit., p. 144.

25 DELL’AQUILA, Enrico, *I principi generali della responsabilità civile nel diritto inglese*, ob. cit., pp. 17-18.

daños extrapatrimoniales. De esta manera, pues, podemos concluir afirmando que el daño a la persona en el derecho inglés está circunscrito específicamente en lo que viene a denominarse como los *non-pecuniary losses*.

Finalmente, nos corresponde ahora ocuparnos del contenido de los *non-pecuniary losses*. De la misma forma, como sucede en nuestro sistema jurídico, que cuando hablamos del daño extrapatrimonial aludimos a una categoría que encierra en ella específicas voces de daño, para el caso del *common law* sucede una situación bastante similar. Y es que los *non-pecuniary losses* es una categoría de daño que encierra al mismo tiempo distintas voces de daño, muchas de ellas surgidas con el desarrollo de la casuística en materia del *law of torts*, y cuyas características procederemos a explicar. Así, el *non-pecuniary loss* está constituido por tres voces de daño, a saber: a) *pain and suffering*, b) *loss of amenities / loss of enjoyment of life*, c) *loss of expectation of life*.

El *pain and suffering* —siendo la primera voz de daño reconocida en el sistema del *common law*²⁶— se define como el sufrimiento, dolor, aflicción, pena, del que adolece el individuo como consecuencia del daño producido en su esfera jurídica. De esta definición del *pain and suffering*, podemos observar que existe una similitud entre esta voz de daño con aquella otra de nuestro sistema jurídico, conocida como *daño moral subjetivo*, en tanto ambas comparten los mismos rasgos característicos.

Por otro lado, aunque no existe una clara diferencia entre los términos *pain* y *suffering*, se ha sugerido que el *pain* es el resultado de una lesión física en tanto y en cuanto toda lesión física está acompañada inexorablemente de *pain* (dolor); y, por su parte, *suffering* viene a ser aquel daño producido a nivel mental, psíquico, como consecuencia de una lesión física. COMANDÉ, citando doctrina inglesa, señala que “de hecho, en el *pain* se revela una aflicción inmediata del sistema nervioso o de la mente, producto de alguna lesión a la integridad psicofísica; en el *suffering* estaría presente, en cambio, una aflicción no directamente relacionada a algún sufrimiento físico: una reacción emotiva individual. Esto implica que en la idea de *suffering* se puede asociar el miedo probado al momento del *accident* y la angustia, sucesiva a la lesión, debida a las posibles consecuencias de esta última, unida a la vergüenza y tristeza en el caso de una desfiguración

26 Cfr. COMANDÉ, Giovanni, *Risarcimento del danno alla persona e alternative istituzionali*. *Studio di diritto comparato*, ob. cit., p. 39.

física, temor por la salud propia, etc: en una palabra, cualquier perturbación del ánimo. Por tanto, el *pain* se constituye como una sensación estructuralmente ocasionada por una lesión física, y personas diversas no pueden sino percibir diversas intensidades de dolor: ello tiene que ver con una experiencia sensorial física objetivamente verificable. El *suffering*, en cambio, es en primer lugar una experiencia emotiva de respuesta que se origina, sin embargo, producto del *pain* y de la lesión”²⁷.

Como se ha podido apreciar, las distinciones entre los vocablos *pain* y *suffering* no están del todo bien delimitadas. Por esta razón, a la hora de otorgar indemnización, los jueces del *common law* (por lo menos en el derecho inglés) no establecen montos resarcitorios por concepto de cada uno de los términos citados, sino que, al contrario, establecen un monto único que será lo asignado por el daño de *pain and suffering*²⁸. Asimismo, para que sea admitida una acción de daños por *pain and suffering*, se requiere que el demandante haya estado consciente durante todo el proceso de sufrimiento y dolor producto del hecho generador del daño, de lo contrario, se asumirá que no hubo titular que haya padecido sufrimiento alguno por el daño alegado²⁹. Posiblemente, en doctrina esta última característica sea la más polémica en torno a

27 COMANDÉ, Giovanni, *Risarcimento del danno alla persona e alternative istituzionali*. *Studio di diritto comparato*, ob. cit., pp. 40-41.

28 De ahí que se afirme: “General damages represent the amount recoverable by the injured person for pain and suffering, and loss of amenity. There is no separate award for each of those headings. In English law, the compensation is one sum, decided by the trial judge on the basis of all the evidence before him”, AA. VV., “Compensation for Personal Injury in English, German and Italian Law. A Comparative Outline”, en *Cambridge Studies in International and Comparative Law*, Cambridge: University Press Cambridge, 2005, p. 46.

29 En ese sentido, se establece que “[p]ain and suffering covers the nature of the accident and its immediate aftermath. The court will require evidence of precisely what happened. Was the claimant aware of what was going to happen to him and became afraid? For how long did he have to endure pain? A claimant is thus entitled to recover for his pain and suffering—the two terms have never been clearly distinguished by the courts—actual and prospective, resulting from the tortfeasor’s conduct or from medical or surgical treatment made necessary as a result of the tortious conduct. No award for this type of damage is, however, made if the claimant is permanently unconscious and thus not in any pain. Despite some earlier doubts it is now accepted that the claimant’s economic and social position is irrelevant as far as this heading of damages is concerned. Nor may damages for pain and suffering be awarded in a case where death occurs instantaneously”, AA.VV., “Compensation for Personal Injury in English, German and Italian Law. A Comparative Outline”, ob. cit., pp. 46-47.

dicha voz de daño, aunque ya a nivel jurisprudencial la situación ha sido prácticamente zanjada.

La segunda voz de daño contenida en el *non-pecuniary loss* es la denominada *loss of amenities of life* (también conocida como *loss of faculty*, *loss of enjoyment of life* o como pérdida de la *bodily function*). Se afirma que la *loss of amenities of life* es “la inhabilitación para disfrutar las actividades y funciones normales, como consecuencia, por ejemplo, de la pérdida de una extremidad”³⁰. Por su parte, autorizada doctrina italiana ha manifestado que el *loss of amenities of life* consiste en “la pérdida de la amenidad de la vida por parte de la víctima (primaria) y, por lo tanto, un no poder ejecutar determinada actividad”³¹.

Sin embargo, al parecer no resulta sencillo establecer una noción clara de dicha voz de daño. Así, por ejemplo, se ha afirmado que respecto del *pain and suffering*, “La expresión ‘loss of amenity’ es menos fácil de definir. En *H. West & Son Ltd v. Shephard* el juez REID dijo:

Existen dos visiones en torno al verdadero fundamento para este tipo de compensación.° La primera consiste en que el individuo simplemente está siendo compensado por la pérdida de su pierna o la deterioración de su digestión.° La segunda refiere que la pérdida real del individuo no es tanto el daño físico sino la pérdida de aquellas oportunidades para llevar a cabo una vida normal y plena, las cuales les son denegadas por su condición física, por la multitud de privaciones e incluso por pequeñas molestias, las cuales él debe tolerar.

En cada caso es importante considerar con precisión qué es lo que se ha perdido. Todas las circunstancias personales del individuo dañado deben tomarse en consideración. Eso incluye edad, estilo de vida, esperanzas y expectativas, y discapacidades existentes antes del accidente. Por lo tanto, un individuo activo, atlético, en forma, quien como consecuencia de un daño está imposibilitado de participar de un deporte o de llevar un estilo de vida al aire libre o aquel que no puede jugar más con sus pequeños hijos en la manera que lo hacía antes del accidente, ha perdido más que una persona de setenta años con un estilo de vida sedentario y dedicado a actividades más ligeras.

30 FLEMING, John G., *ob. cit.*, p. 20.

31 PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, Antonino, Maria Feola, *La responsabilità civile. Contratto e torto*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2014, p. 234.

De este modo, si las lesiones del demandante privan a este de la capacidad de practicar un deporte u otros pasatiempos, los cuales disfrutaba antes de la ocurrencia del daño, entonces aquéllos merecen ser compensados. Otras pérdidas compensadas bajo este título incluyen “discapacidad de uno de los cinco sentidos; pérdida o discapacidad de la vida sexual; disminución de las perspectivas matrimoniales (un ítem el cual es adicional al pecuniary loss, el cual puede presentarse producto de aquel evento); vacaciones arruinadas, imposibilidad de jugar con los hijos de uno; y otras más”³².

Resulta muy interesante la explicación que se hace en torno a los orígenes de la voz *loss of amenities of life*, prácticamente como un desprendimiento e independización de esta respecto de la clásica voz *pain and suffering*. En ese sentido, se ha indicado que con “la aparición de la integridad psicofísica como interés fundamental de la persona humana, la cual el derecho no podía dejar de considerar, se manifiesta como necesario individualizar un título de *non-pecuniary losses* desvinculado de las limitaciones del *pain and suffering* y capaz de ofrecer tutela a aquel interés, prescindiendo, a su vez, de cualquier vínculo con la *loss of earning capacity*. De esta manera, se logra arribar a la especificación de la *loss of amenity of life* como título resarcitorio autónomo, el cual puede pacíficamente reconducirse bajo los esquemas conceptuales de nuestro daño a la salud³³, dejando al *pain and suffering* el rol de título resarcitorio por las pérdidas no pecuniarias apreciables sólo subjetivamente: esto es, el denominado *pretium doloris*.

La *loss of amenities of life*, por lo tanto, como voz autónoma es originada del *pain and suffering*: no por-

32 AA.VV., “Compensation for Personal Injury in English, German and Italian Law. A Comparative Outline”, *ob. cit.*, p. 47. Por su parte, PROCIDA MIRABELLI DI LAURO y FEOLA han declarado que “Precisamente la distinción, resuelta en *West. Shephard*, y confirmada en *Lim v. Camden Health Authority*, entre *loss of amenities of life* y *pain and suffering* ha inducido la Cámara de los Lords a resarcir la “privación de las sensaciones y de los placeres ordinarios de la existencia”, a diferencia del dolor y del sufrimiento, incluso en el caso de estado de inconciencia de la víctima. Sin embargo, debe advertirse que el *loss of amenities of life* es otorgado esencialmente como consecuencia de un daño a la integridad física”, PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, Antonino, Maria Feola, *La responsabilità civile. Contratto e torto*, *ob. cit.*, p. 234.

33 La referencia que hace el autor en esta parte consiste en mostrar —desde una perspectiva comparada— las similitudes que se pueden encontrar entre las dificultades que tuvo que pasar en el derecho anglosajón la voz *loss of amenities of life* para lograr su autonomía, así como, por su parte, la voz *daño a la salud/daño biológico* en el derecho italiano.

que esta última voz ofreciera tutela a los intereses hoy protegidos por la *loss of amenity of life*, sino más bien porque el *pain and suffering* no era idóneo para proteger intereses no homogéneos a aquellos que le eran típicos, del mismo modo que en Italia la categoría del daño moral subjetivo es inidónea para abarcar al daño a la salud, del cual se diferencia ontológicamente. El límite impuesto sobre el requisito de la *unconsciousness* al resarcimiento del *pain and suffering* ha representado sólo la ocasión para crear una figura nueva y diversa respecto de la originaria única voz de *non pecuniary losses* permitida por el *common law*³⁴.

Respecto de la tercera voz de daño insertada en los *non-pecuniary losses*, denominada como *loss of expectation of life*, se le ha atribuido poca importancia por parte de los jueces a la hora de otorgar resarcimiento, quedando relegada en la mayoría de ordenamientos jurídicos que conforman el *common law*, así como también en su estudio por parte de la doctrina especializada, quedando estructuradas, de este modo, como las voces de daño extrapatrimonial más consolidadas en la familia del *common law*, las denominadas *pain and suffering* y *loss of amenities of life*, la primera equivalente a nuestro daño moral y, la segunda, análogo al daño a la salud del derecho italiano.

IV. EL DAÑO A LA PERSONA Y EL DAÑO MORAL EN EL DERECHO FRANCÉS

En atención al marco normativo establecido para la regulación de la responsabilidad civil en el derecho francés, el legislador del *Code* prefirió diseñar una cláusula general de responsabilidad en la cual se puedan subsumir todos los supuestos posibles de daño, y no limitándolos únicamente a un número reducido de eventos dañosos dignos de tutela jurídica, como sucedió posteriormente en los códigos alemán e italiano (por señalar los más representativos). Dicha cláusula

34 COMANDÉ, Giovanni, *ob. cit.*, pp. 42 y 43. Asimismo, es importante destacar que “La fórmula *loss of amenities of life* es con frecuencia asociada en el tratamiento institucional a la *loss of faculty* y/o a la *loss of enjoyment of life*, lo que indica, de hecho, que aquel título resarcitorio es concedido por la pérdida de la *bodily function* en sí y por sí considerada, con prescindencia de la capacidad del sujeto de tomar ventaja efectivamente de la suma recibida. También en caso de liquidación de una única suma por *pain and suffering* y *loss of amenities of life*, el elemento prioritario, en Inglaterra, está representado en la *personal injury litigation* en tanto lo asignado para resarcir la lesión de la integridad psicofísica (la *loss of faculty*) y las consecuencias sufridas en el *modus vivendi* del dañado”, COMANDÉ, Giovanni, *Risarcimento del danno alla persona e alternative istituzionali. Studio di diritto comparato*, *ob. cit.*, p. 44.

la general de responsabilidad está recogida en el art. 1382 del CC francés, la cual sentencia lo siguiente:

Cualquier hecho de la persona que cause a otra un daño, obligará a aquella por cuya culpa se causó, a repararlo.

Sobre la opción escogida en establecer una cláusula general de responsabilidad civil, consideramos que el legislador francés acertó en dicho cometido, ya que a través de dicho dispositivo se permite tutela de manera más amplia e igualitaria a todas las personas que, como consecuencia de algún hecho dañoso producido en su esfera jurídica, son víctimas de lesiones de diversa índole y ocurridas, estas, desde particulares, y cada vez novedosas, situaciones de la vida cotidiana.

En el derecho francés, la clasificación de los daños en materia de responsabilidad civil se ha establecido clásicamente en función de la posibilidad de cuantificar en términos económicos el daño producido. De esta manera, los daños pueden recaer, o bien sobre objetos (daño material), o bien sobre entidades no determinadas físicamente (daño inmaterial o moral)³⁵.

En torno al daño material, autorizada doctrina francesa ha referido que este daño “puede alcanzar a la víctima: a) en su *patrimonio*: excavaciones practicadas para secar la fuente del vecino; deterioro, destrucción de inmuebles o de objetos mobiliarios; b) en su *persona física*: accidente de locomoción, culpa cometida por un médico o por un cirujano o por un farmacéutico, contagio de una enfermedad, sobre todo de una enfermedad venérea”³⁶. Sin embargo, un sector de la

35 Así lo manifiesta una clásica doctrina francesa, al indicar que “el daño sufrido puede ser, según los casos, de naturaleza muy diferente. A veces afecta a la víctima pecuniariamente; se traduce en una disminución de su patrimonio. Otras veces, por el contrario, no lleva consigo la pérdida de dinero; la víctima es alcanzada moralmente, por ejemplo, en su honor o en sus afectos.

En el primer caso, existe perjuicio material, pecuniario o patrimonial; en el segundo, perjuicio moral, extrapecuniario o extrapatrimonial [...]. Los redactores del Código civil francés emplearon fórmulas lo más amplias posible; y los trabajos preparatorios demuestran que en material delictual como en materia contractual, quisieron concederle una indemnización a todos aquellos que sufran un perjuicio pecuniario cualquiera, por leve que sea, sin distinguir entre el daño corporal y el daño patrimonial: la integridad física y los bienes están protegidos contra cualquier atentado”, MAZEAUD, Henry y León; y André Tunc, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, t. I, vol. I, trad. por Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1961, pp. 298 y 299.

36 JOSSERAND, Louis, *Derecho civil*, revisado y completado por André BRUN, tomo II, vol. I, *Teoría general de las obligaciones*, traducido por Santiago CUNCHILLOS y MANTEROLA, Edición al cuidado de Santiago SENTIS MELENDO, Edicio-

doctrina francesa realiza una precisión sobre la noción de daño material, al afirmar: “Excluido el daño corporal, el daño material queda reducido a los atentados contra los bienes o el patrimonio (de ahí que, en ocasiones, se le denomine *daño patrimonial* o *pecuniario*)”³⁷. Y el segundo tipo de daño —en contraposición con el primero—³⁸ es el denominado *daño moral* o *daño inmaterial*³⁹. Sobre este, la doctrina francesa

nes Jurídicas Europa América Bosch y Cía. Editores, Buenos Aires, 1950, p. 330.

37 CARBONNIER, Jean, “Situaciones extracontractuales y dinámica de las obligaciones”, t. II, vol. III, en *Derecho Civil. Estudio Introductorio*, trad. de la 1ª ed. francesa con adiciones de conversión al derecho español por Manuel M. Zorrilla Ruiz, Barcelona: Bosch, 1971, p. 65.

38 Sobre esta oposición entre los dos tipos de daño, así como los términos en los que se basa dicha distinción, atentamente, una clásica doctrina francesa ha observado: “Si en algunos casos se duda en permitir la reparación de un perjuicio, es porque ese perjuicio no lleva consigo, para la víctima, ninguna disminución de su patrimonio. Ahí se encuentra el criterio de la distinción. Por lo tanto, es preciso decir: el perjuicio material es el perjuicio patrimonial; el perjuicio moral es el perjuicio extrapatrimonial, el “no económico”.

Tal es la concepción adoptada por los redactores del proyecto de Código francoitaliano de las obligaciones y de los contratos, que le han consagrado un precepto [el art. 85] al daño moral. Declaran, en su informe, que el perjuicio moral es “*el que no atañe en modo alguno al patrimonio* y causa tan sólo un dolor moral a la víctima” y que “los ejemplos puestos en la continuación del artículo ilustran sobre esa significación de las palabras”; esos ejemplos son los siguientes (art. 85): “Párrafo 2. El juez puede conceder, especialmente, una indemnización a la víctima en el caso de lesión corporal, atentado contra su honor, contra su reputación, o contra la de su familia, contra su libertad personal o por la violación de su domicilio o de un secreto que le interese. —Párrafo 3. Asimismo, el juez puede concederle una indemnización a los parientes consanguíneos, afines o al cónyuge como reparación del pesar experimentado en caso de muerte de la víctima”, MAZEAUD, Henry y León; y André Tunc, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, ob. cit., pp. 424-425. En similar sentido, se ha aclarado: “Se oponen el perjuicio material y el perjuicio moral. Las expresiones no están muy bien elegidas. En efecto, se está tentado de definir el perjuicio material como aquel que afecta a un objeto material, corporal; y el perjuicio moral, como aquel que afecta al mundo inmaterial, incorporeal, de los pensamientos y de los sentimientos. Ahora bien, ése no es el sentido exacto de la distinción.

Se entiende por *perjuicio material* aquel que se traduce en una pérdida estimable pecuniariamente, el *perjuicio patrimonial* (si se admite que el patrimonio no contiene sino elementos pecuniarios [...]); y se entiende por *perjuicio moral* aquel que no se traduce en una pérdida de dinero, porque atenta contra un derecho *extrapatrimonial*”, MAZEAUD, Henry, León y Jean, *Lecciones de derecho civil*, trad. por Luis Alcalá-Zamora y Castillo, 2ª parte, vol. II, *La responsabilidad civil. Los cuasicontratos*, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1960, pp. 67-68.

39 Como acertadamente observa FISCHER, así como sucedió luego en el BGB con el término *Schaden*, el legislador del Código Civil francés entendió que el vocablo *dommage* consagrado en el

ha manifestado que se le denomina como tal a aquel daño que “no produce detrimento patrimonial alguno. Ello da lugar a una objeción. ¿Cómo es posible reparar con dinero una pérdida que, por definición, no es pecuniaria? El pago de una indemnización pecuniaria ofrece, en este caso, el carácter de un enriquecimiento gratuito en el patrimonio de la víctima. Aunque el dinero pudiera procurar una satisfacción sustitutoria, sería injusto que no hubiese una sanción para la culpa del responsable (los daños y perjuicios se configuran entonces como una suerte de pena privada que, en lugar de beneficiar al Estado, como la multa del Derecho Penal, aprovecha a la víctima) [...]”.

El concepto de daño moral tiene aplicación natural allí donde se lesiona uno de los derechos denominados extrapatrimoniales o primordiales (derecho al nombre, a la propia imagen, al honor y a la consideración). Puede haber también un daño moral en la lesión de un derecho familiar [...]. Todavía más; a falta de un derecho definido, el daño reparable puede residir en el ataque a un interés moral o a los mismos sentimientos, siempre que éstos sean algo más que una simple susceptibilidad⁴⁰.

En torno a la resarcibilidad del daño moral, se ha sostenido que este no “ha sido un producto de la interpretación, que haya llevado el concepto al CC; ya al tiempo de redactarse éste tenía la palabra *dommage* en el lenguaje jurídico la doble acepción que hemos hecho resaltar (material e inmaterial). Así, en los debates sobre el proyecto de Código, el ponente del Tribunal, BERTRAND DE GREVILLE, entendía que la responsabilidad debía recaer sobre la *reparación de los daños, la*

artículo 1382 de dicho cuerpo legal, no sólo abarca a los daños patrimoniales sino, también, a los daños extrapatrimoniales o inmateriales (conocidos en doctrina largamente como “daño moral”). Al respecto, cfr., FISCHER, Hans, *Los daños civiles y su reparación*, ob. cit., pp. 238-239.

40 CARBONNIER, Jean, “Situaciones extracontractuales y dinámica de las obligaciones”, ob. cit., pp. 65-66. En similar sentido, JOSSEERAND, al advertir que el “daño moral puede revestir también dos aspectos diferentes: una persona puede ser afectada, bien en su honor, en su reputación, en su consideración, en una palabra en su *patrimonio moral*, bien en sus afectos, como si su cónyuge o su pariente próximo llegara a perecer en un accidente de locomoción. Hay conformidad en reconocer que el interés perteneciente a la primera categoría, el *interés moral*, está jurídicamente protegido [...]. Pero los autores niegan que el simple *interés de afecto* justifique una reparación de orden pecuniario: traducir en una suma de dinero el pesar sufrido les parece irrealizable y paradójico, por falta de una medida común aplicable a los dos términos en presencia; el *pretium doloris* no podría fijarse sino arbitrariamente, y no presentaría jamás carácter verdaderamente *compensatorio*”, JOSSEERAND, Louis, ob. cit., pp. 330 y 331.

reparación del tort, la completa indemnización de la persona que sufrió, y el orador del Tribunal en el Cuerpo Legislativo, TERRIBLE, decía del art. 1382 que “dicha disposición abarca en su vasta latitud a todos géneros de daño y los somete a una reparación uniforme”.

La doctrina y jurisprudencia francesas sostienen, casi sin apartarse de ella en un punto, esta interpretación, con notable unanimidad y espíritu conservador”. Y como preclaro estudioso del *Code*, podemos compartir las expresiones que hiciera LAURENT sobre este asunto, al puntualizar que “el art. 1382 habla de daño en términos absolutos, sin comportar ninguna distinción; así pues, todo daño debe ser reparado, tanto el daño moral cuanto el daño material. El espíritu de la ley no deja ninguna duda: se quieren salvaguardar todos los derechos del hombre, todos sus bienes; ¿o acaso nuestro honor, nuestra consideración, no son los más preciosos de los bienes?”⁴¹.

Sin embargo, es importante destacar que en las últimas décadas, dentro de la doctrina y jurisprudencia francesas han venido apareciendo diversas voces de daño relativas al *daño moral*, pero que guardan una autonomía conceptual y resarcitoria respecto de aquella. De este modo, por ejemplo, se habla de *préjudice*

*esthétique*⁴², *préjudice sexuel*⁴³, así como, también, de una voz que se puede decir que es análoga al *loss of amenities of life* del *common law*, denominada como la *reparation du dommage corporel* o *préjudice d'agrément*⁴⁴. Sobre este último, se ha señalado: “El derecho a obtener la reparación del daño corporal es la sanción del principio de inviolabilidad del cuerpo humano y se presenta en condiciones muy diferentes, según que se trate de un atentado con o sin resultado de muerte”.

- a) **Daño consistente en el menoscabo de la salud o de la integridad física:** Este daño corporal abarca varios elementos: los gastos médicos, farmacéuticos y quirúrgicos de la víctima (*damnum emergens*); la pérdida sufrida corresponde a la disminución o supresión de su capacidad de trabajo (trátase de un *lucrum cessans*); existe, junto a estos perjuicios materiales, un perjuicio moral cuya estimación (*pretium doloris*) es necesariamente arbitraria y se refiere al dolor físico experimentado por la víctima en su propia carne y al padecimiento moral que puede experimentar al verse desfigurada o mutilada (perjuicio estético).
- b) **Daño resultante de la muerte:** Cuando se produce un accidente mortal en condiciones tales que den lugar a responsabilidad, los titulares del derecho a la indemnización se hallan comprendidos dentro del medio que rodea al difunto. Su pretensión de conseguir la reparación puede fundarse, bien en los derechos de la víctima adquiridos por vía sucesoria, bien los derechos propios que se originan en su persona⁴⁵.

41 FISCHER, Hans, ob. cit., pp. 241-242, la traducción empleada del comentario de LAURENT fue tomada de LEÓN HILARIO, Leysser, “Funcionalidad del “daño moral” e inutilidad del “daño a la persona” en el derecho civil peruano”, en *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, Segunda Edición corregida y aumentada, Jurista Editores, Lima, 2007, nota 44, p. 242. En similar sentido, y en referencia a la doctrina francesa, se ha opinado que “Algunos autores han protestado contra esta aplicación de una reparación pecuniaria de los daños que no pueden ser apreciados en dinero. En semejante caso, se dice, la fijación del importe de la indemnización tiene que ser necesariamente arbitraria.

Hay, indiscutiblemente, algo de fundamento en estas críticas. Pero parecería aún más chocante que ninguna reparación viniese a compensar la pérdida; el ultraje, la perturbación moral sufrida por el demandado. Si el arbitrio del juez es siempre un peligro, la negativa de toda sanción contra el mal sufrido por obra de otro sería una injusticia escandalosa. *A falta de cosa mejor*, el dinero sirve en esta vida para curar muchas heridas, muchos sufrimientos. Todo el mundo admite sin inconveniente que una indemnización pecuniaria puede compensar la ofensa dirigida contra la reputación o el honor de un individuo. Del mismo modo, la indemnización de daños y perjuicios reparará de un modo aproximado, y sin duda imperfecto, el daño inferido a la afección o a los sentimientos íntimos del demandante”, COLIN, Ambrosio y Henri Capitant, *Teoría general de las obligaciones*, en *Curso elemental de Derecho Civil*, traducción de la última edición francesa por De Buen, Demófilo, t. III, Madrid: Editorial Reus, 1924, pp. 744-745.

42 El cual consiste en “el sufrimiento emocional como consecuencia de un daño estético permanente [...]. No obstante, para tal título resarcitorio se toman en consideración también otros parámetros como la edad, el sexo, la ocupación laboral, el estado civil y la posición social”. Asimismo, se afirma que “Usualmente se tiene en cuenta la posibilidad de intervenciones reconstructivas y, si la víctima se niega a someterse a éstas, sin embargo, tal hecho se toma en consideración”, COMANDÉ, Giovanni, *Risarcimento del danno alla persona e alternative istituzionali. Studio di diritto comparato*, ob. cit., p. 199.

43 Al respecto, se sostiene que “El daño a la esfera sexual recibe consideración autónoma. Dicha voz de daño se refiere a los efectos emotivos de una discapacidad sexual como la impotencia o la frigidez y puede ser liquidada separadamente, incluso, al cónyuge de la víctima denominada primaria”, COMANDÉ, Giovanni, *Risarcimento del danno alla persona e alternative istituzionali. Studio di diritto comparato*, ob. cit., p. 199.

44 *Loc. cit.*

45 CARBONNIER, Jean, “Situaciones extracontractuales y diná-

V. DESARROLLO DEL DAÑO A LA PERSONA EN EL DERECHO ARGENTINO

Finalmente, el ordenamiento jurídico que hemos considerado oportuno estudiar, por el desarrollo y difusión que ha tenido en la región desde hace décadas en torno a la materia del daño a la persona es, sin lugar a dudas, el argentino. Vale decir que buena parte de las ideas elaboradas por FERNÁNDEZ SESSAREGO han sido ávidamente recogidas, analizadas y contrastadas dentro de la doctrina y jurisprudencia argentinas, quizá con mayor ímpetu que ningún otro país de habla hispana, y a ello se debe también la elección hecha por nosotros para su estudio correspondiente.

En el derogado CC de VÉLEZ SARSFIELD, en la sección correspondiente a los Hechos Ilícitos, el legislador argentino optó no por establecer una cláusula general de responsabilidad, como la que sí había sido implantada en el CC francés, sino más bien por regular sin mayor preámbulo la institución del daño. De este modo, en el art. 1068 del mentado cuerpo normativo se incorporaba la noción de daño de la siguiente manera:

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.

Como se puede apreciar, en este artículo el legislador argentino prefirió desarrollar, sin mayores cuestiones previas, el contenido del término “daño”, estableciendo en dicho dispositivo los tipos de daño que se podían alegar, a saber: el daño pecuniario o patrimonial y el daño extrapatrimonial o moral. Como se puede dar cuenta, este artículo era el único en el cual se contemplaba la protección del daño extrapatrimonial o, mal llamado, moral. Fuera de esta norma no existían mayores alcances o contribuciones que, en

mica de las obligaciones”, ob. cit., pp. 66 y 67. Al respecto, COMANDÉ indica que “Tal título resarcitorio, como en la experiencia del *common law*, impone reparar la pérdida de incapacidad “específica” en la ejecución de actividad cultural, deportiva o no lucrativa que la víctima realizaba con empeño antes de la lesión. A menudo, en los casos más graves de invalidez permanente viene también asignado un resarcimiento por la pérdida genérica de la habilidad de gozar la vida”, COMANDÉ, Giovanni, *Risarcimento del danno alla persona e alternative istituzionali. Studio di diritto comparato*, ob. cit., pp. 199 y 200. Para un análisis comparativo entre el *préjudice d'agrément* del derecho francés y el *danno esistenziale* del derecho italiano, véase PROCIDA MIRABELLI DI LAURO Antonino, Maria Feola, *La responsabilità civile. Contratto e torto*, ob. cit., pp. 235 y ss.

términos de protección jurídica, otorgaba el derogado código de 1871.

Tuvo que pasar más de un siglo para que viera la luz el vigente CC y Comercial de la Nación argentina, el cual fue promulgado el 7 de octubre del 2014 y entró en vigencia el 1 de agosto del 2015. En este código, además de unificarse con lo relativo a las materias comerciales, se introdujeron importantes y novedosas disposiciones en materia del daño a la persona, las cuales vale la pena destacar.

Por ejemplo, un poco diferenciándose de su predecesor, el CC y Comercial de la Nación establece una suerte de cláusula general de responsabilidad, la cual, en su art. 1716 regula lo siguiente:

La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código.

La incorporación de esta cláusula es todo un progreso en materia de responsabilidad civil, en tanto en cuanto establece de manera expresa una protección amplia e integral de la persona, sin limitación o restricción legal alguna más allá de lo que establece dicho dispositivo legal.

Y en segundo lugar, y como aporte de tamaño relevancia y admiración, resulta la incorporación de la doctrina del “daño al proyecto de vida” en el CC y Comercial de la Nación. Así quedo consagrada dicha figura jurídica en el art. 1738 del referido cuerpo legal, el cual establece lo siguiente:

La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida.

De esta manera, el CC y Comercial de la Nación se ha convertido en el primer cuerpo normativo en el mundo en positivizar una de las teorías jurídicas de mayor influencia personalista y existencialista que se puede haber ideado en la comunidad jurídica, permitiendo de este modo una tutela jurídica de la persona más completa e integral, tomando en consideración su estructura psicosomática, fundada y constituida en su libertad.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AA.VV. (2005). "Compensation for Personal Injury in English, German and Italian Law. A Comparative Outline". En *Cambridge Studies in International and Comparative Law*. Cambridge: University Press Cambridge.
- Carbonnier, J. (1971). *Situaciones extracontractuales y dinámica de las obligaciones*, t. II, vol. III, en *Derecho civil. Estudio introductorio* (trad. de la 1.ª ed. francesa con adiciones de conversión al derecho español por Manuel M. Zorrilla Ruiz). Barcelona: Bosch.
- Colin, A. & Capitant H. (1924). "Teoría general de las obligaciones". En *Curso elemental de Derecho Civil* (trad. de la última edición francesa por Demófilo De Buen, t. III). Madrid: Editorial Reus.
- Comandé, G. (1999). *Risarcimento del danno alla persona e alternative istituzionali. Studio di diritto comparato*. Torino: G. Giappichelli Editore.
- Dell'Aquila, E. (1989). *I principi generali della responsabilità civile nel diritto inglese*. Milano: Giuffrè Editore.
- Enneccerus, L. (1954). "Derecho de obligaciones". En *Tratado de derecho civil* (2.ª ed. al cuidado de José Puig Brutau, undécima revisión por Henrich Lehmann, trad. de la trigésimo quinta edición alemana por Blas Pérez Gonzalez y José Alguer, Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp, Martin Wolff, vol. I, trad. por Blas Pérez Gonzalez y José Alguer, t. II). Barcelona: Bosch.
- Fernández Sessarego, C. (1990). *Nuevas tendencias en el derecho de las personas* (1.ª ed. en español). Lima: Universidad de Lima.
- Fischer, H. (1928). *Los daños civiles y su reparación*, traducción del alemán con concordancias y un apéndice sobre el Derecho español por W. Roces. Madrid: Revista de Derecho Privado.
- Hedemann, J.W. (1958). *Derecho de obligaciones* (vol. III, trad. por Jaime Santos Briz). Madrid: Revista de Derecho Privado.
- Jenks, E. (1930). "El derecho inglés". En *Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros*, (trad. ajustada a la 3.ª ed. inglesa por José Paniagua Porrás, vol. CXLIX). Madrid: Editorial Reus.
- Larenz, K. (1958). *Derecho de obligaciones* (t. I, trad. por Jaime Santos Briz) Madrid: Revista de Derecho Privado.
- Loewenwarter, V. (1943). *Derecho civil alemán comparado. Con las características del derecho comercial* (2.ª ed. refundida). Santiago de Chile: Nascimento.
- Mazeaud, H., Mazeaud, L. & Mazeaud, J. (1960). "Lecciones de derecho civil". En *La responsabilidad civil* (trad. por Luis Alcalá-Zamora y Castillo, 2ª parte, vol. II). *Los cuasicontratos*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América.
- Procida Mirabelli Di Lauro, A & Feola, M. (2014). *La responsabilidad civile. Contratto e torto*, Torino: G. Giappichelli Editore.
- Rozo Sordini, P.E. (2002). *El daño biológico* (1.ª ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Rubinstein, R. (1956), *Iniciación al derecho inglés* (versión española anotada por Enrique Jardí). Barcelona: Bosch.
- Von Tuhr, A. (2007). *Tratado de las obligaciones* (trad. del alemán y concordado por W. ROCES, ed. al cuidado de José Luis Monereo Pérez). Granada: Editorial Comares.
- Zimmermann, R. (2008). *El nuevo derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado* (trad. al castellano de Esther Arroyo Amayuelas, 1.ª ed.). Barcelona: Bosch.