

# La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del “daño corporal”) en el ordenamiento francés

MILAGROS KOTEICH KHATIB\*

Sumario: I. El sistema francés de daños. A. Introducción. B. Amplitud del concepto de daño. C. Distinción entre *daño* y *perjuicio*. II. Clasificación de los perjuicios extrapatrimoniales derivados del “daño corporal” (sufridos por el directamente lesionado). A. Sufrimientos físicos y/o morales. B. *Préjudice d’agrément* (perjuicio de agrado). C. Perjuicio estético. D. Perjuicio sexual. E. Otras categorías. 1. La “alteración en las condiciones de existencia”. 2. “Perjuicio de contaminación”. 3. “Perjuicio de establecimiento”. 4. “Perjuicio juvenil”. III. Una categoría central, en busca de su lugar definitivo: el perjuicio fisiológico. A. Concepto. B. Método de valoración. C. El problema sistemático actual. D. La solución del Anteproyecto de reforma del *Code civil*. IV. Una nota sobre el derecho colombiano. A. Colombia y la herramienta del derecho comparado. B. El perjuicio fisiológico en Colombia.

## Resumen

El presente escrito busca fijar, desde una perspectiva contemporánea, el mapa de los daños extrapatrimoniales que se reconocen en el ordenamiento francés en la hipótesis específica de lesión a la integridad psicofísica, a partir de la distinción que comienza a imponerse entre el ‘daño’ y el ‘perjuicio’, para posteriormente destacar cómo a partir del ‘descubrimiento’ del “perjuicio fisiológico” (que surge del “daño corporal”), se ve en la lesión a la integridad psicofísica un evento cuya principal consecuencia extrapatrimonial puede no sólo evaluarse en forma objetiva (mediante el examen médico legal y

\* La autora es abogada de la Universidad de los Andes de Mérida-Venezuela; *Magister* de la Universidad de Roma ‘Tor Vergata’ y Doctora en Derecho de la Responsabilidad de la *Scuola Superiore Sant’Anna* de Pisa, Italia. Profesora de Derecho Civil y Romano de la Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: milagrosk@yahoo.com  
Fecha de recepción: 30 de enero de 2010. Fecha de aceptación: 15 de marzo de 2010.

sus respectivos baremos), sino además, liquidarse en forma independiente del perjuicio económico. Anteriormente, la liquidación de ese tipo de lesión partía o respondía exclusivamente a parámetros de tipo económico o salarial, con las inequidades que ello normalmente introduce. Destacaremos que en el derecho comparado, frente a la liquidación (del daño extrapatrimonial derivado) de la lesión a la integridad psicofísica, la mirada se dirige hoy a la pérdida o deterioro de las funciones fisiológicas, orgánicas, que por permitir una valoración objetiva, consiente arribar a, por lo menos, una base igualitaria para todas las víctimas aquejadas por unos mismos tipo de lesión y porcentaje de incapacidad permanente, sin que ello obste para un posterior *ajuste* al caso concreto basado en la equidad.

Palabras clave: perjuicio extrapatrimonial, daño corporal, perjuicio fisiológico, liquidación del perjuicio, "perjuicio de agrado", "alteración en las condiciones de existencia", perjuicio estético, perjuicio sexual, derecho comparado, derecho francés.

## I. EL SISTEMA FRANCÉS DE DAÑOS

### A. Introducción

Actualmente existe en Francia cierta sensación de indefinición de las fronteras entre las distintas (y cada vez más numerosas) categorías de daño extrapatrimonial indemnizable<sup>1</sup>, fenómeno que se atribuye, al menos en parte, a la marcada tendencia de *favor* a las víctimas existente en dicho ordenamiento<sup>2</sup>, que ha tendido a ampliar en forma excesiva los campos de la responsabilidad civil<sup>3</sup>, muchas veces en desatención

- 1 Cfr. PH. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, Paris, 2005, 133, donde habla de la "profusión" de los perjuicios extrapatrimoniales.
- 2 Que ha sido recibida expresamente en el propio Anteproyecto de reforma del *Code civil* (o Anteproyecto Catalá), en la Exposición de motivos del Subtítulo III ("De la responsabilidad civil", arts. 1340 a 1386, a cargo de GENEVIÈVE VINEY); lo cual se manifiesta, entre otras, en las siguientes disposiciones: "artículo 1341, que, en su inciso 2º, autoriza a estas víctimas [de daños corporales o de lesiones a la persona] la escogencia del régimen que les sea más favorable. [S]e la encuentra igualmente en el artículo 1351, que prevé que, si las víctimas han incurrido en culpa en relación con su propio daño, esas culpas no serán tenidas en cuenta contra ellas para amputar su derecho a la reparación, salvo si son graves. [E]lla inspira también el artículo 1373, que niega al juez el poder de reducir la indemnización en razón de un rechazo de cuidados, aun cuando éstos hubieran sido aptos para limitar las consecuencias del daño, y el artículo 1382 -1 que prohíbe estipular convencionalmente cualquiera restricción a la indemnización del daño corporal. [E]n fin, la reglamentación de la indemnización de esta clase de daño por los artículos 1379 a 1379-8 aparece, en su conjunto, favorable a las víctimas". AA. VV., *Del contrato, de las obligaciones y de la prescripción. Anteproyecto de reforma del Código Civil francés* (Trad. al español por F. HINESTROSA), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, 252-253. Esta política gubernamental de *favor* a las víctimas aparece expresamente reconocida también en el Informe LAMBERT-FAIVRE, 6, sobre el cual ver p. 162.
- 3 La Sala Plena de la Corte de Casación llegó incluso, en una sentencia conocida como "*affaire Perruche*", del 17 de noviembre del año 2000, a indemnizar un pretendido "derecho

de lo que son sus fundamentos, y conduciendo con ello a una crisis de *crecimiento* y de *identidad*<sup>4</sup>. De *crecimiento*, debido a esa distorsión, relativamente reciente, que se advierte en la pretensión de que el nuevo "derecho de daños" repare todos los sinsabores de la existencia humana<sup>5</sup>, y que está amenazando con llevarlo a un verdadero estado de incoherencia interna; y de *identidad*, en virtud de la incertidumbre que existe acerca del lugar que le corresponde a este instituto y acerca del papel que éste debería desempeñar frente a las diferentes técnicas de indemnización de perjuicios<sup>6</sup>, en un momento en el que pareciera reclamar el auxilio de la *justicia distributiva*, típica de la *solidaridad*, para complementar la *justicia conmutativa* que le es propia y que se ha mostrado insuficiente frente a los casos de daños corporales más graves<sup>7</sup>.

Esta tendencia francesa de *favor* a las víctimas se hizo especialmente evidente con la promulgación de la ley del 5 de julio de 1985<sup>8</sup>, conocida como ley *Badinter*, explícitamente concebida para mejorar la situación de las víctimas de accidentes de tránsito y agilizar los respectivos procedimientos de indemnización<sup>9</sup> (antes de su promulgación se aplicaba, o mejor, podía aplicarse, el régimen común de responsabilidad, esto es, los artículos 1382 ss. del *Code civil*)<sup>10</sup>.

a no nacer". Se trataba del caso de un niño, por cuyo nombre se conoce la sentencia, que nació con graves malformaciones en virtud de la enfermedad que padeció la madre durante el embarazo y que no fue diligentemente diagnosticada por el médico tratante, conculcando de ese modo el derecho de la madre a un aborto tempestivo. Aunque poco después, el Código de la Salud Pública (No. 2002-303 del 4 de marzo de 2002, conocido como ley *Kouchner*), con una norma (artículo 1) introducida al último momento y motivada precisamente por el acaecimiento del caso descrito, dispuso que "nadie puede alegar un perjuicio por el solo hecho de su nacimiento", con lo cual, quedaba zanjada esa nueva extralimitación en la utilización de los instrumentos que ofrece la responsabilidad civil. Sobre el tema, ver por todos G. VINEY y P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, Paris, 2006<sup>3</sup>, 23 ss., entre tantos otros autores.

- 4 J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX, *Les obligations* (II), Sirey, Paris, 2007<sup>12</sup>, 84. En igual sentido, G. VINEY, *L'appréciation du préjudice*, en *LPA*, mayo de 2005, No. 99, 89, quien sostiene que el estado actual de la responsabilidad civil en Francia justifica que tanto el análisis económico del derecho como el derecho comparado pongan en tela de juicio las soluciones y hasta el espíritu general del derecho francés en esta materia. También, PH. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, Paris, 2006-2007, 429.
- 5 Condenada enérgicamente, entre otros, por M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Responsabilité civile et quasi contrats*, PUF, Paris, 2007, 123, quien, en la que parecería ser, aun solapadamente, una crítica al daño existencial italiano (que califica no obstante de figura *fort intéressant*), sostiene que "sería una locura sostener que los avatares de la vida y los tormentos de la existencia puedan resolverse en una indemnización".
- 6 J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX, *Les obligations* (II), cit., 85.
- 7 Con lo que, en palabras de PH. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, cit., 39, tenderían a conciliarse la eficacia y el humanismo.
- 8 Ley No. 85-677.
- 9 A pesar de que la ley se refiere en particular a los accidentes de tránsito, sus disposiciones se aplican además, de acuerdo con su artículo 28, al daño ocasionado en el marco de acontecimientos de otra naturaleza, es decir, al margen del origen del accidente: de tránsito, doméstico, deportivo, etc. Cfr. J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX, *Les obligations* (II), cit., 152.
- 10 Sentencias de la Corte de Casación que confirman el carácter excluyente de la ley *Badinter*, en el sentido de que después de su promulgación no es posible aplicarla a las hipótesis

Pero contrario a lo que pudiera pensarse, la ley *Badinter* nada dijo acerca del monto de la indemnización o acerca de la valoración de los perjuicios extrapatrimoniales que se derivan de las hipótesis de daño que ella consagra<sup>11</sup>. En tal virtud, la ley del 9 de septiembre de 2002<sup>12</sup>, de orientación y programación de la justicia, debió prever el desarrollo de un plan nacional de ayuda a las víctimas y crear, a su tiempo, un Consejo Nacional de Ayuda a las Víctimas (CNAV) dentro del Ministerio de Justicia, el cual decidió poner en marcha un grupo de trabajo sobre la indemnización del daño corporal, presidido por YVONNE LAMBERT-FAIVRE, con el objeto puntual de arribar a disposiciones legales o reglamentarias relativas, en primer lugar, a una definición clara sobre los diferentes rubros de perjuicio, que permita distinguir con precisión los perjuicios estrictamente *personales*<sup>13</sup> —que se encuentran, en virtud de tal condición, excluidos del derecho de subrogación en la acción de la víctima con el que cuentan los terceros pagadores o *tiers payeurs*<sup>14</sup> en contra del agente u ofensor— de los económicos —sobre los cuales en cambio ejercen su acción los terceros pagadores<sup>15</sup>—; y en segundo término, a la elaboración de un *indicativo de referencia nacional* acerca del valor del ‘punto’ de incapacidad (con base en el cual se calcula el monto de la indemnización del perjuicio fisiológico)<sup>16</sup> que pueda

que ella contempla, el artículo 1382 del *Code civil*: Segunda Sala Civil, del 4 de febrero de 1987: *D.* 1987. 187, con nota de GROUDEL; 4 de mayo de 1987: *Gaz. Pal.* 1987. 2. 428, con nota de CHABAS; 21 de mayo de 1990: *Bull. civ.* II, No. 112; 7 de mayo de 2002: *ibid.* II, No. 87; 23 de enero de 2003: *ibid.* II, No. 7. En doctrina, PH. MALAURIE, L. AYNÉS y PH. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, Paris, 2005, 149.

- 11 A pesar de lo cual, la doctrina reconoce que este cuerpo normativo deja un germen muy importante, en el sentido de que el propio Anteproyecto de reforma del *Code Civil* incluye entre sus disposiciones las relativas a la indemnización de las víctimas de accidentes de tránsito (aunque formal y sustancialmente modificadas respecto de como aparecen previstas en la ley *Badinter*).
- 12 Ley No. 2002-1138.
- 13 Así llamados por el Código de la Seguridad Social (arts. L. 376-1 y L. 454-1), en alusión a los perjuicios morales o extrapatrimoniales que derivan de la lesión a la integridad corporal o al derecho a la vida.
- 14 Entre los cuales, el más importante es la Seguridad Social (además de los seguros privados). En Francia, la Seguridad Social juega un papel destacado en lo que respecta a la indemnización del daño corporal en general, al punto de que la responsabilidad civil, se sostiene, juega un papel apenas “complementario”, en esta materia. No obstante, esta afirmación debe ser matizada cuando se trata específicamente de los perjuicios no pecuniarios que derivan del daño corporal, cuya indemnización debe normalmente exigirse en forma exclusiva mediante los mecanismos de la responsabilidad civil, porque la Seguridad Social no los indemniza o lo hace sólo en parte. Cfr. G. COMANDÉ, *Risarcimento del danno alla persona e alternative istituzionali*, Giappichelli, Torino, 1999, 11, además de 267, 289 (También en español: G. COMANDÉ, *Resarcimiento del daño a la persona y respuestas institucionales. La perspectiva europea*, Colección de Ensayos de la Revista de Derecho Privado, No. 2, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006).
- 15 Lo cual, sostiene la doctrina, suele minar los derechos del lesionado, pues aun cuando el pago haya sido parcial, no tiene éste derecho de acumular las prestaciones provenientes del tercero pagador y del tercero responsable; pudiendo en consecuencia afirmarse que el ingreso o no de un determinado rubro dentro del recurso de los terceros pagadores termina por incidir en la ‘reparación integral’ de los perjuicios a la víctima. Ver más *infra* III.C. y III. D.
- 16 Sobre el cual, ver *infra* III.

servir de instrumento guía para los jueces y para las partes, y que tienda a armonizar las indemnizaciones otorgadas a las diferentes víctimas. El informe respectivo (en lo sucesivo: "Informe LAMBERT-FAIVRE") fue consignado el 15 de junio de 2003<sup>17</sup>.

Tomando como punto de partida, precisamente, las conclusiones del informe citado, se encargó luego (en enero de 2005) a otro grupo de trabajo presidido esta vez por JEAN-PIERRE DINTILHAC (en su momento, presidente de la Segunda Sala Civil de la Corte de Casación) la elaboración de una lista de perjuicios corporales *coherente*, "que distinga claramente entre los perjuicios económicos y los no económicos, especialmente en lo relacionado con la incapacidad permanente parcial". El informe respectivo (en lo sucesivo: "Informe DINTILHAC") fue consignado en julio de 2006<sup>18</sup>.

Todas estas iniciativas institucionales, que dejan en evidencia la magnitud y resonancia del problema, han tenido un idéntico objetivo: el de racionalizar el sistema francés sobre el daño corporal, por medio de la implementación de una metodología adecuada y la creación (aún en proyecto) de una tabla nacional sobre el valor del *punto de incapacidad* que garantice a las víctimas la igualdad frente a la ley<sup>19</sup>.

## B. Amplitud del concepto de daño

Es sabido que la concepción sobre el *daño* (*rec. perjuicio*) *reparable* es diversa según sea la tradición jurídica. Así, a diferencia de otros ordenamientos, el derecho francés optó por una noción particularmente amplia, en la medida en que no se encuentra en su legislación axioma alguno que justifique la exclusión *a priori* de determinados perjuicios reparables<sup>20</sup>. No se parte pues del principio según el cual "la vida en sociedad inexorablemente causa daños, los cuales cada uno debe asumir"<sup>21</sup>, por lo que la conclusión necesaria es que toda persona que demuestre haber sufrido *un mal* causado por otro, puede, en calidad de principio, demandar su indemnización.

La imagen codificada de dicha postura se encuentra en el artículo 1382 del *Code civil*, en el que se consagró el *daño* sin ninguna clase de calificativos, es decir, sin discriminar entre sus diferentes clases (en realidad, dada la época, no podía ser de otro modo). De donde, todo perjuicio puede ser objeto de reparación<sup>22</sup>; el control jurisdiccional

17 Puede consultarse en <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/034000490/0000.pdf> (visualizada en 2007), pp. 3 y 7.

18 Puede consultarse en <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/064000217/0000.pdf> (visualizada en 2007), p. 1.

19 H. MARGEAT, en su prefacio a la obra de M. LE ROY, *L'évaluation du préjudice corporel*, Litec, Paris, 2007<sup>18</sup>, XII.

20 M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Responsabilité civile et quasi contrats*, cit., 108-109.

21 No se parte pues de la lógica reseñada por MONATERI, en alusión al derecho italiano, según la cual "por el solo hecho de estar vivos causamos lesiones, reducimos las oportunidades de otros, [p]or lo que resulta claro que la vida social sería imposible si el principio del *neminem laedere* [no dañar a nadie, principio célebre del Digesto] fuese una regla operativa". Cfr. P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, en *Trattato di diritto civile* (dir. R. SACCO), UTET, Torino, 1998, 197.

22 En este sentido, sentencia de la Casación Civil del 13 de febrero de 1923: GAJC, 11<sup>o</sup> ed., No. 179; DP 1923. 1. 52, con nota de LALOU.

se ejerce, en cualquier caso, no especialmente, como se ha dicho, por medio de la limitación de los perjuicios reparables, sino a través de otros elementos como son la culpa, el nexo de causalidad<sup>23</sup>, y también, a través de la exigencia del carácter cierto de los perjuicios<sup>24</sup>.

Contrariamente, en otros derechos europeos se limitan en forma apriorística los perjuicios reparables, o más exactamente, se parte de una suerte de elenco de *intereses jurídicamente tutelados*, cuya lesión da, y sólo ella, derecho a indemnización.

Nos referimos en particular al ordenamiento alemán, cuyo Código civil no contiene una "cláusula general" de responsabilidad civil similar a la del artículo 1382 del *Code civil*, sino que hace referencia expresa a *ciertos* derechos o valores cuya lesión da derecho a reparación. Así, según el § 823, párrafo 1º, del BGB, titulado "Obligación de reparar el perjuicio", 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 obligada a indemnizarle cualquier daño causado<sup>25</sup>.

Una situación similar se presenta en el ordenamiento italiano, inspirado en la materia que nos ocupa, especialmente en el sistema alemán de daños. Allí encontramos, en primer lugar, el artículo 2043 del *codice civile*, que limita la obligación de reparación *ab initio* únicamente al *daño injusto*, es decir, al que lesiona un *interés legítimo jurídicamente tutelado*<sup>26</sup>, con lo cual (además de adoptar una postura política) el derecho italiano levantó una cortapisa frente a la selección de los perjuicios reparables, que sin duda se constituye en una característica verdaderamente autóctona de este ordenamiento, pues decidió ubicarse, deliberadamente, "a mitad de camino" entre el modelo francés y el modelo alemán de daños resarcibles, en el sentido de que no consagra una concep-

23 Valga decir que, para establecer el nexo de causalidad entre el daño inicial y sus consecuencias posteriores, la jurisprudencia francesa en su conjunto, cuando se trata específicamente del daño corporal, hace una apreciación bastante 'liberal', que la lleva a indemnizar inclusive las consecuencias que se consideran *lejanas*. Cfr. G. VINEY, *L'appréciation du préjudice*, cit., 89.

24 Cfr. M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Responsabilité civile et quasi contrats*, cit., 92-93, 121, donde cita la sentencia de Casación del 24 de febrero de 2005, *Bull. Civ. II*, No. 53.

25 E. EIRANOVA ENCINAS, *Comentarios al Código Civil Alemán (BGB)*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1998. Actualmente, y gracias a la reforma del año 2002 del derecho de obligaciones alemán, se prescinde del requisito de la culpa para proceder a la indemnización de este tipo de daños, es decir, la disposición se aplica ahora no sólo frente a la conducta culposa del agente, sino también en los supuestos de responsabilidad objetiva.

26 G. ALPA y G. RESTA, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, en *Trattato di diritto civile* (dir. R. SACCO), UTET, Torino, 2006, 282. Evolutivamente hablando, han sido tres las concepciones sobre el filtro constituido por la "*ingiustizia*" que debe caracterizar el daño resarcible italiano: la primera, que lo concebía originariamente como daño derivado de la lesión a un *derecho subjetivo absoluto* (Cas. 4 de julio de 1953); la segunda, que reconoció dicha injusticia también en la lesión —por parte de terceros— a *derechos subjetivos de carácter relativo* (Cas. 26 de enero de 1971); y la tercera, actualmente vigente, que extiende la noción de *daño injusto* a los *intereses legítimos* (Cas. 22 de julio de 1999) —en el caso particular, del ciudadano frente a la Administración Pública—. Cfr. F.D. BUSNELLI, *L'illecito civile nella stagione europea delle riforme del diritto delle obbligazioni*, en *Riv. dir. civ.*, 6, Cedam, Padova, 2006, 452.

ción de daño tan amplia como el primero pero tampoco una tan restringida como el último<sup>27</sup>. Esta elección, en efecto, buscaba morigerar los extremos de los dos modelos jurídicos más difundidos dentro de la cultura jurídica europea (y, dicho sea de paso, latinoamericana). Adicionalmente, por ser el ordenamiento italiano un sistema *binormativo* en materia de daños resarcibles, es necesario dirigir la mirada en segundo término al artículo 2059 del *codice civile*, que regula en forma expresa y autónoma los daños de carácter no patrimonial. También en su caso se establece una limitante, consistente en que la reparación de este tipo de daños sólo es posible, señala la norma, si una disposición especial así lo tiene previsto; por lo que, de acuerdo con la que parecería ser una conclusión lógica, para el *codice civile* los daños no patrimoniales no son en principio (o mejor, como *principio general*) reparables<sup>28</sup>. Sin embargo, es necesario resaltar que, en la práctica, estas limitantes están siendo salvadas gracias particularmente al ingenio de doctrinantes y jueces<sup>29</sup>.

Entonces, mientras en Francia la ciencia jurídica se concentra en los tipos de *daños (rec. perjuicios) reparables*, y no en los intereses o derechos que con su consagración pretenden tutelarse (por ej., no se habla tanto del *derecho a la integridad física* sino del *daño corporal*)<sup>30</sup>, en otros derechos (como el alemán o el italiano) en cambio, el acento se pone en el "elenco" de intereses jurídicamente tutelados (cuya agresión delinea *a posteriori* el daño).

Y es precisamente gracias a esa amplitud del artículo 1382 del *Code civil*, que la tutela resarcitoria de la salud y la integridad psicofísica de la persona se ha logrado en Francia sin mayores traumatismos, exclusivamente dentro del marco de las previsiones del derecho civil; no ha existido pues la necesidad de acudir, como ocurrió en el ordenamiento italiano, al derecho constitucional. Ello no significa, sin embargo, que se desconozca el fundamento primario de dicha protección, constituido por los *derechos fundamentales*, los cuales se encuentran en relación con nociones de derecho natural y supranacional (como la Declaración Universal de los Derechos del Hombre), pues en efecto, se reconoce el *derecho fundamental a la inviolabilidad del cuerpo humano*, que adicionalmente hoy se encuentra previsto en forma expresa en la ley sobre Bioética (No. 94-653) del 29 de julio de 1994 (incorporada luego al *Code civil*, arts. 16 ss.), en la que se señala que toda persona tiene derecho al respeto de su propio cuerpo, el cual se considera inviolable<sup>31</sup>.

27 Cfr. F.D. BUSNELLI y S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, Giappichelli, Torino, 2003<sup>2</sup>, 209; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2006<sup>3</sup>, 6 ss.; F.D. BUSNELLI, *L'illecito civile nella stagione europea delle riforme del diritto delle obbligazioni*, cit., 452.

28 Ver al respecto la óptica francesa de M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Responsabilité civile et quasi contrats*, cit., 122.

29 Tema sobre el cual nos permitimos remitir a: M. KOTEICH, "La dispersión del daño extrapatrimonial en Italia. Daño biológico vs. 'daño existencial'", en *Revista de Derecho Privado*, No. 15, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, pp. 145-162.

30 M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Responsabilité civile et quasi contrats*, cit., 109.

31 Cfr. Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit du dommage corporel*, Dalloz, Paris, 2004<sup>5</sup>, 159.

### C. Distinción entre daño y perjuicio

Para la mejor comprensión del sistema francés de daños (y en particular, del daño corporal) es necesario tener presente, además, una tesis que parece cobrar cada vez más fuerza: la de la distinción entre el *daño* y el *perjuicio*, por la que aboga parte de la doctrina francesa aduciendo que "el primero designa la lesión sufrida, un hecho, a secas; mientras que el segundo constituye la consecuencia jurídica de dicha lesión, y por ende, un concepto jurídico"<sup>32</sup>.

Si bien en el lenguaje corriente ambos términos son tomados como sinónimos<sup>33</sup>, en el campo jurídico la inconveniencia de su asimilación surge desde que, de acuerdo con esta tesis, sólo el *perjuicio* puede ser objeto de indemnización, y nunca el *daño*. Así, la lesión a la integridad física constituiría un *daño corporal*<sup>34</sup> (no sujeto a indemnización) que entrañaría *perjuicios patrimoniales* –daño emergente y lucro cesante– y *perjuicios morales* o *personales*, sujetos, estos sí, a indemnización<sup>35</sup>.

Esta postura ha sido asumida, además, por las diversas iniciativas institucionales dirigidas a racionalizar el sistema de daños resarcibles en Francia. En primer término, el Informe LAMBERT-FAIVRE sostiene que el *daño* está constituido por el hecho o acontecimiento objetivamente verificable que reside más allá del derecho, mientras que el *perjuicio* sí atiene al derecho, y se refiere a la lesión de los derechos subjetivos patrimoniales o extrapatrimoniales, que exigen reparación toda vez que un tercero sea responsable<sup>36</sup>. Lógica ésta de acuerdo con la cual los daños se dividen en: *daños corporales* (lesiones a la integridad psicofísica de la persona), *daños materiales* (lesión a la integridad física o a la sustancia de una cosa) y *daños "inmateriales"*, como son por ejemplo los financieros o económicos 'puros' y los morales<sup>37</sup>. Luego tenemos el informe DINTILHAC,

32 PH. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, cit., 38. En el mismo sentido Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit du dommage corporel*, cit., 160; ID., *Les effets de la responsabilité (les articles 1367 à 1383 nouveaux du code civil)*, en *Revue des contrats*, enero de 2007, No. 1, 163. Esta distinción ha tenido alguna resonancia también en nuestras latitudes; así, vemos que J. C. HENAO, *El daño*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, 230, sostiene que una cosa es el daño y otra el perjuicio (y además, que una cosa es lo patrimonial y otra lo material). En sentido contrario, J. CARBONNIER, *Droit civil. Les obligations*, PUF, Paris, 2000<sup>22</sup>, 377; y H., L. y J. MAZEAUD y F. CHABAS, *Leçons de droit civil* (T. II, Vol. I), Montchrestien, Paris, 1998<sup>9</sup>, 412, quienes afirman que "en el lenguaje jurídico moderno, perjuicio es sinónimo de *daño*".

33 Cfr. Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit du dommage corporel*, cit., 160.

34 *Ibid.*, 126.

35 Cfr. en este sentido P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, No. 1305, de acuerdo con el cual podría incluso existir un daño sin perjuicio: es el caso por ejemplo, de un viejo edificio que debiendo haber sido demolido resultó antes destruido por un vehículo de carga pesada que se salió repentinamente de la vía.

36 Informe LAMBERT-FAIVRE, cit., 9, 56.

37 *Ibid.*, 163; ID., *Droit du dommage corporel*, cit., 160, donde agrega que esta distinción no debería perderse de vista jamás, ni frente al llamado a los principios fundamentales de la indemnización en derecho civil ("todo el perjuicio, nada más que el perjuicio y sólo el perjuicio real" debe ser reparado), ni en la búsqueda de una metodología coherente para dicha indemnización. Por su parte, J. CARBONNIER, *Droit civil. Les obligations*, cit., 380, divide

que distingue igualmente entre el daño y el perjuicio con base en las características ya mencionadas<sup>38</sup>.

Por su parte, también el Anteproyecto de reforma del *Code civil* tomó partido en esta materia, cuando señaló, en nota al artículo 1343, que "en la medida de lo posible, el grupo procuró dar sentidos distintos a los términos 'daño' y 'perjuicio'; el daño, para designar el atentado contra la persona o los bienes de la víctima, y el perjuicio, para indicar la lesión de los intereses patrimoniales o extrapatrimoniales resultantes de aquél"<sup>39</sup>; haciéndose eco así de ese viejo clamor de al menos parte de la doctrina francesa.

En sentido contrario, encontramos la opinión de algunos autores que se oponen a la distinción, a los efectos de la indemnización, entre el *daño* y el *perjuicio*. Así, JOURDAIN sostiene que en caso de lesión a (los derechos de) la personalidad —que constituye en definitiva el interés protegido—, existe al menos un atentado moral *inherente* a la agresión misma, que pese a la imposibilidad de ser 'medido', merece reparación a través de una simple *satisfacción* expresada en una condena pecuniaria a un euro simbólico o a través de una condena en especie (como sería el caso de la publicación de la decisión del caso respectivo, por ejemplo)<sup>40</sup>. El autor parte del presupuesto de que, cuando se trata de la lesión a (los derechos de) la personalidad, *necesariamente* se genera un perjuicio, tal como se desprende del artículo 9 del *Code civil*, que reconoce a la víctima derecho a la indemnización por la *sola lesión* a la vida privada; a diferencia de lo que sucede cuando se trata de la lesión a la propiedad, frente a la cual no podría afirmarse lo mismo<sup>41</sup>, en el sentido de que la prueba de la lesión no es suficiente en tal caso para que proceda la indemnización, es necesaria pues la prueba 'adicional' sobre los perjuicios, es decir, sobre las *consecuencias* perniciosas de carácter patrimonial o extrapatrimonial que la víctima ha sufrido.

En apoyo a la tesis de JOURDAIN, AZZI sostiene que la lesión a ciertos derechos de la personalidad (en alusión al artículo 9 antes mencionado) de alguna manera se separa o se *independiza* de los postulados tradicionales de la responsabilidad civil (daño, culpa,

la trilogía así: daño material, daño moral y daño corporal (que participa, este último, de "aspectos materiales y de aspectos morales").

38 Informe DINTILHAC, cit., 3.

39 AA. VV., *Del contrato, de las obligaciones y de la prescripción. Anteproyecto de reforma del Código Civil francés*, cit., 265, donde se leen los arts. 1340: "Todo hecho ilícito o anormal que cause daño a otro obliga a quien le es imputable a repararlo", y 1343: "Es reparable todo perjuicio cierto consistente en la lesión de un interés lícito, patrimonial o extra-patrimonial, individual o colectivo".

40 Al decir el autor que la lesión constituye *al menos un atentado moral* que puede repararse con el euro simbólico o con la publicación de la decisión respectiva, está señalando la naturaleza 'social' de esos derechos, pues la 'simbología' del euro o la publicidad de la sentencia no está dirigida, en nuestra opinión, sino a la sociedad, a modo de desagravio o satisfacción para la víctima; y de reproche, si se quiere, para el agente.

41 P. JOURDAIN, *Les droits de la personnalité à la recherche d'un modèle: la responsabilité civile*, en *Gazette du Palais*, mayo de 2007, No. 139, 52. Allí encontramos, señala el autor, otra repercusión que deriva del reconocimiento de los derechos subjetivos de la personalidad por parte de la responsabilidad civil.

relación de causalidad), lo que permite la reparación por *el solo hecho de la lesión al derecho*; y, dado que *lo que vale para un derecho de la personalidad debe valer para todos*, en los mismos términos podría hablarse de un *derecho al respeto del cuerpo*<sup>42</sup>.

Por su parte, y en vista de estas posiciones encontradas y de la incertidumbre resultante, VINEY ha hecho un llamado al Tribunal Supremo francés para que se aboque al ejercicio de un control más efectivo en esta sensible materia constituida por el *daño corporal*, y para que precise en consecuencia el lugar *exacto* que les corresponde al *derecho* y al *hecho* en relación con la apreciación del perjuicio y su reparación<sup>43</sup>.

Por lo demás, esta distinción francesa entre el *daño* y el *perjuicio* recuerda la discusión que en su momento se dio en Italia alrededor de las categorías (contrapuestas) del *daño-evento* y el *daño-consecuencia*<sup>44</sup>. En efecto, puede establecerse un parangón entre

42 T. AZZI, *Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs*, en *RTD Civ.*, 2007, 227.

43 G. VINEY, *L'appréciation du préjudice*, cit., 89.

44 Dicha discusión se encuentra reflejada y sintetizada en la contraposición de dos célebres sentencias de la Corte Constitucional italiana. Por un lado, la sentencia No. 184/1986, que identificaba el *daño* con la *lesión* misma, de manera tal que, a los efectos del resarcimiento, era suficiente la prueba de ésta, sin que se requiriese la prueba adicional sobre el *daño* (en tiempos más recientes, la Corte de Casación, Sentencia No. 6507 del 20 de mayo de 2001, igualmente en materia de *daño* a la persona pero de un bien diverso al de la salud, sostuvo que la prueba de la *lesión* es, al mismo tiempo, prueba de la *entidad* de la *pérdida* y que, una vez probada la *lesión*, el *daño* se constituye *in re ipsa*). Así, el "*daño a la salud*" (correspondiente en buena medida al *perjuicio fisiológico francés*) quedaba configurado como un *daño-evento* (el énfasis se ponía en su dimensión "naturalística": Cfr. F.D. BUSNELLI, *Il danno biologico: dal "diritto vivente" al "diritto vigente"*, Giappichelli, Torino, pp.2001, 134, 136), por lo que el mismo debía "resarcirse siempre, a diferencia de lo que sucede con las dos categorías eventuales constituidas por el *lucro cesante* y el *daño moral subjetivo*". En definitiva, la tesis implícita de este pronunciamiento era que "es necesario dar un paso al frente (respecto del modelo tradicional de la responsabilidad aquiliana), en el sentido de romper el esquema según el cual, en tema de responsabilidad civil extracontractual, sólo existen *daños-consecuencia*, para concentrar la atención en la prohibición primaria que resulta transgredida con el ilícito" (C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2006<sup>3</sup>, p.64); este último consistiría en la violación de la norma, que luego se identificaría con el *daño*. En palabras de CASTRONOVO, sostener que el resarcimiento no requiere de la prueba del *daño* en virtud de que éste deriva directamente de la *lesión*, significa, en efecto, la adopción de un modelo *alternativo* de responsabilidad civil, en el cual el *daño* ya no se constituye más como *pérdida* o *sustracción*, sino pura y simplemente como *lesión a un interés*; sin embargo, esta tesis tiene, en opinión del autor, un fundamento, consistente en que mientras para el caso del *daño patrimonial* la cuantía de la *pérdida* resulta fácilmente determinable con base en el criterio de la diferencia entre el *antes* y el *después* del hecho del cual deriva la responsabilidad, cuando se trata en cambio de valores que no son económicamente valorables, una liquidación tal no puede concebirse (*Ibid.*, p.63). Por el contrario, para un nutrido sector de la doctrina italiana esta posición resulta anacrónica porque representa una invitación a acercar el ilícito penal al ilícito civil, lo que queda en evidencia cuando la sentencia señala expresamente que debe "reconducirse el ilícito civil, aun admitiendo sus innegables particularidades, a los principios generales sobre el ilícito jurídico" (aunque la propia decisión reconoce los inconvenientes de su postura, cuando advierte que al no encontrarse el "*daño biológico*" sujeto a prueba específica, se presenta el riesgo de una excesiva uniformidad en su determinación y liquidación: Cfr. F.D. BUSNELLI, *Il danno biologico: dal "diritto vivente" al "diritto vigente"*, cit., pp.113 ss.). Posteriormente, la tesis de este pronunciamiento fue superada con la segunda sentencia por mencionar, la No. 372/1994

el *daño* (opuesto al *perjuicio*) del ordenamiento francés y el *daño-evento* (opuesto al *daño-consecuencia*) del ordenamiento italiano, porque en ambos lo que se pretende por esa vía es negar (al menos teóricamente) la indemnización de la lesión *inicial* (en nuestro caso, la irrogada a la materia, al cuerpo), para que la valoración tenga cuenta únicamente de sus *consecuencias* manifestadas en el patrimonio económico y/o moral de la víctima; con lo cual, se procede de conformidad con los postulados tradicionales de la responsabilidad civil (concebidos y establecidos, en cualquier caso, antes de que los derechos de la personalidad irrumpieran en el mundo de la responsabilidad civil).

## II. CLASIFICACIÓN DE LOS PERJUICIOS EXTRAPATRIMONIALES DERIVADOS DEL "DAÑO CORPORAL" (SUFRIDOS POR EL DIRECTAMENTE LESIONADO)

Conforme con la doble realidad de la persona –económica y afectiva a la vez–<sup>45</sup>, en Francia se sostiene que el daño corporal puede producir, además del perjuicio

de la Corte Constitucional, la cual reconoce en el "daño a la salud" un *daño-consecuencia*, de acuerdo con el modelo de responsabilidad que distingue entre el *daño* y la *lesión*; aquél como consecuencia de ésta (C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., p.64). La sentencia sostiene puntualmente que el "daño biológico" como daño presunto implica que "la prueba de la lesión es, *in re ipsa*, prueba de la *existencia* del daño, sin que ello quiera decir que la misma resulte suficiente a los fines del resarcimiento, pues siempre será necesaria la prueba adicional sobre la *entidad* del daño" (cursivas fuera de texto), lo cual, sostiene la doctrina en cuestión, constituye un "*revirement*" digno de celebración en la medida en que "corrige el error consistente en vincular el daño a la salud con la lesión en sí misma" (F.D. BUSNELLI, *Il danno biologico: dal "diritto vivente" al "diritto vigente"*, cit., pp.143 ss.).

- 45 Cfr. J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX, *Les obligations* (II), cit., p.139. En este sentido, CHAPUS recuerda que tal "como ocurre con la lesión de los otros elementos de la personalidad, la *lesión a la integridad corporal* puede producir consecuencias sobre los dos planos bien diferenciados del perjuicio material y el perjuicio moral": por una parte, puede originar gastos varios y producir una incapacidad laboral que se traduce en una disminución de ingresos; por otra parte, puede producir diversos perjuicios morales, que pueden ser reparados bien a través de una indemnización que cubra todos los perjuicios sufridos, o bien por una indemnización más específica, pero que en cualquier caso lo serán por sí mismos, es decir, prescindiendo de las consecuencias pecuniarias que deriven del hecho dañoso. Para continuar diciendo que, estos perjuicios morales son de tres especies, claramente diferenciables: 1) Perjuicio corporal: El cual "es, sin duda, aquél cuya existencia ha sido más ignorada, que si hablamos con propiedad, lo podríamos denominar de acuerdo con lo que él es, un *perjuicio corporal* [lo que hoy llamaríamos *perjuicio fisiológico*], constituido esencialmente por las repercusiones de orden fisiológico y físico del hecho dañoso: la molestia experimentada al realizar ciertos movimientos, la imposibilidad de realizar otros; lo mismo que la fatiga y el malestar que pueden manifestarse en diversas circunstancias. [E]n la mayoría de las decisiones encontramos que este perjuicio se confunde con el perjuicio pecuniario (consecuencias pecuniarias de la incapacidad laboral), con el que coexiste, resultando reparado con la indemnización que se otorga por éste último (por ej., C.E, 16 de noviembre de 1949). [S]e distingue perfectamente, en cambio, en su estado puro, si así puede decirse, en los casos en que el padecimiento de la víctima no tiene consecuencias pecuniarias; 2) Sufrimiento físico: El segundo, más fácilmente perceptible, está constituido por el *sufrimiento físico* que padece quien ha sido lesionado en su cuerpo, lo cual puede producirse al momento del accidente, o con ocasión de las operaciones que constituyan una consecuencia suya directa. [L]a posición de la jurisdicción ordinaria en la materia ha sido clara, en el sentido de que ha reparado siempre, sin restricciones,

patrimonial o económico, constituido por el daño emergente y el lucro cesante derivado de la *incapacidad temporal* y del *déficit funcional permanente*<sup>46</sup>, diversos perjuicios de carácter extrapatrimonial.

En efecto, el daño corporal puede entrañar para la víctima perjuicios morales o personales tales como: sufrimientos físicos y/o morales, perjuicio *d'agrément* ("perjuicio de agrado"), perjuicio estético y perjuicio sexual<sup>47</sup>.

### A. Sufrimientos físicos y/o morales

El daño corporal normalmente entraña sufrimientos físicos y/o morales para la víctima<sup>48</sup> (anteriores y posteriores a la *consolidación*)<sup>49</sup> que surgen como producto de la

los sufrimientos padecidos por la persona como consecuencia de las lesiones u operaciones consecuenciales a las que resulta sometida (al menos desde 1933); la jurisdicción administrativa, en cambio, ha sido menos constante", pues, a pesar de haber aceptado este rubro ya desde 1854, posteriormente lo admitió en muy raras ocasiones, hasta que en el año de 1937 sostuvo incluso que tal perjuicio no era reparable, en razón de que no podía ser valorado en dinero (C.E., 16 de junio de 1937); luego (C.E., 24 de abril de 1942) dijo que el sufrimiento sí podía ser objeto de reparación pero a condición de que tuviera un carácter "excepcional" en intensidad o duración; 3) Perjuicio estético: Éste "no se ubica, como el anterior, en el plano de la sensibilidad física, sino exclusivamente en el de la sensibilidad moral: se trata del sentimiento de molestia o humillación; el pesar que experimenta una persona al pensar o ver ciertas heridas o, de manera más general, ciertas lesiones corporales que dañan la estética de su cuerpo y, sobre todo, la armonía de sus rasgos. Este sentimiento de desgracia física es lo que se llama *perjuicio estético*", que no debe confundirse con el perjuicio corporal -definido con anterioridad-, en el cual el sentimiento de lesión a la belleza física no se encuentra dentro de la discusión. Este rubro es aceptado por ambas jurisdicciones francesas, la ordinaria y la administrativa (ambas al menos desde 1930). R. CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, LGDJ, Paris, 1957, 415-419. Como podrá observarse, la sistematización sobre los perjuicios que presenta el autor es distinta a la que aquí se acogerá; pero debe tenerse presente que su obra se remonta a la década de los 50, por lo que es apenas natural que su sistematización en la materia no se corresponda del todo con la(s) actualmente imperante(s).

- 46 M. LE ROY, *L'évaluation du préjudice corporel*, cit., 16. Aunque "en realidad, ni la ley ni la Corte de Casación imponen a los jueces la obligación de acordar dos indemnizaciones distintas a razón de incapacidad temporal e incapacidad permanente": G. VINEY y P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, LGDJ, Paris, 2001<sup>2</sup>, p.213.
- 47 M. LE ROY, *L'évaluation du préjudice corporel*, cit., 49; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Responsabilité civile et quasi contrats*, cit., 86.
- 48 PH. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, cit., 427, sostiene que, en efecto, estas dos clases de sufrimientos no pueden ser objeto de reparación separada. En igual sentido, Sentencia de Casación Civil, 2<sup>a</sup>, del 9 de diciembre de 2004, RC Ass. 2005, cuando señala que la indemnización del *pretium doloris* abarca tanto los sufrimientos físicos como los morales; y Sentencia de la Corte de Casación, Segunda Sala Civil, del 5 de enero de 1994: *Bull. civ. II*, No. 15. Otra jurisprudencia en cambio distingue entre estos dos perjuicios y califica de *pretium doloris* sólo al sufrimiento moral: sentencias de la Corte de Casación, Segunda Sala Civil, del 19 de abril de 2005: *Bull. civ. II*, No. 99; *RTD civ.* 2006. 119; y 11 de octubre de 2005: *Bull. civ. II*, No. 242; *RTD civ.* 2006. 119, ambas con observaciones de JOURDAIN. En doctrina, cfr. M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Responsabilité civile et quasi contrats*, cit., 86.
- 49 "La 'Mission d'expertise 1987' define la *fecha de consolidación* como 'el momento en el que las lesiones se fijan y adquieren un carácter permanente, de modo que ya no es necesario

"conciencia acerca de la gravedad de su lesión", los cuales deben ser reconocidos por el juez a título de *pretium doloris* ("precio del dolor")<sup>50</sup>.

En virtud del carácter esencialmente subjetivo que distingue a este rubro, no es posible aplicar método alguno en su valoración<sup>51</sup>. No obstante, la doctrina suele señalar que en dicha operación deben tenerse presente dos elementos principales, como son la intensidad y la duración del padecimiento.

En el establecimiento del grado o gravedad de ese sufrimiento, los médicos generalmente emplean el llamado baremo *Thierry*, que contiene los calificativos de *muy ligero*, *ligero*, *moderado*, *medio*, *medianamente importante*, *importante* y *muy importante*, y el cual, por tener naturaleza meramente indicativa<sup>52</sup>, impone adicionalmente al médico la necesidad de describir en cada caso el dolor, el número y la importancia de las intervenciones sufridas, la naturaleza de las lesiones iniciales (dado que se sabe que ésta o aquella lesión es particularmente dolorosa, o al contrario, menos dolorosa); considerar los cambios de yeso, los traslados y desplazamientos dolorosos (en ocasiones necesarios para la práctica de radiografías, por ejemplo); los percances derivados de la inmovilización: pequeñas heridas, ulceraciones, etc.; el número y duración de las estancias hospitalarias; la naturaleza de los análisis complementarios; la naturaleza y la duración de la rehabilitación<sup>53</sup>; y en general, brindar todas las indicaciones necesarias para ilustrar al juez sobre la naturaleza, intensidad y duración de los sufrimientos padecidos por la víctima<sup>54</sup>.

Agotada esa primera etapa, subsigue la tarea, de exclusivo dominio del juez, de determinar el 'precio del dolor', para lo cual, si bien no existe baremo alguno, se conoce que los montos concedidos han oscilado generalmente entre los siguientes extremos<sup>55</sup>:

tratamiento alguno, que no sea para evitar la agravación del daño; el mismo permite apreciar un grado determinado de incapacidad permanente, representativo de un perjuicio definitivo". Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit du dommage corporel*, cit., 128.

- 50 En este punto destacamos las ambigüedades de la terminología a disposición de la materia: los sufrimientos "físicos" constituyen un daño "moral" porque éste último término se opone a pecuniario; así como, por otro lado, la incapacidad de trabajo es un daño "material" aun si nada ha resultado destruido o deteriorado. J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX, *Les obligations* (II), cit., 139; J. CARBONNIER, *Droit civil. Les obligations*, cit., 380.
- 51 No obstante, G. VINEY y P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, cit., 272, sostiene que el carácter subjetivo del daño moral no tendría por qué ser obstáculo para una eventual aplicación de un método de valoración abstracto y objetivo.
- 52 Cfr. *Ibid.*, 274.
- 53 M. LE ROY, *L'évaluation du préjudice corporel*, cit., 55-60.
- 54 Parámetros ya previstos en la Resolución 75-7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa (Principio II), relativa a la reparación de daños en caso de lesiones corporales y fallecimiento.
- 55 M. LE ROY, *L'évaluation du préjudice corporel*, cit., 60. Los valores de la tabla fueron extraídos por el autor principalmente de las decisiones judiciales proporcionadas por *Juris-Data* para el año 2003.

	<i>Sufrimientos</i>	<i>Extremos de las indemnizaciones</i>
1	Muy ligeros	600 a 1200 €
2	Ligeros	1000 a 2000 €
3	Moderados	2000 a 5000 €
4	Medios	5000 a 16000 €
5	Medianamente importantes	16000 a 20000 €
6	Importantes	20000 a 30000 €
7	Muy importantes	30000 € en adelante

Por último, la Corte de Casación considera que la indemnización del *pretium doloris* es viable incluso en los casos en que la víctima ha permanecido en coma hasta el momento de su fallecimiento (1986)<sup>56</sup>.

### B. Préjudice d'agrément (*perjuicio de agrado*)

Este rubro en sus orígenes (años 1950-1973<sup>57</sup> aprox.)<sup>58</sup> se refería a la dificultad o privación de la posibilidad de practicar alguna actividad *específica* (de carácter deportivo o cultural principalmente), en la cual la víctima hubiese alcanzado algún nivel con precedencia al hecho lesivo<sup>59</sup>, siendo menester para su reconocimiento, distinguir si dicha actividad se practicaba a título profesional o simplemente por placer, en virtud de que no era sino en el segundo caso que el perjuicio podía calificarse de *agrément*<sup>60</sup>; ante el primero, por el contrario, se estaba principalmente frente a un daño de tipo patrimonial que se manifestaba en una pérdida de ingresos profesionales.

Dado que su valoración tenía para ese entonces carácter circunstancial, el juez tenía que determinar la existencia y la gravedad del perjuicio mediante la comparación entre las actividades que practicaba la víctima antes del hecho dañoso y aquellas que podía practicar después de él, por lo que, dicho sea de paso, se entiende que la labor del médico legista en este caso se limitaba a establecer la duración probable de la imposibilidad para practicar esas actividades determinadas (principalmente aquellas deportivas)<sup>61</sup>.

En este sentido, el perjuicio de agrado fue definido como la "disminución de los placeres de la vida, causada principalmente por la imposibilidad o la dificultad para

<sup>56</sup> *Ibid.*, 60.

<sup>57</sup> Año de entrada en vigencia de la ley relativa a los recursos de la Seguridad Social (27/12/1973), que excluyó el perjuicio de agrado de la acción (subrogatoria) de los terceros pagadores y adicionalmente dispuso que el mismo sólo podía ser sufrido por la víctima directa.

<sup>58</sup> G. VINEY y P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, cit., 261.

<sup>59</sup> PH. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, cit., 428, quien añade que de acuerdo con esta concepción, la simple alteración de las actividades de la vida corriente debería indemnizarse a título de "Incapacidad Permanente Parcial".

<sup>60</sup> Que debería, según la doctrina y por razones obvias, reputarse en cambio de "desagrado". Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit du dommage corporel*, cit., 225.

<sup>61</sup> G. VINEY y P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, cit., 276.

entregarse al disfrute de ciertas actividades corrientes", en un todo conforme con la definición que, a su tiempo, contiene la Resolución No. 75-7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa (relativa a la reparación de daños en caso de lesiones corporales y fallecimiento), de acuerdo con la cual la víctima debe ser indemnizada por los "diversos problemas y molestias, tales como enfermedades, insomnio, sentimiento de inferioridad, disminución de los placeres de la vida, causados principalmente por la imposibilidad para entregarse al disfrute de actividades determinadas".

Pero la concepción sobre el *préjudice d'agrément* no dejó de ampliarse desde su nacimiento. A la "restrictiva y elitista" concepción originaria, de acuerdo con el calificativo dado por VINEY y JOURDAIN<sup>62</sup>, se opuso progresivamente, por parte de la Corte de Casación, una concepción bastante más amplia, que lo tiene como la pérdida de los "goces legítimos que podemos esperar de la existencia" *en general* (1964)<sup>63</sup> o como "el hecho de no poder practicar más la jardinería, ni poder mantener la casa, ni poder pasear" (1989)<sup>64</sup>, o como "la alteración considerable de la capacidad para llevar a cabo actos banales" (1995)<sup>65</sup>; es decir, que consiste "no sólo en la imposibilidad para entregarse a una actividad lúdica o deportiva, sino también en la privación de los placeres normales de la existencia" tales como la lectura o el goce de los sentidos como el olfato o el gusto (1981)<sup>66</sup>, dificultades de orden sexual (2005)<sup>67</sup>, y "privación de las alegrías de la vida" como son las actividades de esparcimiento, deportivas, culturales y mundanas (2006)<sup>68</sup>.

Pero así concebido, el *préjudice d'agrément* resulta realmente difícil de distinguir del *perjuicio fisiológico*<sup>69</sup>, pues también éste está para reparar los problemas y los sinsabores ("*troubles et désagréments*") que la lesión produce en la vida cotidiana de la víctima, aparejando con ello el riesgo de una indemnización doble de tales consecuencias extra-laborales<sup>70</sup>.

Y es que en efecto, el perjuicio se manifiesta en un doble sentido o aspecto. Primero, en un componente claramente objetivo correspondiente a los problemas fisiológicos, al déficit funcional, que pudiendo experimentarse en forma diversa según las personas y sus condiciones de vida, es muy similar en todos los individuos<sup>71</sup>; por lo que, siendo a lo menos fácilmente objetivable, su indemnización puede establecerse mediante la

62 *Ibid.*, 261; también en G. VINEY y P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, cit., 52.

63 Cas. Penal, 2 de junio de 1964.

64 Cas. Civ., 2ª, 11 de octubre de 1989: *Bull. Civ.* II, No. 178, 91.

65 Cas. Soc., 5 de enero de 1995: *Bull. Civ.*, V, No. 10.

66 Cas. Civ., 2ª, 25 de febrero de 1981: *Gaz. Pal.*, 1981, 2, 175.

67 Cas. Civ., 2ª, 19 de abril de 2005, *Bull. Civ.*, II, No. 99.

68 Por ej., Cas. Civ. 2ª, 5 de octubre de 2006, *Bull. Civ.*, II, No. 254.

69 Sobre el cual, ver *infra* III.

70 Dicha ampliación conceptual es importante además porque aumenta la parte de la indemnización que queda excluida de la acción (subrogatoria) que pueden ejercer los "terceros pagadores", en la medida en que el *préjudice d'agrément* constituye un perjuicio moral que, por considerarse *vinculado a la persona*, se encuentra a salvo de ella. Ver *supra* notas 14 y 15.

71 Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit du dommage corporel*, 215 ss.

aplicación de baremos. A este perjuicio funcional, adicionalmente puede sumarse un segundo componente de carácter puramente subjetivo (es decir, sujeto a prueba específica): el perjuicio *d'agrément* pero entendido exclusivamente en sentido restringido, es decir, como la privación de placeres *determinados* o *actividades específicas* de la víctima, que bajo la condición de que sea probada *in concreto*, permite una indemnización complementaria y personalizada a la víctima<sup>72</sup>.

En cambio, si este perjuicio de agrado es entendido en sentido amplio, termina por confundirse con las consecuencias normales (generalizadas) del perjuicio fisiológico.

### C. Perjuicio estético

El *pretium pulchritudinis* o perjuicio estético está constituido por la alteración de la armonía física de la persona en virtud de las huellas visibles que deja en ella la lesión corporal, como cicatrices, deformaciones, mutilaciones, etc.<sup>73</sup>.

Se trata de un rubro puramente extrapatrimonial, que puede sin embargo llegar a tener efectos patrimoniales<sup>74</sup>, como cuando la víctima queda impedida para trabajar como solía hacerlo con precedencia (como puede suceder en el caso de un actor o un modelo, por ejemplo); no obstante, en tales eventos la indemnización principal corresponderá a un perjuicio de carácter patrimonial (consecuencias pecuniarias del daño corporal) y no al perjuicio estético, que se refiere al sufrimiento consecuencial<sup>75</sup>.

En la práctica francesa, el perjuicio estético se determina normalmente con base en una escala médica que consta de siete grados<sup>76</sup>; la misma utilizada para la determinación del *pretium doloris*. En efecto, algunos jueces valoran este perjuicio sobre las mismas bases del dolor, o al menos sobre bases muy similares, acogiéndose así a las calificaciones ofrecidas por los médicos legistas (perjuicio estético ligero, medio, importante, etc.)<sup>77</sup>.

Pero además de la gravedad de la lesión, para determinar el monto de la indemnización es necesario tener en cuenta: el sexo, la edad, el estado y la profesión de la

72 P. JOURDAIN, *Préjudice physiologique: autonomie persistante et maintien de l'inclusion dans l'assiette des recours des tiers payeurs*, en *RTD Civ.*, 1997, 662; G. VINEY y P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, cit., 268. "[L]a 'personalización' de la indemnización constituye garantía indispensable de un humanismo que es reivindicado por todos": Informe LAMBERT-FAIVRE, cit., 55. Lo mismo sucede con el "daño a la salud" del ordenamiento italiano, que consta igualmente de dos elementos correlativos, el "componente estático" (igual para todos) y el "componente dinámico" o personalizado.

73 Ya previsto expresamente en la Resolución 75-7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa (Principio II).

74 PH. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, cit., 427.

75 M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Responsabilité civile et quasi contrats*, cit., 86-87; M. LE ROY, *L'évaluation du préjudice corporel*, cit., 61; Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit du dommage corporel*, cit., 228; B. STARCK, H. ROLAND y L. BOYER, *Obligations. Responsabilité délictuelle*, Litec, Paris, 1991<sup>4</sup>, 81.

76 M. MARTÍNS CASALS, *¿Hacia un baremo europeo para la indemnización de los daños corporales?*, en <http://civil.udg.es/cordoba/pon/martin.htm> (visualizada en 2007); Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit du dommage corporel*, cit., 146, 228; Informe DINTILHAC, cit., 39-40.

77 M. LE ROY, *L'évaluation du préjudice corporel*, cit., 61.

víctima. De modo que la indemnización alcanza el máximo posible en el caso de una mujer joven soltera que ejerce una profesión en la cual el factor estético es esencial (actriz, modelo, etc.), mientras que se concede el mínimo a un hombre de edad, casado, cuya profesión no exige ninguna cualidad estética<sup>78</sup>.

Como sucede con el *pretium doloris*, la Corte de Casación considera que el perjuicio estético debe indemnizarse incluso en el caso que la víctima haya permanecido en coma hasta su fallecimiento (1986)<sup>79</sup>.

#### D. Perjuicio sexual

El *pretium sexuelle* o perjuicio sexual consiste en la imposibilidad (total o parcial) para mantener relaciones íntimas normales y para procrear.

El mismo es definido por LAMBERT-FAIVRE como "las secuelas genito-sexuales de un traumatismo, que se relacionan, por una parte, con la función sexual propiamente dicha (impotencia o frigidez), y por la otra, con la función reproductiva (esterilidad)"<sup>80</sup>. Mientras que, por su parte, el Informe DINTILHAC divide en tres los perjuicios de tipo sexual: a los dos señalados por LAMBERT-FAIVRE agrega además el *perjuicio morfológico* relacionado con la lesión a los órganos sexuales primarios y secundarios<sup>81</sup>.

A pesar de que este perjuicio ha sido invocado con frecuencia desde que apareció en la jurisprudencia de los años '70, no se ha determinado con certeza si el mismo debe incluirse dentro del *préjudice d'agrément* (del cual no sería sino uno de sus elementos, en ocasiones el principal)<sup>82</sup>, o dentro de la "pérdida funcional"<sup>83</sup>, o si, por el contrario, debe considerarse como un perjuicio autónomo de carácter personal<sup>84</sup>.

En un principio, la Corte de Casación sostuvo que los problemas reflejados en la vida sexual constituyen un perjuicio de agrado, excluido de la acción subrogatoria de los terceros pagadores (1988). Pero luego, en una decisión más matizada del año 1995,

78 *Ibid.*, 61, quien agrega que los montos otorgados por este concepto se muestran bastante heterogéneos: pueden ir desde 500 euros por un perjuicio muy ligero, a varias decenas de miles de euros para los casos más graves.

79 *Ibid.*, 62.

80 Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit du dommage corporel*, cit., 227.

81 Informe DINTILHAC, cit., 40.

82 M. LE ROY, *L'évaluation du préjudice corporel*, cit., 62.

83 M. MARTÍNS CASALS, *¿Hacia un baremo europeo para la indemnización de los daños corporales?*, cit. Con lo cual, además, se abriría la discusión acerca de su inclusión o no dentro del concepto de incapacidad permanente. Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit du dommage corporel*, cit., 227, señala: "El baremo de déficit funcional consecuencial del derecho común (*Concours médical* 1993) establece en 5%-40% las secuelas genito-sexuales de acuerdo con la especificidad orgánica y funcional, pero esta cuantificación objetiva de la tasa de incapacidad no es calibrada en absoluto en función de las consecuencias subjetivas de la función sexual según la edad y la situación familiar de la víctima".

84 Revelándose contra esta confusión e incertidumbre, PH. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, cit., 428, señala que las cosas serían mucho más claras si a partir del *préjudice d'agrément* los diferentes rubros extrapatrimoniales a indemnizar se comprendieran en una única noción.

estimó que los jueces tienen sin embargo la "facultad" de indemnizar en forma *separada* ambos perjuicios; para terminar sosteniendo que el perjuicio sexual es un perjuicio personal excluido de la acción subrogatoria de los terceros pagadores (2003)<sup>85</sup>.

### E. Otras categorías

La jurisprudencia, en particular de la Corte de Casación, ha creado o reconocido algunos otros perjuicios extrapatrimoniales a los cuales progresivamente les ha otorgado cierta autonomía<sup>86</sup>.

#### 1. La "alteración en las condiciones de existencia"

En primer término, tenemos la categoría constituida por *les troubles dans les conditions d'existence* o "problemas (alteración) en las condiciones de existencia", respecto de la cual CHAPUS sostiene que, a pesar de tratarse de una "expresión demasiado cómoda", "si quisiera darse una definición, podría decirse que estos [problemas] consisten en una modificación anormal del curso de la existencia de la víctima, de sus ocupaciones, sus hábitos o sus proyectos"<sup>87</sup>.

85 M. LE ROY, *L'évaluation du préjudice corporel*, cit., 62.

86 M. MARTÍNS CASALS, *¿Hacia un baremo europeo para la indemnización de los daños corporales?*, cit.

87 R. CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, cit., 415. Por el hecho de ser CHAPUS el autor que tradicionalmente se cita en Colombia para defender una posible introducción en nuestro medio de la categoría constituida por "los problemas en las condiciones de existencia" (de estampa, en el derecho francés, exclusivamente administrativa) como categoría de 'cierre' del sistema de daños extrapatrimoniales al lado del tradicional *pretium doloris*, creemos oportuno precisar que este autor en realidad distingue no sólo este rubro (sumado, como ya se ha dicho, al *pretium doloris*), como parecería desprenderse de las citas que de su obra hace la doctrina nacional, sino más bien cinco tipos de perjuicios morales, divididos así: 1) Lesión a la parte social del patrimonio moral, que subdivide en: a) *Lesión al honor de la persona*: Consistente en la lesión a la reputación o a la 'consideración' en general de la persona. Este rubro es reconocido por ambas jurisdicciones francesas, la ordinaria (al menos desde 1842) y la administrativa (al menos desde 1903); y b) *Lesión a los derechos morales del autor en relación con su obra*: Se trata de una lesión "causada a la reputación del autor cuya obra ha sido plagada, mal interpretada o deteriorada". Este rubro, sostiene CHAPUS, también es reconocido por ambas jurisdicciones, la ordinaria (al menos desde 1927) y la administrativa (al menos desde 1871); 2) Lesión a las ideas morales en sentido amplio: Hace referencia a la lesión a las convicciones, creencias y sentimientos 'de moral'. Este rubro, como los anteriores, es reconocido por ambas jurisdicciones francesas, la ordinaria (al menos desde 1933) y la administrativa (al menos desde 1912); 3) Los problemas en las condiciones de existencia –que aquí se analiza–; 4) Lesión a la integridad corporal. Pese a que esta clasificación está referida exclusivamente al 'daño moral', el autor señala que este tipo de lesión –corporal– produce perjuicios tanto de carácter material como de orden moral, pasando luego a dividir estos últimos en: perjuicio corporal [que sería el hoy llamado *perjuicio fisiológico*], sufrimiento físico, y perjuicio estético; y 5) Lesión a los sentimientos de afección, en alusión al sufrimiento de los allegados de la víctima provocado por el estado de ésta última. *Ibid.*, 410-413.

En efecto, en el ordenamiento francés existen serias dudas alrededor de esta categoría, pues es en realidad imprecisa; no se sabe si se corresponde con el *préjudice d'agrément*, con el perjuicio funcional o si tiene algún carácter autónomo.

Ello, en virtud de que en el pasado en la jurisdicción ordinaria se hacía referencia a estos *problemas en las condiciones de existencia* para definir el perjuicio fisiológico o funcional ("perjuicio de carácter objetivo que se refleja en problemas que *afectan las condiciones de trabajo y de existencia*"), y por otra parte, porque una conocida sentencia de la Sala Plena de la Corte de Casación del 19 de diciembre de 2003 se apropió de (al menos parte) de esta definición para *redefinir* a su vez el *préjudice d'agrément* ("perjuicio subjetivo de carácter personal que resulta de los problemas padecidos en las condiciones de existencia")<sup>88</sup>.

En nuestra opinión, *les troubles dans les conditions d'existence* constituyen actualmente apenas una 'fórmula' que describe el contenido de algunos tipos de perjuicios, los cuales, ciertamente, acarrearán una alteración en las condiciones previas de existencia de la víctima. Es decir, no constituyen en sí mismos una categoría autónoma de perjuicio (al menos para la jurisdicción civil)<sup>89</sup>, al punto de que no aparecen mencionados como tal ni en el Anteproyecto de reforma del *Code civil*, ni en el Informe LAMBERT-FAIVRE, ni en el Informe DINTILHAC. Por el contrario, dicha 'fórmula' aparece, por ejemplo, en la definición de los siguientes perjuicios o prospectos de perjuicios: *préjudice fonctionnel d'agrément*<sup>90</sup>, *préjudice d'accompagnement*<sup>91</sup> y *préjudice fonctionnel permanent*<sup>92</sup>, entre otros.

La jurisprudencia administrativa, en cambio, sí hace uso de la categoría constituida por "*les troubles dans les conditions d'existence*" (básicamente porque no emplea la del "*préjudice d'agrément*" utilizada por la jurisdicción ordinaria), y divide estos "problemas en las condiciones de existencia" en dos: el primero, referido a los problemas fisiológicos, relacionados directamente con la lesión a la integridad psicofísica de la víctima—conforme con las leyes de 1973<sup>93</sup> y 1985<sup>94</sup>—, que tienen carácter objetivo, derivan de la incapacidad y, por ende, ingresan dentro de la acción subrogatoria de los terceros pagadores (como por ejemplo: las dificultades de masticación, los problemas provocados por lagrimeos, derrames auriculares y salivales, vértigos, etc.); y el segundo, concerniente a los problemas no-fisiológicos provocados por la lesión, como las molestias para realizar los actos de la vida corriente, que tienen carácter subjetivo, son variables de un individuo a otro, y escapan en consecuencia del recurso de los terceros pagadores (a título de ejemplo: los problemas ligados a las relaciones con el entorno, como dificultades para llevar una vida social y familiar normal, los problemas relacionados con la alteración

88 Sala Plena de la Corte de Casación del 19 de diciembre de 2003: *Bull. civ.* No. 8; R., p. 358; D. 2004. 161, con nota de LAMBERT-FAIVRE, D. 2005. Pan. 190, con observaciones de JOURDAIN; JCP 2004. II. 10008, con nota de JOURDAIN; *Ibid.* I. 163, No. 32 s., con observaciones de VINEY; entre tantos otros.

89 Cfr. G. VINEY y P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, cit., 55.

90 Informe DINTILHAC, cit., 10, 38.

91 Informe DINTILHAC, cit., 44, 46; Informe LAMBERT-FAIVRE, cit., 27.

92 Informe LAMBERT-FAIVRE, cit., 24, 25.

93 Ver *supra*, nota 57.

94 Ver *supra*, nota 8.

del modo de vida, bien sea por ejemplo a causa de un cambio de domicilio o por una modificación en las condiciones de trabajo)<sup>95</sup>. Ejemplos concretos de este tipo de daño, extraídos de la jurisprudencia administrativa, nos los ofrece CHAPUS: el cambio de carrera, considerado con independencia de sus consecuencias pecuniarias, al cual se ve obligado un profesor de educación física después de haber sufrido un accidente (C.E., 24 de febrero de 1950); o el hecho de que un hombre joven se vea obligado, como consecuencia de la muerte de su padre, a interrumpir sus estudios para poder llevar a cabo una actividad remunerada (C.E., 8 de noviembre de 1950); o también, el hecho para un joven accidentado, de sufrir un retardo de seis meses en sus estudios (C.E., 17 de marzo de 1950)<sup>96</sup>. Adicionalmente, el autor explica que “en ocasiones, el Consejo de Estado indemniza a título de *troubles dans les conditions d’existence* a las víctimas de perjuicios corporales, cuando se comprueba que éstas no ejercen ninguna profesión remunerada, es decir, no sufren ninguna pérdida pecuniaria –o, como dice en ocasiones, ningún perjuicio material– (v. C.E., 30 de octubre de 1946, entre otras), o cuando se comprueba que el demandante no ha sufrido ninguna disminución en los ingresos que derivaba normalmente de su actividad profesional (C.E., 10 de febrero de 1943, entre otras)”<sup>97</sup>.

CHAPUS sostiene, en fin, que en efecto la posición de la jurisdicción administrativa francesa en esta materia es bastante particular, no sólo por el hecho de que el daño constituido por los “problemas en las condiciones de existencia” –cuya expresión le pertenece– es reparado únicamente por ella, sino porque (al contrario de lo que ocurre en otras instancias, donde se repara confundido con otros rubros) generalmente lo reconoce en forma separada inclusive en los casos en que concede una indemnización de carácter global<sup>98</sup>.

## 2. “Perjuicio de contaminación”

Por otra parte, la jurisprudencia ha ideado, especialmente para las personas afectadas por el virus del sida, un perjuicio de carácter personal denominado perjuicio de contaminación<sup>99</sup>, que comprende el conjunto de problemas que dicha enfer-

95 En documento contentivo de la opinión de DE GOUTTES, Primer Fiscal del Tribunal Supremo, acerca de la decisión de la *Cour d’Appel* de París de fecha 25 de febrero de 2002, que puede consultarse en: [http://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/assemblee\\_pleniere\\_22/gouttes\\_premier\\_483.html](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/gouttes_premier_483.html) (visualizada en 2007). Cfr. también, Informe DINTILHAC, cit., 7.

96 R. CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences reciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, cit., 415.

97 *Ibid.*, 416.

98 *Ibid.*, 414.

99 Recientemente, algunos jueces han aplicado el concepto de perjuicio de contaminación a otra clase de víctimas, tales como las contaminadas por el virus de hepatitis C o las que han contraído la enfermedad de *Creutzfeldt-Jacob* a consecuencia de inyección de hormonas de crecimiento. Cfr. P. JOURDAIN, *Les principes de la responsabilité civile*, Dalloz, Paris, 2003<sup>6</sup>, 151, quien sostiene que debiera aplicarse también para el caso de las personas contaminadas con amianto. También, G. VINEY y P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, cit., 56.

medad provoca en las "condiciones de existencia de la víctima" (incluidos el perjuicio fisiológico y los daños morales, por los que no puede pedirse una reparación adicional)<sup>100</sup>.

Esta apreciación global de la enfermedad busca tener en cuenta las particularidades y múltiples facetas de la misma, entre las que se cuentan: la reducción de la esperanza de vida, las angustias relacionadas con la muerte, las perturbaciones varias –afectivas, familiares y sociales– que normalmente la acompañan<sup>101</sup>, y el hecho de que se trata de una enfermedad evolutiva en la cual normalmente está ausente la idea de una 'consolidación', presente en la mayoría de las demás patologías<sup>102</sup>.

También en lo que respecta a la forma de su indemnización, la jurisprudencia ha innovado, al decidir, con el aval de la Corte de Casación, que lo único que se indemniza de forma inmediata es el perjuicio derivado de la 'seropositividad', difiriéndose el pago del complemento de la indemnización para el momento en el que eventualmente la enfermedad se manifieste, pues esto último se tiene como un evento futuro e incierto<sup>103</sup>. Lo que se indemniza es "el saberse contaminado por un agente exógeno, cualquiera sea su naturaleza (biológica, física o química), que comporta el riesgo de aparición a corto o mediano plazo, de una patología que pone en juego el pronóstico vital"<sup>104</sup>. Por ende, mientras la enfermedad no se desarrolle, normalmente se indemnizará sólo por el *pretium doloris*; luego, cuando la enfermedad se manifieste, se agregará la indemnización por lo que serían: el perjuicio fisiológico, el perjuicio estético y el perjuicio *d'agrément*, si es que efectivamente estos se producen<sup>105</sup>.

Una variedad, si se quiere, de esta solución ha sido recogida en el Anteproyecto de reforma del *Code civil*, cuando sostiene que en los casos en que la certeza del perjuicio dependa de un acontecimiento futuro e incierto, el juez podrá condenar al responsable de manera inmediata bajo la condición de que la ejecución de la sentencia quede suspen-

100 Cfr. M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Responsabilité civile et quasi contrats*, cit., 88-89; H., L. y J. MAZEAUD y F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, cit., 414. Se ha objetado que antes que un perjuicio nuevo o específico, se trata de un 'reagrupamiento' de categorías de perjuicios ya conocidas: G. VINEY y P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, cit., 269.

101 Sentencias de la Corte de Casación, Segunda Sala Civil, del 2 de abril de 1996: *Bull. civ. II*, No. 88; *JCP* 1996. I. 3985, No. 12, con observaciones de VINEY; 1º de febrero de 1995: *Bull. civ. II*, No. 42; *RTD civ.* 1995. 627, con observaciones de JOURDAIN; *JCP* 1995. I. 3893, No. 23 ss., con observaciones de VINEY; sentencia de la Corte de Casación, Primera Sala Civil, del 1º de abril de 2003: *Bull. civ. I*, No. 95; *JCP* 2004. I. 101, No. 6, con observaciones de VINEY; *RTD civ.* 2003. 506, con observaciones de JOURDAIN (hepatitis C); 3 de mayo de 2006: *Bull. civ. I*, No. 215; *D.* 2006. IR. 1486; *RTD civ.* 2006. 562, con observaciones de JOURDAIN (hepatitis C). En doctrina, P. JOURDAIN, *Les principes de la responsabilité civile*, cit., 151.

102 Informe DINTILHAC, cit., 4.

103 Sentencia de la Corte de Casación, Segunda Sala Civil, del 20 de julio de 1993: *Bull. civ. II*, No. 274; *R.*, 329; *D.* 1993. 526, con nota de CHARTIER; *RTD civ.* 1994. 107, con observaciones de JOURDAIN. En doctrina, P. JOURDAIN, *Les principes de la responsabilité civile*, cit., 151.

104 Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit du dommage corporel*, cit., 229. En el mismo sentido, Informe DINTILHAC, cit., 42.

105 G. VINEY y P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, cit., 276.

da para el momento en que ocurra el acontecimiento del cual depende la producción del perjuicio; con la diferencia de que la disposición se aplica a todas las víctimas, en general, y no ya exclusivamente a las víctimas seropositivas (art. 1345)<sup>106</sup>.

### 3. "Perjuicio de establecimiento"

Otra categoría de perjuicio que ha sido identificada, o más bien, creada por la jurisprudencia, y recogida luego por los informes de los grupos de trabajo presididos por LAMBERT-FAIVRE y DINTILHAC, respectivamente<sup>107</sup>, ha sido la del *préjudice d'établissement* o perjuicio de establecimiento, que consiste en "la pérdida de la esperanza y de las posibilidades normales de realizar un proyecto de vida familiar, como contraer matrimonio, formar una familia, criar hijos, etc."<sup>108</sup>, cuya apreciación debe realizarse *in concreto* en función de cada individuo y de la que sea su edad.

La doctrina ha señalado que el otorgar autonomía a este perjuicio busca, como puede intuirse, ampliar el espectro de la reparación, permitiéndole a la víctima demandar una nueva indemnización por este título, sin que pueda serle opuesta la autoridad de la cosa juzgada en la hipótesis de que otros perjuicios hubieran sido ya reparados<sup>109</sup>.

### 4. Perjuicio juvenil

Cuando la víctima es un menor que sufre lesiones permanentes<sup>110</sup>, en ocasiones se habla de un "perjuicio juvenil" consistente en las frustraciones y privaciones que derivan de no poder participar de los juegos y de las alegrías propias de su edad<sup>111</sup>.

Algunos sostienen que este rubro debería incluirse dentro del llamado *perjuicio funcional de agrado* (aún en prospecto), en la medida en que la creación del perjuicio juvenil obedece en realidad al propósito de compensar el desequilibrio que se observa en la valoración estadística del punto de IPP (incapacidad permanente parcial) para los jóvenes, que en relación con el de las personas mayores, es claramente desfavorecedor<sup>112</sup>.

106 Artículo 1345 del Anteproyecto de reforma del *Code civil*: "El perjuicio futuro es reparable cuando es la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual. [C]uando la certeza del perjuicio depende de un acontecimiento futuro e incierto, el juez puede condenar de manera inmediata al responsable, condicionando la ejecución de su decisión a la ocurrencia de ese acontecimiento". AA. VV., *Del contrato, de las obligaciones y de la prescripción. Anteproyecto de reforma del Código Civil francés*, cit., 265.

107 Informe LAMBERT-FAIVRE, cit., 26; Informe DINTILHAC, cit., 40. En doctrina, Cfr. M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Responsabilité civile et quasi contrats*, cit., 89.

108 Sentencia de la Corte de Casación, Segunda Sala Civil, del 30 de junio de 2005: RTD civ. 2006, 130, con observaciones de JOURDAIN.

109 *Ibid.*, 89, quien cita a título de ejemplo, sentencia de la Cas. Civ., 2ª, 6 de enero de 1993, *Bull. civ.*, II, No. 6.

110 M. MARTÍNS CASALS, *¿Hacia un baremo europeo para la indemnización de los daños corporales?*, cit.

111 Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit du dommage corporel*, cit., 228.

112 *Ibid.*, 228; cfr. también B. STARCK, H. ROLAND y L. BOYER, *Obligations. Responsabilité délictuelle*, cit., 79.

De cualquier modo, en estos últimos años este perjuicio parece haber cedido terreno a otro que se reputa "mejor estructurado": el *perjuicio de establecimiento* –anteriormente visto–, que se relaciona en este caso específico con la situación de los jóvenes víctimas de incapacidades graves (paraplejía, tetraplejía, traumatismos craneales, etc.) antes de que hayan entrado en su vida adulta, quienes quedan, de facto, en una cuasi-imposibilidad de realizar un proyecto de vida "normal", como casarse y formar una familia<sup>113</sup>.

### III. UNA CATEGORÍA CENTRAL, EN BUSCA DE SU LUGAR DEFINITIVO: EL PERJUICIO FISIOLÓGICO

#### A. Concepto

El daño corporal produce, de suyo, una invalidez que priva a la víctima de una parte de sus facultades y disminuye su capacidad funcional, su potencial físico, psicosenso-rial o intelectual<sup>114</sup>, el cual se reputa permanente cuando el estado de la víctima se encuentra 'consolidado', es decir, cuando ya no es susceptible de mejoría de forma apreciable y rápida en virtud de tratamientos médicos. A esta invalidez se le dio en principio exclusivamente el nombre tomado en préstamo de la legislación sobre accidentes laborales de "Incapacidad Permanente Parcial" (o IPP), pero a finales de la década de los años 80 del siglo pasado comenzó a preferirse el apelativo actual de "Déficit Funcional Permanente"<sup>115</sup>.

Pues bien, durante algún tiempo en Francia se consideró que el perjuicio derivado de la incapacidad sufrida por la víctima a causa del daño corporal estaba constituido únicamente, en definitiva, por la suma del daño emergente y el lucro cesante; y que si la víctima había trabajado durante ese período no tenía entonces derecho a la indemnización (por el último, al menos, de estos rubros)<sup>116</sup>. Sería luego que la Corte de Casación consideraría que "la incapacidad permanente debe ser establecida incluso en ausencia de cualquier incidencia profesional o económica, por el solo hecho de que cercena el potencial humano de la víctima, esto es, su capacidad de actuar y de gozar la vida" (1955), y que es necesario, además, tener en cuenta los *problemas fisiológicos* que afectan las condiciones de trabajo y de existencia (1985)<sup>117</sup>.

Es decir que, además del *perjuicio económico de naturaleza profesional* (o en palabras simples, la disminución de ingresos) que se produce como consecuencia de la vulneración de la capacidad laboral, se reconoce la existencia de un *perjuicio fisiológico* constituido por el mal funcionamiento de los órganos humanos o, más ampliamente, la reducción

113 Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit du dommage corporel*, cit., 229.

114 PH. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, cit., 417.

115 M. LE ROY, *L'évaluation du préjudice corporel*, cit., 23.

116 *Ibid.*, 20.

117 Cfr. G. VINEY y P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, cit., 223.

permanente de las funciones físicas o psíquicas de la víctima<sup>118</sup>, que se produce como consecuencia de la lesión corporal y acarrea, como lo dice la Corte de Casación, problemas que afectan las condiciones de trabajo y de existencia (por ejemplo, molestias al usar los miembros, tener que emplear un esfuerzo mayor en el desarrollo de las actividades, etc.)<sup>119</sup>.

## B. Método de valoración

A pesar de que el perjuicio fisiológico está desprovisto de connotación pecuniaria, su valoración se reputa objetiva (o a lo menos objetivable), en la medida en que se manifiesta como una molestia fisiológica que si bien no es idéntica en todas las víctimas, en virtud de que puede experimentarse en forma diversa según las personas y sus condiciones de vida, es al menos parecida<sup>120</sup>.

El procedimiento empleado en Francia para proceder a tal valoración consta de dos fases. La primera, relativa a la apreciación médica de las lesiones a la integridad física de la persona<sup>121</sup>, y la segunda, consistente en la valoración pecuniaria de las secuelas o perjuicios respectivos; por lo que, como sucede también en el ordenamiento italiano, puede decirse que médicos y jueces trabajan en forma mancomunada<sup>122</sup>.

Esto quiere decir que, establecida a través de un experticio médico<sup>123</sup>, apoyado en baremos, la tasa de IPP (de 1 a 99 de acuerdo con la naturaleza y la gravedad de las heridas)<sup>124</sup>, viene luego una segunda fase, que se realiza con base en un método inspirado originariamente en el modelo del derecho de accidentes laborales, denominado "cálculo por puntos" (*calcul au point*), o más específicamente, por "puntos de incapacidad", que consiste en multiplicar el porcentaje específico de déficit por el valor monetario (general) atribuido al punto de incapacidad<sup>125</sup>.

El valor de este punto (1 punto = "n" euros) lo establece la jurisprudencia (cada jurisdicción; con base en sus propios precedentes), y se obtiene dividiendo la suma acor-

118 Cfr. M. MARTÍNS CASALS, *¿Hacia un baremo europeo para la indemnización de los daños corporales?*, cit.

119 Cfr. P. JOURDAIN, *Vers un élargissement de la notion de préjudice d'agrément*, en *RTD Civ.*, 1995, 892. Figura prevista ya en la Resolución 75-7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa (Principio II).

120 P. JOURDAIN, *Vers un élargissement de la notion de préjudice d'agrément*, cit., 892.

121 De hecho, "el *expertise médicale* constituye el acto inicial de todo sistema de reparación del daño corporal". Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit du dommage corporel*, cit., 87 ss.

122 Esto significa que "la valoración del daño corporal supone la intervención de dos disciplinas: primero, los médicos aprecian y califican la gravedad de las lesiones a la integridad física, y luego los juristas traducen en el campo del derecho los perjuicios sufridos y realizan una valoración monetaria". *Ibid.*, 126.

123 Dentro del poder soberano de los jueces en la apreciación del perjuicio, es usual que estos se sirvan de la opinión de médicos (especialistas en medicina legal), que pueden nombrar libremente en número singular o plural. M. LE ROY, *L'évaluation du préjudice corporel*, cit., 11.

124 Ver más en J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVALUX, *Les obligations* (II), cit., 436.

125 Ver Anexo al final del escrito.

dada por reparación del perjuicio por déficit funcional permanente en casos anteriores, entre la tasa de dicho déficit; es decir, se obtiene por referencia a las indemnizaciones concedidas en casos similares<sup>126</sup>. Es así, por ejemplo, que si en un año determinado la media fue de 75.000 euros para una víctima de cierta edad afectada por una tasa de déficit del 40%, el valor del punto será de 1875 euros<sup>127</sup> (obteniendo así una "media" atendible).

El valor monetario del punto disminuye en función de la edad de la víctima y aumenta de acuerdo con el porcentaje de lesión<sup>128</sup>, lo que significa que, a igual déficit, el perjuicio aumenta conforme más joven sea la víctima, en virtud de que ésta sufrirá por mayor tiempo los efectos dañosos del hecho (aunque esta regla admite excepciones en determinados casos); y que, por otra parte, la indemnización es no sólo *proporcional* sino *progresiva*, en el sentido de que las consecuencias del déficit funcional son proporcionalmente más graves frente a déficit importantes que frente a déficit menores<sup>129</sup>. Sólo estos dos extremos, tasa de déficit funcional permanente y edad de la víctima, se tienen en cuenta en la valoración respectiva; no se admiten pues distinguos de rango social o de ingresos, en la medida en que el perjuicio fisiológico es *independiente* de la pérdida económica<sup>130</sup>.

De modo que, si tenemos en cuenta que para determinar la indemnización se procede a la multiplicación de la tasa efectiva de incapacidad o invalidez parcial de la víctima por ese dato *uniforme* o general constituido por el valor del punto de incapacidad (en forma similar a lo que sucede en el ordenamiento italiano), puede afirmarse que la tasa de déficit sirve concretamente para medir *la extensión* del daño corporal, y que su posterior multiplicación por el valor del punto permite la determinación del monto de la indemnización<sup>131</sup>.

### C. La necesidad de los baremos

Contrario a lo que ocurre en materia de accidentes laborales, en el derecho común de la responsabilidad civil francesa no existe un método de carácter obligatorio para la valoración del déficit funcional de la víctima, ni ninguna disposición legal que le imponga al juez la apreciación del daño corporal de acuerdo con una tasa

126 Ver G. VINEY y P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, cit., 237.

127 M. LE ROY, *L'évaluation du préjudice corporel*, cit., 53, quien agrega que en el 2006, por déficit inferiores al 90%, el valor del punto osciló entre 800 y 4500 euros, según la edad de la víctima y la tasa de "Déficit Funcional Permanente".

128 M. MARTÍNS CASALS, *¿Hacia un baremo europeo para la indemnización de los daños corporales?*, cit., quien trae un ejemplo: si la gravedad de una lesión corresponde al 5% de "Incapacidad Permanente Parcial" el mismo puede valer 3.000 ó 5.000 FF, según que la víctima tenga 70 años o tan solo 10.

129 M. LE ROY, *L'évaluation du préjudice corporel*, cit., 53.

130 *Ibid.*, 53.

131 Cfr. PH. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, cit., 382 ss.

de incapacidad específica<sup>132</sup>. Lo que suele suceder en la práctica es que éste solicita de los médicos legistas que proporcionen una *tasa de déficit funcional*; la cual, dada la libertad de la que dispone para determinar la indemnización del perjuicio, tiene para el juzgador un carácter apenas indicativo y por ende no vinculante<sup>133</sup>.

No obstante, ha quedado en evidencia que la ausencia de una tasa médica *uniforme* de incapacidad, vuelve, si no imposible, al menos muy difícil la aproximación o armonización entre las diferentes decisiones judiciales. En algunos casos, en efecto, las divergencias de orden médico son tan marcadas que se proyectan posteriormente de la misma manera en la cuantía de la indemnización<sup>134</sup>; sin contar con que, por otro lado, se priva con ello a las partes de referentes que les permitan llegar, eventualmente, a una transacción.

En aras de solucionar esta situación y de, a su vez, auxiliar al médico en su tarea de valoración del perjuicio corporal (objeto de su dictamen y del cual constituye prueba), o más específicamente, en su tarea de determinación de la tasa de invalidez, han aparecido progresivamente los llamados *baremos de invalidez* (o de déficit funcional)<sup>135</sup>, que ofrecen una tasa media de IPP para cada tipo de lesión, a título indicativo o de guía<sup>136</sup> (lo cual debe distinguirse de la posterior valoración monetaria de los perjuicios, que realiza el juez), con lo que se tiende de alguna manera a objetivar la apreciación del déficit y a acercar, a la postre, los montos indemnizatorios correspondientes<sup>137</sup>.

Sin embargo, una crítica se dirige contra el sistema, y es que hoy existen tantos baremos para la determinación de la tasa de invalidez como *regímenes* de indemnización. Así, encontramos un baremo para la Seguridad Social y los accidentes de trabajo, uno para la función pública, otro para las pensiones militares de invalidez y para las víctimas de guerra, además de los baremos contractuales atinentes a los seguros de personas<sup>138</sup>; con

132 "De hecho, la introducción de la referencia a una tasa de incapacidad se remonta al siglo XIX, específicamente a la ley del 9 de abril de 1898, por la que la reducción de la capacidad laboral de las víctimas de accidentes laborales se indemnizaba bajo la modalidad *à forfait* a prorrata de la 'tasa de incapacidad'. Para entonces, la incapacidad laboral era establecida médicamente apreciando el impacto que la lesión corporal tenía en la actividad asalariada de la víctima. El "*Barème Mayet*" data de 1925; mientras que el primer baremo oficial sobre accidentes laborales fue publicado en 1939; diversas ediciones sucesivas se deben a Mayet, Rey, Mathieu y luego a Padovani (1983). El baremo legal fue revisado en 1982, y la 3ª edición publicada por la UNCANSS (Unión de cajas nacionales de seguridad social) es del año 1996": Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit du dommage corporel*, cit., 130 ss.

133 Cfr. M. LE ROY, *L'évaluation du préjudice corporel*, cit., 24 ss.

134 Cfr. *Ibid.*, 26.

135 Se dice que los baremos hacen parte de la tradición jurídica francesa, al tiempo que otros países hacen total prescindencia de ellos, como es el caso de Gran Bretaña (lo que posiblemente resulta paliado con el recurso típico del *common law* a la consulta de las colecciones de jurisprudencia): Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit du dommage corporel*, cit., 130.

136 Cfr. *Ibid.*, 135: lo cual no podría ser de otra manera dado el carácter "arbitrario y abstracto" de todos los baremos.

137 Normalmente los jueces hacen uso de estos baremos; aunque en algunos casos sucede que el médico legista fija la tasa de déficit en función de criterios personales recogidos de su experiencia profesional.

138 *Id.*, *Les effets de la responsabilité (les articles 1367 à 1383 nouveaux du code civil)*, cit., 163, quien

lo que, en definitiva, el objetivo de aproximación de las decisiones o indemnizaciones, cualquiera que sea el marco en el que el daño corporal se haya producido, se diluye un poco, en el sentido de que esta multiplicidad de baremos conduce a que existan fuertes diferencias entre las indemnizaciones de los diferentes sectores<sup>139</sup>.

En definitiva, se acusa la inexistencia de un baremo médico *único* de carácter legal para el derecho común, aplicable a todos los sistemas de indemnización, que se establezca en función de la naturaleza de los daños (susceptible de alguna variación de acuerdo con las particularidades propias de la víctima) y que sea revisable periódicamente<sup>140</sup>.

En este sentido se pronunció el Informe LAMBERT-FAIVRE<sup>141</sup> y, más recientemente, el propio Anteproyecto de reforma del Código Civil, el cual en su artículo 1379-1, dispuso expresamente que la extensión del perjuicio funcional debe determinarse *de acuerdo con el baremo de invalidez que se establezca por decreto*. Resta esperar para saber si la norma será aprobada en los términos en los que ha sido prevista<sup>142</sup>; pero la doctrina celebra, desde ya aunque con prudencia, su consagración<sup>143</sup>.

Actualmente la tasa de déficit funcional permanente en el derecho común de la responsabilidad civil se determina con base en baremos de carácter privado<sup>144</sup>, que han recogido previamente la valoración médica de todo tipo de secuelas. Se trata en efecto de amplios documentos en los que se enumeran las distintas consecuencias médicas y se propone para cada una de ellas una "horquilla" o un porcentaje de valoración del daño corporal<sup>145</sup>.

sostiene además que esta diversidad de baremos médicos constituye una ofensa al sentido común, en la medida en que la entidad del cuerpo y su dignidad es la misma con independencia del régimen de indemnización de que se trate. En el mismo sentido, Informe LAMBERT-FAIVRE, cit., 56.

139 Cfr. ID., *Droit du dommage corporel*, cit., 134.

140 PH. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, cit., 35.

141 Informe LAMBERT-FAIVRE, cit., 56.

142 Allanado lo cual, se impondrá con mayor fuerza la discusión acerca de la posibilidad de adoptar un baremo de carácter europeo, en gestación desde hace ya algún tiempo, con base en el hecho de que "la fisiología humana en Francia, en Europa y en el mundo es la misma". Cfr. Y. LAMBERT-FAIVRE, *Les effets de la responsabilité (les articles 1367 à 1383 nouveaux du code civil)*, cit., 163. Ello, en el marco de un posible derecho europeo de la responsabilidad civil, objetivo que representa una "tarea ardua y utópica a mediano plazo, pero posible y deseable a largo plazo": PH. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, cit., 37.

143 "Constituiría una excelente medida la adopción de uno [en alusión a los baremos], bajo la condición de que durante su elaboración sea objeto de un amplio consenso por parte de los médicos legistas de las compañías aseguradoras (deudoras) y de los médicos peritos de las víctimas (acreedoras)". Y. LAMBERT-FAIVRE, *Les effets de la responsabilité (les articles 1367 à 1383 nouveaux du code civil)*, cit., 163.

144 Ello en virtud de que el decreto del 23 de diciembre de 1982 (No. 82-1135, en el 2º de sus Principios Generales, anexo), integrado en el nuevo Código de la Seguridad Social, si bien contiene un baremo que vino a sustituir a aquél que era tradicionalmente utilizado en el pasado (decreto del 24 de mayo de 1939), se declara no obstante expresamente inaplicable al campo del derecho común.

145 M. MARTÍNS CASALS, *Hacia un baremo europeo para la indemnización de los daños corporales?*, cit., quien agrega un ejemplo sobre estos porcentajes de valoración: del 40 al 75% en el caso

#### D. El problema sistemático actual

La determinación de los que son o deberían ser los perjuicios extrapatrimoniales o personales que derivan del daño corporal, así como la precisión de sus límites, no constituye en absoluto una materia pacífica en Francia<sup>146</sup>.

En efecto, el problema del sistema francés sobre el daño corporal está constituido por la negativa a considerar abiertamente el perjuicio fisiológico como un perjuicio de carácter personal (la ley *Badinter*, de hecho, lo ubica fuera del grupo de perjuicios que gozan de este carácter)<sup>147</sup>, cuya indemnización debe encontrarse al abrigo de la acción subrogatoria de los terceros pagadores y reservarse a la víctima en la medida en que las prestaciones pagadas por estos no lo *reparen* por completo (en la actualidad, si el tercero pagador ejerce la acción subrogatoria contra el responsable, la víctima no puede ir en contra de éste para exigir el pago del complemento ni para, eventualmente, acumular las dos indemnizaciones o prestaciones)<sup>148</sup>, lo que deriva en que su inclusión en el sistema de daños no sea del todo clara.

Ello, particularmente desde que la *Cour d'Appel de Paris*, con la sentencia del 3 de mayo de 1994<sup>149</sup> (que recoge en realidad una tesis expuesta con anterioridad por LAMBERT-FAIVRE)<sup>150</sup>, sostuvo que por no ser posible escindir o distinguir entre el *perjuicio fisiológico* y el *préjudice d'agrément* entendido en sentido amplio, es decir, entendido como la "privación de los placeres de una vida normal"<sup>151</sup> (y no ya como la privación de actividades específicas variables de una persona a otra), se justifica que ambos rubros se comprendan en una sola categoría bajo el título de "*préjudice fonctionnel d'agrément*"<sup>152, 153</sup>.

de tetraplejía, del 55 al 60%, por la amputación de una pierna, el 25% por la amputación del pulgar derecho.

146 En este sentido, PH. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, cit., 418, quien agrega que la confusión entre *daño* (corporal) y *perjuicios* (patrimoniales y extrapatrimoniales) ha introducido aun mayor caos en esta materia.

147 Ver *supra*, nota 8.

148 Ver *supra* notas 14 y 15.

149 La sentencia en cuestión, en la parte relativa a los perjuicios morales o extrapatrimoniales, dice específicamente lo que sigue: "*Perjuicio funcional de agrado*: Este rubro de perjuicio es proporcional al déficit funcional valorado en un 75% atendiendo a la edad de la víctima. El mismo resulta de la pérdida de la calidad de vida de [XXX], cuyas funciones mentales y fisiológicas han disminuido considerablemente. Se diferencia de la repercusión profesional, que fue indemnizada en el marco de los perjuicios económicos sometidos a los recursos de los terceros pagadores y de los organismos sociales. Será en justicia indemnizado con la suma de 500.000 F." (cursiva fuera de texto). Sentencia de la *Cour d'Appel de Paris*, del 3 mayo de 1994, caso *Lledo vs. Courtiol*, con nota de Y. LAMBERT-FAIVRE, *D. 1994, Juris.*, 516.

150 En su obra *Le droit du dommage corporel*, 1993, No. 136; apoyada entre otros por Cfr. G. VINEY y P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, cit., 269.

151 Ver *supra* II.B.

152 Cfr. M. LE ROY, *L'évaluation du préjudice corporel*, cit., 51 ss., en cuya opinión, "desde que se indemniza el perjuicio fisiológico separadamente del perjuicio económico, la noción de perjuicio de agrado no tiene, la mayoría de las veces, ninguna razón de ser, por lo que debiera desaparecer para ser comprendida en la indemnización debida a título de IPP fisiológico", para evitar con ello la inflación de los daños extrapatrimoniales.

153 Lo cual obedece además a un viejo propósito de un sector de la ciencia jurídica francesa:

Este nuevo y complejo prospecto de categoría consistiría, de acuerdo con una sentencia de la *Cour d'Appel* de París del año 2002<sup>154</sup>, en los problemas varios de la víctima ocasionados por el déficit funcional, surgidos luego de la consolidación de la discapacidad, que se manifiestan en las condiciones de existencia, en los actos esenciales de la vida ordinaria, en las actividades afectivas y familiares y en las actividades de esparcimiento; en definitiva, en una pérdida de la calidad de vida de la víctima<sup>155</sup>.

Lo anterior significa que para la *Cour d'Appel* de París, el cuadro de los perjuicios personales que pueden derivarse de un daño corporal quedaría como sigue: *pretium doloris*, perjuicio estético y *préjudice fonctionnel d'agrément*; mientras que para la Corte de Casación, en cambio, se mantiene el *status quo* de la cuestión, es decir, siguen estando separados el perjuicio fisiológico y el perjuicio de agrado, conservando cada uno su autónoma identidad.

En efecto, la Sala Plena de la Corte de Casación francesa, en una conocida decisión de fecha 19 de diciembre de 2003, casó la sentencia del 2002 por medio de la cual la *Cour d'Appel* de París se expresaba en los términos 'revolucionarios' descritos más arriba, sosteniendo que el perjuicio de agrado constituye un "perjuicio *subjectivo* de carácter personal que resulta de los problemas padecidos en las condiciones de existencia" (al no referirse, como antes, a actividades *específicas*, y por ende, variables de un individuo a otro, nos parece, contrario a lo apenas dicho, que el perjuicio, antes de *subjectivarse*, se '*objetiva*')<sup>156</sup>, que es diferenciable, y por ende autónomo, de "la lesión objetiva a la integridad física de la víctima" cuya indemnización se encuentra sometida a la acción subrogatoria de los terceros pagadores<sup>157</sup>.

De donde, la solución propuesta por la *Cour d'Appel* de París parece, al menos por ahora, estar lejos de una verdadera concreción, porque hasta tanto no intervenga el le-

reunir en torno al perjuicio fisiológico todas las consecuencias extrapatrimoniales que sobre la vida individual y familiar de la persona se producen a causa de la lesión a su integridad psicofísica.

154 Sentencia de la *Cour d'Appel* de París del 25 de febrero de 2002, precedida por varias sentencias en el mismo sentido; entre otras: sentencia del 17 de septiembre de 2001: D. 2001. IR. 2948; RTD civ. 2002, 113, con observaciones de JOURDAIN.

155 En este sentido se manifiesta también la más autorizada doctrina francesa, entre la cual P. JOURDAIN, quien sostiene que estos dos padecimientos, perjuicio de agrado y perjuicio fisiológico, se corresponden entre sí, sólo que son sufridos en dos momentos distintos: "primero, durante el período de ITT; y luego, después de la consolidación. [E]s un perjuicio funcional en el sentido de que designa los problemas varios generados por la lesión a las funciones vitales del organismo que se siguen a la lesión corporal. Este perjuicio, que no tiene carácter económico alguno, debe ciertamente ser colocado dentro de la categoría de perjuicios 'de carácter personal' que la ley sustrae del recurso de los terceros pagadores"; por lo que el autor celebra su eventual inclusión dentro del grupo de perjuicios morales sustraídos de los recursos de los organismos sociales. P. JOURDAIN, *Le préjudice fonctionnel d'agrément et son exclusion de l'assiette des recours des tiers payeurs: la Cour d'appel de Paris montre l'exemple*, en RTD Civ., 2002, 113, ID., *Vers un élargissement de la notion de préjudice d'agrément*, cit., 892.

156 Cfr. G. VINEY y P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, cit., 265.

157 Sentencia de la Sala Plena de la Corte de Casación francesa del 19 de diciembre de 2003; en el mismo sentido, sentencia de la Sala Penal del 9 de marzo de 2004: Bull. crim. No. 60; D. 2004. IR. 1214; RCA 2004, No. 177; y del 6 de abril de 2004: Bull. crim. No. 90.

gislador, los jueces seguramente se limitarán (sin olvidar y a pesar de su poder soberano) a establecer el monto del perjuicio de agrado y del perjuicio fisiológico tal como fue dispuesto por la Corte de Casación, pues resulta improbable que se atrevan a integrar los dos rubros en una sola categoría si el máximo tribunal desaprobó tal proceder<sup>158</sup>.

Sin embargo, en razón de que tanto el *Avant projet* como el Informe DINTILHAC<sup>159</sup>, acogieron en cambio la tesis propuesta por la *Cour d'Appel* de París, al menos en el sentido de colocar el perjuicio fisiológico entre los perjuicios que no se encuentran sometidos a la acción subrogatoria de los terceros pagadores (perjuicios de carácter personal), y también en el sentido de concebir el perjuicio *d'agrément* exclusivamente en forma restrictiva o "específica", parece oportuno ahondar en los fundamentos de esta discusión, que adquiere hoy toda vigencia.

Para comenzar, las razones que llevaron a la *Cour d'Appel* de París a verificar el cambio en cuestión, a nuestro modo de ver, fueron principalmente dos. En primer término, se encuentra en efecto, la dificultad lógica que existe para diferenciar el perjuicio fisiológico o funcional (lesión a la función) del *préjudice d'agrément* "ampliado" (privación de los placeres de la vida que la función normalmente permite disfrutar), pues ambos aluden, en definitiva, a las consecuencias de diversa índole que las lesiones corporales producen en las condiciones de vida de la víctima. El perjuicio funcional y el perjuicio *d'agrément* forman pues las dos caras de una misma moneda, los dos aspectos de un mismo daño y de una misma realidad, consistente en la "disminución del bien-ser persona"; por lo que su indemnización separada termina por fraccionar lo inseparable y puede, con toda probabilidad, conducir a indemnizaciones dobles<sup>160</sup>.

Es decir, se sostiene que el perjuicio funcional no existe en forma independiente de las que son sus repercusiones en la vida cotidiana de la víctima, sino que el mismo consiste necesariamente en esas privaciones y frustraciones, que no son otra cosa que el *préjudice d'agrément* como lo entiende actualmente la Sala Plena de la Corte de Casación<sup>161</sup> (con su pronunciamiento del 19 de diciembre de 2003).

En definitiva, lo que se quiere significar es que la ampliación del concepto del *préjudice d'agrément* vino a invadir los terrenos que tradicionalmente le estaban reservados al perjuicio fisiológico; a diferencia de lo que sucedía cuando de aquél se tenía una con-

158 En este sentido, M. LE ROY, *L'évaluation du préjudice corporel*, cit., 52.

159 Informe DINTILHAC, cit., 39. El Informe LAMBERT-FAIVRE, cit., 4, en cambio, contrario a lo que pudiera pensarse, no asumió la postura de la *Cour d'Appel* (que la propia doctrinante propugnaba), lo cual queda de manifiesto, junto con las razones que motivaron tal decisión, en el texto del Informe: "El grupo de trabajo mantuvo una denominación autónoma del "perjuicio funcional permanente" con relación al "perjuicio de agrado", y no acogió la denominación sintética de "perjuicio funcional de agrado" por una razón de orden técnico: la adopción de un RINSE, una base estadística de indemnización, puede efectuarse sólo sobre la base de un criterio estadístico homogéneo: la tasa de incapacidad funcional".

160 P. JOURDAIN, *Le préjudice fonctionnel d'agrément et son exclusion de l'assiette des recours des tiers payeurs: la Cour d'appel de Paris montre l'exemple*, cit., 113; G. VINEY y P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, cit., 265.

161 Cfr. ID., *Vers un élargissement de la notion de préjudice d'agrément*, cit., 892.

cepción restringida, es decir, cuando se entendía como la imposibilidad de dedicarse a actividades *específicas*, variables de un individuo a otro y de carácter, por ende, eminentemente subjetivo. Desde el momento en que fue redefinido como 'la privación de los placeres de una vida normal', su distinción del perjuicio fisiológico, representado por los sinsabores que se siguen a las lesiones físicas resulta, cuando menos, artificiosa<sup>162</sup>.

En segundo término, lo que lleva a la *Cour d'Appel* de París a incorporar el perjuicio fisiológico dentro del grupo de perjuicios que ostentan un carácter personal es el propósito de preservar los derechos de la víctima sobre la indemnización que se le reconoce bajo este rubro, es decir, que la misma quede al resguardo de los recursos de los terceros pagadores, porque si se distingue el perjuicio fisiológico del perjuicio *d'agrément* (o, en definitiva, si no se 'arrastra' aquél a la categoría de perjuicios de carácter personal) se tiene que el primero queda sometido a la acción subrogatoria del tercero pagador; lo cual, en palabras de JOURDAIN, constituye el aspecto más interesante de este cambio de postura<sup>163</sup>.

Y es que en efecto, actualmente el perjuicio fisiológico se encuentra dentro del grupo de perjuicios que permite a los terceros pagadores subrogarse en la acción contra el ofensor, con la consecuencia de que por este rubro la víctima no puede dirigirse luego contra este último, pues se entiende que la cantidad recibida del tercero (aunque sea parcial) indemniza todo su daño; la víctima no tendría nada más que reclamar. Contrario a lo que sucede con el daño de naturaleza esencialmente extrapatrimonial constituido por el *perjuicio de agrado*, cuya indemnización se encuentra reservada a la víctima, aprovecha sólo a ésta y no redundará en favor de la Seguridad Social u otro tercer pagador<sup>164</sup>.

## E. La solución del Anteproyecto de reforma del Code civil

El anteproyecto de reforma del *Code civil* preliminarmente declara que en materia de daño corporal pretende ofrecer un verdadero *marco jurídico*, en virtud de que en la actualidad su indemnización prácticamente se encuentra a merced del poder soberano de los jueces<sup>165</sup>; asimismo, busca *garantizar la seguridad jurídica, la igualdad entre los responsables y la eficacia de la reparación*. Por lo que, en su capítulo tercero, relativo a

162 Así, se pregunta JOURDAIN, *Ibid.*, 892, ¿en qué se diferencia la 'alteración sensible de la capacidad de la víctima para llevar a cabo actos banales' [en alusión al *préjudice d'agrément*] y la afectación de las condiciones de vida en virtud de los problemas fisiológicos padecidos [en alusión al perjuicio fisiológico]?

163 P. JOURDAIN, *Le préjudice fonctionnel d'agrément et son exclusion de l'assiette des recours des tiers payeurs: la Cour d'appel de Paris montre l'exemple*, cit., 113.

164 Esta es probablemente la razón, señala VINEY, por la que la Sala Social de la Corte busca minimizar la importancia de este rubro, diciendo que al "simple perjuicio de agrado", se opone lo que esta corporación llama "las molestias y problemas que hayan afectado las condiciones de trabajo y de existencia de la víctima", que se relacionan en cambio con la incapacidad permanente parcial. M. LE ROY, *L'évaluation du préjudice corporel*, cit., 50 ss.

165 La amplia discrecionalidad del juez en el establecimiento de la indemnización de los perjuicios ha sido objeto de críticas, por lo que en su lugar ha llegado a proponerse —como se ha visto— la referencia a un índice legal de publicación oficial; lo cual luce, se sostiene,

los efectos de la responsabilidad civil, dispuso de una sección en la que se establecen "reglas especiales para la reparación de los perjuicios derivados de un lesión contra la integridad física", en cuyo marco se encuentra la norma más relevante para la materia, el artículo 1379<sup>166</sup>, que optó por la elaboración de un *elenco* de los principales perjuicios indemnizables en caso de daño corporal.

En efecto, en una suerte de *summa divisio*, se establecieron las principales categorías de perjuicios que derivan de la lesión a la integridad psicofísica; a saber, los "perjuicios económicos y profesionales", por un lado, y los "perjuicios no económicos y personales" por el otro<sup>167</sup>.

Dentro del primer grupo se encuentran: las expensas realizadas y los gastos futuros, la pérdida de ingresos y las utilidades frustradas (es decir, el daño emergente –pasado y futuro– y el lucro cesante); y en el segundo, el perjuicio funcional (perjuicio fisiológico o déficit funcional), los sufrimientos padecidos (*pretium doloris*), el perjuicio estético, el perjuicio *específico* de agrado (o *d'agrément*), el perjuicio sexual y el perjuicio de establecimiento; sin que se encuentren definidos, sin que se haya establecido la diferencia entre perjuicio temporal y perjuicio permanente, y sin que se trate, aparentemente, de un *elenco* taxativo, dado que se utiliza la fórmula "perjuicios no económicos y personales *tales como...*", que sugeriría que los rubros mencionados están allí sólo a título enunciativo.

Lo que es importante destacar es que, como puede observarse, el perjuicio funcional o fisiológico finalmente se clasificó sin ambages (por ahora tan solo en el proyecto), entre los perjuicios de carácter no económico, y que además, se volvió a la concepción restringida sobre el perjuicio de agrado (alusivo a la privación de actividades de ocio *específicas* y por tanto sujetas a prueba, y no ya a la pérdida "en general" de los placeres de la vida, que tiende a confundirse con las repercusiones normales del perjuicio fisiológico), lo que debería representar un retorno de la materia a la coherencia.

más conveniente que una ilimitada facultad del juzgador en este sentido. Y. LAMBERT-FAIVRE, *Les effets de la responsabilité (les articles 1367 à 1383 nouveaux du code civil)*, cit., 163.

166 Artículo 1379: "En caso de atentado contra su integridad física, la víctima tiene derecho a la reparación de los perjuicios económicos y profesionales correspondientes especialmente a las expensas incurridas y a los gastos futuros, a las pérdidas de ingresos y a las utilidades faltantes, como también a la reparación de los perjuicios no económicos y personales, tales como el perjuicio funcional, los sufrimientos padecidos, el perjuicio estético, el perjuicio específico de agrado (*agrément*), el perjuicio sexual y el perjuicio de establecimiento (...)". AA. VV., *Del contrato, de las obligaciones y de la prescripción. Anteproyecto de reforma del Código Civil francés*, cit., 276.

167 De la misma manera que con precedencia lo hiciera el Informe LAMBERT-FAIVRE, cit., 57.

#### IV. UNA NOTA SOBRE EL DERECHO COLOMBIANO

##### A. Colombia y la herramienta del derecho comparado

Colombia no ha sido ajena al debate que ha provocado la irrupción de los derechos de la personalidad en el mundo de la responsabilidad civil, ni a la agitación que en consecuencia se ha vivido, y se vive aún, al interior de la categoría del daño extrapatrimonial. Muestra de ello la constituye la genuina preocupación de los jueces, particularmente de los magistrados de las altas Cortes, por pasar revisión a la materia en aras de mejorar la situación de las víctimas de lesiones a ese tipo de derechos (muy especialmente, de acuerdo con el análisis de la jurisprudencia en su conjunto realizado en esta investigación: de aquellas que han sufrido una agresión a su integridad corporal), en cuyo propósito se ha empleado en forma preferente la herramienta preciosa del derecho comparado (aunque no siempre, valga decirlo, en la forma más atinada), pues ciertamente nada hay más útil para mejorar el ordenamiento interno que confrontarlo para debate con ordenamientos jurídicos extranjeros, lo cual, no sólo nos permite conocer, en palabras de HENAO, el 'estado del arte' de nuestro sistema jurídico sino que, además, coadyuva en la comprensión de nuestra propia identidad<sup>168</sup>.

Ese ejercicio de comparación, que en nuestras latitudes se relaciona normalmente con el derecho continental europeo, por ser el que "más hondamente nos ha influido y nos sigue informando"<sup>169</sup>, representa para nosotros, ante todo, una *necesidad*<sup>170</sup>, en el sentido de que la jurisprudencia se ve precisada a confrontarse con esos derechos extranjeros, donde doctrina y jurisprudencia trabajan en fructífera simbiosis, porque de algún modo se encuentra huérfana en la específica materia que nos ocupa, sin suficientes estudios científicos nacionales en los cuales poder fundamentar sus numerosas y urgentes decisiones, los cuales se reducen en realidad, a unos cuantos textos<sup>171</sup>; lo que contrasta, dicho sea de paso, aunque la comparación no sea del todo justa o equilibrada, con la monumental producción bibliográfica europea (particularmente italiana y francesa) sobre este tema específico. Resultado de ese ejercicio, en 1993, se acogió por

168 J. C. HENAO, *El daño, análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, 333-335.

169 F. HINESTROSA, *La responsabilidad civil*, en *Escritos varios*, Universidad Externado de Colombia (Asociación de Antiguos Alumnos), Bogotá, 1983, 682.

170 En este sentido, E. CORTÉS MONCAYO, *El resarcimiento del daño a la persona en el derecho latinoamericano*, en *Estudios de derecho civil. Libro Homenaje a Fernando Hinestrosa* (vol. I), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, 333.

171 En este sentido, F. HINESTROSA, *Apreciación del daño moral*, en *Escritos varios*, Universidad Externado de Colombia (Asociación de Antiguos Alumnos), Bogotá, 1983, 720: "La bibliografía colombiana sobre la materia corre ante todo en las sentencias de los más altos Tribunales". De reciente publicación: E. CORTÉS MONCAYO, *Responsabilidad civil y daños a la persona*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009; M.C. M'CAUSLAND, *Tipología y reparación del daño no patrimonial*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.

primera en el ordenamiento colombiano la categoría francesa del perjuicio fisiológico<sup>172</sup> (sin que, lamentablemente, fuera entendido en su correcto sentido)<sup>173</sup>.

Pero, reconocido el valor que para nosotros tiene el derecho comparado, es necesario luego subrayar y atender a sus consabidos riesgos.

Un primer problema se relaciona con la transposición misma de las ideas o institutos a importar, que se ve limitada, y en algunos casos definitivamente tergiversada, por las diversidades lingüísticas, en ocasiones constitutivas de auténticas barreras para el intérprete, pues no basta aquí con una traducción *simple* de los textos o de las nociones seleccionadas sino que la misma debe necesariamente acompañarse de un análisis acerca del sentido o espíritu de los mismos. En este sentido, el uso indiferenciado de términos que podrían resultar aparentemente próximos para el intérprete no resulta tan inocuo en Derecho como pudiera serlo en cualquier otra disciplina, o más específicamente, en la literatura en general. Aquí, un término poco preciso puede dar lugar a grandes sinsentidos y hasta a paradójicas injusticias; de donde, el deber ineludible del jurista-traductor de ser cuidadoso y preciso en extremo en su tarea de traducción, la cual debe ser siempre fiel al sentido genuino del texto original.

En esta dirección, puede citarse lo sostenido en una aclaración de voto a una sentencia del Consejo de Estado de 1997<sup>174</sup> relativa a la confusión que entonces reinaba alrededor del concepto de perjuicio fisiológico: "La indebida utilización del concepto fisiológico parece derivarse de una mala traducción e interpretación de la jurisprudencia francesa<sup>175</sup>, la cual en una sentencia de la Corte de Casación del 5 de marzo de 1985 distinguió entre el daño derivado de la 'privación de los placeres de la vida normal, distinto del perjuicio objetivo resultante de la incapacidad constatada' y los 'problemas psicológicos que afectan las condiciones de trabajo o de existencia de la vida'. El perjuicio psicológico, de acuerdo con esta distinción, constituye un perjuicio *corporal* de carácter objetivo que se distingue esencialmente del perjuicio *moral* reparado bajo la denominación de perjuicio de placer" (C.P. Hoyos Duque). Pero infortunadamente, esta aclaración de voto, que pretendía hacer claridad sobre el sentido correcto de los rubros constituidos por el perjuicio fisiológico y el perjuicio de agrado, tampoco escapó del todo de las 'trampas' de la traducción. Así, por ejemplo, donde debió decir daños

172 Sentencia No. 7428 del 6 de mayo de 1993, Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P. Julio César Uribe Acosta [Evento: Lesiones corporales, con incapacidad permanente del 100%].

173 Este perjuicio fisiológico se asimiló al "daño a la vida de relación", y se le definió como la imposibilidad de la víctima de desarrollar normalmente su vida en sociedad a consecuencia del menoscabo de su salud o integridad psicofísica.

174 Sentencia del 13 de junio de 1997, Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P. Jesús María Carrillo, Exp. 12499 [Evento: Lesiones corporales; no se concede indemnización por el perjuicio fisiológico dado que "la lesión no dejó secuelas que hubieran alterado el desarrollo y libre goce de la personalidad de la demandante, que justificaran indemnización por este rubro"].

175 En alusión, creemos, específicamente a J. TAMAYO JARAMILLO, *De la responsabilidad civil* (t. IV), Temis, Bogotá (de la edición de 1999, pueden consultarse por ejemplo las páginas 166-169, entre otras).

o problemas "fisiológicos", se tradujo como daños o problemas "psicológicos", lo que le restó sentido a la idea; yerro éste en el que los diferentes textos incurren con más frecuencia de la que pudiera sospecharse.

En segundo término, aun si hay quienes sostienen (acaso con exceso de optimismo) que el principio de la indemnización plena del daño no tendría por qué resultar influenciado en sentido negativo por aspectos o condiciones culturales, la realidad nos indica que eso es lo que, quizás naturalmente, sucede, pues no vemos cómo, al decidir, el juez pueda prescindir de la consideración general sobre el nivel de vida o, en definitiva, sobre el estándar socio-económico del medio en el que se ha desarrollado la situación a la que busca darle solución. De donde, si hablamos de países diversos, no siempre será conveniente, o posible siquiera, aplicar frente a eventos similares, exactamente las mismas soluciones, en la medida en que, repetimos, es necesario atender a cada realidad cultural y socio-económica<sup>176</sup>.

En este sentido, el interrogante que se pone se relaciona con la viabilidad y/o la pertinencia en el ordenamiento colombiano de las múltiples categorías de perjuicio extrapatrimonial presentes en el derecho comparado.

Creemos que, salvando el perjuicio fisiológico<sup>177</sup>, no es conveniente, al menos para nosotros, crear tantos tipos de perjuicios como *manifestaciones* o *circunstancias* de una lesión puedan presentarse (imposibilidad de llevar a cabo ciertas actividades de placer u ordinarias, alteración en definitiva de las condiciones de existencia, secuelas (anti)estéticas de una lesión, etc.), con lo que no se está optando en ningún caso por indemnizar "menos" o "peor" a la víctima, sino insistiendo en el hecho de que no se puede, sin faltar a una lógica estricta, *separar lo inseparable* ni, especialmente, desatender la coherencia sistemática, indispensable en particular en un asunto tan intrincado y sensible a la vez, como lo es la responsabilidad civil. Entonces, mejorar el *quantum* de la víctima sí, pero sin sacrificio de la coherencia sistemática, pues no hay forma de que el sistema, cuando se ve *saturado* de categorías y subcategorías, en muchos casos inconsistentes, no pase luego "la cuenta", por decirlo de algún modo.

La atención debe centrarse especialmente en no permitir la *acumulación*, frente a un mismo evento, de dos o más de esas categorías, como por ejemplo, el daño por alteración de las condiciones de existencia y el perjuicio de agrado (correspondiente éste último, en buena sustancia, al "daño a la vida de relación" del ordenamiento italiano), pues ello sería tanto como duplicar la indemnización, en la medida en que, recuérdese,

176 A este respecto, F. HINESTROSA, *Devenir del derecho de daños*, en *Roma e America. Diritto romano comune*, 10, Roma, 2000, 20, sostiene que "la inmensa mayoría de las personas, especialmente en los países distintos de los del primer mundo, en el mejor de los casos, apenas cuenta con medios de subsistencia elemental, o sea que al mismo tiempo que la vocación de las víctimas para un resarcimiento integral del daño es bastante precaria, el quebranto económico y social de la obligación resarcitoria resulta ominoso para el victimario y los suyos".

177 Dado que, no obstante su carácter extrapatrimonial, es el único que permite la aplicación de un parámetro de liquidación de carácter objetivo; lo cual no podría concebirse en el caso de lesión a los otros bienes de la personalidad distintos de la salud y la integridad psicofísica.

en Francia (país de origen de los dos rubros del ejemplo), por el primero se indemniza en la jurisdicción administrativa fundamentalmente *lo mismo* que se indemniza a través del perjuicio de agrado en la jurisdicción ordinaria. Ello, sin mencionar el problema de la insalvable imposibilidad de trazar los límites entre los diversos daños extrapatrimoniales que son llamados con el propósito de tutelar "mejor" a la persona<sup>178</sup> (¿cómo trazar la frontera entre, por ejemplo, el dolor moral y el efecto pernicioso de las *alteraciones de las condiciones de existencia*?).

Por otra parte, otro aspecto al que debe atenderse cuando se emplea la herramienta del derecho comparado, es el relacionado con los *antecedentes* que en el ordenamiento de origen justifican o justificaron la creación del instituto que se analiza, pues pudiera suceder que trasladado a un ordenamiento diverso, pierda buena parte de su sentido, al perder, a su tiempo, conexión con las causas que lo justificaron.

En este sentido, quizás habría sido conveniente, antes de eliminar definitivamente el perjuicio fisiológico en Colombia para ser sustituido por el "daño a la vida de relación" (año 2000), ahondar en la historia y la génesis de estas dos categorías, y en particular, en la historia del "daño a la salud" o "daño biológico" italiano, pues a pesar de que un sector de la doctrina nacional sostiene que la categoría que resulta en dicho ordenamiento "coyuntural" —por decirlo de algún modo— es el "daño a la salud" (y no el "daño a la vida de relación"), que no gozaría de un carácter ontológico realmente propio o autónomo pues habría sido creado únicamente para salvar la limitante legal existente en relación con el reconocimiento del daño extrapatrimonial en los casos en que no exista de por medio un delito (arts. 2059 del *codice civile* y 185 del *codice penale*), ello no se corresponde del todo con la realidad actual del ordenamiento italiano, pues si bien es cierto que la creación del "daño a la salud" estuvo signada por la limitante legal mencionada, ello no cancela en manera alguna las virtudes que le son propias. A partir del 'descubrimiento' del "daño a la salud", en efecto, se ve en la lesión a la integridad psicofísica un evento cuya principal consecuencia extrapatrimonial puede no sólo evaluarse en forma objetiva (mediante el examen médico legal y los baremos), sino además, liquidarse en forma absolutamente independiente del perjuicio económico (de hecho, el daño emergente y el posible lucro cesante laboral causados por la lesión no hacen parte de la definición de este rubro); antes de lo cual, su liquidación partía o respondía exclusivamente a parámetros de tipo económico o salarial, con las inequidades que ello introduce. Pero incluso, aun si en gracia de discusión se admitiera que el "daño a la salud" italiano sólo se justifica y sólo tiene cabida en su país de origen, tal afirmación se vería luego enervada si se analiza el perjuicio fisiológico del ordenamiento francés (sustancialmente equivalente al "daño a la salud" italiano; del que éste, de hecho, recibió inspiración),

178 Lo que recuerda la idea de las "esclusas" a modo de contención, o *floodgates*, planteada en el ambiente europeo como metáfora de solución frente al desbordamiento de las categorías de daño extrapatrimonial. Cfr. É. CORTÉS MONCAYO, *Constitución y responsabilidad civil. Una relación ambivalente*, en Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, cit., 172-173.

donde no existe, como tampoco existe en Colombia, restricción legal alguna, ni de ningún otro orden, para la indemnización del daño extrapatrimonial.

Por último, cuando se decide hacer uso de la herramienta del derecho comparado, o en definitiva, cuando se decide recibir inspiración de ordenamientos extranjeros, es necesario estar atentos en seguir las *últimas* adquisiciones de esa ciencia jurídica, pues, en tanto que más maduradas en el tiempo, deben presumirse más perfeccionadas o ajustadas a nuestra época, por lo que es importante, sin desdeñar en ningún caso de los textos clásicos, referirse entonces a doctrina (y jurisprudencia) reciente que permita conocer la evolución de las instituciones jurídicas y, sobre todo, el 'estado del arte' de cada cuestión.

En este sentido, podríamos objetar que tener como fundamento doctrinario en esta materia privativamente a autores cuyas obras se remontan a hace ya algunas décadas, como son por ejemplo R. CHAPUIS, A. DE CUPIS o R. SCOGNAMIGLIO, podría significar, quizás, desatender en alguna medida tal 'estado del arte', en virtud de que no constituye ésta una materia estática, como pudieran ser algunas otras, que han logrado, en cambio, su asentamiento 'definitivo' dentro del sistema, sino una de esas que han convulsionado, junto con el tiempo en el que han vivido. No puede olvidarse que, para la época de la doctrina apenas citada, no existían, o al menos, no estaban consolidadas algunas de las categorías cuya indemnización es común hoy en día.

## B. El perjuicio fisiológico en Colombia

Durante su corta vida en Colombia, el perjuicio fisiológico (1993 - 2000) estuvo sin duda rodeado de grandes incomprensiones<sup>179</sup>, pero particularmente nunca se advirtió que la creación de una categoría especial al efecto tuvo en Francia (lo mismo que en Italia, con su correspondiente, el "daño a la salud") el propósito específico de permitir un tipo de valoración y de liquidación distintos de los tradicionales, más próximos a la concreción del principio de igualdad de las víctimas. Fueron precisamente esas incomprensiones las que, a la postre, condujeron a la definitiva eliminación de la categoría en Colombia en el año 2000, cuando fue sustituido por el "daño a la vida de relación"<sup>180</sup>.

179 En similar sentido, G. MARTÍNEZ y C. MARTÍNEZ, *Responsabilidad civil extracontractual*, Temis, Bogotá, 2003, 271, quien en relación con los daños corporales señala: "En el derecho comparado es clara la tendencia a reconocer indemnización por una nueva categoría de perjuicios que no se han estudiado con precisión y detenimiento en el derecho colombiano".

180 Es eliminado del ordenamiento con la sentencia del Consejo de Estado del 19 de julio del año 2000, No. 11842, C.P. Alier E. Hernández E. [Evento: Lesiones corporales - paraplejía, con deformidad física de carácter permanente y perturbación funcional total de los órganos]. Sin duda, este fallo vino a poner fin a una serie de inconsistencias y contrasentidos que surgían de la equiparación existente entre el perjuicio fisiológico y el "daño a la vida de relación", introducida por la jurisprudencia de 1993 y los sucesivos pronunciamientos que la emularon, sin embargo, lo lamentable es que ello se realizó con sacrificio del primero.

En el ordenamiento francés, el perjuicio fisiológico habla de dos elementos correlativos, uno cuantitativo, aportado por la medicina legal con base en una tasa de déficit funcional, y el otro cualitativo, relacionado con el malestar que la lesión acarrea en la vida de la víctima<sup>181</sup>. Por su parte, el punto de partida en la liquidación del “daño a la salud” italiano, está constituido por la lesión psicofísica en sí misma considerada, a la cual, luego de atribuírsele un porcentaje, se le asigna un ‘valor’, que puede verse posteriormente incrementado en atención a las particulares condiciones de la víctima.

En efecto, este rubro en el ordenamiento italiano comprende hoy dos aspectos, uno llamado *estático*, que aquí destacamos, constituido por el déficit funcional (liquidado con el auxilio de las tablas creadas por la jurisprudencia para ese fin), y el otro llamado *dinámico*, que se refiere a todas las consecuencias no patrimoniales que sobre la vida de la víctima ocasiona la pérdida de la integridad psicofísica (liquidado con base en la equidad).

Mientras que, en el caso colombiano ese déficit funcional no es en realidad tenido en cuenta en la liquidación (si acaso, de algún modo ilustra el criterio del juez en la etapa de valoración o apreciación del perjuicio), ya que la categoría correspondiente se centra, prácticamente en forma exclusiva, en las consecuencias que ‘en la vida de relación’ produce la lesión (liquidable con base en la equidad), lo cual, la verdad sea dicha, resulta bastante menos asible o cierto que proceder a la ‘observación’, ‘valoración’ y ‘medición’ de la lesión física o corporal. Además, anclada como se encuentra la valoración de este “daño a la vida de relación” a aspectos que se relacionan en realidad con el *modus vivendi* de la víctima, anterior a la lesión y a las actividades (de todo orden) que después de ésta no podrá realizar o le resultarán más difíciles de llevar a cabo, pudiera estarse introduciendo dentro del ordenamiento una especie de daño ‘burgués’ o ‘elitista’, en la medida en que, aunque sea un dato odioso, normalmente, a mayor poder adquisitivo, más amplio el abanico o el nivel de las actividades sociales de las que se está en posibilidad de participar.

De modo que no creemos plausible que el daño fisiológico o a la salud se indemnice *camuflado* o por intermedio de una categoría que no es conforme con su naturaleza (la esencia del perjuicio fisiológico no consiste en un problema ‘relacional’, sino concretamente en el detrimento de la salud o la integridad psicofísica), pues en dicho caso los parámetros que se utilizarán en su liquidación desatenderán, con toda probabilidad, las especiales características que lo distinguen (neta precisión del interés tutelado –la salud– y objetividad en su valoración).

De donde, la creación e implementación de un parámetro objetivo para la liquidación del perjuicio extrapatrimonial más relevante que surge de la lesión corporal (esto es, el perjuicio fisiológico) nos parece más apropiado que mantener esa enorme brecha que existe actualmente en Colombia entre una jurisdicción y otra, entre un juez y otro, y que ha dado licencia, por la ausencia precisamente de una *base* uniforme, para que se

181 Ver *supra* II.B.

levanten marcadas diferencias (y *desigualdades*) entre las indemnizaciones de lesiones esencialmente idénticas.

El "daño a la vida de relación" en Colombia, como categoría autónoma, podría circunscribirse, en cualquier caso, a aquellas hipótesis de perjuicios irrogados a la vida social o asociada, que se concretan, precisamente, cuando el derecho de la personalidad lesionado es de aquellos que se caracterizan por una importante dimensión social, como son la intimidad, el honor, etc.; pero en cualquier evento, derechos distintos de la salud y la integridad psicofísica<sup>182</sup>.

Y es que en realidad, ya desde su génesis la categoría constituida por el "daño a la vida de relación" se relacionó en Colombia con la naturaleza social que ostentan (algunos de) los derechos de la personalidad, frente a los que bien podría desplegar la función que está llamada a desempeñar.

En este sentido, NAVIA sostiene que la añeja clasificación (1941) del daño extrapatrimonial que lo divide en *daño al patrimonio moral* y *daño al patrimonio social* de la persona, es acertada porque "la lesión de un bien de la personalidad puede repercutir evidentemente sobre los afectos y sentimientos, o sobre la vida de relación de la víctima"<sup>183</sup>, con lo que en nuestra opinión correctamente establece la natural conexión existente entre la lesión a los derechos que tienen una fuerte connotación social (buen nombre, reputación, honor, intimidad) y la categoría del "daño a la vida de relación" (cuando realiza esa suerte de correspondencia entre el *daño al patrimonio social* y el *daño a la vida de relación*), cuya aplicación debiera, en nuestro criterio, quedar circunscrita precisamente a ese tipo de derechos o de daños, pues frente al "daño a la salud" o perjuicio fisiológico, pierde necesariamente consistencia desde que la esencia del mismo no puede verse en un problema 'relacional', sino en aquello que 'salta a la vista', esto es, un detrimento de la salud o de la integridad corporal. En el mismo sentido, HINESTROSA explica que los "aspectos sociales de la personalidad y el comportamiento" (que junto con el "ser íntimo" conforman la personalidad del sujeto) son los que "posteriormente la doctrina italiana trataría de precisar, diciendo: vida de relación, y lo que la doctrina francesa llama aspectos sociales de la personalidad"; para finalizar puntualizando que el "daño a la personalidad en su vida de relación, [es] el aspecto social"<sup>184</sup>.

Sin embargo, del análisis jurisprudencial realizado se desprende que la categoría del "daño a la vida de relación" en Colombia ha sido utilizada hasta ahora, en muchos casos, como una especie de 'comodín', a los efectos de aumentar el *quantum* de la indem-

182 Frente a la pregonada 'mayor amplitud' del "daño a la vida de relación" en relación con el eliminado perjuicio fisiológico, surge natural la inquietud: ¿en cuántos casos distintos a los eventos de lesión a la integridad psicofísica ha podido aplicarse hasta ahora esta categoría en Colombia? En realidad, en muy pocos –respecto, al menos, de la absoluta mayoría–; casos estos que se encuentran relacionados normalmente con esos derechos que tienen, precisamente, una fuerte impronta social: el honor, por ej., además de la intimidad, la vida privada, etc.

183 F. NAVIA, *Del daño moral al daño fisiológico ¿una evolución real?*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, 41.

184 F. HINESTROSA, *La responsabilidad civil*, cit., 686.

nización del daño no económico en aquellos eventos que le resultan más chocantes a la sociedad –o, más concretamente, al juez–, antes que como una categoría realmente independiente, autónoma o nueva; y de ello da fe el automatismo con el que comienza a procederse en su liquidación.

En efecto, comenzamos a observar con preocupación (sin que deje de parecernos cuando menos ‘curiosa’) la naciente evolución del “daño a la vida de relación” en la jurisdicción colombiana, después del pronunciamiento de la primera sentencia –con posterioridad a una del 4 de abril de 1968<sup>185</sup>– que reconoce este rubro en el seno de la Casación Civil, de fecha 13 de mayo de 2008<sup>186</sup>. Así, en sentencia del 20 de enero de 2009<sup>187</sup>, el *quantum* por este rubro se estableció en la misma cantidad (\$ 90.000.000, con posterior reducción de un 30% por concurrencia de culpas–) acordada en ese único precedente reciente de esta corporación que reconoce el “daño a la vida de relación” (la sentencia apenas mencionada del 2008), siendo que dicha suma no pretendió en absoluto constituirse en una pauta jurisprudencial para la materia, al punto que la Corte dijo inclusive que no otorgaba una cantidad superior simplemente porque debía atenerse al principio de congruencia en relación a lo expresamente solicitado por el demandante (\$ 90.000.000)<sup>188</sup>. Afirmación ésta de la Corte que evidencia, como en pocas ocasiones, la necesidad de la existencia de un parámetro objetivo para la liquidación del daño proveniente de una lesión a la integridad psicofísica o a la salud, sencillamente porque la naturaleza del daño lo consiente, porque el derecho a la igualdad de las víctimas así lo exige, y porque, adicionalmente, constituiría una guía para demandantes y jueces, quienes de ese modo sabrían ‘cuánto’ pedir y por ‘cuánto’ condenar. Parámetro objetivo que estaría constituido por un examen médico legal que arrojaría un porcentaje de incapacidad que luego se liquidaría en modo más o menos objetivo, o similar al menos, para todas las víctimas de igual tipo de lesión y grado de incapacidad, sin que ello se constituyese en óbice para un posterior *ajuste* de la indemnización a las particularidades del caso concreto.

De hecho, nos preguntamos, si la Corte no hubiera encontrado el ‘obstáculo’ del “principio de congruencia”, a cuánto hubiese podido ascender en este caso la indemnización por “daño a la vida de relación”, pues, no existiendo un parámetro objetivo

185 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. Fernando Hinestrosa, en G. J., CXXIV, 63 [Evento: muerte de un menor y lesiones corporales en la persona de su padre, a causa de accidente de tránsito].

186 Sentencia del 13 de mayo de 2008, Exp. No. 11001-3103-006-1997-09327-01, M.P. César Julio Valencia Copete [Evento: lesiones corporales].

187 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Exp. No. 1993-00215, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena [Evento: Lesiones corporales por herida con arma de fuego; incapacidad permanente del 90%].

188 “En orden a imponer la condena correspondiente la Corte fijará la cantidad de \$90'000.000.00, pues, aunque pudiera pensarse razonablemente que las secuelas desencadenadas sobre la vida de relación de la víctima podrían ameritar el reconocimiento de una cifra superior, en todo caso, la Sala, en aplicación del principio de la congruencia, no estaría facultada para hacerlo, en tanto que aquélla se ajusta al límite máximo contenido en la respectiva pretensión”. Casación Civil, 13 de mayo de 2008.

al que deba o pueda sujetarse, imperioso es reconocer que la liquidación queda sujeta en buena medida a la sensibilidad o severidad con que los magistrados estimen las vicisitudes ajenas<sup>189</sup>.

No se trata, en realidad, de un problema de desconfianza en los jueces, sino de reconocer que la ausencia de todo parámetro hace prácticamente imposible que la regla "a misma lesión (o mismo daño), igual indemnización" sea una regla operativa.

Lo anterior para decir que, al parecer, comienza a asomarse ese *automatismo* del que suele acusarse normalmente, en cambio, a las tablas o baremos que se utilizan en otros países como herramienta para liquidar determinados perjuicios objetivables; que aquí, por el contrario, prestarían, en nuestra opinión, un valioso servicio.

Hemos señalado antes el lugar diferenciado que nos parece podrían ocupar las categorías del perjuicio fisiológico y del "daño a la vida de relación" en Colombia, sin embargo, luego de aceptar esta posibilidad de 'fraccionamiento' del daño extrapatrimonial o daño no valorable pecuniariamente, no es posible ignorar el problema que suele surgir una vez éste se inicia: que se presenten como 'en cascada' las sucesivas divisiones y clasificaciones del mismo, que parecen no poder evitarse, tal como lo demuestra la pretensión de alguna parte de la doctrina y la jurisprudencia colombianas de introducir adicionalmente, luego del reconocimiento del "daño a la vida de relación" —no ya solo en la jurisdicción contencioso-administrativa sino también en la civil, otras "categorías" de perjuicio, como el "daño al proyecto de vida"<sup>190</sup>, el "daño estético

189 En este sentido, F. NAVIA, *Del daño moral al daño fisiológico ¿una evolución real?*, cit., 11: "En el fondo, el valor de la condena, más que de la sensibilidad de la víctima, dependerá de la sensibilidad del juez".

190 Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, de fecha 16 de agosto de 2007, Exp. No. 30114, C.P. Ramiro Saavedra [Evento: lesiones corporales]: "Vale la pena señalar que el perjuicio a la vida de relación reconocido por la jurisprudencia contenciosa administrativa colombiana, guarda cierta semejanza conceptual con el rubro denominado "daño al proyecto de vida" que reconoce la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sin embargo se hace la salvedad de que la Corte IDH, ubica este rubro en la categoría de daño material, mientras que en Colombia, el perjuicio a la vida de relación pertenece a la categoría de perjuicios inmateriales. Ha sostenido la Corte IDH: "... el denominado "proyecto de vida" atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas. El proyecto de vida se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto pueda tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y la garantía de la libertad. Difícilmente se podría decir que una persona verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte (...). El "daño al proyecto de vida", entendido como una expectativa razonable y accesible en el caso concreto implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o muy difícilmente reparable. Así la existencia de una persona se ve alterada por factores ajenos a ella, que le son impuestos en forma injusta y arbitraria, con violación de las normas vigentes y de la confianza que pudo depositar en órganos de poder público obligados a protegerla y a brindarle seguridad para

co"<sup>191</sup>, el "dolor físico"<sup>192</sup>, el "perjuicio sexual"<sup>193</sup>, además del "perjuicio psicológico como afectación patológica sobre el componente anímico; y el daño al buen nombre o al honor que ha sido reconocido por un tribunal contencioso administrativo como perjuicio independiente del daño moral"<sup>194</sup>, y, por supuesto, la "alteración en las condiciones de existencia". Ello, sin que en muchos casos se atienda al hecho de que dos (o más) de estas categorías aluden a un mismo contenido, propiciando así liquidaciones dobles, o incluso más.

Por último, si bien la indemnización del perjuicio fisiológico no debiera *canalizarse* a través de la categoría del "daño a la vida de relación", tampoco es aconsejable, naturalmente, volver sobre el pasado en el sentido de indemnizar el déficit fisiológico resultante de la lesión corporal 'en clave' de lucro cesante (en el sentido de que no existiendo éste, no se reconoce perjuicio alguno más allá del daño emergente y el *pretium doloris*, por el que normalmente se otorga una cuantía ínfima), pues un *verdadero* reconocimiento al interior

el ejercicio de sus derechos y la satisfacción de sus legítimos intereses. Por todo ello, es perfectamente admisible la pretensión de que se repare, en la medida posible y con los medios adecuados para ello, la pérdida de opciones por parte de la víctima, causada por el hecho ilícito [Ver entre otras: Corte IDH, Caso Loayza Tamayo, Sentencia de Reparaciones, párr. 147 y ss.]. Sin embargo, a pesar de que la sentencia alude al "daño al proyecto de vida", la condena es por daño moral y por "daño a la vida de relación". La misma cita de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aparece en Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 30 de agosto de 2007, Exp. No. 15724, C.P. Ramiro Saavedra Becerra [Evento: lesiones corporales, con disminución de la capacidad laboral del 49.85%; condena por concepto de daño moral y daño a la vida relación], y Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, de fecha 24 de abril de 2008, Exp. No. 15981, C.P. Ramiro Saavedra Becerra [Evento: lesiones corporales, con porcentaje de incapacidad del 60% aprox.], donde además queda 'clara' la confusión que reina en relación con los diferentes rubros de daño extrapatrimonial que hacen *lobby* para ingresar a la responsabilidad civil: daño al proyecto de vida, alteración en las condiciones de existencia, el propio daño a la vida de relación, etc.

- 191 En este sentido, Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, de fecha 4 de diciembre de 2007, No. Rad. interna: 17918, C.P. E. Gil Botero [Evento: lesiones corporales; indemnización por daño moral y por daño a la vida de relación]: La prestación del servicio de salud "derivó en la pérdida funcional del órgano de la visión y, de paso, en una *alteración de las condiciones estéticas de aquél, aspecto este último que bien podría originar un perjuicio de naturaleza independiente y autónomo*, pero que en atención al grado jurisdiccional de consulta, le impide a la Sala abordar su estudio" (cursivas fuera de texto). Hasta el momento, este rubro se entiende comprendido dentro del *pretium doloris* (en este sentido, Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, de fecha 25 de septiembre de 1997, Exp. No. 10421, C.P. Ricardo Hoyos Duque), que para ser indemnizado debe tener cierta notoriedad, como sucede en el caso de las cicatrices, las amputaciones, la cojera, etc.
- 192 M.C. M'CAUSLAND, *Tipología y reparación del daño no patrimonial*, cit., 164-165, 170. Este rubro actualmente se entiende comprendido dentro del *pretium doloris*.
- 193 A título de ejemplo, lo defendido en el salvamento de voto del Consejero E. Gil Botero en la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, de fecha 24 de abril de 2008, Exp. No. 15981, C.P. Ramiro Saavedra Becerra: "Considero que no se debe circunscribir la pluralidad de bienes jurídicos inherentes a la personalidad dentro del llamado daño moral. [E]s el caso del reconocimiento del daño biológico, como un daño evento resarcible, o de otro tipo de perjuicios como el estético, el síquico y el sexual".
- 194 E. GIL BOTERO, *Temas de responsabilidad extracontractual del Estado*, Comlibros, Medellín, 2006, 102-103, 109 ss.

de la responsabilidad civil de los derechos de la personalidad y, más precisamente, del derecho a la salud o a la integridad corporal en su genuina esencia, impone el reconocimiento del derecho a indemnización particularmente en los casos en los que la víctima (gravemente) lesionada no pueda acreditar pérdida de ganancias en su patrimonio (es lo que sucede, por ejemplo, en el caso de los desempleados, los pensionados, las amas de casa, etc., que no ejercen una actividad remunerada), o cuando, por ejemplo, decida continuar laborando no obstante la incapacidad establecida en el experticio médico-legal; pues es allí, precisamente, donde la categoría está llamada a desplegar en la forma más amplia y más urgente su función, cuando no existe o no es posible aplicar un parámetro económico que permita determinar de algún modo *el perjuicio*.

Si bien es cierto que en la hipótesis de lesión a la integridad psicofísica (permanente) no es posible en ningún caso volver las cosas al estado *quo ante*, no reconocer indemnización por el menoscabo de las facultades fisiológicas u orgánicas, *per se*, al margen de las que puedan ser sus consecuencias pecuniarias (sea en la forma de daño emergente o de lucro cesante), es tanto como, de algún modo, *cancelar* la adquisición jurídica constituida por el "daño a la persona", cuyo reconocimiento tanto tiempo y esfuerzo ha requerido de la ciencia jurídica, en particular de otras latitudes.

Entonces, lo que debió capitalizarse de la experiencia francesa en relación con el perjuicio fisiológico, más allá de la 'guerra de etiquetas', fue lo atinente a la nueva *forma de valoración* de la lesión irrogada a la integridad psicofísica, que ya no se ve sólo en función de los perjuicios patrimoniales ni tampoco como un perjuicio puramente subjetivo; dado que, en definitiva, el perjuicio fisiológico francés (al igual que el "daño a la salud" italiano) debiera ser para nosotros principalmente eso, una nueva forma de ver, valorar y liquidar esa clase de daño, que no prescinde del dato primario y objetivo constituido por la lesión psicofísica en sí misma considerada (más exactamente, del detrimento de las funciones de los órganos y miembros del cuerpo humano), y que supera la visión restrictiva que tiende a considerarlo exclusivamente como sus repercusiones en la 'vida de relación' y/o en la esfera patrimonial de la víctima.

## ANEXO

### Cálculo del valor del punto de Déficit Funcional Permanente (D.F.P.) o Incapacidad Permanente Parcial (I.P.P.)

Baremo de las Cortes de Apelación [Tribunales] de Agen, Angers, Burdeos, Limoges, Pau, Poitiers y Toulouse, correspondiente a enero de 2010<sup>195</sup>

Tasa de I.P.P.	0-10 años	11-20 años	21-30 años	31-40 años	41-50 años
1 a 5 %	1200 €	1100 €	1000 €	950 €	900 €
6 a 10 %	1400 €	1290 €	1180 €	1120 €	1050 €
11 a 15 %	1600 €	1480 €	1360 €	1290 €	1200 €
16 a 20 %	1800 €	1670 €	1540 €	1460 €	1350 €
21 a 25 %	2000 €	1860 €	1720 €	1630 €	1500 €
26 a 30 %	2200 €	2050 €	1900 €	1800 €	1650 €
31 a 35 %	2400 €	2240 €	2080 €	1970 €	1800 €
36 a 40 %	2600 €	2430 €	2260 €	2140 €	1950 €
41 a 45 %	2800 €	2620 €	2440 €	2310 €	2100 €
46 a 50 %	3000 €	2810 €	2620 €	2480 €	2250 €
51 a 55 %	3200 €	3000 €	2800 €	2650 €	2400 €
56 a 60 %	3400 €	3190 €	2980 €	2820 €	2550 €
61 a 65 %	3600 €	3380 €	3160 €	2990 €	2700 €
66 a 70 %	3800 €	3570 €	3340 €	3160 €	2850 €
71 a 75 %	4000 €	3760 €	3520 €	3300 €	3000 €
76 a 80 %	4200 €	3950 €	3700 €	3500 €	3150 €

195 Este baremo, que tiene carácter meramente indicativo, permite calcular en forma aproximada el valor del I.P.P. (Incapacidad Permanente Parcial) o D.F.P. (Déficit Funcional Permanente), con arreglo a la edad de la víctima y al porcentaje de incapacidad. Se trata de valores de referencia de carácter regional sobre la indemnización del daño corporal, pertenecientes a las Cortes de Apelación [Tribunales] de Burdeos, Agen, Angers, Limoges, Pau, Poitiers y Toulouse (de enero de 2010), cuyos magistrados -se sostiene- realizan una valoración elevada de los diversos perjuicios, por lo que las cifras que se proporcionan, a título indicativo, constituyen valores de referencia superiores a los normales. Tanto la tabla (o baremo) como las notas y ejemplos aquí transcritos fueron tomados de: [http://www.fnvr-handicap-indemnisation.org/handicap\\_accident\\_route\\_indemnisation\\_itt\\_itp\\_ipp.php](http://www.fnvr-handicap-indemnisation.org/handicap_accident_route_indemnisation_itt_itp_ipp.php) (visualizada el 26 de marzo de 2010).

Tasa de I.P.P.	0-10 años	11-20 años	21-30 años	31-40 años	41-50 años
81 a 85 %	4400 €	4140 €	3880 €	3670 €	3300 €
86 a 90 %	4600 €	4330 €	4060 €	3840 €	3450 €
91 a 95 %	4800 €	4520 €	4240 €	4010 €	3600 €
96 % y más	5000 €	4710 €	4420 €	4180 €	3750 €

Tasa de I.P.P.	51-60 años	61-70 años	71-80 años	> 80 años
1 a 5 %	850 €	800 €	750 €	700 €
6 a 10 %	975 €	900 €	825 €	740 €
11 a 15 %	1100 €	1000 €	900 €	780 €
16 a 20 %	1275 €	1100 €	975 €	820 €
21 a 25 %	1350 €	1200 €	1050 €	860 €
26 a 30 %	1475 €	1300 €	1125 €	900 €
31 a 35 %	1600 €	1400 €	1200 €	940 €
36 a 40 %	1725 €	1500 €	1275 €	980 €
41 a 45 %	1850 €	1600 €	1350 €	1020 €
46 a 50 %	1975 €	1700 €	1425 €	1060 €
51 a 55 %	2100 €	1800 €	1500 €	1100 €
56 a 60 %	2250 €	1900 €	1575 €	1140 €
61 a 65 %	2350 €	2000 €	1650 €	1180 €
66 a 70 %	2475 €	2100 €	1725 €	1220 €
71 a 75 %	2600 €	2200 €	1800 €	1260 €
76 a 80 %	2725 €	2300 €	1875 €	1300 €
81 a 85 %	2850 €	2400 €	1950 €	1340 €
86 a 90 %	2975 €	2500 €	2025 €	1380 €
91 a 95 %	3100 €	2600 €	2100 €	1420 €
96 % y más	3225 €	2700 €	2175 €	1460 €

Una vez determinado el valor del punto de Déficit Funcional Permanente (que naturalmente se encuentra expresado en euros) con arreglo a la edad y al porcentaje de Déficit Funcional Permanente –establecido en el informe pericial–, se procede a multiplicar el valor del punto por el porcentaje de D.F.P. Así por ejemplo:

Si la víctima tiene 20 años y un D.F.P. global del 8%: El valor del punto de D.F.P. será de 1.290 €, y el valor total del D.F.P. será de 10.320 € ( $1.290 \text{ €} \times 8 = 10.320 \text{ €}$ ).

Si la víctima tiene 60 años y un D.F.P. global del 35%: El valor del punto de D.F.P. será de 1.600 €, y el valor total del D.F.P. será de 56.000 € ( $1.600 \text{ €} \times 35 = 56.000 \text{ €}$ ).